PRÉCIS

DE

DROIT ADMINISTRATIF

ET

DE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

A L'USAGE DES ÉTUDIANTS
EN LICENCE ET EN DOCTORAT ÈS-SCIENCES POLITIQUES

PAR

MAURICE HAURIOU

PROFESSEUR DE DROIT ADMINISTRATIF A L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

3
32321-
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE
060 031097 0

CINQUIÈME ÉDITION

PARIS
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL Gal DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, rue Soufflot, 5e arrond.
L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1903

Tous droits réservés

LORIS

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

AVERTISSEMENT DE LA CINQUIÈME ÉDITION

Dans cette cinquième édition je me suis proposé un double objet. Le premier a été, comme bien on pense, de tenir l'ouvrage au courant de la législation, de la jurisprudence et des faits administratifs ; c'est pourquoi l'on y trouvera, en leur place, le commentaire de la loi sur les associations et celui de la loi sur la santé publique ; l'analyse des nouvelles jurisprudences inaugurées par le Conseil d'État, comme celle de l'arrêt *Casanova* du 29 mars 1901 qui a déclaré recevable le recours pour excès de pouvoir du simple contribuable ; enfin, l'indication des faits administratifs nouveaux qui s'imposent à l'attention, tels que les utilisations des grandes chutes d'eau par les distributions d'énergie électrique. Mais la mise au courant n'a été que l'un de mes soucis, la mise au point en a été un autre et peut-être bien le principal.

On avait souvent reproché à cet ouvrage, qui est essentiellement une organisation de théories juridiques, de présenter une certaine difficulté de lecture ; je l'ai repris entièrement dans la pensée de travailler à le rendre plus clair, plus simple, plus accessible, je crois y être parvenu dans une large mesure, quoique toute difficulté ne puisse être bannie d'une étude un peu approfondie du Droit administratif. Je me suis attaché à ne rien dire que d'explicite, à supprimer les aperçus que le défaut de place ne me permettait pas de développer, pour intéressants qu'ils me parussent, à multiplier les exemples, à rapprocher les théories des faits, à en faire ressortir les intérêts pratiques. Ce qui m'a beaucoup aidé, c'est que dans mon propre esprit les théories sont devenues plus nettes, que leur importance respective et leurs limites me sont mieux apparues, que j'ai mieux conçu leur véritable enchaînement et il

Source : BIU Cujas

est toujours vrai de dire que « ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement ». La théorie de la gestion publique, notamment, c'est-à-dire la distinction de la voie d'autorité et de la voie de gestion, plus approfondie, m'a permis d'introduire, dans la difficile matière des actes d'administration et des recours contentieux, une ordonnance dont on ne saurait nier la simplicité, quelque jugement que l'on porte d'ailleurs sur sa valeur intrinsèque. J'ai apporté les mêmes soins de revision à toutes les théories, on s'en apercevra pour la définition de l'État, pour la théorie de la légalité, pour les matières de la fonction administrative, de la fonction publique, du domaine public, des travaux publics et pour bien d'autres. Enfin, pour plus de lumière encore, j'ai ajouté une Introduction qui m'a permis des jugements d'ensemble sur les caractères très spéciaux et sur l'esprit très original du droit administratif français.

Personne ne sera étonné de voir que je me réclame d'un progrès dans la clarté de mes propres idées. Quand on observe directement les faits, ce qui est mon cas dans ce livre puisqu'il est extrait de la jurisprudence du Conseil d'État et que les arrêts sont des faits, on peut de ses premières observations tirer des inductions générales assez sûres, mais dans le détail et, pour ainsi dire, dans les angles, bien des obscurités subsistent qui ne se dissipent qu'à la longue, après des vérifications réitérées. Je n'ai pas la prétention d'avoir fait encore toutes les retouches ni toutes les corrections nécessaires et, d'ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'État se perfectionne elle-même tous les jours, j'espère seulement que le public me tiendra compte de ma bonne volonté et de mes efforts.

Source : BIU Cujas

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

§ 1. — Les caractères et l'esprit du Droit administratif français.

Le moment est bon pour saisir les caractères généraux et l'esprit du Droit administratif français, car, après s'être développé pendant un siècle d'une façon spontanée et presque instinctive conformément à son type logique, il est arrivé à une pleine conscience de lui-même. Hier encore, il était mal connu, la plupart des commentateurs du XIXe siècle ayant ignoré ses ressorts intimes ; vu du dehors comme ils le voyaient, dans l'écorce rugueuse des textes, il présentait l'image d'une réglementation chaotique ; maintenant qu'on a pu pénétrer au cœur des règles établies par la jurisprudence du Conseil d'État, éparses d'abord puis ramassées en un tout dans ces trente dernières années, il est apparu ordonné et organisé. Nous devons cette révélation à des membres éminents du Conseil d'État, particulièrement à M. Léon Aucoc dans ses *Conférences*, à M. Édouard Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux ;* leurs noms devront être longuement honorés pour cette divulgation des nouvelles actions de la loi.

Mais il faut nous hâter de saisir l'heure fugitive ; le Droit administratif français constitue pour tout jurisconsulte connaisseur une solution tellement élégante de difficultés accumulées que l'on doit craindre sa fragilité, puisqu'aussi bien toute forme de beauté est périssable. Non pas que notre droit administratif soit appelé à disparaître prochainement, c'est une plante trop robuste et trop profondément enracinée dans notre sol ; il vivra, mais par cela même qu'en durant il s'adaptera à de nouvelles exigences sociales sous l'influence de théories plus conscientes, il est dans sa destinée de dépasser le point de perfection où se trouve actuellement réalisé son type primitif ; il se déformera de lui-même comme s'est déformé le Droit romain du temps de Labéon.

I. Le Droit administratif a sa place marquée dans le Droit public général d'une nation ; c'est comme élément composant du régime d'État qu'il convient de le juger. De ce point de vue, la véritable essence du nôtre a

Source : BIU Cujas

été dégagée par l'éminent professeur de droit anglais de *All Souls Collège*, M. A. V. Dicey, dans son *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel* (1). Nous avions été frappés tous les deux en même temps des caractères originaux du droit administratif français, et M. Dicey a bien voulu faire de mes travaux une mention flatteuse, mais c'est lui qui, averti par le contraste du régime anglais et du régime français, a trouvé le mot juste. Le droit administratif français est, au point de vue du Droit public général, *un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'Administration*. Il est *un droit d'équité* au même sens que le droit d'équité anglais, parce qu'il est différent du droit commun par ses origines et par ses principes ; par ses origines, car il procède de la concession du gouvernement, tandis que la loi commune sort de la volonté populaire ; par ses principes, car il s'inspire d'autres idées sociales que de la stricte justice distributive. Il est, en outre, *fondé sur la prérogative de l'Administration*, c'est-à-dire qu'il règle les rapports de l'Administration et des administrés en admettant entre les deux parties une inégalité fondamentale, en reconnaissant que l'Administration est soustraite au droit commun, en organisant juridiquement pour elle des privilèges. M. Dicey est d'autant plus frappé de ce dernier caractère que dans les pays anglo-saxons, et spécialement en Angleterre, l'Administration ne jouit d'aucune prérogative et est entièrement soumise au droit commun (autant du moins qu'elle est soumise au droit). Il observe même assez justement que l'Angleterre n'a pas de Droit administratif et ne saurait en avoir, quelque développement que prennent ses services publics, tant que son administration n'acquerra pas des privilèges légaux, puisque les rapports de celle-ci avec les administrés seront toujours régis par le droit commun. Au contraire, tous les pays où l'Administration jouit de prérogatives légales, et ce sont à peu près tous ceux de l'ancien continent, possèdent un Droit administratif véritable (2).

Mais on ne caractériserait pas suffisamment le droit administratif français si on s'arrêtait à ces traits, quelque significatifs qu'ils soient : Jusqu'à un certain point, d'après ce qui précède, tous les droits administratifs sont fondés sur la prérogative, et en un certain sens, tous sont des droits

(1) Traduction française, Collection Jèze, 1902, p. 163 et s. ; 285 et s. ; 450 et s. ; 462 et s.

(2) La comparaison de notre Droit administratif français avec le Droit d'équité anglais et de notre Conseil d'État avec une juridiction d'équité n'est pas neuve. Nous la trouvons courante sous le second Empire : « On dit souvent, rapporte M. Aucoc, que le Conseil « d'État délibérant au contentieux est une juridiction d'équité... » et plus loin il fait la comparaison avec les cours d'équité d'Angleterre (Conclusions sous C. É., 14 janv. 1865, *Ville de Marseille*, rec. Lebon). Ce qui appartient en propre à M. Dicey, c'est la remarque que le Droit administratif français est fondé sur la « prérogative de l'Admi- « nistration ». — Quant au rapprochement des deux idées, droit d'équité et droit fondé sur la prérogative, il n'en a peut-être pas vu lui-même toute la force en ce qu'il n'a pas accordé une réalité suffisante au contenu juridique de notre Droit.

Source : BIU Cujas

d'équité, c'est-à-dire de concession. Il est essentiel d'ajouter que le droit administratif français a su trouver la conception juridique et se procurer l'organe qui devaient lui permettre de se développer vraiment comme un droit, dans la situation exceptionnelle et presque paradoxale que lui faisait la base de la « prérogative ». L'instrument ou l'organe de son développement a été la juridiction administrative, spécialement celle du Conseil d'État ; la conception juridique suivant laquelle il s'est ordonné comme un droit a été la théorie de l'acte administratif. C'est-à-dire qu'à côté des caractères intéressants pour le droit public général et le droit constitutionnel signalés plus haut, il convient de placer ceux-ci plus spécialement techniques : le Droit administratif français est un droit jurisprudentiel, prétorien, fait par le juge administratif (*judge made*), ce qui a été très bien vu encore par M. Dicey ; c'est enfin un droit organisé d'après la théorie de l'acte d'administration, c'est-à-dire de l'acte juridique. Finalement, nous sommes en présence *d'un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration, fait par le juge et organisé d'après la théorie de l'acte.*

De tous ces caractères le dernier a été jusqu'ici le moins remarqué, bien que j'aie attiré l'attention sur lui il y a déjà plusieurs années (1), il est sans doute le moins accessible et cela m'engage à y insister de nouveau, d'autant qu'il n'est pas de symptôme plus important pour dénoncer le tempérament juridique d'un droit.

Le Droit administratif français a inséré sa racine juridique dans l'acte d'administration et s'y est solidement implanté. C'a été dès le début l'acte qui s'est trouvé l'objet des réclamations et des recours. Pour des raisons politiques ce n'est pas le fonctionnaire qui a été directement responsable, c'est l'acte considéré en soi qui a répondu de sa validité ; on a fait le procès à l'acte comme le Moyen âge faisait le procès au cadavre. C'a été d'abord une sorte de droit pénal, car l'*excès de pouvoir* est un vice et comme une faute de l'acte, c'est l'acte qui est vitupéré et amendé au nom de la moralité administrative, l'annulation ou l'anéantissement de l'acte sont les pénalités. Tout de suite cependant, à côté de la question du vice de l'acte, s'est posée celle de la responsabilité d'un patrimoine, au moins en certains cas où se faisait particulièrement sentir le besoin de compensations pécuniaires ; mais il est bien remarquable que la solution n'a pas été cherchée du côté de la responsabilité du fonctionnaire qui a réellement accompli l'acte, ces poursuites de fonctionnaires ayant toujours eu chez nous des allures de représailles politiques et ayant toujours été entravées ; c'est la personne morale administrative pour le compte de laquelle l'acte avait été accompli qui fut considérée comme débitrice des dommages. Ainsi s'organisèrent parallèlement deux espèces de recours dont l'un, rigoureusement objectif, n'atteint que l'acte, dont l'autre, à travers l'acte,

(1) *Répertoire*, Béquet-Laferrière, v° *Droit administratif*.

Source : BIU Cujas

atteint la personne morale responsable. Le premier, qui est le recours pour excès de pouvoir, a pris pour domaine les actes accomplis par la *voie d'autorité*, dans l'attitude du commandement où la Puissance publique entend demeurer irresponsable; l'autre, le recours contentieux ordinaire, s'est établi dans les régions de la *gestion publique*, c'est-à-dire des actes accomplis directement pour l'exécution des services publics, où la Puissance publique accepte une responsabilité.

L'acte, ainsi muni de ses recours, est devenu le pivot de toute l'action administrative, l'Administration elle-même s'est pliée à ce que toutes ses opérations et toutes ses démarches fussent décomposées en des actes produisant des effets juridiques qui pussent être attaqués dans de certains délais, et elle s'est astreinte à marcher à pas comptés dans ses procédures, d'acte en acte, ne posant un acte nouveau que lorsque l'effet de l'acte précédent était produit, que les délais s'étaient écoulés sans réclamations ou que les réclamations étaient jugées. Tout s'est concentré sur l'acte, même les prérogatives de l'Administration qui, à bien considérer les choses, se ramènent au privilège de l'exécution préalable par lequel se manifeste la vertu exécutoire de l'acte et au privilège de juridiction pour le contentieux créé par l'acte.

Les avantages de cette construction juridique sont évidents : 1° sur le terrain neutre de l'acte toutes les défiances, toutes les susceptibilités, tous les amours-propres ont été désarmés; les fonctionnaires et les gouvernants tranquillisés sur les conséquences fâcheuses de leurs décisions, puisque c'est l'acte lui-même ou la personne morale administrative qui les supporte, ont laissé se développer les recours contentieux contre tous leurs actes, même les plus discrétionnaires; ils se sont dérobés derrière leurs actions. On aurait pu croire que cette irresponsabilité pratique des fonctionnaires aurait indéfiniment encouragé les excès de pouvoir, en réalité, elle a très promptement tourné au profit du droit, justement parce que les excès de pouvoirs ont été plus facilement réprimés sur les actes que sur les fonctionnaires (1); 2° le contentieux de l'excès de

(1) La grande divergence entre le droit anglais et le droit administratif français résulte de ce qu'en droit anglais, le fonctionnaire a toujours été responsable des violations du droit individuel qu'il pouvait commettre, tandis qu'en droit administratif français, au début il ne l'a pas été. Sans doute, depuis l'abolition de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII le fonctionnaire est chez nous responsable dans une certaine mesure, mais cette réforme s'est produite trop tard, le pli était pris, tout le besoin de représailles avait trouvé sa satisfaction dans le recours contre l'acte et dans les actions en indemnité contre l'Administration. Historiquement, l'art. 75 de la constitution de l'an VIII et la garantie des fonctionnaires sont cause, au moins autant que le principe de la séparation des pouvoirs, de la canalisation de notre droit administratif dans la théorie de l'acte. Je ne crois point que cela ait été si fâcheux. Pour son développement théorique notre droit y a certainement gagné; au point de vue pratique, je ne sais pas si nous y avons perdu. Je considère la responsabilité des fonctionnaires telle qu'elle est organisée en Angleterre comme une bonne garantie constitutionnelle, mais comme un mauvais recours administratif parce qu'elle est une trop lourde machine à remuer; elle peut

Source : BIU Cujas

pouvoir a astreint toute la voie d'autorité à des conditions étroites de légalité et de moralité, il a organisé en des constructions savantes l'observation des compétences, celle de la loi, la déontologie de la fonction; de plus il a frayé la voie au contentieux des indemnités, car il a lentement établi cette conviction que l'Administration pouvait être en faute. Sans doute, il la montrait en faute vis-à-vis d'elle-même, mais de là à la reconnaître en faute vis-à-vis des tiers, il n'y avait qu'un pas à franchir; la grande affaire était de ruiner le faux dogme de l'infaillibilité administrative, le reste dépendait de la variété des situations, un jour ou l'autre il devait se trouver des tiers dans des situations particulièrement favorables qui acquerraient des droits à indemnité; le développement des services publics, l'importance prise dans la vie moderne par la régularité de leur exécution, le fait que les administrés sont en droit de compter sur cette régularité, devait finalement amener la création de cette situation favorable aux indemnités dans de nombreuses hypothèses (1).

Il est bon d'observer que cette construction juridique établie sur l'acte est connue de tous les droits primitifs. Des actes punis parce qu'ils sont contraires à la loi, des actes privilégiés et doués de vertu exécutoire parce qu'ils expriment des volontés conformes à la loi, des actes très déterminés donnant lieu à des recours très déterminés, c'est là la technique rudimentaire du droit et de la procédure. A cette première formation en succède une seconde, celle de la personnalité juridique et du patrimoine qui, lorsque la théorie en est complètement développée, envahit le premier plan, parce que la question des responsabilités pécuniaires prime très vite dans le commerce juridique et même dans le droit pénal; alors il n'y a plus en apparence dans le champ du droit que des personnes juridiques qui s'attaquent entre elles en visant leur patrimoine. Et cependant, même alors, l'importance de l'acte juridique subsiste, bien qu'elle soit plus dissimulée; c'est toujours à raison de leurs actes que les personnes juridiques encourent des responsabilités et, dans la théorie des nullités, le droit continue à se préoccuper directement de la validité des actes (2). Le

servir à éviter les gros abus de pouvoir, mais elle ne vaut rien contre les bévues journalières de l'Administration; c'est-à-dire qu'elle laisse sans sanction l'excès de pouvoir proprement dit et la faute de service. C'est donc une garantie constitutionnelle qui a été nuisible au développement des garanties administratives. — Notre droit au contraire a su engendrer des garanties administratives pour la bonne gestion des affaires; il est vrai qu'il nous laisse exposés à quelques abus de pouvoir, mais nous verrons plus loin que l'on pourrait facilement remédier à ce défaut, et il faut bien savoir aussi que, dans une administration très développée, les bévues journalières sont un mal qui, si on le laissait devenir chronique, serait très pénible.

(1) C'est ainsi, par exemple, que les indemnités pour avaries aux navires, résultant de fausses manœuvres des officiers de police des ports, ont été accordées d'abord *à des étrangers*, par suite évidemment de considérations de politique commerciale, puis étendues à nos nationaux.

(2) Ce processus des droits primitifs a été suffisamment mis en lumière par l'étude

Source : BIU Cujas

Droit administratif français, relativement très jeune est à la période de transition, entre le stade de l'acte et celui de la personnalité juridique. Il y a de bonnes raisons de croire qu'il conservera longtemps la forte base de l'acte juridique, d'abord parce que les matières de police et d'autorité résisteront à l'envahissement de la responsabilité pécuniaire et de la personnalité juridique qui l'accompagne, ensuite parce que les privilèges d'exécution préalable dont est doué l'acte administratif lui donnent une solide réalité. Dans tous les cas, la loi du 17 juillet 1900 vient de procurer son achèvement à la théorie de l'acte, en corrigeant son seul inconvénient sérieux qui était la possibilité pour l'Administration d'arrêter tout le mouvement de la machine juridique par le refus de faire l'acte qu'on lui demandait et qui seul pouvait donner l'impulsion (1).

Je n'oserais dire que de tous les Droits administratifs fondés sur la « prérogative », le Droit administratif français soit le plus avantageux au point de vue pratique ; en cette matière les comparaisons sont difficiles car, suivant les mœurs des pays, les institutions ont des rendements très différents ; mais ce qu'on peut, je crois, avancer, c'est que du moins il réalise le type technique le plus pur de cette espèce de droits. Il est reconnu à peu près unanimement qu'aucune juridiction administrative spéciale n'est aussi fortement organisée que notre Conseil d'État, qu'aucune institution ne pénètre l'action administrative, pour y porter la lumière de l'examen contentieux, aussi profondément que le fait notre recours pour excès de pouvoir. Je crois bien aussi qu'en aucun pays la théorie de l'acte administratif ne s'est autant développée et n'a permis d'organiser, après un aussi efficace contrôle de la légalité, une assurance aussi large d'indemnités pécuniaires. Il y a deux correctifs de la prérogative de l'Administration réclamés par l'instinct populaire, dont on peut formuler le sentiment à l'égard de la Puissance publique en ces deux brocards : « qu'elle fasse, mais qu'elle obéisse à la loi — qu'elle fasse, mais « qu'elle paye le préjudice ». On ne saurait satisfaire plus directement ni plus complètement à ce double désir de justice que n'y a réussi la théorie de l'acte d'administration de notre Droit français.

II. Cette construction juridique, si remarquable au point de vue technique et strictement administratif, que vaut-elle pour la liberté ? Question grave et à laquelle, au premier abord, la réponse paraît peu satisfaisante. Une Puissance publique armée de prérogatives légales, qui exécute toutes ses volontés d'une façon préalable, les réclamations des adminis-

de l'ancien droit romain ; c'est également par la théorie de l'acte que les droits spéciaux se distinguent du droit commun et déterminent leur matière ; c'est par l'acte de commerce que se détermine le domaine du droit commercial, de même que celui du droit administratif se détermine par l'acte d'administration.

(1) La loi du 17 juillet 1900 assimile à une décision de rejet, par suite à un acte, le silence gardé pendant un certain temps par l'administrateur auquel on a adressé une réclamation.

Source : BIU Cujas

trés n'intervenant que contre l'acte accompli sans pouvoir en arrêter l'exécution, les réclamations portées devant un juge spécial qui appartient à l'Administration, au moins d'une façon latérale, et qui applique des règles posées en grande partie par des règlements administratifs; tout cela ressemble singulièrement au régime du bon plaisir ou du bon Tyran. Où est là-dedans le droit individuel opposable et que devient la liberté? Ce juge administratif qui ne peut même pas contraindre l'Administration à exécuter son jugement n'est pas un juge, ce Droit concédé n'est pas un droit, ce citoyen français qui, dans la vie privée, a des droits opposables n'en a point dans la vie administrative et, là, n'est pas encore affranchi du servage. Ainsi raisonnent les constitutionnels.

Avant de discuter directement leurs griefs, observons de plus près les faits. En réalité, sauf certains ennuis provenant de la complication des compétences et des embûches des conflits, qu'il serait facile de faire disparaître, les Français, pour le train ordinaire des choses, ne souffrent point de leur régime administratif; ils n'ont point le sentiment que le Conseil d'État ne soit pas un juge, ou que les droits à indemnité qu'on leur reconnaît soient moins bons parce qu'on les leur concède. Je sais bien qu'il y a des peuples qui sont dans les fers « et qui ne s'en doutent pas », mais il y a aussi des jurisconsultes du droit constitutionnel qui raffinent sur la liberté et se persuadent aisément qu'il n'existe qu'une espèce de garantie alors qu'il y en a de beaucoup de sortes. Les Français sont très sensibles aux principaux avantages de leur système; il leur plaît de pouvoir attaquer au contentieux tous les actes de l'Administration sans exception, et leur satisfaction est grande quand ils peuvent en faire annuler un; ils ne dédaignent pas non plus les larges indemnités pécuniaires par lesquelles se compensent beaucoup des inconvénients de la Puissance publique; enfin il faut bien noter que l'on a admis à la prérogative de l'Administration l'exception qu'il fallait pour la faire accepter d'une nation de petits propriétaires, la prérogative cède devant la propriété privée, au moins quand il s'agit de dépossession définitive, le préalable passe ici du côté de la propriété et la juridiction administrative s'efface devant le juge de droit commun; on est aussi protégé contre l'arbitraire des règlements de police par cette règle que les tribunaux de droit commun, chargés d'en assurer l'application, ont le droit d'en apprécier la légalité ou l'illégalité. Il faut tenir compte de ces côtés pratiques du système, ils ont pour nous plus d'importance que le plus ou moins de liberté avec lequel on peut poursuivre le fonctionnaire, puisque le fonctionnaire n'est rien et que son acte est tout.

Je parle du train ordinaire des choses, mais on accuse la Puissance publique d'être sujette à des accès et notre régime administratif de ne pas comporter de garanties suffisantes pour les droits les plus élémentaires des citoyens dans les occasions exceptionnelles; des exécutions sont faites par voie de haute police qui entraînent des violations de do-

Source : BIU Cujas

micile et de propriété et il ne se trouve pas de juge qui puisse être saisi en temps utile de recours, par conséquent la garantie de l'intervention du juge manque. Ce reproche est grave. Dans un instant nous verrons que la lacune qu'on signale pourrait être comblée dans une certaine mesure et qu'il ne serait pas impossible de trouver un juge pour les cas exceptionnels. Pour le moment, observons que ces crises même ont une tendance à disparaître. Elles se localisent visiblement dans les affaires de politique religieuse, or, d'une part, nos difficultés religieuses procèdent d'une certaine mentalité spéciale aux pays catholiques latins qui ne tardera pas à se modifier sous la pression du catholicisme universel; d'autre part, les querelles de la politique intérieure perdront de leur intérêt, et par suite de leur intensité, comme elles en ont déjà perdu dans les pays qui sont entrés résolument dans la voie de la politique d'affaires. On doit compter ici sur une transformation de l'esprit public aussi rapide que celle qui s'est produite dans les pays anglo-saxons; les habitudes coloniales et cosmopolites, la préoccupation grandissante des problèmes internationaux, les difficultés réelles de l'aménagement économique créeront de nouvelles mœurs. Ce jour-là, notre régime administratif aura perdu son apparence inquiétante, ses avantages juridiques lui resteront et l'on s'apercevra en outre qu'il répond avec une sincérité admirable à la réalité du fait de la multiplication des services et de leur centralisation.

Car c'est l'aspect le plus important du problème. Non seulement, en France, nous avons tiré de la « prérogative » le parti juridique le meilleur, mais nous croyons avoir bien fait d'admettre la prérogative, parce que cette solution est demandée par la centralisation administrative et que la centralisation nous paraît nécessaire. Je ne sais pas si, avec le développement continu des services publics, la centralisation administrative ne s'imposera pas à bref délai à toutes les nations civilisées, il ne sert de rien de prophétiser; mais ce qui est clair, c'est que nous qui la possédons, nous ne l'abandonnerons pas. La centralisation des services vers laquelle nous sommes orientés sans déviations sensibles depuis plus de deux siècles répond à un besoin fondamental de notre esprit, la simplicité, la clarté, la logique... Que toutes les fonctions administratives soient concentrées, que pour toutes les affaires avec l'administration on puisse s'adresser au même lieu, à la mairie, à la préfecture, au ministère, que tous ces centres soient hiérarchisés et communiquent entre eux comme les postes d'un même réseau téléphonique, qu'à tous les guichets on retrouve en somme le même interlocuteur, que pour toutes les entreprises que l'on fait, il y ait des formules connues et des procédures qui se déroulent toutes seules, que le jeu de cette machine soit à peu près gratuit et ne nécessite que quelques démarches, tout cela constitue une commodité de la vie dont nous ne saurions plus nous passer. Il faut bien savoir que la décentralisation véritable, c'est de la complication et des débours,

Source : BIU Cujas

parce que c'est l'obligation de s'adresser pour la moindre affaire administrative à des bureaux spéciaux qui ne correspondent pas entre eux, dont les prétentions à l'autonomie se traduisent par des formalités, des lenteurs, des allées et venues, des frais coûteux ; c'est en outre, pour l'administré, l'obligation d'organiser lui-même la procédure de son affaire, de provoquer, pour suppléer à l'absence d'initiative administrative, un mouvement d'opinion en faveur des entreprises d'intérêt général les plus urgentes, de solliciter un à un tous les actes, de s'ouvrir comme un pionnier la hache à la main un chemin inexploré. Dans ces conditions, une entreprise comme la construction d'un réseau de tramways ou d'un canal d'intérêt local devient une expédition antarctique aux ravitaillements compliqués (1). Nous ne connaissons plus en France la décentralisation réelle, car celle de nos départements et de nos communes est purement apparente, tous ces rouages sont engrenés dans la même machine politico-administrative ; si l'on nous rendait l'autonomie véritable des corps locaux et spéciaux avec les déperditions d'efforts et les à-coups qu'elle entraîne, nous n'en voudrions plus. La vérité est que la centralisation administrative nous a fait cette atmosphère de vie facile, cette sécurité, cette circulation des hommes et des choses avec de faibles péages et, pour ainsi dire, avec un minimum de pesanteur, qui donnent au séjour de la France tant de charme et de vertu reposante.

Mais la centralisation se paie ; d'une part, elle donne à l'Administration et, par suite, au Gouvernement, un grand pouvoir par la concentration des fonctions et de l'autorité qu'elle entraîne ; d'autre part, elle crée une sorte de nécessité d'exercer ce pouvoir pour assurer la régularité des services. C'est un fait auquel on ne saurait accorder trop d'importance que dans les pays où les services publics sont concentrés et agencés, ils deviennent une condition de la vie sociale dont les individus ne savent plus se passer ; leur régularité ordinaire fait d'eux un élément du milieu, une sorte d'air respirable, de telle façon que leur interruption accidentelle deviendrait une calamité ; en outre, dans cette grosse entreprise des services publics, des avances considérables sont engagées, des intérêts particuliers sont suspendus. En somme, les nécessités de la gestion des services justifient

(1) V. l'instructive histoire de la création du canal de Manchester avec les démarches et les frais que la préparation administrative de l'affaire a coûtés (*Illustrated History of the Manchester ship canal :* 1° Article de W. H. Linton sur le mouvement d'opinion préparatoire et ses pionniers ; 2° article de W. Burnett Tracy sur l'histoire du développement du canal). Comme il n'y avait aucune organisation administrative pour prendre en mains la création de ce canal, ni aucune procédure administrative tracée, un comité d'initiative se constitua, provoqua des pétitionnements et fit les démarches nécessaires pour obtenir du Parlement des actes spéciaux. Le comité provisoire a dépensé pour obtenir l'acte parlementaire initial 172.000 £ (4.300.000 fr.) ; les dépenses des promoteurs et adversaires en enquêtes, meetings, etc..., sont estimées à 500.000 £ (12.500.000 fr.) ; pendant l'enquête parlementaire 87.932 questions ont été posées, le tout pour un canal de 50 kilomètres.

Source : BIU Cujas

elles-mêmes l'emploi d'une police pour en assurer la régularité, et le privilège du préalable, qui signifie d'une certaine façon que la continuité du service public doit être obtenue par l'obéissance préalable de tous aux ordres de l'Administration, naît spontanément. Ne voyons-nous pas dans les conflits entre patrons et ouvriers surgir cette même question du préalable? Lorsqu'une exploitation industrielle importante, une de celles qui normalement ne s'arrêtent jamais, a été interrompue par une grève, ne voyons-nous pas la compagnie minière ou métallurgique déclarer qu'elle est prête à examiner les griefs de ses ouvriers et à discuter avec eux, mais à une condition, c'est qu'au préalable ils reprennent le travail pour assurer le service? Dès maintenant, il paraît clair que l'institution de l'arbitrage dans les grèves ne sera acceptée par les compagnies patronales qu'à la condition qu'elle comporte pour les ouvriers l'obligation de la reprise préalable du travail. Il ne faut voir dans cette exigence, ni amour propre mal placé, ni exercice abusif du pouvoir; il y a simplement le sentiment d'une nécessité qui pèse sur l'industrie, celle d'assurer dans l'intérêt de tous la continuité et la régularité d'un fonctionnement; or, cette même nécessité pèse sur l'Administration centralisée, qui n'est au fond qu'une entreprise plus vaste de services plus primordiaux.

Comment s'étonner que notre droit administratif ait organisé en prérogative légale une nécessité aussi évidente et quel autre parti restait-il libre d'adopter? Pouvait-il nier ces exigences et soumettre l'Administration au droit commun? Ce n'eût été qu'un inutile mensonge ; le droit commun est fait pour des parties de puissance égale et de besoins égaux ; ici, la Puissance publique, gérante d'une Administration centralisée, est visiblement inégale aux administrés en pouvoirs et en besoins, la balance de l'égalité ne pouvait jouer. On a pris le seul parti possible, on a reconnu que la Puissance publique était inégale aux particuliers, on a consacré légalement ses prérogatives de façon à pouvoir en même temps les limiter, mais, dans la mesure de ces prérogatives, pour l'établissement des rapports de droit avec les administrés, on s'en est remis à l'esprit de concessions de l'Administration.

On a fait ainsi œuvre de sincérité et aussi de sagesse. Il ne sert de rien au plus faible de prendre vis-à-vis du plus fort l'attitude de la résistance et de la lutte, il lui sert au contraire beaucoup de prendre celle de la sujétion. Dans la lutte, les puissants défendent leurs prérogatives, dans la détente de la soumission ils sont les premiers à y renoncer; cela tient à ce que leur pouvoir, ne trouvant plus d'emploi dans des résistances à vaincre, en cherche dans des chartes à accorder. Dans le régime de la Puissance publique on joue à qui perd gagne et le régime tout entier repose sur le principe de contradiction. Il faut bien, d'ailleurs, que nous soyons en quelque chose les sujets de l'État, et il n'y a aucun déshonneur à l'être en fait d'Administration, si du moins nous sommes per-

Source : BIU Cujas

suadés que la véritable fonction de l'État est de nous créer un bon régime de vie par un bon régime administratif; nous ne nous soumettons ainsi que pour notre bien.

Tout compte fait, notre calcul n'a pas été mauvais. La Puissance publique est entrée si rapidement dans la voie des concessions que notre Droit administratif a déjà mérité d'être comparé à un droit d'équité qui se superpose au droit commun pour toute une moitié de la vie. Plus nous nous sommes abandonnés à elle, plus elle nous a fait de largesses; elle s'est humanisée au point de reconnaître que, dans la gestion des services publics, nous sommes des collaborateurs et que nous en avons les droits. Ce résultat est peut-être dû en partie à l'esprit de contradiction qui, avec le besoin de simplicité, est un des traits de notre caractère national et qui, nous poussant à donner d'autant plus qu'on nous demande moins, nous procure une sorte de générosité, mais, en soi, et à quelque cause qu'il soit dû, on ne peut nier qu'il ne soit satisfaisant.

III. Je suis donc un partisan déterminé de notre droit administratif français. J'en aime les théories ingénieuses et j'accepte qu'il soit fondé sur la prérogative de l'Administration, puis qu'aussi bien cela paraît être le parti le plus sage. Je l'admire, d'ailleurs, pour sa vitalité et je m'émerveille qu'à notre époque de codification à outrance, un droit jurisprudentiel aussi spontané ait pu s'organiser dans les interstices des lois. Mais aucune admiration ne doit être aveugle, ce Droit n'est point parfait, il présente des défauts indéniables, auxquels je prétends simplement qu'il peut être porté remède par le développement de ses propres principes.

Du côté des garanties de la liberté individuelle et de la propriété, un progrès pourrait être réalisé par l'institution d'une sorte de référé. On sait à quoi sert dans la vie civile le référé, à trancher les questions urgentes et provisoires, tout en réservant le fond de l'affaire (art. 806 et s., C. pr. civ.), telle est cette ordonnance par laquelle le juge assigne provisoirement aux époux des habitations séparées ou statue sur la garde des enfants en attendant le prononcé d'un divorce (art. 236 et 238, C. civ.). Dans la vie administrative les questions urgentes et provisoires se présentent souvent et il faut reconnaître qu'il n'y a pas de juge auquel les administrés puissent s'adresser pour les faire trancher; l'Administration les tranche elle-même en exécutant ses décisions par mesure de haute police ou en apportant spontanément un sursis à leur exécution. C'est ainsi, par exemple, que dans l'opération administrative des laïcisations d'écoles congréganistes, l'arrêté du préfet décidant que telle école sera laïcisée va soulever dans son exécution une question provisoire de local. Il se peut que l'école congréganiste, tout en étant communale, ne soit pas logée dans un bâtiment de la commune, mais dans une maison appartenant à la congrégation ou à un tiers ou tout au moins donnée à la commune sous des conditions précises d'emploi; laïciser cette école, cela signifie substituer un instituteur laïque au congréganiste sans inter-

Source : BIU Cujas

rompre le service. A ces fins, au lieu de se procurer par location ou autrement un nouveau local, l'Administration préfectorale estime plus opportun souvent d'expulser le congréganiste de l'ancien et d'y installer l'instituteur laïque. Notez que la condition juridique de ce local peut être douteuse, qu'il y a lieu au fond de rechercher exactement à qui il appartient et si la commune ne peut pas en disposer; mais, en attendant l'issue de ce procès qui peut être lointaine, c'est la situation provisoire qu'il s'agit de régler. On voit que l'Administration la règle elle-même et de quelle façon, le domicile et la propriété sont pris de force. Cette solution n'est évidemment pas satisfaisante; il ne suffit pas qu'il y ait un juge pour le procès définitif, il en faut un aussi pour le provisoire; il faut un juge des référés qui, dans les 48 heures, ou du moins dans les 8 jours, puisse rendre une ordonnance et qui évite l'emploi du commissaire de police et du serrurier. Il est acquis aujourd'hui qu'avec notre législation actuelle, ce juge des référés ne peut pas être le président du tribunal civil; l'autorité judiciaire n'est gardienne de la propriété privée qu'en ce qui concerne la dépossession définitive, elle ne l'est pas en ce qui concerne la dépossession provisoire et, dès lors, le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit de s'immiscer dans l'exécution d'un acte administratif qui n'entraîne que la dépossession provisoire. Mais si l'on ne veut pas modifier la législation dans le sens de la compétence de l'autorité judiciaire, il y a la ressource de la juridiction administrative. Pourquoi le vice-président du Conseil d'État ou le président de la section du contentieux ou le vice-président du Tribunal des conflits ne seraient-ils pas dotés d'une compétence pour les référés? Ce n'est pas le lieu ici d'étudier complètement la question, mais je puis au moins signaler dans le sens de cette réforme des précédents et une amorce. Les précédents sont que quelquefois, dans des cas qu'il jugeait lui-même douteux et où il fallait exécuter une même mesure contre une série d'intéressés, le Gouvernement a pris le parti de n'exécuter d'abord la mesure que contre quelques intéressés, dans l'espoir que ceux-ci saisiraient le Conseil d'État de recours et feraient juger la question de légalité; il a ainsi lui-même exprimé le désir de faire intervenir un juge avant l'exécution complète. L'amorce est que le Conseil d'État saisi d'un recours contre une décision administrative a le droit, dont il n'use guère, d'ordonner le sursis à l'exécution. Pour être efficace, il est clair que cette juridiction des référés devrait être créée par la loi et confiée comme un pouvoir nouveau à un juge administratif placé le plus haut possible; je ne crois pas qu'on puisse l'attendre d'un développement de jurisprudence, bien que le référé existe déjà en matière de travaux publics. Mais, d'un autre côté, les publicistes et les législateurs qui cherchent des garanties feront bien de regarder de ce côté. A ceux qui trouveraient que c'est peu et qui se défieraient de l'indépendance de ce juge administratif, je répondrai que la fonction fortifie l'organe et que très vite cette juridiction-là de-

Source : BIU Cujas

viendrait une garantie tout aussi sérieuse que les autres. A ceux qui trouveraient au contraire que c'est trop et qu'il ne subsisterait pas assez de la prérogative de l'Administration, je répondrai que cet emploi du référé serait limité aux cas de dépossession provisoire d'une propriété et de violation d'un domicile, et il me semble que la Puissance publique se doit à elle-même de garantir aux citoyens la paisible possession comme elle leur a garanti la paisible propriété.

Le besoin d'un peu plus de garanties pour la liberté n'est pas le seul qui se fasse actuellement sentir dans notre droit administratif, il y a celui d'un peu plus de simplicité et de facilité pour son maniement quotidien. La construction technique de ce droit est très intéressante pour qui a la patience de l'étudier, le mécanisme en est même aisé pour qui veut bien en apprendre le jeu. Mais il n'en reste pas moins que cela est spécial, très différent du droit commun, et que cela demande un apprentissage, donc un effort supplémentaire. Ce n'est pas seulement un inconvénient, c'est un danger, car ceux à qui cet effort répugne se justifient en attaquant et en dénigrant le système. La grande majorité des avocats déclarent ne rien comprendre au droit administratif, le public l'ignore, quant aux jurisconsultes et aux interprètes, beaucoup d'entre eux ne veulent pas entrer dans la *conception administrative du droit administratif*, c'est-à-dire dans la conception jurisprudentielle et par là même réelle, dès lors ils travaillent à la déformer et, selon leurs tendances d'esprit, les uns *civilisent* le droit administratif, les autres l'*anglicisent*. En réalité, le Conseil d'État est isolé et soutient la conception traditionnelle de notre droit par son seul effort. C'est une tâche à laquelle il n'a point failli jusqu'ici, malgré quelques furieux assauts, et pour laquelle il est armé, mais qui devient de jour en jour plus périlleuse, à mesure que l'appareil législatif devient lui-même plus impulsif, car une petite loi imprévue et rapidement votée, fruit d'une coalition de rancunes, peut venir bouleverser tout le contentieux.

Si l'on veut sauver l'essence de notre droit administratif, il est urgent de le simplifier de façon à réduire ce qu'il a de spécial à très peu de chose et à rendre son maniement encore plus aisé. Ce qu'il y a d'irréductible en lui, c'est la procédure de l'acte et la compétence administrative. J'estime que la procédure de l'acte a été rendue parfaite ou à peu près par la loi du 17 juillet 1900 qui a assimilé à une décision de rejet le silence gardé pendant quatre mois par un administrateur sur une réclamation. Il sera facile de faire comprendre au public cette idée simple que l'on ne peut plaider contre l'Administration qu'à l'occasion d'un acte, qu'il faut au préalable obtenir un acte sur le point litigieux, que pour cela il faut former une réclamation, et que si l'on n'obtient pas de décision positive, après quatre mois écoulés, on peut quand même intenter son recours. Sur ce point donc on a satisfaction, mais il reste maintenant à débroussailler la compétence. Malgré les efforts de coordination que l'on a

Source : BIU Cujas

faits il faut simplifier et coordonner encore, car il subsiste des incohérences ; beaucoup sont dues à d'anciens textes dont il y aurait lieu de préparer la revision. Le partage d'attributions est une conséquence inéluctable de la séparation des pouvoirs, il se formule en quelques principes assez nets, mais c'est la liste des exceptions injustifiées qu'il faudrait alléger.

Enfin, l'organisation de la juridiction administrative elle-même laisse à désirer, en ce sens que le vrai juge du contentieux ordinaire, le seul en qui les justiciables aient confiance, le Conseil d'État, est trop loin d'eux. C'est la grave question, sans cesse soulevée et jamais réglée, de la réorganisation des conseils de préfecture et de leur institution comme juges du premier degré du contentieux administratif. J'exprimerai encore sur ce point une opinion. Si l'on veut que la réforme aboutisse, il faut, obéissant à la loi du moindre effort, accepter les conseils de préfecture tels qu'ils sont, à raison d'un par département et avec leur recrutement actuel, seulement on peut et on doit les encadrer. Il faudrait dans les affaires administratives distinguer un petit et un grand contentieux ; le petit contentieux serait jugé par les conseils de préfecture dans les formes actuelles ; le grand contentieux, qui serait essentiellement celui des marchés administratifs et des réclamations en indemnité, serait jugé en des assises semestrielles où le conseil de préfecture serait présidé par un maître des requêtes au Conseil d'État qui aurait au préalable étudié les affaires. Ainsi les maîtres des requêtes reprendraient leurs primitives *chevauchées* rendues singulièrement rapides par nos moyens de locomotion ; le Conseil d'État régénérerait peu à peu les conseils de préfecture sur lesquels s'exercerait efficacement son contrôle, et le justiciable, dans le conseil de préfecture qui est à sa portée, retrouverait un peu du Conseil d'État avec, en plus, la garantie du Conseil d'État tout en entier en appel.

On le voit, toutes les réformes que nous préconisons se ramènent à un développement des pouvoirs du juge administratif, nous nous tenons ainsi dans la logique de l'évolution ; si les prérogatives de l'administration doivent se restreindre, c'est-à-dire si la vertu exécutoire de l'acte doit faiblir, il est naturel que le pouvoir perdu passe au juge et celui-ci, étant donnés les précédents historiques, ne saurait être que le juge administratif.

§ 2. — De la méthode à employer dans l'étude du Droit administratif français.

Il y a deux méthodes admissibles dans les choses du Droit, et qui d'ailleurs sont l'une et l'autre employées dans des branches du Droit différentes : ou bien on peut considérer les faits juridiques comme le résultat de forces dans lesquelles n'agit aucune volonté consciente et derrière lesquelles ne se cache aucune personnalité responsable, c'est ainsi par exemple que sont envisagées en Droit constitutionnel les rela-

Source : BIU Cujas

tions des Pouvoirs publics ; ou bien on peut regarder les actes juridiques comme l'exercice de volontés conscientes appartenant à des personnes responsables, c'est ainsi que sont envisagées en Droit civil ou en Droit commercial les relations entre particuliers. C'est-à-dire qu'étant donné un même fait, l'acte juridique, ce fait peut être vu sous deux angles différents, selon que l'on se place dans l'hypothèse de la force aveugle ou dans celle de la volonté responsable. La seconde de ces méthodes est *subjective*, puisqu'elle suppose dans les relations sociales des sujets responsables, la première est *objective*, puisqu'elle ne suppose point l'action de sujets et qu'elle s'en tient à l'apparence de faits objectifs se produisant par une sorte de nécessité extérieure.

La question est de savoir laquelle de ces deux méthodes est applicable au Droit administratif ou si, peut-être, d'une certaine façon, toutes les deux ne le sont pas à la fois. Depuis quelque temps la méthode subjective, envisagée dans ses emplois généraux, a ce qu'on peut appeler une « mauvaise presse ». Elle avait été, durant de longues années, triomphante jusqu'à l'excès; une virulente attaque de Ihering dans son *Zweck im recht* a déterminé une campagne de réaction; en Allemagne l'influence de l'illustre jurisconsulte hanovrien commence à diminuer, mais en France elle augmente et, coup sur coup, plusieurs œuvres de grande valeur sont venues troubler la quiétude des esprits (1). — Il n'est pas inutile d'examiner le problème de méthode que ces travaux soulèvent et d'essayer de mettre au point une solution, au moins en ce qui regarde la matière spéciale du droit administratif.

Si l'on observe la conduite instinctive des interprètes du Droit, il est une remarque qui s'impose et que nous avons déjà faite, c'est que dans les régions du Droit privé, particulièrement en Droit civil et en Droit commercial, la méthode subjective est universellement employée, que les rapports juridiques sont organisés sur la base de la responsabilité du sujet et d'une responsabilité qui atteint celui-ci dans les éléments même de sa personnalité juridique, dans son patrimoine; c'est qu'au contraire, à l'autre pôle, dans les régions du Droit public pur, particuliè-

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé*, 1899 ; Deslandres, *La crise de la science politique*, extrait de la *Revue du Droit public*, 1902 ; Duguit, *L'État, le Droit objectif et la loi positive*, 1901 ; *L'État, les gouvernants et les agents*, 1902. Ces œuvres ne présentent pas toutes le même caractère : Celle de M. Gény, spéciale au Droit privé, est une œuvre critique aux conclusions modérées et l'on peut seulement lui reprocher de n'avoir pas suffisamment réservé à la méthode subjective le domaine nécessaire qui lui appartient sous de certaines conditions ; les articles de M. Deslandres sont spéciaux à la politique et au Droit constitutionnel, l'auteur fait surtout à l'emploi de la méthode subjective en Droit public des objections pratiques et la croit dangereuse pour la liberté, par cela même qu'elle arme l'État de droits précis; quant à l'œuvre de M. Duguit, plus radicale, elle contient un essai de construction positive des rapports de Droit vus uniquement du point de vue objectif; elle a une portée générale bien qu'on y puisse remarquer la prépondérance des préoccupations constitutionnelles.

Source : BIU Cujas

rement du Droit constitutionnel, la méthode objective est d'un emploi non moins universel, les rapports juridiques étant organisés sur la base de l'irresponsabilité personnelle des gouvernants, la seule responsabilité réelle étant ce qu'on appelle la responsabilité politique, c'est-à-dire la perte du pouvoir, qui n'atteint le sujet dans aucun des éléments de sa personnalité juridique ni de son patrimoine. Il y a dans cette observation une indication précieuse, un fait d'une importance capitale, à la condition de savoir l'utiliser; mais ce n'est pas en ramenant violemment à l'unité cette dualité de tendances, en essayant d'imposer au Droit constitutionnel la conception subjective, ou au Droit civil l'objective, que l'on arrivera à la vérité, il ne sert à rien de violenter les faits. Les faits nous signalent une opposition de tendances et de méthodes à la fois générale et persistante, acceptons par hypothèse cette opposition, supposons pour un instant qu'elle répond à quelque nécessité psychologique profonde, d'autant qu'elle est instinctive, et tâchons d'en dégager les raisons.

Observons d'abord attentivement la relation qui peut exister entre le Droit privé et la conception de la personnalité responsable. Le Droit privé est essentiellement celui du commerce des échanges, du moins il l'est devenu de plus en plus, les questions d'argent ayant pris une importance de plus en plus grande, même dans les relations de famille, au détriment du pouvoir pur. Or, le commerce des échanges ou commerce pécuniaire suppose en effet nécessairement des personnes responsables et des patrimoines, par conséquent, toute la technique de la méthode subjective. Le commerce des échanges repose sur un certain nombre de postulats : l'appréciation de la valeur pécuniaire des choses échangées, la garantie de la validité des prestations fournies, le principe de la compensation pécuniaire pour tout dommage causé. Chacun de ces postulats postule à son tour la personnalité subjective des agents et l'existence de leur patrimoine. L'appréciation pécuniaire des choses échangées, c'est-à-dire l'appréciation de leur valeur économique, est au premier chef une opération subjective, la valeur d'usage qui est le support indispensable de la valeur d'échange étant fondée sur les besoins, sur les désirs de jouissance, sur l'utilité finale que les choses présentent pour la satisfaction des besoins, c'est-à-dire sur ce qu'il y a de plus subjectif dans l'homme; chacun pèse et juge avec ses désirs, ses passions, ses appétits, son esprit de spéculation et aussi avec son argent, avec les capacités de son patrimoine; l'obligation de garantie se ramène à une dette d'argent et il est bien impossible de concevoir la dette sans la personnalité juridique du débiteur; enfin le principe des compensations pécuniaires pour les dommages suppose le mécanisme des patrimoines dont l'un a été appauvri et demande à être ramené à son état primitif, tel un organisme vivant qui, après une perte de substance, aspire à être ramené par des échanges de nourriture à son état de tension. On a beau chercher, on ne

Source : BIU Cujas

voit pas, ni que le commerce des échanges puisse renoncer à ses postulats, ni qu'une conception technique autre que celle de la personnalité juridique puisse y satisfaire plus commodément et plus complètement. Après cela, peu importe que l'on qualifie cette construction subjective de simple procédé ou que, dans des hypothèses exceptionnelles, on puisse avec beaucoup d'ingéniosité la remplacer par d'autres moyens juridiques qui seront à la nature ce qu'était le canard de Vaucanson, il n'en reste pas moins que pour la grande généralité des cas, dans les relations du commerce des échanges, elle est le procédé naturel, donc nécessaire.

Si maintenant, passant à l'autre partie du Droit, nous observons les relations de la politique qui constituent le domaine du Droit constitutionnel, nous sommes frappés par la répugnance que montrent les hommes à y engager leur responsabilité pécuniaire. On a vu des hommes politiques profiter de leur passage au pouvoir pour s'enrichir, on en a vu quelques-uns s'y appauvrir parce qu'ils donnaient généreusement, mais on n'a jamais vu s'établir en fait de corrélation juridique sérieuse entre une faute politique et une responsabilité pécuniaire. Il existe bien dans notre Droit constitutionnel une théorie de la responsabilité pécuniaire des ministres, elle repose même sur des textes, mais elle n'a jamais fonctionné ; on en donne des raisons qui n'en sont pas; la raison véritable c'est que pareille responsabilité est impossible, c'est qu'il y a une telle disproportion entre la faute politique commise et ses conséquences pécuniaires que l'on ne peut pas faire jouer le mécanisme des misérables patrimoines privés ; une erreur de signature du ministre peut entraîner pour l'État une perte de plusieurs millions, mais il n'y a pas de comparaison possible entre le patrimoine de l'État et celui du ministre, à ce point de vue le patrimoine de l'État est hors du Droit commun des échanges et des compensations pécuniaires. C'est donc un fait que dans les relations de la politique les hommes engagent leur ambition, leur réputation, leur honneur, leur vie quelquefois, mais qu'ils n'engagent point leur patrimoine, ni leur fortune pécuniaire, sauf de très rares exceptions. La politique n'admet pas non plus d'une façon courante les compensations pécuniaires pour les pertes de pouvoir; ni les pouvoirs, ni les fonctions publiques ne sont des marchandises qui s'achètent, cela n'est pas dans le commerce, ou du moins cela ne doit pas y être. Il est résulté de là que dans le droit constitutionnel on n'a pas eu besoin de la construction subjective qui n'aurait eu aucun emploi ; n'admettant pas de responsabilités pécuniaires individuelles, on n'en a pas non plus introduit de collectives, on n'a pas imaginé que les conflits des pouvoirs publics pussent se régler par de l'argent et que, par exemple, après une dissolution injustifiée de la Chambre des députés, la Présidence de la République put être condamnée à payer une indemnité à la questure du Palais-Bourbon.

Les relations de la politique et du Droit constitutionnel, qui sont ainsi en dehors du commerce des échanges, sont restées sous l'empire des

Source : BIU Cujas

forces objectives et il faut bien comprendre ce que cela signifie. Cela veut dire que le commerce des échanges est remplacé ici par l'équilibre des pouvoirs. Or rien n'est objectif, c'est-à-dire rien n'est indépendant du sujet humain comme le pouvoir. Le pouvoir politique n'est pas propre à celui qui l'exerce, il lui est donné par l'organisation sociale, en fait de pouvoir propre nous n'avons que celui de la propriété ; hors la propriété, le pouvoir nous vient du dehors, ce n'est pas comme nos besoins qui nous sont toujours propres ; même dans l'exercice de ce pouvoir qui lui est donné, l'homme de Gouvernement n'a qu'une part infime de liberté, la plupart de ses décisions lui sont dictées par les circonstances. Il y a réellement dans les régions du Pouvoir, un mécanisme social, une force des choses, qui sans doute existent aussi dans les relations de la vie privée, mais qui y sont moins apparentes, et cela se conçoit : dans les régions de la politique, la chose collective est là tout près qui s'organise directement, tandis que, dans celles du commerce des échanges, elle s'organise indirectement d'une façon lointaine à travers les allées et venues des individus.

On pourrait philosopher plus longuement sur ces observations élémentaires, établir en pied l'opposition qu'il y a entre l'appareil économique, qui est celui des besoins humains et qui est éminemment subjectif, et l'appareil politique qui est celui des pouvoirs humains, qui est au contraire éminemment objectif ; le contraste se ramène, on le voit, à celui de l'économie politique et de la politique, des besoins et du pouvoir ; mais nous avons beaucoup moins à tirer au clair des notions abstruses qu'à constater que la conduite instinctive des jurisconsultes dans l'application des méthodes s'explique par la contradiction des choses et que celle-ci est en effet fondamentale.

S'il existe ainsi, comme je le crois, dans la méthode juridique, un pôle positif et un pôle négatif, si les attractions se partagent entre la construction objective constitutionnelle et les pesées subjectives du commerce privé, à quelle attraction va obéir le Droit administratif? Il est d'une nature mixte, car il y a en lui à la fois de la Puissance publique et de la patrimonialité, mais de quel côté penche-t-il et vers quelle extrémité de l'aimant? D'après les réflexions qui précèdent, il s'agit de savoir ce qui l'emporte en lui actuellement, de l'irresponsabilité politique ou bien des responsabilités pécuniaires, de la notion d'une Puissance publique qui s'ébat dans la police pure ou bien de celle de services publics qui fonctionnent pour satisfaire à des besoins.

Je ne crois pas commettre une erreur d'observation en estimant que le Droit administratif actuel est orienté vers la gestion des services publics et la satisfaction des besoins des administrés plutôt que vers l'exercice de la police pure, qu'il admet de plus en plus largement les indemnités pécuniaires pour les dommages causés et la rémunération en argent des services rendus ; que, par suite, des régions du pouvoir pur et de la poli-

Source : BIU Cujas

tique où il a pris naissance, il est entré dans celles des besoins et du commerce des échanges. De plus en plus, l'administration se préoccupe des intérêts pécuniaires des administrés, de plus en plus, elle se réalise elle-même à prix d'argent, les budgets s'enflent et les finances publiques débordent.

La conséquence logique est que le Droit administratif doit tendre à se rapprocher des droits qui règlent le commerce de l'argent et admettre ce qu'il y a d'essentiel dans leur technique, c'est à-dire des personnalités juridiques et des patrimoines. La question des indemnités pour dommages causés dans l'administration postule à elle seule, dans les rouages administratifs, l'existence de personnes morales responsables, sans quoi le mécanisme des compensations pécuniaires ne saurait jouer; les dettes publiques exigent le même support, sans parler du domaine. Ces personnes morales administratives n'ont pas besoin d'être taillées absolument à la mesure des personnes privées, elles ne leur ressemblent que par la responsabilité et par le patrimoine; pour le reste, il importe de faire des réserves, elles ont une autre dimension et une autre capacité, elles ont des privilèges et des prérogatives, ce sont pour ainsi dire des personnes seigneuriales.

Ainsi la technique juridique subjective doit être introduite dans le Droit administratif, elle y entre avec le commerce pécuniaire et pour ainsi dire dans ses fourgons, elle fait partie de sa suite et de ses accessoires. Mais doit-elle tout envahir? Assurément non, car, malgré tout, l'Administration ne s'obtient pas entièrement à prix d'argent, il subsiste une part de police, de pouvoir pur, de Puissance publique irresponsable et par conséquent de droit objectif. Comment agencer en un tout ces deux provinces juridiques de l'Administration, l'une dominée par la notion subjective de la responsabilité pécuniaire, l'autre par la notion objective du pouvoir pur? On ne saurait songer à les juxtaposer sans les relier l'une à l'autre, le Droit, qui est œuvre vivante, a besoin de synthèses, comme la vie. Il faudra évidemment, puisque la patrimonialité l'emporte, que la construction subjective soit le principe et que la part laissée au Droit objectif apparaisse comme une exception. L'agencement de cette construction technique est délicat, cependant la forte théorie de l'acte d'administration me paraît faciliter la chose pour le Droit français. Il convient de distinguer la jouissance des droits et prérogatives et leur exercice. Pour ce qui est de la jouissance pure et simple, il n'y a aucun inconvénient à faire entrer les pouvoirs de police dans la construction subjective, à reconnaître par exemple que l'État ou les diverses personnes administratives ont le droit de disposer de la force publique, celui de faire des règlements, celui de délivrer des certificats, etc...; que ces divers pouvoirs soient analysés en des droits figurant dans la capacité de ces personnes morales, ce n'est qu'une opération d'ordre sans conséquences pratiques; les conséquences pratiques commenceraient au moment de l'exercice de ces pou-

Source : BIU Cujas

voirs ou de ces droits, c'est-à-dire au moment de l'accomplissement des actes. Si à ce moment nous appliquions la conception subjective à tous les actes, c'est-à-dire à tous les modes d'exercice de tous les droits, assurément nous ne laisserions pas sa place à la police et à l'irresponsabilité du pouvoir, car la conception subjective est que les personnes juridiques sont responsables pécuniairement de tous leurs actes. Mais nous faison une distinction que notre Droit a été amené à établir instinctivement, grâce aux institutions parallèles du recours pour excès de pouvoir et du recours contentieux ordinaire; nous distinguons les actes accomplis dans la voie d'autorité, dans l'attitude du commandement, qui restent sous l'empire du droit objectif, qui sont bien sans doute l'exercice des droits de la personne administrative, mais par des représentants qui ne l'engagent pas, et les actes accomplis dans la voie de la gestion publique, en vue de l'exécution des services publics, qui sont l'exercice de ses droits subjectifs par la personne administrative elle-même en tant que responsable. Il s'est créé deux théories parallèles, l'une de la légalité objective des actes (ou du recours pour excès de pouvoir), l'autre de la responsabilité pécuniaire à raison des actes (ou du recours contentieux ordinaire). C'est donc bien à l'occasion des actes, c'est-à-dire de l'exercice des droits, que s'organise la combinaison des deux idées et le seul fait que notre Droit appelle recours contentieux *ordinaire* celui qui est établi sur la responsabilité pécuniaire des administrations, tandis qu'il considère comme exceptionnel et subsidiaire le recours pour excès de pouvoir qui est établi sur la légalité objective, suffit à prouver qu'il a fait son choix et qu'il s'est établi principalement dans la conception technique subjective.

Que cette conception technique présente certains inconvénients pratiques, c'est possible, quel est le parti pris dans une occasion quelconque qui n'en présente pas, par cela même qu'un parti pris est toujours par quelque côté infidèle à la réalité? Mais la vie oblige à prendre parti et il faut bien le prendre du côté où elle penche. D'ailleurs, c'est affaire de doigté dans l'application, aucune méthode générale ne saurait remplacer l'habilité et le sens juridique personnel du jurisconsulte.

Je n'ai voulu examiner le problème de la méthode qu'à l'occasion du droit administratif, mais il apparaîtra à tout esprit réfléchi que l'opposition des relations sociales qui sont sous l'influence du commerce des échanges et de celles qui sont sous l'influence du pouvoir, pourrait être utilisée ailleurs et particulièrement en droit privé.

§ 3. — Quelques observations sur le dualisme.

La solution que je viens de défendre en ce qui concerne le problème de la méthode juridique est *dualiste*, car si j'ai ramené à l'unité les tendances objectives et les subjectives qui se disputent le droit administratif,

Source : BIU Cujas

c'est uniquement par une synthèse pratique inspirée des nécessités de la vie et par un procédé qui est familier à celle-ci, la combinaison du principe et de l'exception. La conception juridique subjective sera le principe ou la règle, l'objective sera l'exception, ainsi l'exige la vie administrative qui a besoin d'un parti pris. Mais cette synthèse pratique suppose que, scientifiquement, j'admets la coexistence des deux éléments.

Tant à raison de cette solution dualiste, qu'à cause d'un certain nombre de définitions que l'on rencontrera dans la suite de cet ouvrage et qui présentent le même caractère, par exemple, celle de l'État ou celle de la fonction publique, j'ai besoin de m'expliquer sur l'attitude dualiste. J'ai déjà pris cette attitude dans des ouvrages antérieurs, je n'en ai pas encore fourni d'explications, en voici de très brèves :

L'attitude ou la méthode dualiste se résume en trois maximes : 1° admettre que l'unité des faits sociaux est le résultat d'une synthèse purement pratique opérée par la vie sociale et que, à l'analyse, tout fait social se résout en des éléments complexes ; 2° pour discerner les éléments composants d'un fait social, se placer au point de vue dynamique, c'est-à-dire admettre que les éléments composants importants sont des forces qui réagissent les unes sur les autres ; 3° pour discerner parmi les forces composantes, celle qui domine ou dominera les autres et qui impose ou imposera au fait ou à l'institution sociale son unité pratique, par suite, pour discerner le sens de l'évolution des institutions sociales, se placer encore au point de vue dynamique, admettre que tout système de forces en mouvement cherche son état d'équilibre et savoir que les équilibres les plus stables sont ceux fondés sur la prédominance des forces les plus subjectives.

A. La contradiction qu'il y a entre l'unité pratique des faits sociaux et leur complexité scientifique n'est point particulière à ces phénomènes, elle se rencontre dans tous les faits ; elle tient à ce que nous voyons ceux-ci d'une certaine façon en tant qu'ils importent à la vie et d'une autre façon en tant qu'il sont objets de vérité. Que la foudre éclate et fracasse un arbre à côté de nous, c'est un fait que nous envisageons dans son unité pratique en tant qu'il aurait pu menacer notre propre existence ou en tant que son résultat a été de détruire un arbre qui est lui-même une unité vivante ; mais nous savons qu'en tant qu'objet de science, c'est un fait complexe qui se résout en une quantité d'éléments ; il tombe sous les prises de plusieurs sciences qui l'étudient chacune à un point de vue différent, la physique, la chimie, la thermodynamique, et chacune de ces sciences, dans ses généralisations les plus hardies, n'a pu réduire à moins de deux les éléments fondamentaux des phénomènes, force et matière, chaleur et mouvement, etc.

Il n'en va pas autrement de la science du Droit ou de la Sociologie ; il n'est pas une institution sociale qui, observée scientifiquement, ne se révèle comme la combinaison pratique de plusieurs éléments. Les juris-

Source : BIU Cujas

consultes et les sociologues, trop nombreux depuis quelques années, qui essayent d'expliquer les institutions sociales par le développement d'un seul élément composant, fût-ce la solidarité, commettent la même erreur que ces philosophes grecs qui prétendaient expliquer le monde physique par un seul agent, c'est toujours le παντα υδορ ; de la simplicité pratique du fait, ils concluent à la simplicité de sa cause efficiente, mais cette conclusion est démentie par l'histoire de toutes les sciences et cette attitude moniste n'est point scientifique.

B. J'attache beaucoup d'importance à la seconde maxime. Dès qu'on ouvre les yeux à l'évidence et que l'on consent à entrer dans la réelle complexité des faits, on court le risque de s'égarer dans leur dédale et il faut se donner des raisons de choisir, se faire des règles de discernement. Le point de vue des forces qui s'affrontent et qui sont en réaction l'une sur l'autre s'impose pour un double motif : le premier est que les couples de forces qui s'affrontent sont d'une observation facile, étant révélés par le fait même de leur conflit, quelquefois ces mêmes forces s'entr'aident, mais elles apparaissent mieux dans leur lutte ; le second motif est que ces éléments, puisqu'ils s'affrontent, sont à la fois indépendants l'un de l'autre dans une mesure discernable et importants pour l'institution dont ils cherchent à réaliser l'équilibre.

Je ne crois pas que cette règle de méthode nous ait mal servi quand nous avons cherché ici même à déterminer les éléments composants du Droit administratif; nous avons dressé en pied l'opposition de la voie d'autorité et de la voie de gestion, c'est-à-dire de l'emploi du pouvoir et de celui du commerce des échanges, nous avons ramené ces oppositions à celle plus fondamentale de la politique et de l'économie politique, du pouvoir et des besoins. Or, il n'est pas douteux que ces éléments ne soient des forces en conflit ; dans la société, le pouvoir n'est pas toujours du côté des besoins à satisfaire, il est plutôt du côté des besoins satisfaits et il lutte pour la conservation des biens acquis contre les appétits des besoins inassouvis ; dans l'administration, la politique n'est pas un bon auxiliaire de la gestion des affaires, elle est bien plutôt un obstacle et les administrateurs ont beaucoup d'occasions de s'apercevoir que la bonne solution au point de vue du service n'est pas celle que leur impose la politique électorale.

Cette même règle de méthode ne nous a pas moins bien servi, je crois, dans notre définition de l'État quand, ayant remarqué le conflit historique du gouvernement et du pays légal, nous en avons déduit la distinction fondamentale de l'État organisme public et du régime d'État. Elle nous a servi utilement aussi quand, dans la matière des fonctions publiques, remarquant le conflit si fréquent entre les instructions de la Puissance publique et les exigences de la fonction, conflit vivement senti par le fonctionnaire, nous en avons conclu qu'il y a dans la fonction un

Source : BIU Cujas

élément de commission ou d'investiture de la Puissance publique et un élément d'office social.

Remarquons, d'ailleurs, que les notions dualistes de l'État et de la fonction publique se ramènent aux mêmes éléments fondamentaux que nous avons déjà trouvés au fond de l'Administration publique, ce qui n'a rien de surprenant : l'État organisme public est fondé sur le pouvoir, le régime d'État est fondé sur les besoins des hommes; la commission dans la fonction publique est fondée sur le pouvoir, l'office répond aux besoins; ainsi le pouvoir et les besoins apparaissent comme les deux éléments principaux des combinaisons sociales (1).

C. Je n'insisterai pas ici sur la troisième règle de la méthode; d'une part, elle demanderait de trop longues explications et, d'autre part, ces explications, je les ai déjà données dans des ouvrages antérieurs; dans mes *Leçons sur le mouvement social*, j'ai insisté sur ce fait que les équilibres sociaux fondés sur l'idée, sur le subjectif et le représentatif, sont plus stables que ceux fondés sur des combinaisons de forces purement objectives; dans ma *Science sociale traditionnelle*, j'ai analysé le phénomène de l'*institution*, c'est-à-dire l'évolution qui, pour une organisation sociale donnée, la conduit des équilibres rudimentaires fondés sur la prédominance des forces objectives à des équilibres plus subtils et plus solides fondés sur la prédominance des forces subjectives.

Observons, en terminant, que la méthode dualiste a beaucoup de parrains. Outre les immédiats comme M. Tarde, avec son couple psychologique *croyance-désir*, et M. Bernès qui, si je ne me trompe, a signalé le premier l'unité pratique des faits sociaux, en opposition avec leur complexité scientifique, elle se recommande d'illustres et lointains précurseurs, Auguste Comte qui avait établi la nécessité des points de vue dynamique et statique, Descartes, qui nous avait appris à discerner les choses discernables. Enfin et, par dessus tout, elle se recommande du sens commun. Il y a longtemps que l'expérience avait averti les jurisconsultes qu'en matière sociale aucune théorie ne pouvait être poussée jusqu'au bout, qu'aucune règle ne pouvait être posée sans admettre aussitôt une infinité d'exceptions; en se pliant à cette nécessité des choses, ils faisaient du dualisme sans le savoir, c'est-à-dire qu'ils s'inclinaient devant la complexité souterraine des faits.

(1) Cela est très proche des deux éléments proposés par M. Tarde que j'avoue pour mon maître en dualisme, *le désir* et *la croyance;* il y a cette différence que le désir et la croyance sont des faits de la psychologie individuelle et non pas des faits déjà sociaux, tandis que le pouvoir et les besoins sont des forces sociales toutes créées, et c'est pourquoi je leur donne la préférence ; mais il est vrai qu'entre autres causes efficientes, le pouvoir a pour racine psychologique la croyance et que le besoin a pour racine psychologique le désir.

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

PRÉCIS

DE

DROIT ADMINISTRATIF

ET DE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

Le droit public général a pour objet l'État envisagé comme un milieu de vie pour les diverses existences sociales, individuelles ou corporatives, qui se meuvent en lui et autour de lui. En quoi il se distingue du droit constitutionnel et du droit administratif dont l'objet est plutôt l'État envisagé comme Puissance et comme organisme public, l'un étudiant sa constitution, l'autre ses modes d'activité (1).

(1) La constitution et l'activité de l'organisme public ne vont point sans le mettre en relation avec le milieu social et je confesse tout le premier que le droit constitutionnel comme le droit administratif étudient cette relation ; mais ce qu'il y a de particulier dans le droit public général c'est qu'il n'y est pour ainsi dire pas besoin d'évoquer l'idée que l'État est un organisme public, il suffit de le considérer comme un milieu de vie. Je ne garantirais pas que cette signification du droit public général fut universellement tenue pour vraie. En Allemagne, notamment, le droit public général semble plutôt conçu comme une synthèse de toutes les autres branches du droit public (V. Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, traduction française). Mais la définition que je donne, outre qu'elle me paraît juste en soi et qu'elle met en relief un aspect fondamental de l'État, est en même temps traditionnelle en France. Les *principes de droit public*, qui pendant longtemps furent annexés au droit constitutionnel, ont toujours été considérés comme les maximes garantissant la liberté individuelle; par suite, si l'on veut rapporter ces maximes à l'État, il faut bien que ce soit à l'État envisagé comme un milieu de vie pour les individus et, en élargissant la notion, comme un milieu de vie pour les diverses existences sociales.

Source : BIU Cujas

Comme les États créent un milieu de vie international et un milieu de vie national, il y a place pour un droit public général international et pour un droit public général national. Il ne sera question ici que du second, on le divisera de la façon suivante :

LIVRE I. — *L'État au point de vue du droit public général.*

CHAP. I. — Position du problème de l'État et définitions.

CHAP. II. — La légalité dans le régime d'État.

CHAP. III. — Au delà de la loi.

LIVRE II. — *Les existences sociales qui se meuvent dans l'État.*

CHAP. I. — Le droit public individuel.

CHAP. II. — Le droit public corporatif.

CHAP. III. — Le droit public ecclésiastique.

Source : BIU Cujas

LIVRE PREMIER

L'ÉTAT AU POINT DE VUE DU DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

CHAPITRE PREMIER

POSITION DU PROBLÈME DE L'ÉTAT ET DÉFINITIONS (1)

§ 1. — L'État.

On ne saurait être trop prudent en abordant le problème de l'État, il est plus compliqué qu'on ne le croit généralement en France. Il y a notamment trois tendances contre lesquelles on doit se prémunir :

La première est d'accorder à l'État une valeur absolue. L'État est certainement une forme politique en progrès par rapport à d'autres formes antérieures, mais qui a elle-même ses défauts : organisation d'un équilibre délicat et instable reposant essentiellement sur des idées, elle risque de surmener les véritables forces sociales, pour ensuite se corrompre elle-même totalement. Il est essentiel d'envisager l'État comme une institution de valeur relative, ayant des raisons d'être historiques et des conditions de bon fonctionnement. Par là même, il convient de tenir compte des différentes formes d'États et, par exemple, il n'est point scientifique de s'attacher uniquement au type de l'État unitaire et centralisé sous le prétexte qu'il est le type français. Les événements contemporains nous obligent à prendre en considération le type de l'État fédéral qui se répand un peu partout autour de nous (Empire d'Allemagne, Suisse, États-Unis de l'Amérique du Nord et de l'Amérique du

(1) *Bibliographie :* Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, t. I, traduction, 1901 ; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901 ; Combotheera *La conception juridique de l'État*, 1899 ; Jellinek, *Allgemeine staatslehre*, 1900.

Source : BIU Cujas

Sud, Australie, fédération de la Grande-Bretagne et de ses colonies, etc.). Cette organisation à la fois forte et souple doit d'autant plus appeler notre attention que notre territoire devient petit comparé à celui de ces empires et que nous ne pouvons l'agrandir que par la fédération.

Une seconde tendance dont il faut se défier est celle qui consiste à accorder une importance de premier ordre à l'élément de la *Souveraineté*. Il est possible qu'en droit international public ou en droit constitutionnel la souveraineté continue d'être un élément essentiel des États en tant qu'ils mériteront véritablement le nom de Puissances, ou qu'ils jouiront de l'autonomie constitutionnelle; mais dans les études du droit public général où l'État est envisagé comme un milieu de vie, aussi bien que dans celles du droit administratif où il est envisagé comme une police et une gestion, le besoin de l'élément souveraineté ne se fait aucunement sentir. Il est besoin, sans doute, qu'il existe des pouvoirs de domination et une puissance publique, il n'est pas nécessaire que ces pouvoirs de domination soient souverains. Cela est démontré par la situation faite aux États particuliers d'un empire fédéral qui ont un droit public et une administration et qui cependant ne sont pas souverains (1).

Enfin une troisième tendance fâcheuse est de toujours voir dans l'État un organisme public, jamais un milieu ou un régime de vie.

Si l'on tient compte de ces observations, on est conduit à définir l'État d'un point de vue qui s'éloigne sensiblement de celui où nos juristes avaient l'habitude de se placer, mais qui, fait intéressant à noter, se rapproche de celui de nos publicistes (2) : *L'État est une Société dans laquelle un pouvoir propre de domination et un pays légal combinent leur action en vue d'améliorer les conditions de vie du milieu social. Il est à la fois organisme public et milieu de vie.* Cette définition mérite d'être étudiée tant au point de vue de ses caractères généraux qu'au point de vue des éléments qui la composent.

I. Les caractères généraux de notre définition sont au nombre de trois : elle est *dualiste*, *finaliste* et *politique* plutôt que juridique.

Notre définition est *dualiste* en ce qu'elle ne ramène pas l'État à un seul élément, tel que serait la *souveraineté* ou le *pouvoir propre de domination;* elle affirme l'existence de plusieurs éléments dont la combinaison seule constitue l'État : une société, un « pouvoir propre de domination » et un « pays légal », forces qui souvent sont en conflit, mais qui cependant s'équilibrent (3). Elle est dualiste encore en insistant sur le double aspect de l'État, organisme public et milieu de vie.

(1) Cf. Laband, *op. cit.*, p. 112.

(2) Benjamin Constant, Guizot, Thiers, de Tocqueville, Dupont-White, Prévost-Paradol, etc. Cfr. sur ce point, Henry Michel, *L'idée de l'État*, Paris, 1896.

(3) Je ne fais qu'appliquer à la définition de l'Etat une méthode générale. J'ai affirmé ailleurs : 1° que les institutions sociales ont *toujours* des origines complexes et qu'on ne peut *jamais* les définir par un seul élément; 2° que le choix des éléments

Source : BIU Cujas

Notre définition est *finaliste* en ce qu'elle caractérise l'État par son but pratique, l'*amélioration des conditions de vie du milieu social*. Il faut remarquer que le milieu social est en partie hors de l'État jusqu'à ce que celui-ci lui ait imposé une forme parfaite, et, même, qu'à raison de l'impossibilité qu'il y a d'atteindre une forme sociale parfaite, le milieu social sera toujours en quelque façon hors de l'État; il peut donc bien jouer le rôle d'un objet visé par l'État, car la première condition d'un objet visé c'est d'être d'une certaine manière hors de l'agent. D'un autre côté le but de l'État est une certaine transformation du milieu social qui se caractérise par l'idée du *mieux* ou du *progrès* et, bien que cette idée ne soit pas susceptible d'une grande précision, cependant on ne peut pas objecter que son extrême généralité l'empêche d'être un but, car elle implique certainement une orientation et une direction (1). Il n'est pas douteux, d'ailleurs, qu'historiquement la notion de l'État ne soit liée à celles de réforme et de progrès, que l'État ne soit le résultat d'un effort de la réflexion et de la critique rationnelle exercée sur des institutions sociales préexistantes, ou encore qu'il n'apporte aux formations sociales instinctives le contrepoids de la raison.

Enfin notre définition est *politique* plutôt que *juridique*, car elle ne fait pas apparaître du premier coup le point de vue sous lequel on considère un État comme une personne morale sujet de droits. Elle n'a pas à cet égard la netteté de cette formule qui reconnaît la qualité d'État à toute collectivité *exerçant des pouvoirs propres de domination sur des hommes libres* (2), car exercer des pouvoirs propres de domination, c'est évidemment exercer des droits, et l'État apparaît ainsi tout de suite comme sujet de droits. Mais c'est une question de savoir si une définition juridique est susceptible d'exprimer toute la réalité de l'État. La personne juridique, d'une manière générale, n'est qu'une certaine représentation de l'individu réel et elle ne prend sa racine que dans l'un des éléments de l'individu, la volonté consciente (3). Nous sommes bien d'accord que la personnalité morale de l'État ne pourra s'appuyer, elle aussi, que sur la volonté nationale en tant qu'elle exerce des pouvoirs propres de domination, mais nous croyons que ce ne serait pas définir complètement l'État que de le définir uniquement comme une volonté et comme une person-

fondamentaux d'une institution doit être fait du point de vue des forces en équilibre dans l'institution (V. *La Science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896; *Le Mouvement social*, Paris, Larose, 1899).

(1) Deux jurisconsultes allemands, Brie et Rosin, avaient essayé de déterminer le but de l'État, mais ils ne l'avaient guère caractérisé que par l'idée de l'universalité de la compétence, à quoi Laband objecte assez justement que l'universalité des buts n'est pas un but (*op. cit.*, p. 118).

(2) C'est la définition de Laband, *op. cit.*, et aussi de Jellinek.

(3) Cfr. dans *Revue générale du Droit*, 1898, mes articles sur *la personnalité comme élément de la réalité sociale.*

Source : BIU Cujas

nalité morale — d'autant que le droit public général considère l'État beaucoup plus comme un régime social et comme un milieu d'existence, que comme un sujet actif de droits (1).

II. Notre définition de l'État met en évidence trois éléments, une société, un pouvoir de domination et un pays légal :

1° A la base de l'État il y a une société, c'est-à-dire un groupement permanent d'hommes qui veulent vivre ensemble, groupement assez nombreux pour rendre en effet possibles toutes les formes de vie. C'est dans le sein de cette société que va se développer l'État, mais elle ne sera jamais absorbée complètement par lui; d'une part, ses frontières géographiques seront toujours beaucoup moins nettes que celles de l'État, les relations commerciales, l'émigration, l'ascendant de la langue et de la littérature tendront constamment à la propager au delà des frontières politiques (la société française déborde, partiellement au moins, les frontières de l'État français); d'autre part, cette société résistera dans une certaine mesure à l'influence de l'Etat et ne se laissera pas complétement transformer par lui (2);

2° Le second élément de l'État est un pouvoir de domination sur les hommes libres exercé par la collectivité comme un pouvoir propre. — C'est au fond ce que nous avons l'habitude d'appeler la puissance publique ou le gouvernement. Il est essentiel que ce pouvoir apparaisse comme exercé au nom de la collectivité tout entière et non pas au nom d'une classe particulière de gouvernants, de telle sorte que la personnification de la collectivité en tant qu'exerçant des pouvoirs propres de domination est essentielle à la théorie de l'État (3);

(1) La conception de l'État comme personne juridique est plus utile au Droit administratif qu'au Droit public général, mais, même en droit administratif, il apparaît bien que la personnalité de l'État n'absorbe pas tout l'organisme public de celui-ci puisqu'elle est distincte de celle des départements et des communes, qui à d'autres égards sont dans l'État. Elle n'est guère que la personnification du *pouvoir exécutif* de l'État.

La définition de Laband et de Jellinek est donc plus juridique, mais plus incomplète, ce qui présente des inconvénients, par exemple quand il s'agit de distinguer les États particuliers d'un État fédéral des provinces douées d'autonomie administrative ou des colonies à Self-government (V. sur ce point, Polier et de Marans, *Esquisse d'une théorie de l'État composé*, Toulouse, Privat, 1902).

Si cependant on voulait absolument une définition de l'État en forme juridique nous proposerions celle-ci : « l'État est une collectivité qui exerce comme un pouvoir propre « le droit de délibérer des lois » V. *infrà*, p. 8, la justification de cette formule.

(2) Sur la distinction de la société et de l'État, cfr. Ihering, *Zweck im recht*, traduct. française, p. 206 et s. — C'est dans l'élément société qu'il faut rejeter à mon avis celui de la population, celui de l'habitat géographique, celui de la langue et de la nationalité, celui même de la volonté d'être ensemble. — La société est la matière qui aspire à la forme État, *materia quæ appetit formam*. Sur tous ces éléments, V. Bluntschli, *Le Droit public général* et *La Théorie de l'État*, traduction de Riedmatten.

(3) Cet élément a été particulièrement bien dégagé dans la théorie allemande à la suite d'un mouvement doctrinal qui paraît remonter à Gerber (Grundzüge, § 7); à citer les développements d'Ihering (*Zweck im recht*, traduct. française, p. 215 et s.; Laband,

Source : BIU Cujas

3° Le troisième élément de l'État proprement dit consiste dans la réaction contre le pouvoir de domination exercée par les hommes libres organisés en un « pays légal », c'est-à-dire constituant une classe de citoyens et jouissant à l'encontre du pouvoir de domination d'un ensemble de libertés garanties par la loi. Cet élément du « pays légal » ou du « droit de cité » a toujours existé dans l'État; cela revient à dire qu'il n'y a jamais eu d'État véritable sans une classe de citoyens armés de garanties légales qui leur permissent, soit de résister à l'oppression du pouvoir de domination, soit même de conquérir une action sur ce pouvoir (1). Dans les États antiques, cet élément était mis en relief par le contraste résultant de ce qu'une partie de la population était hors des garanties de l'État (esclaves, affranchis, métèques, plèbe romaine jusqu'à l'institution du Tribunat) (2); dans les États nés de la société féodale, les garanties de l'État n'étaient point les mêmes pour toutes les classes de la population, il fallait distinguer les nobles et les roturiers, les bourgeois et les vilains; enfin dans les États modernes, il faut encore distinguer les habitants de la métropole et ceux des possessions coloniales qui ne jouissent pas du même droit de cité, qui souvent n'ont que de très médiocres garanties et sont ainsi surtout soumis à l'empire du pouvoir de domination, de telle sorte que les États modernes ont des possessions qui sont pays d'empire, et qu'il faut distinguer des véritables territoires d'État;

4° La forme État n'est réalisée que par la combinaison des éléments précédents, l'action du pouvoir de domination et la réaction du pays légal le tout dans une société. Cette combinaison passe elle-même par des formes historiques multiples qui se traduisent, non seulement par des systèmes constitutionnels divers, mais par des degrés dans la perfection du régime d'État. Nous voulons à cet égard indiquer seulement deux idées :

a) La forme de l'État est réalisée d'une façon d'autant plus parfaite que le pouvoir de domination s'est davantage mis au service du milieu social sous le contrôle du pays légal. Cette formule implique une double subordination du pouvoir de domination : 1° subordination au contrôle du pays légal; elle s'établit par l'assujettissement de la puissance publique à la loi, par l'établissement du règne de la légalité. Les jurisconsultes allemands appellent cela l'État de droit (Rechtstaat) et ils admettent

op. cit.; Jellinek, *Allgemein staatslehre*; cfr. Orlando, *Principes de droit constitutionnel*, traduct. Brissaud, p. 63 et s. — Duguit dans son livre l'*État*, etc., s'est élevé contre cette doctrine.

(1) C'est-à-dire qu'un État peut comporter des « sujets » qui ne réagissent pas contre le pouvoir de domination, mais qu'il n'existe pas s'il n'a pas avant tout des « citoyens » qui réagissent d'une façon quelconque; c'est-à-dire encore qu'un État comporte toujours une « Constitution » écrite ou non écrite.

(2) V. dans le *Droit public romain*, de Mommsen, t. I, la saisissante histoire de l'État patricien, puis de l'État patricio-plébéien, après l'entrée de la plèbe dans le droit de cité.

Source : BIU Cujas

que cette situation s'établit par l'autolimitation de l'État. Nous pouvons adopter cette solution, à la condition d'observer que l'autolimitation est amenée par le conflit interne de deux éléments de l'État, le pouvoir de domination et le pays légal et qu'elle signifie au fond le triomphe du second élément sur le premier (1); 2° subordination du pouvoir de domination au but général de l'État qui est l'amélioration du milieu social, les Allemands appellent cela le *culturstaat* et cela se traduit par l'organisation des services publics et d'une façon générale par le bon accomplissement de la fonction administrative;

b) La forme de l'État est réalisée par la combinaison d'un *minimum* de chacun des éléments. L'existence d'un « pays légal » sera décélée par celle d'une législation propre, et celle du pouvoir propre de domination le sera suffisamment par l'organisation d'une assemblée chargée de délibérer la loi, car le pouvoir de délibérer est la forme la plus humble du pouvoir de décider. Aura donc valeur d'État, au point de vue du droit public général, tout pays dans lequel une assemblée nationale délibérera, avec un pouvoir propre, une législation propre, alors même qu'à tous les autres points de vue le pays serait subordonné, alors même que la loi ainsi délibérée devrait recevoir la sanction d'un pouvoir de domination plus haut placé, alors même que cette législation propre ne serait pas complète (2).

§ 2. — Le régime d'État.

Par la définition de l'État que nous avons donnée au paragraphe précédent nous n'avons pas épuisé le sens spécial que lui prête le droit public général, savoir que l'État est un certain milieu de vie pour une foule d'existences en même temps qu'il est une Puissance ou un organisme public. Il nous faut maintenant caractériser l'État comme régime et comme milieu de vie :

I. Observons d'abord que la notion rationnelle du régime d'État est de constituer un milieu de liberté pour toute existence honorable.

Il doit constituer un milieu de liberté parce qu'il est rationnel qu'un milieu laisse se produire et se développer les activités des éléments qu'il

(1) Ihering approche de très près la vérité lorsqu'il remarque que la plus grande garantie de l'autolimitation de l'État est le sentiment du Droit répandu dans le peuple (*Zweck im recht*, traduction française, p. 253), mais il ne donne pas à cet élément du pays légal toute sa valeur de force organisée en conflit réglé avec le Gouvernement.

(2) En d'autres termes « l'État est une collectivité qui exerce comme un pouvoir propre le droit de délibérer la loi » (V. p. 6). On voit tout de suite que ce critérium de l'État distingue celui-ci très nettement des communes ou des provinces, même très décentralisées, qui n'ont point de législation propre et ne constituent point de « pays légal ». A l'inverse, il fait entrer dans la catégorie des États un certain nombre de colonies et de pays plus ou moins annexés à d'autres qui ont conservé ou conquis le droit de délibérer une législation propre (Cfr. pour ces développements Polier et de Marans, *op. cit.*).

Source : BIU Cujas

contient. Cette liberté est due à toute forme d'existence sociale, aussi bien à la corporative qu'à l'individuelle, puisque l'association ou corporation se produit spontanément comme l'individu. Toutefois ce milieu de liberté est en même temps un milieu de *sujétion*, parce que pratiquement la liberté des éléments ne s'obtient que grâce à l'établissement préalable d'un certain ordre (1). Quant à la condition d'honorabilité elle tient à la redoutable distinction du bien et du mal. C'est à la fois une observation rationnelle et un fait d'expérience que dans les institutions humaines il n'y a de durables et de favorables à la liberté générale que celles qui sont fondées sur un certain minimum de moralité. De même, que le droit international n'admet au concert européen ou au droit public civilisé que les pays dont la conduite est honorable, de même le droit public national n'admet au régime de vie intérieure de l'État que les individus ou les institutions dont la conduite l'est aussi.

Le régime d'État ne saurait être un milieu de liberté, c'est-à-dire un milieu favorable à la liberté générale, sans que les libertés particulières soient réglées, autrement elles se nuiraient réciproquement, il apparaît donc nécessairement comme un régime de droit. Par là il entraîne une contrainte sans laquelle le droit ne serait pas efficace, par là aussi il implique un idéal de justice qui est qu'une harmonie doit s'établir entre toutes les libertés en présence. Cet idéal de justice est en principe réalisé par la loi (V. *infrà*, ch. suivant).

Mais l'état de droit caractérisé par la limitation harmonieuse des diverses libertés et par suite par la loi, peut être de beaucoup dépassé. On doit envisager un état supérieur où les diverses libertés en présence, au lieu de se cantonner dans l'isolement de leur indépendance, consentent à se communiquer au point de *participer les unes des autres ;* où les initiatives particulières travaillent de concert entre elles et de concert aussi avec la puissance publique à réaliser toujours davantage le bien public ; où les particuliers profitent de la puissance de l'État, où l'État de son côté profite de la convergence de toutes les forces des particuliers. C'est le régime de la participation et de la coopération, que nous essaierons d'esquisser au chapitre III intitulé *au delà de la loi*, et qui est source d'un droit spécialement administratif (2).

(1) Les rapports de *sujétion* qui lient les sujets dans le régime d'État peuvent donner lieu à beaucoup de développements. Cfr. Laband, *Droit public allemand*, traduct. française, vol. I, p. 213 et s.

(2) Toute situation créée en fait par l'activité de l'État tend à se transformer en situation de droit ; ce principe nous sera de la plus grande utilité pour caractériser les situations créées par la puissance publique, soit quand elle se superpose aux administrés soit quand elle collabore avec eux ; il signifie que la situation d'état est un fait juridique qui vaut par lui-même sans qu'il soit besoin de l'analyser en un contrat. La transformation de l'état de fait en état de droit se produit en droit privé par la prescription, et en droit public sans la prescription, par cela même que l'administration a contribué elle-même à créer l'état de fait et parce que, d'ailleurs, l'administration n'agis-

Source : BIU Cujas

II. Vu par les particuliers et en se plaçant à leur point de vue individuel, le régime d'État s'analyse volontiers en deux notions, celle de l'égalité devant la loi et celle de la chose publique :

1° Par *l'égalité devant la loi* les hommes entendent justement cette harmonie des libertés dont nous avons parlé, c'est la forme pratique sous laquelle elle leur apparaît. Et en effet, puisque la loi est la règle qui harmonise les libertés, une fois cette règle établie, toute liberté est égale devant la loi en ce sens que toute liberté peut user des pouvoirs consacrés par la loi ;

2° Par la *chose publique* les hommes entendent l'ensemble des institutions, des services publics, des richesses publiques, que l'État met à leur disposition, auxquelles ils participent et auxquelles ils coopèrent. Cette notion de la *chose publique*, qui est aussi celle de l'intérêt public ou de l'intérêt général, amène la distinction de la vie publique et de la vie privée, du droit public et du droit privé qui est un des aspects fondamentaux du régime d'État (1).

sant jamais qu'en vertu de règlements, cet état de fait est déjà juridique d'une certaine façon. Il importe seulement d'observer que l'état de droit créé par la situation d'état ne produit d'effets que par des moyens administratifs. Ainsi la situation des propriétaires riverains d'une voie publique, quant aux droits d'accès de leurs maisons à la rue, ne produit d'effet, que s'ils viennent à être privés de ces accès par une opération de travaux publics; il naît un droit à indemnité. Ainsi encore les situations variées créées par les actes d'autorité engendrent pour ceux qui en profitent un intérêt légitime qui les rend recevables à attaquer pour excès de pouvoir des actes nouveaux tendant à modifier ces situations. En d'autres termes, les situations d'état tendent à engendrer les recours contentieux administratifs (V. *infrà*, Droit administratif, voie d'autorité et voie de gestion).

(1) La distinction du public et du privé signifie que la participation ou coopération de l'État et des particuliers à l'œuvre commune se cantonne dans la sphère des intérêts généraux. Le régime d'État pénètre dans la zone des intérêts privés uniquement pour y établir la paix par le droit; dans la zone des intérêts généraux seule, à sa mission pacificatrice il ajoute l'intervention active de ses services et ses demandes de contributions.

La vie privée repose sur deux institutions essentielles : 1° la famille qui crée le foyer domestique et le cercle des intimes; 2° la propriété individuelle qui crée le domicile et l'héritage. C'est la Révolution de 1789 qui a consacré définitivement dans notre monde moderne la séparation de la vie publique et de la vie privée en proclamant la propriété individuelle un droit inviolable et sacré, en faisant disparaître la confiscation, en rendant inoffensive cette confiscation détournée qu'était autrefois l'expropriation pour cause d'utilité publique et en proclamant le principe de la proportionnalité de l'impôt qui est encore une garantie contre des confiscations obliques.

Les frontières qui séparent la vie publique de la vie privée sont faciles à déplacer. A de certaines époques la vie privée semble tout envahir, comme au moyen âge; à d'autres époques le régime d'État s'exagère, les mœurs détruisent la paix du foyer domestique, la place publique et la rue gagnent de l'importance, la vie privée se rétrécit. Il semble qu'un certain équilibre entre la vie privée et la vie publique soit indispensable à la sûreté du régime d'État, que ce dualisme-là soit encore nécessaire. Jusqu'à présent l'État moderne l'a accepté et même il a admis la prépondérance de la vie privée; il prend garde de ne développer ses services que là où l'activité individuelle défaille, il

Source : BIU Cujas

La *chose publique* n'absorbe pas d'ailleurs nécessairement tout ce qui est d'intérêt public, ni tout ce qui est d'intérêt général, ni tout ce qui concerne le public. L'État moderne tend à se décharger sur des organisations corporatives plus ou moins libres, de certains services qui n'intéressent pas également tous ses membres, et à rejeter certains éléments qui s'accordent mal avec le positivisme rationnel dont il est lui-même l'expression. C'est à ce titre que dans beaucoup d'États modernes, le service des cultes est séparé des services publics proprement dits, et que la chose publique est laïcisée. C'est à ce titre encore, que de nombreux établissements d'utilité publique fondés par l'initiative privée sont admis à rendre des services au public.

ne se considère que comme un régulateur et un suppléant de celle-ci. Rien ne saurait mieux prouver que l'État moderne se conçoit rigoureusement comme un milieu de vie pour des êtres libres (V. *infrà*, la fonction administrative).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

LA LÉGALITÉ DANS LE RÉGIME D'ÉTAT

---

§ 1. — L'importance et les garanties du règne de la loi.

Nous savons que le premier élément d'un régime d'État parvenu à son développement normal est le règne de la loi entendue comme règle conditionnant l'harmonie des libertés en présence. Ce règne de la loi peut avoir plus ou moins d'importance, il peut aussi être plus ou moins garanti, ainsi qu'on le verra par les observations suivantes :

De l'importance plus ou moins grande du règne de la loi. — A un premier point de vue, le règne de la loi a une signification plus ou moins grande selon que les lois faites par l'État s'appliquent seulement aux sujets sans que l'administration de l'État se croie liée par elles, ou selon qu'elles s'appliquent à l'administration aussi bien qu'aux sujets. Lorsque l'État, envisagé dans son gouvernement et son administration, se soumet tout le premier aux lois qu'il fait, il y a selon les Allemands *état de droit* (Rechtstaat) et en effet, alors seulement, le régime d'État se trouve entièrement dominé par le droit (1).

A un second point de vue, dont l'intérêt nous est révélé par la comparaison avec les pays anglo-saxons où n'est pas établi le même régime administratif que chez nous, il est bon de savoir si l'État soumet son activité propre à la loi commune, ou bien s'il ne la soumet pas plutôt à des lois spéciales dites administratives. Dans les pays anglo-saxons, Angleterre et États-Unis d'Amérique, il n'y a point de lois administratives, les rapports de l'État ou des fonctionnaires avec les particuliers sont régis par la loi ordinaire (common law); il n'y a pas non plus de juridiction administrative, les fonctionnaires et leurs actes sont justiciables des tribunaux ordinaires. Au contraire, dans les pays de l'Europe continentale et tout spécialement en France, les rapports de l'État et des particuliers sont régis par des lois administratives et les actes de l'administration ne peuvent être attaqués que devant une juridiction administrative.

(1) Voir sur ce point des développements saisissants dans Ihering, *Zweck im recht*, traduction française, p. 228 et s.

Source : BIU Cujas

Les avantages de l'un et l'autre système peuvent être discutés, et finalement il semble que ces systèmes soient appropriés au tempérament de chaque peuple (1).

Des garanties du règne de la loi. — La principale garantie qu'il y a que le règne de la loi sera maintenu dans le régime d'État provient de ce que la loi est l'œuvre d'un pouvoir en communion intime avec le milieu social et séparé des autorités auxquelles est confié le pouvoir administratif. De la sorte la loi n'est pas une abstraction, derrière elle il y a une force qui est celle du corps législatif et du corps électoral; si l'administration entre en conflit avec la loi, en réalité c'est avec le Parlement et avec les électeurs. Ce jeu de forces est réglé par le mécanisme constitutionnel et par un certain nombre de principes du droit public. Nous n'avons pas ici à donner de détails sur la constitution française ni sur la façon dont elle a organisé le contrôle des actes du pouvoir exécutif par le Parlement; nous indiquerons seulement les principes de droit public qui viennent en aide à cette pondération des pouvoirs, on en peut citer trois : 1° la responsabilité des fonctionnaires; 2° la subordination de l'élément militaire à l'élément civil; 3° la subordination du règlement à la loi.

Le principe de la responsabilité des fonctionnaires sera étudié plus loin dans la partie consacrée au droit administratif, il suffit de savoir ici que les fonctionnaires sont responsables devant les tribunaux ordi-

(1) Cfr. Dicey, *Introduction à l'étude du Droit constitutionnel*, traduction Jèze, 1902, p. 163 et s., le règne de la loi; p. 285, le règne de la loi en Angleterre comparé avec le droit administratif en France. — On ne saurait trop admirer la pénétration avec laquelle M. Dicey a établi cette comparaison qui, pour nous Français, éclaire d'un jour si nouveau nos propres institutions. Théoriquement, je le reconnais, l'avantage semble être du côté du système de la légalité anglaise; mais au point de vue pratique il est permis de conserver des doutes. Pour juger la valeur du système français, il convient de ne pas oublier deux choses : 1° les recours contentieux dirigés contre les actes de l'administration et particulièrement le recours pour excès de pouvoir permettent d'atteindre les violations de la loi ordinaire aussi bien que celles de la loi administrative; 2° le maniement de ces recours est facile, rapide, peu coûteux, tandis que le maniement de la procédure anglaise a la réputation d'être difficile et coûteux. Il est vrai que le système d'une législation administrative spéciale et d'une juridiction administrative est lié en fait chez nous à l'existence de prérogatives de l'administration, tandis que le système du droit commun est lié en Angleterre à l'absence de ces mêmes prérogatives. Mais si la liberté individuelle anglaise est par là sauvegardée, ne serait-ce point au détriment du bon aménagement administratif du pays? Et si chez nous le bon aménagement administratif est accompagné d'un peu d'arbitraire (dont il ne faut pas s'exagérer l'importance et qui se ramène en fait au privilège du préalable V. *infrà*), M. Dicey ne signale-t-il pas lui-même en un autre chapitre tout aussi suggestif l'évolution probable de ce pouvoir arbitraire en un droit d'équité supérieur à la loi commune (p. 462, comparaison entre le développement du droit administratif et le développement du droit anglais, spécialement, p. 469)?

Au fond, les deux systèmes expriment assez exactement le tempérament de deux peuples, dont l'un est plus tourné vers l'activité extérieure et l'autre vers l'aménagement intérieur de la Société.

Source : BIU Cujas

naires des dommages qu'ils ont causés par leur fait personnel, qu'ils peuvent être poursuivis librement par les particuliers et qu'ils ne sont protégés par le mécanisme des conflits que dans le cas où ils n'ont commis qu'une faute de service.

Il sera parlé aussi plus loin du principe de la subordination de l'élément militaire à l'élément civil (droits de police, organisation de la force publique); il suffit de savoir ici que dans la métropole et même dans les colonies proprement dites le régime civil est établi, le régime militaire n'existant en permanence que dans les territoires de conquête des possessions lointaines; que le régime civil comporte : 1° la subordination des autorités militaires aux autorités civiles par l'institution de la réquisition de la force armée (la force armée ne peut et ne doit agir que sur réquisition écrite de l'autorité publique); 2° l'indépendance complète des citoyens vis-à-vis de l'autorité militaire ou de ses tribunaux en tant qu'il ne s'agit pas de l'accomplissement des obligations militaires; enfin que par l'institution de l'état de siège les garanties du régime civil peuvent être momentanément et partiellement suspendues (V. *infrà*, actes de gouvernement).

Nous développerons seulement ici le principe de la subordination du règlement à la loi.

§ 2. — La subordination du règlement à la loi (1).

Dans notre droit français le règlement est essentiellement subordonné à la loi; il est même présenté par nos constitutions comme étant uniquement « un moyen d'assurer l'exécution des lois ». La constitution de l'an VIII, article 44, décidait : « Le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution ». La loi constitutionnelle du 25 février 1875, article 3, dit du Président de la République, qu'il *surveille et assure l'exécution* des lois et il est entendu que c'est par le moyen des règlements (2). Il y a dans ce point de vue de notre droit constitutionnel quelque chose d'exagéré; le règlement a en soi un objet propre qui est d'assurer l'ordre public et le fonctionnement

(1) *Bibliographie.* En France : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 6e édit. t. I, § 5; Dufour, *Traité général de Droit adm.*, 3e édit., t. I, p. 43 et s.; Jèze et Bouvier, *La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances*, *Rev. crit. de législat.*, 1897; Berthélémy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, *Rev. politique*, janvier-février 1898; Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e édit., 1re part., tit. II, ch. V, et 2e part., chap. V; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899, p. 100 et s., 208 et s., etc.; Duguit, *l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, *passim;* Félix Moreau, *Le règlement administratif*, 1902.

En Allemagne, Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Fribourg, 1887; Laband, *Droit public*, t. II, *la législation de l'Empire*, trad. française.

En Angleterre, Dicey, *Droit constitutionnel*, trad. française.

(2) Cfr. Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e édit., p. 470 et s.; Moreau, *op. cit.*, pp. 127, 159.

Source : BIU Cujas

de l'administration et cela ne se ramène pas entièrement à l'exécution de la loi (1). Mais ce qui est vrai, c'est que le règlement est subordonné à la loi de deux façons :

1° Il est illégal si, statuant sur son objet propre, il contredit une loi ou porte atteinte à une liberté consacrée par une loi (V. *infrà*);

2° Il est en effet employé souvent à assurer l'exécution des lois, soit en en prescrivant l'affichage et la mise en vigueur, soit en les complétant par des mesures de détail.

Cette subordination du règlement à la loi ne saurait d'ailleurs être bien comprise qu'après d'exactes définitions des deux termes en présence.

I. *Définition de la loi.* — Ce qu'il importe surtout de connaître de la loi lorsqu'on l'étudie par rapport au règlement, c'est sa matière et nous avons déjà sommairement indiqué que les restrictions aux libertés individuelles, les obligations nouvelles imposées aux citoyens au détriment des libertés établies, constituent la matière propre de la loi, son domaine réservé dans lequel le règlement ne saurait pénétrer sans être illégal. Toutefois, on ne nous en voudra pas si nous essayons ici de donner de la loi une définition qui fasse état à la fois de sa forme et de sa matière :

1° Au point de vue de sa *forme*, une loi est *une règle générale délibérée par un organe législatif, contenant à la fois détermination et sanction.*

Règle générale, la loi l'est au point de vue de sa forme en ce sens que sa force exécutoire s'impose également à tous les sujets de l'État, en ce sens aussi qu'elle est présumée l'expression de la volonté générale.

Délibérée par un organe législatif, cela signifie deux choses : *a*) que la loi est écrite à une certaine date à la suite d'un effort de réflexion par un organe représentant le milieu social et qu'ainsi elle émane d'une crise de réflexion sociale ; à ce point de vue elle diffère de la coutume qui est plutôt le produit d'une réflexion lente et continue (2) ; *b*) que la

(1) Cfr. sur ce point la démonstration faite par M. Moreau, *op. cit.*, p. 164 et s.

(2) Non seulement toute loi est en soi une crise de réflexion sociale, mais il y a des crises législatives qui accompagnent des révolutions ou des rénovations sociales. Alors le droit légal est renouvelé en bloc, les dispositions anciennes qui n'ont pas été formellement abrogées sont elles-mêmes caduques. Une crise législative de ce genre s'est produite à la Révolution de 1789. Les anciens textes, ordonnances royales, arrêts du conseil, arrêts des parlements, règlements féodaux, etc., ont été abolis (Cass., 4 déc. 1849, *Lacvivier*, abolition de réglements féodaux protégeant les sources minérales). Par suite, il n'est tenu compte dans notre droit public que des textes qui ne remontent pas au delà du 5 mai 1789. Il convient cependant de faire deux réserves :

1° Par exception, sont considérés comme étant encore en vigueur des textes anciens auxquels des lois révolutionnaires ont conservé force obligatoire par des dispositions transitoires qui subsistent encore. Ainsi en matière de voirie des arrêts du conseil du roi ont été conservés par la loi des 19-22 juillet 1791, art. 29, t. I (V. dans Moreau, *op. cit.*, p. 516, une liste de ces règlements anciens) ;

2° Les textes antérieurs à 1789 ont conservé une valeur en tant qu'ils peuvent constituer titre au profit des particuliers contre l'État, ou au profit de l'État contre les par-

Source : BIU Cujas

loi est dans sa forme l'œuvre d'une autorité sociale déterminée, qui seule d'après la constitution peut lui donner valeur de droit positif (1).

La loi contient *détermination*, c'est-à-dire *règle déterminée*. Ce caractère appelle plusieurs observations : *a*) il est des manifestations de l'organe législatif qui ne sont pas des lois complètes parce qu'elles ne contiennent *aucune* détermination ; le meilleur exemple en est dans les Déclarations des droits de l'homme des constitutions révolutionnaires ; ces déclarations ont posé le principe des droits individuels, mais elles ne les ont pas déterminés par cela même qu'elles ne les ont pas limités ; ce ne sont pas des lois mais de simples programmes législatifs et il n'y a de droits individuels vraiment consacrés que ceux qui ont été organisés par des textes postérieurs ; *b*) les lois ne contiennent pas toujours détermination *complète* des règles dont elles posent le principe, elles ont valeur de loi

ticuliers, par exemple en matière domaniale. C'est ainsi que pour la situation des usines qui empruntent leur force motrice à un cours d'eau dépendant du domaine public, l'édit de février 1566 joue un grand rôle ; si l'usine est postérieure à cet édit qui a établi le principe de l'inaliénabilité du domaine de la couronne, celui-ci fait titre contre l'usine au profit du domaine, c'est-à-dire que la prise d'eau est considérée comme une concession précaire, tandis que si l'usine est antérieure à l'édit, elle reste propriétaire de la prise d'eau.

Sous ces réserves diverses, on peut dire que notre droit public est un *jus novum*.

(1) Non seulement la loi proprement dite n'a valeur de droit positif que si elle est délibérée par une autorité constitutionnelle, mais il faut entendre aussi le principe en ce sens qu'aucune règle de droit positif ayant même matière que la loi ne saurait s'établir sans la délibération d'une autorité constitutionnelle compétente. Cette conséquence des constitutions écrites et de la séparation des pouvoirs qu'elles consacrent conduit à nier la possibilité d'un droit coutumier. La coutume en effet a même matière que la loi, elle a eu jadis le même pouvoir de régler les libertés, mais son absence de formes précises lui enlève droit de cité dans nos constitutions rigides. On peut poser les principes suivants : 1° la coutume dans notre droit ne peut ni abroger la loi, ni y déroger, autrement dit, les lois ne tombent pas en désuétude, et cela est vrai des règlements administratifs comme des lois ; 2° la coutume ne peut pas suppléer la loi, cependant ici, quelques précisions sont nécessaires : *a*) quelquefois la loi elle-même déclare qu'on devra s'en référer aux usages locaux, telle est, par exemple, en matière de pavage des rues des villes, la disposition de l'art. 4 de la loi du 7 juin 1845, alors les usages suppléent à la loi au point d'être appliqués par le juge ; *b*) il arrive aussi qu'il se constitue des usages ou des précédents auxquels aucune loi ne se réfère, tels sont les précédents qui se sont établis soit au sujet du fonctionnement des assemblées administratives délibérantes, soit au sujet des rapports des grands pouvoirs publics. Ces usages n'ont pas la même vertu ; ils ont certainement dans la pratique une valeur et on a eu raison de dire que nos lois constitutionnelles, notamment, ont reçu de ce chef un complément logique fort utile ; mais ils ne peuvent point servir de base à des recours devant le juge. En matière administrative, par exemple, ni un recours pour excès de pouvoir, ni une action en nullité contre une délibération d'assemblée ne pourraient être fondés sur la violation d'une telle règle purement coutumière ; *c*) l'infraction à des usages anciens ne constitue pas une contravention légalement punissable si ces usages n'ont pas été consacrés par un règlement municipal (Crim. cass., 8 déc. 1900, *Charbaud*) ; *d*) les usages locaux ne peuvent servir de base à une taxe municipale s'ils n'ont pas été confirmés par une loi (C. E. 11 févr. 1881, D. P. 82. 3. 68, conclusions Gomel).

Source : BIU Cujas

cependant dès qu'elles contiennent une certaine détermination, et elles peuvent être complétées soit par les règlements (1), soit par le travail d'adaptation de la jurisprudence (2).

Enfin la loi porte avec elle sa sanction, c'est-à-dire sa force exécutoire

(1) Les autorités investies du pouvoir réglementaire ne peuvent cependant compléter les déterminations de la loi que dans trois hypothèses qu'il importe de distinguer soigneusement : 1° par les règlements dits *d'administration publique* le chef de l'État peut compléter les dispositions d'une loi dans la mesure où il en a été chargé par cette loi elle-même (V. *infrà*); 2° les autorités chargées de la police puisent dans leur mission de police le droit de compléter les lois dans la mesure de leurs pouvoirs de police et à la condition de ne pas créer d'obligations nouvelles (C. E. 9 mars 1900, *Boucher d'Argis*, S. 1901. 3. 1, et la note); 3° les autorités qui ont le droit d'organiser des services sont amenées à organiser indirectement l'application de certains principes législatifs; c'est ainsi que le principe de l'égale admission aux charges et aux emplois qui n'a jamais été déterminé et ne figure que dans la déclaration des droits se trouve organisé d'une façon partielle par les règlements de certains examens et de certains concours qui servent d'entrée à de certaines carrières (Cf. Moreau, *Le règlement administratif*, p. 158 et s., dont la doctrine sur ce point est peut-être un peu flottante).

(2) La jurisprudence a le pouvoir de compléter la loi d'une façon plus large encore que le règlement, elle peut, en effet, suppléer aux lacunes de la loi; ce *jus supplendi* constitue même pour elle une obligation, l'art. 4 du Code civil s'exprime ainsi : « le juge qui refusera de statuer sous prétexte du *silence*, de l'*obscurité*, ou de l'*insuf-* « *fisance* de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Pratiquement, ce droit de suppléer à la loi, peut engendrer, s'il est manié hardiment, un certain *jus corrigendi* en ce sens qu'il peut être établi des jurisprudences contraires, sinon à la lettre formelle de la loi, du moins à son esprit primitif. En effet, le juge est chargé d'interpréter la loi. C'est donc lui d'abord qui interprète les silences et les insuffisances de la loi, et par conséquent les cas dans lesquels il y a lieu de suppléer à la loi. Ensuite il peut estimer qu'il est placé en présence du seul texte de la loi, qu'il n'a point à rechercher l'esprit dans lequel ce texte a été rédigé lors du vote, mais qu'il doit au contraire s'efforcer de l'interpréter dans le sens des besoins pratiques actuels. Il naît de cette interprétation *a posteriori*, au profit de la jurisprudence, un certain pouvoir d'*évolution* dans l'interprétation de l'esprit de la loi qui s'est affirmé dans maintes occasions, même en matière civile, et qui est aujourd'hui hautement revendiqué comme un droit par un fort parti dans la doctrine.

A consulter sur le mouvement de doctrine qui se dessine au sujet du pouvoir d'évolution de la jurisprudence, Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*, 1893, introduction, p. 7-10; Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*, Caen, 1897, et tous les auteurs qu'il cite; Gény, *op. cit.*, p. 423 et s.

A ce point de vue, la jurisprudence administrative est dans une situation plus avantageuse encore que la jurisprudence civile pour les raisons suivantes : 1° Les lois administratives ne sont pas aussi complètes ni aussi codifiées que les lois du droit privé, elles présentent donc plus de ces silences, de ces obscurités, de ces insuffisances, qui donnent prise au juge; 2° les recours administratifs donnent lieu à un débat sur la recevabilité qui augmente les pouvoirs du juge; 3° le juge administratif supplée à la légalité en ce sens que souvent il peut dans une certaine mesure, faire abandon des droits de l'administration, d'autant mieux qu'il appartient lui-même à l'administration. La jurisprudence du Conseil d'État a été qualifiée de *quasi-prétorienne* ou de *semi-prétorienne* (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 411 *in fine*) et ces expressions sont d'autant mieux justifiées que ce conseil a créé de toutes pièces le recours pour excès de pouvoir. Sans doute il n'a pas annoncé à l'avance comme le prêteur qu'il le donnait dans telle ou

Source : BIU Cujas

et la détermination des peines qui sont attachées à son inobservation s'il y a lieu (1).

La confection des lois est une opération en trois temps : rédaction, promulgation, publication. La rédaction est la fixation de la formule écrite de la loi, elle est l'œuvre du pouvoir législatif d'après une procédure que nous verrons plus tard ; après cela la loi est faite ou votée. La promulgation est l'ordre d'exécuter la loi donné par le pouvoir exécutif, après cela la loi est exécutoire (2). La publication est le fait qui porte la loi à la connaissance des citoyens ou qui est censé l'y porter (*divulgatio promulgationis*) (3).

2° Au point de vue de sa *matière*, la loi doit être définie en opposi-

telle hypothèse, mais il l'a fait ; s'il n'a pas eu le pouvoir réglementaire du *judicium dabo*, il a eu le pouvoir juridictionnel de la création d'une institution nouvelle.

Il ne faut pas oublier que le Conseil d'État a développé non seulement la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, mais aussi les ouvertures, c'est-à-dire les motifs d'annulation, que par exemple il a créé le vice de *détournement de pouvoir ;* que d'ailleurs les questions de recevabilité ont une grande portée, que par exemple la recevabilité du recours du simple contribuable décidée par l'arrêt *Casanova* du 29 mars 1901, est grosse de conséquences pour l'administration municipale.

Ce pouvoir d'évolution de la jurisprudence, qui est le correctif de sa subordination à la loi, est le complément indispensable du régime de la légalité. Sans lui la carapace légale serait à la fois insuffisante par ses solutions de continuité et oppressive par sa rigidité. Une jurisprudence sagement progressive supplée aux imperfections de la loi actuelle et prépare les matériaux de la loi future. Déjà bien des lois récentes ne sont que la consécration de la jurisprudence établie. C'est ainsi par exemple que la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les conseils de préfecture n'a fait qu'homologuer pour ainsi dire l'organisation créée par la jurisprudence du Conseil d'État.

(1) Au contraire un règlement ne peut pas édicter de sanction pénale (sauf le règlement d'administration publique dans la mesure où la loi l'en a chargé) je serais porté à croire qu'il ne peut pas davantage prononcer des déchéances ou établir des responsabilités civiles ; en revanche, il peut édicter des mesures disciplinaires. Enfin, de la violation d'un règlement il peut résulter des nullités juridiques d'actes administratifs (Cfr. sur tous ces points, Moreau, *op. cit.*, p. 318 et s.).

(2) C'est pour des raisons constitutionnelles que la promulgation est confiée au pouvoir exécutif, et en somme par suite d'un exact partage des pouvoirs. Il y a une formule de promulgation : « Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté ; le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit... la présente loi délibérée et adoptée par le Sénat et la Chambre des députés sera exécutée comme loi de l'État » (D. 6 avr. 1876). Aux termes de l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875, la promulgation doit intervenir dans le délai d'un mois à dater de la transmission au gouvernement, et dans le délai de trois jours en cas de déclaration d'urgence par les deux chambres.

(3) Les formalités de la publication sont actuellement réglées par un décret du 5 novembre 1870, qui a modifié l'ordonnance du 27 novembre 1816 en même temps que l'article 1er du Code civil. La publication est censée faite lorsqu'un certain délai s'est écoulé depuis l'insertion de la loi au *Journal officiel*, à Paris, un jour franc après celui de l'insertion au *Journal officiel*, c'est-à-dire le surlendemain ; partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui contient l'insertion sera arrivé au chef-lieu de l'arrondissement, c'est-à-dire encore le surlendemain.

Source : BIU Cujas

tion avec le règlement. Entre la loi et le règlement il y a autre chose qu'une différence hiérarchique, il y a véritablement une différence de nature et d'objet; par conséquent, on peut déterminer ce qui est matière de loi plutôt que de règlement, cela présente même de nombreux intérêts tant au point de vue de la conduite législative qu'au point de vue de la théorie de l'illégalité des règlements (1). Seulement la définition matérielle de la loi est difficile; il ne faut pas exiger un critérium absolu, qui ne soit jamais en défaut, il y a entre la loi et le règlement trop de territoires contestés, trop de confins dont la situation est mal réglée, pour qu'une formule précise et rigide soit possible; il faut savoir se contenter d'un principe de distinction assez souple pour permettre de tourner une quantité d'obstacles et cependant assez certain pour déterminer une orientation.

Le fait fondamental est que la loi constitue le droit commun, quelque chose d'analogue au *common law* anglais, tandis que le règlement constitue un droit spécialement administratif. Et, certes, il existe des lois administratives, comme en sens inverse des règlements sont intervenus en matière privée; n'empêche que la masse des lois est bien pour le droit commun, tandis que la masse des règlements est bien pour le droit administratif.

Ce fait certain ne signifie pas seulement que la loi est hiérarchiquement supérieure au règlement (2), il révèle une différence de nature. Si la loi est constitutive du droit commun, si d'ailleurs elle est plus importante que le règlement, c'est parce que, émanation du milieu social, elle est *condition d'existence de l'État considéré comme milieu social*; tandis que le règlement, émanation de la puissance gouvernementale, est *condition d'existence de l'État considéré comme organisme public*. Or, nous savons que l'État pris comme milieu social ne se confond pas avec l'État pris comme organisme public et que d'ailleurs il a plus d'importance (3).

A ces notions fondamentales sur la nature de la loi et du règlement se rattachent les considérations suivantes :

(1) On trouvera une bonne illustration de cette vérité dans l'histoire de l'organisation des Conseils du travail créée par simple règlement (D. 17 sept. 1900 et 2 janv. 1901) et soumise ensuite à révision législative parce que cette organisation portait atteinte à la liberté de ne pas se syndiquer.

(2) M. Moreau s'arrête à cette seule constatation (*op. cit.*, p. 50.) Pour lui, il n'y a point de différence de nature entre la loi et le règlement.

(3) Ces définitions matérielles sont dans leur essence les mêmes que celles données dans ma quatrième édition, savoir que la loi est *une représentation des rapports sociaux vus dans le régime d'État* et que le règlement est pour la *simple organisation*; je me suis efforcé seulement de les développer et de les rendre plus intelligibles, car elles ont été généralement mal comprises, même de M. Moreau dont la réfutation est bien à côté (*op. cit.*, p. 39 et s.). Tout le principe de la distinction, je le répéterai jusqu'à l'insistance, est dans la dualité des aspects de l'État, la loi est l'expression de l'État milieu social, le règlement est l'expression de l'État organisme public.

Source : BIU Cujas

1° La loi est une source du droit *absolue;* du moment qu'une loi pose une règle, celle-ci est obligatoire pour tous : le règlement est une source du droit *relative*, la règle qu'il pose n'est souvent obligatoire que pour certains éléments sociaux, par exemple pour certains rouages administratifs. Cela tient à ce que la loi est condition du milieu et qu'un milieu impose sa manière d'être à tous les éléments qu'il contient; au contraire le règlement est constitutif d'un certain organisme ou même seulement de certains rouages d'un organisme (bien entendu, le cas du règlement d'administration publique mis à part. V. *infrà*) (1);

2° La loi est *pour la liberté;* elle s'adresse à des êtres individuels conçus comme libres dans un milieu; d'une part elle garantit leur liberté; d'autre part, elle la rend efficace, c'est-à-dire qu'elle amène à la vie juridique les actes librement accomplis selon ses règles; enfin elle éveille les responsabilités. Le domaine réservé du droit légal est la personnalité juridique et la responsabilité; un droit pénal avec des règles sur l'imputabilité des délits et des crimes est un élément du système légal qui ne manque jamais. — Le règlement est *pour l'organisation,* il ne s'adresse pas à des êtres, il veut *des choses* (2); il se fait obéir par des sanctions qui n'éveillent pas l'idée de responsabilité, comme la contravention; il n'amène pas à la vie juridique les actes spontanés des individus (3).

A raison de cette différence de nature, en bien des occasions, sur une même matière, historiquement le droit réglementaire précède le droit

(1) Il y a là un point de vue qui, je crois, a échappé à M. Moreau; il met sur le même plan tous les règlements, les règlements de police et les règlements organiques de toutes les autorités et jusqu'aux délibérations réglementaires des conseils généraux et des conseils municipaux par lesquelles ces assemblées statuent sur les affaires du département ou de la commune (V. *op. cit.*, p. 470). Il est clair cependant que ces divers règlements ne sont pas *sources du droit* au même titre et que beaucoup n'ont qu'une valeur relative. Si les règlements de police obligent tous les habitants d'une circonscription, la délibération par laquelle un conseil municipal approuvera un tarif de droits de stationnement ou de plaçage n'obligera plus que des catégories très restreintes d'intéressés, et celle par laquelle il approuvera un projet de bail pour un bien communal n'obligera plus que le maire. Il y a aussi la question des circulaires ministérielles qui n'obligent que les agents de l'administration. D'autre part, la force exécutoire attachée aux différents règlements est très variable : la violation des règlements locaux par les autorités administratives ne donne pas ouverture au recours pour excès de pouvoir, il n'y a que la violation des règlements généraux.

(2) Les règlements de police veulent que l'ordre public soit assuré et qu'une certaine cause de trouble disparaisse; les règlements ont un caractère territorial bien plus accusé que les lois, ils ne constituent pas comme celles-ci un statut personnel qui suit le national au delà des frontières, ils sont particuliers à un pays et même à une circonscription.

(3) Il amènera tout au plus à la vie juridique les actes de l'administration. Cette question de l'enfantement à la vie juridique des actes accomplis en conformité avec la règle a une grande importance dans la doctrine allemande. Pour une bonne partie de cette doctrine la loi seule est en ce sens une véritable règle de droit. Cfr. Laband, *Le droit public de l'empire allemand*, traduct. française, t. II, p. 260 et s., 377 et s.; Duguit, *l'État, le droit objectif et la loi positive.*

Source : BIU Cujas

légal ; il procède à des organisations brutes et hâtives, la loi vient ensuite pour *réformer* ces organisations et en tirer un milieu d'existence plus favorable aux libertés individuelles (par exemple dans les colonies);

3° Dans une forme sociale aussi complexe que l'État, qui est à la fois milieu de vie et organisme public, il est fatal que le droit légal expression de l'État-milieu et le droit réglementaire, expression de l'État-organisme, se compénètrent.

D'une part, en un certain sens, les individus sont membres de l'organisme public de l'État en même temps qu'ils vivent de leur vie individuelle dans le milieu qu'il constitue ; ils sont donc, en tant qu'administrés, participants des règlements administratifs, ceux-ci sont dans une certaine mesure censés faits par eux et pour eux ; cela explique que les administrés doivent obéissance aux règlements en certains cas (1) et aussi qu'ils puissent en retirer certains avantages qui ne sont point des droits acquis au sens du droit commun, mais auxquels le droit administratif par des moyens propres assure une efficacité (2). D'autre part, en tant que vivant de leur vie individuelle dans le milieu étatique, les hommes ont intérêt à ne pas se laisser absorber au delà d'un certain point par les services et les sujétions de l'organisme public ; ils ne sauraient prendre de meilleure garantie que d'employer largement la loi à limiter et à préciser cette organisation ; delà proviennent les lois constitutionnelles, les lois organiques et bon nombre de lois administratives ;

4° Si l'on tient compte de cet ensemble de considérations, on aboutit à cette formule pratique : est et doit être matière de loi *toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation importante pour la garantie d'une liberté ;* est matière de règlement, ce qui intéresse l'ordre public et l'organisation de ce qui est public.

On considère généralement comme étant du domaine de la loi, à raison de leur importance pour la liberté : α) les règles constitutionnelles ; β) les règles organiques des grands pouvoirs publics ; γ) les règles de décentralisation administrative ; δ) les règles organiques des libertés individuelles y compris celles qui organisent les transactions privées (droit civil, droit commercial) ; ε) les règles pénales ; ζ) les actes qui établissent des taxes ; η) les actes qui organisent des juridictions nouvelles (Cfr. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 56 et s.).

Influence de la forme de loi sur la force exécutoire de l'acte. —

(1) La question de savoir en quels cas les administrés sont liés par les règlements administratifs parce qu'ils sont pris en tant que membres de l'organisme public est très délicate. De sa solution dépend la valeur des règlements comme source du droit. En principe les administrés sont liés en matière de police, c'est-à-dire en matière d'ordre public, plutôt qu'en matière d'organisation de services publics.

(2) Nous aurons occasion de revenir plus tard, à propos de la théorie des actes d'administration, sur l'importante matière des avantages que les administrés peuvent tirer des règlements, soit dans les situations d'autorité, soit dans celles de gestion.

Source : BIU Cujas

Tout acte en forme de loi s'exécute comme une loi, alors même qu'il ne contiendrait pas matière de loi, c'est-à-dire alors même qu'il contiendrait matière réglementaire ou matière de délibération administrative. En conséquence : 1° Un acte en forme de loi ne saurait être abrogé que par un autre acte en forme de loi, il ne saurait l'être ni par un règlement, ni par une délibération administrative ; 2° Un acte en forme de loi ne saurait être l'objet de recours contentieux en annulation ; 3° Un acte en forme de loi est toujours obligatoire pour le pouvoir exécutif et pour l'administration (1).

II. *Définition du règlement* (2). — 1° Envisagé dans sa matière propre le règlement est uniquement pour *l'organisation de ce qui est public* et *pour le maintien de l'ordre public*, c'est-à-dire qu'il vise directement un résultat social sans se préoccuper de conditionner des libertés, en quoi d'ailleurs il est un acte d'*administration ;* il faut ajouter que le règlement ayant été mis par notre constitution au service de la loi pour conditionner des libertés par des mesures de détail lorsqu'il sert à compléter des lois, cela lui fait comme une double nature, l'une qui lui est propre, *l'organisation de ce qui est public*, l'autre qui provient de sa subordination constitutionnelle, *assurer l'application des lois* et dès lors *compléter les lois* (V. p. 17 et *infrà*, *Règlement d'administration publique*) ;

2° Au point de vue formel *un règlement est une disposition écrite par une autorité administrative ayant le pouvoir réglementaire et en vue d'exercer ce pouvoir.*

De l'origine du pouvoir réglementaire. — Les autorités administratives tiennent leur pouvoir réglementaire directement de la Constitution et de l'organisation administrative et, par delà, de la nature même des choses, le gouvernement et l'administration étant impossibles sans l'*imperium* et l'*imperium* comprenant à la fois le pouvoir de donner des ordres et celui de les faire exécuter. On peut dire qu'en principe chacun des grands pouvoirs publics a le pouvoir de régler, là où ce pouvoir ne fonctionne pas c'est qu'il a été supprimé, mais là où il fonctionne, ce n'est

(1) Spécialement, la loi du budget est obligatoire pour le gouvernement, bien que par sa matière elle ne contienne qu'une délibération administrative (Cfr. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, p. 707 ; Jèze et Bouvier, *op. cit.*, n° 26). En Allemagne, plusieurs auteurs en soutenant, qu'il faut que la forme et la matière de la loi soient réunies pour que celle-ci soit obligatoire, sont arrivés à dire que le gouvernement impérial n'est pas lié par le vote du budget de l'empire (Laband, *Das staatsrecht des deutschen Reiches*, 2e édit., t. II, p. 410 ; Von Rönne, *Das staatsrecht des preussischen Monarchie*, t. I, p. 592).

(2) *Bibliographie :* Camille Bazille, *Du pouvoir réglementaire*, *Revue générale d'administration*, 1881, I, p. 271 et s. ; Jean-Dejamme, *Du pouvoir réglementaire*, *eod.* 1892, III, p. 257 et s. ; H. Berthélemy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, *Revue politique et parlementaire*, janvier et février 1898 ; Tchernoff, *Le pouvoir réglementaire des maires ;* Moreau, *Le règlement administratif*, 1902 ; Mme Balakowski-Petit, *Du pouvoir réglementaire dans les pays où la séparation des pouvoirs n'existe pas*, 1901.

Source : BIU Cujas

pas en vertu d'une délégation de la loi, c'est par sa propre vertu (1).

Il faut considérer comme fausse la théorie des légistes parlementaires d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait une délégation du pouvoir législatif; elle est fausse de par la nature des choses et encore parce que dans un pays à constitution écrite et à séparation des pouvoirs, le pouvoir législatif ne se délègue pas (2).

Des autorités qui ont le pouvoir réglementaire. — Il y a en cette matière à éviter une confusion. S'il s'agit d'actes qui ne sont réglementaires qu'à un point de vue d'organisation administrative, la plupart des autorités ont le pouvoir d'accomplir de ces actes; s'il s'agit des règlements qui sont pour la police de l'ordre public et par suite *sources du droit pour tous*, le nombre des autorités ayant le pouvoir d'en faire est beaucoup plus restreint (V. p. 20). En ce dernier sens, le pouvoir réglementaire appartient à l'État et à la commune et s'exerce en leur nom. Il faut noter dès maintenant qu'il n'appartient normalement ni aux départements, ni aux colonies, le préfet fait des arrêtés réglementaires dans le département, le gouverneur en fait dans la colonie, mais ils représentent alors l'État; (3).

Au contraire, les autorités communales et spécialement le maire quand il prend des arrêtés réglementaires ne représentent point l'État, mais agissent à titre autonome; cela avait été reconnu nettement par les lois révolutionnaires (4) et encore par la loi du 18 juillet

(1) Le pouvoir réglementaire qu'exerçaient les parlements sous l'ancien régime était naturel, si les tribunaux modernes ne l'exercent plus c'est que les arrêts de règlement leur ont été formellement interdits (art. 5, C. C.). Le pouvoir réglementaire qu'exerçaient les lieutenants de police était naturel (édit de mars 1667 Saint-Germain-en-Laye). La Constitution de 1875, art. 3, consacre le pouvoir réglementaire du Président de la République en ces termes : « il surveille et *assure* l'exécution des lois », le sens de ces expressions est d'ailleurs éclairé par la charte de 1830, art. 13, par la Constitution de 1848, art. 49, et par la loi du 31 août 1871, art. 2; l'indépendance constitutionnelle du pouvoir réglementaire du chef de l'État est donc certaine en principe; mais les considérations précédentes serviront à établir cette indépendance dans tous les cas, et à l'établir également au sujet des règlements faits par les autres autorités administratives. M. Moreau est partisan déterminé du caractère spontané du pouvoir réglementaire, *op. cit.*, p. 164 et s., et d'ailleurs, il me prête bien gratuitement, p. 165, l'opinion que le règlement doit se borner à assurer l'application des lois.

(2) V. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, *Revue politique et parlementaire*, août 1894, et *Droit constitutionnel*, 2e édit., p. 470 et s. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi fournit aux règlements leur sanction (V. p. 18).

(3) D'après M. Moreau, le département a le pouvoir réglementaire de police comme la commune et il l'exerce par son conseil général ; il faut avouer que nombre de lois de police nouvelles peuvent être invoquées en ce sens (LL. 15 juill. 1893; 15 févr. 1902, etc). — V. *op. cit.*, p. 455 et s.

(4) L. 14 déc. 1789, art. 49 « les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux municipalités ». Art. 50 « Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées admi-

Source : BIU Cujas

1837 (1); lors de la discussion de la loi du 5 avril 1884, cela fut contesté par suite des craintes que faisait naître la nomination des maires désormais abandonnée au conseil municipal; l'article 91 relatif aux pouvoirs de police du maire fut placé à part, entre ceux qui traitent du maire comme délégué de l'administration centrale et ceux qui traitent du maire comme représentant autonome de la commune; il faut conclure de là qu'il y a eu intention de centraliser la police et le pouvoir réglementaire, mais que cette intention n'a pas complètement abouti, que le pouvoir réglementaire du maire est devenu une matière mixte, il y a autorité de l'administration centrale en ce sens que les arrêtés du maire peuvent être annulés (art. 95), mais il y a encore autonomie en ce sens que l'arrêté est exécutoire par lui-même au bout d'un certain délai (art. 95). D'ailleurs l'article 91 a conservé les expressions traditionnelles « sous la surveillance de l'administration supérieure » (2).

Des différents règlements faits au nom de l'État. — Il faut distinguer les règlements faits par le chef de l'État, ceux faits par les ministres et ceux faits par les préfets :

a) *Règlements faits par le chef de l'État.* — Ce sont des décrets réglementaires, car tous les actes du chef de l'État portent le nom générique de décrets. Ils sont ou bien pour assurer l'application des lois, ou bien pour créer des organisations administratives nouvelles, ou bien pour régler des matières de police spéciale (car la police administrative générale n'appartient pas au chef de l'État). Ils se divisent en trois catégories : les règlements d'administration publique, ceux qui sont en forme de règlement d'administration publique et les règlements ordinaires.

Les règlements *d'administration publique* présentent les trois caractères suivants : 1° ils sont pour compléter une loi; 2° la rédaction en a été prescrite par la loi elle-même qui a voulu être ainsi complétée; 3° ils sont obligatoirement délibérés en assemblée générale du Conseil d'Etat.

Les règlements *en forme de règlement d'administration publique* sont délibérés par l'assemblée générale du Conseil d'État, mais ne sont pas

nistratives, sont..... de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ». — L. 16-24 août 1790, tit. 11, art. 1 : « les corps municipaux veilleront et tiendront la main dans l'étendue de chaque municipalité, à l'exécution des lois et des règlements de police ». Art. 3. « les objets de police confiés à la vigilance et à l'*autorité* des corps municipaux sont..... » V. encore L. 19-22 juillet 1791; art. 471, n° 15, C. P.

(1) Art. 10, L. 18 juill. 1837, « le maire est chargé, *sous la surveillance* de l'administration supérieure, de la police municipale, de la police rurale, etc. »; et cela s'oppose à l'art. 9 « le maire est chargé sous l'*autorité* de l'administration supérieure, etc. »

(2) V. en ce sens, Morgan, *Loi municipale*, sous l'art. 91, et C. E., 6 avril 1900, *commune de Jargeau;* — La loi du 21 juin 1898 sur la police rurale et celle du 15 févr. 1902 sur la santé publique ont restreint sur nombre de points les pouvoirs de police du maire.

Source : BIU Cujas

le complément d'une loi prévu par cette loi elle-même; leur rédaction peut avoir été prescrite par un texte de loi, mais ils ne sont pas le complément de cette loi. Le meilleur exemple qui puisse en être donné est celui des règlements organisant l'administration centrale des ministères; il a été prescrit par l'article 16 de la loi de finances du 29 décembre 1882 qu'ils seraient rédigés en forme de règlements d'administration publique, mais ils ne sont point soudés à cet article de loi. Il semble d'ailleurs que le chef de l'État puisse spontanément donner cette forme à des règlements, car les ministres ont le droit de « renvoyer les affaires importantes à l'examen de l'assemblée générale du conseil » (D. 3 avr. 1886, art. 7, n° 27). Les règlements de cette catégorie ne sont pas soustraits par leur forme aux recours en annulation, et le juge peut en apprécier la légalité (1).

Les règlements *ordinaires* ne sont pas soumis à l'assemblée générale du Conseil d'État, mais peuvent avoir été délibérés par telle ou telle section du conseil, ou par des conseils techniques comme le conseil des ponts et chaussées, le conseil supérieur de l'instruction publique, etc. Les règlements ordinaires ne sont point soustraits aux recours en annulation, et le juge peut en apprécier la légalité.

b) *Règlements faits par les ministres.* — Il est de doctrine courante que le pouvoir réglementaire des ministres est exceptionnel, cette opinion est peut-être cependant un peu absolue et une distinction me paraît nécessaire. Il est un pouvoir propre du ministre qui me paraît de nature à engendrer un pouvoir réglementaire spontané. Le ministre est le chef de la hiérarchie administrative, il l'est non seulement au point de vue du personnel des fonctionnaires, mais au point de vue des recours des particuliers, puisque les recours hiérarchiques s'arrêtent à lui et ne remontent point au chef de l'État, et encore au point de vue de la procédure des affaires administratives pour lesquelles toute impulsion part des bureaux du ministère. Cette situation me paraît engendrer un pouvoir réglementaire naturel tant pour l'organisation hiérarchique des fonctionnaires (toutes les fois que des décrets du chef de l'État ne se sont pas emparés de la matière) que pour la détermination des règles de procédure à suivre dans telle ou telle affaire administrative (2).

En dehors de cette hypothèse, je reconnais que la compétence régle-

(1) M. Moreau, p. 145 critique cette définition des règlements en forme de R. d'A. P. mais sans en donner une plus satisfaisante; il paraît croire qu'il n'est fait en forme de R. d'A. P. que des actes individuels et non des règlements; mais les exemples abondent; outre celui donné au texte, indiquons encore les *règlements d'eau* qui sont en forme de règlements d'administration publique (L. 8 avr. 1898, art. 9).

(2) Spécialement le ministre de l'intérieur me paraît avoir été compétent pour déterminer par l'arrêté du 1er juillet 1901 les justifications essentielles à l'instruction des demandes d'autorisation formées par les congrégations religieuses.

Source : BIU Cujas

mentaire du ministre est exceptionnelle. Quoiqu'il en soit, lorsque le ministre fait des règlements ils sont contenus dans des *arrêtés réglementaires* (1).

c) *Règlements faits par les préfets.* — Ils peuvent être faits : 1° pour des objets spéciaux, par délégation du Chef de l'État (par exemple, pour le détail de certains règlements d'eau); 2° pour des objets spéciaux, en vertu d'un pouvoir propre (police de la chasse, de la pêche, de l'écoulement des eaux); 3° pour la police administrative générale, et alors, soit pour tout le territoire d'un département, soit pour le territoire de plusieurs communes. Quant aux cas où le préfet fait un règlement applicable à une seule commune en se conformant aux formalités de l'article 99 de la loi municipale du 5 avril 1884, c'est un cas où il fait un règlement au nom de la commune, non point au nom de l'État, car il se substitue au maire.

Confection des règlements. — Pour les règlements il n'y a pas à distinguer la confection et la promulgation, les deux opérations se confondent, étant l'œuvre de la même autorité administrative. Rien d'essentiel dans la forme des décrets et arrêtés réglementaires, si ce n'est la signature et aussi la date, afin que l'on puisse vérifier la qualité de l'autorité qui a signé, mais il y a une forme habituelle : 1° visa des textes, motifs sous forme de considérants; 2° dispositif par articles; 3° date et signature; de plus les actes délibérés en Conseil d'État portent la mention de cette délibération.

Après la signature, les décrets réglementaires et les arrêtés des préfets sont exécutoires par eux-mêmes; il en est autrement des arrêtés réglementaires des maires, du moins de ceux qui portent règlement permanent; ils ne deviennent exécutoires qu'un mois après la remise de l'ampliation au préfet ou au sous-préfet, constatée par certificat; néanmoins en cas d'urgence, le préfet peut autoriser l'exécution immédiate (art. 95, L. 5 avr. 1884).

Pour la publication, il faut distinguer entre les décrets réglemen-

(1) Les exemples les plus remarquables de ces arrêtés ministériels réglementaires exceptionnels sont : 1° les règlements faits pour la police des gares et de la voie, ainsi que pour la composition et la marche des convois de chemins de fer, par le ministre des Travaux publics en vertu de l'ordonnance du 15 novembre 1846, modifiée par le D. du 1er mars 1901, art. 1-44; 2° les homologations des tarifs de transports faites par le même ministre en vertu de l'art. 44, même ordonnance. Les tarifs, une fois homologués, deviennent de véritables règlements, ce ne sont point des conventions passées entre la compagnie et le public pour la rémunération d'un louage de services, « ils sont comme des lois ». La jurisprudence a successivement déduit toutes les conséquences de cette idée; il en résulte notamment qu'une fois les conditions de publicité remplies, nul n'est censé ignorer l'existence d'un tarif; que l'interprétation du tarif par le juge doit être littérale; qu'on ne saurait par des conventions particulières déroger à un tarif, etc... (Cass., 25 janv. 1898, *Bonnes*, S. 98.1.361); 3° depuis le décret-loi du 26 mars 1852 jusqu'au D.-R. du 12 avril 1880, les arrêtés du ministre des Cultes réglant les conditions des élections consistoriales protestantes.

Source : BIU Cujas

taires d'une part, et d'autre part les arrêtés préfectoraux et municipaux (1).

Force obligatoire des règlements. — Les événements qui peuvent enlever aux règlements leur force obligatoire sont les suivants :

a) *L'abrogation.* — Un règlement ne peut être abrogé que par un autre règlement émané de la même autorité ou d'une autorité plus haute si elle est compétente, rendu dans la même forme ou dans une forme plus relevée (2). Un règlement peut encore être abrogé par une loi puisque le règlement est essentiellement subordonné à la loi; b) *La rétractation.* — Les règlements peuvent être rapportés ou rétractés par l'autorité qui les a faits et par un acte dressé en la même forme. La rétractation diffère de l'abrogation, en ce sens que la disposition nouvelle se borne à détruire les dispositions anciennes sans rien y substituer; c) *L'annulation.* — Les règlements peuvent, suivant les cas, être annulés, soit par décision administrative d'une autorité supérieure, soit par décision juridictionnelle (3); d) *L'illégalité* (V. *infrà*).

(1) Les décrets réglementaires importants sont insérés au *Journal officiel* (D. 5 nov. 1870, art. 2), par suite ils sont censés connus à Paris, un jour franc après celui de l'insertion au *Journal officiel*, c'est-à-dire le surlendemain; partout ailleurs, dans l'étendue de chaque arrondissement, un jour franc après que le *Journal officiel* qui contient l'insertion sera arrivé au chef-lieu d'arrondissement, c'est-à-dire encore le surlendemain. Les décrets de moindre importance sont insérés seulement au *Bulletin des lois* et restent sous l'empire de l'ordonnance du 27 novembre 1816.

Pour les arrêtés réglementaires préfectoraux et municipaux, la Cour de cassation admet que l'arrêté est censé connu du jour même de la publication. Quant au fait même de la publication, pour les arrêtés préfectoraux, pas de règles; pour les arrêtés municipaux (art. 96, L. 5 avr. 1884), publication et affichage, ces deux faits réalisés conformément aux usages; seulement il faut que la date de la publication soit constatée; aussi la loi du 5 avril 1884 a-t-elle exigé que la publication fût certifiée par une déclaration écrite du maire, et pour plus de sûreté, même, l'arrêté doit être transcrit en entier sur le registre de la mairie (art. 96, *in fine*), et tout habitant est autorisé à en prendre copie (art. 58). Il peut d'ailleurs être suppléé à ces moyens de preuve légaux par tous autres moyens (Cass., 4 août 1899, *Léautaud* et autres; *Hurtault* et autres, S. 1901.1.430).

(2) Ainsi un décret réglementaire simple peut être abrogé par un règlement d'administration publique.

(3) 1° Les arrêtés réglementaires des maires peuvent être annulés administrativement par le préfet, soit spontanément, soit sur recours gracieux des parties lésées dans leurs intérêts. Cette annulation peut intervenir à un moment quelconque, alors même que l'arrêté est devenu exécutoire, c'est-à-dire même après l'expiration du délai d'un mois depuis le dépôt de l'ampliation; l'administration n'est pas liée par son silence, elle ne le serait même pas par une approbation antérieure qui aurait été donnée formellement. L'annulation doit être prononcée par arrêté, elle peut être motivée par la simple inopportunité de l'acte. Les actes accomplis en exécution de l'arrêté municipal jusqu'au moment de l'annulation restent valables (art. 95, L. 5 avr. 1884).

Les mêmes arrêtés peuvent être annulés juridictionnellement par le Conseil d'État à la suite d'un recours pour excès de pouvoir, fondé sur l'incompétence, la violation des formes, le détournement de pouvoir, la violation de la loi et des droits acquis, recours ouverts aux parties intéressées;

2° Les arrêtés réglementaires des préfets peuvent être *annulés* ou *réformés* adminis-

Source : BIU Cujas

Sanction des règlements. — Les règlements sont en principe des dispositions pénales auxquelles une même peine est attachée, c'est une amende de simple police de un à cinq francs (art. 471, n° 15, C. P., rédaction de 1832) (1).

III. *La combinaison de la loi et du règlement.* — Cette combinaison obéit à trois idées fondamentales : la subordination du règlement à la loi; l'exécution de la loi par le règlement; le bloc légal. Bien que ces trois idées s'enchevêtrent quelque peu, nous devons les examiner séparément :

1° L'idée qui domine est *la subordination du règlement à la loi*, elle entraîne la théorie juridique de l'*illégalité* des règlements qui sont contraires à la loi, soit qu'ils contredisent les termes d'une loi, soit qu'ils entreprennent sur une liberté sans y être eux-mêmes autorisés par une loi. Pour faire valoir cette illégalité il y a deux moyens : *a*) l'annulation du règlement par le Conseil d'État sur recours pour excès de pouvoir; *b*) la déclaration d'illégalité par le juge chargé de l'application du règlement, qui est soit le juge de simple police, soit même le juge de police correctionnelle et qui a le droit d'apprécier la légalité du règlement qu'on lui demande d'appliquer (2).

trativement par le ministre compétent, soit spontanément, soit sur le recours gracieux des parties intéressées, pour simple inopportunité (D. 25 mars 1852, art. 6). Ils peuvent être également annulés juridictionnellement par le Conseil d'Etat, à la suite d'un recours pour excès de pouvoir;

3° Les décrets réglementaires peuvent être annulés juridictionnellement pour excès de pouvoir à l'exception des règlements d'administration publique.

(1) Cette disposition sanctionne les règlements faits au nom du chef de l'État aussi bien que ceux faits au nom des maires (Cass., 9 mars 1901, *Bersaut*, infraction au D. 15 oct. 1810 sur les établissements insalubres).

Mais elle ne sanctionne que les règlements de police proprement dits qui contiennent dispositions de police pour la bonne raison que ceux-là seuls sont *sources du droit* pour tous; de ce chef il y a des règlements administratifs sans sanction pénale, ce sont : *a*) les règlements organiques ; *b*) les règlements qui se bornent à publier les lois existantes pour les remettre en vigueur; si ces lois sont par elles-mêmes sans sanction, le règlement qui les publie ou qui renouvelle leur disposition ne leur ajoute aucune sanction (V. *infrà*, décisions de cassation); *c*) les règlements que les maires feraient moins pour la police proprement dite que pour la conservation du domaine public communal. Cette sanction ne s'attache qu'aux règlements de police et non pas aux lois de police (par exemple les art. 43 et 45 de la loi du 18 germinal an X sur la police des cultes sont sans sanction, Cass., 23 mai 1901, *commissaire de police de Saint-Etienne;* Cass., 6 mai 1899, *curé de Versailles*).

Exceptionnellement, certaines dispositions réglementaires sont sanctionnées par des peines correctionnelles, par exemple l'arrêté d'expulsion pris contre des étrangers.

(2) Article 471, n° 15, C. P. : « Seront punis d'amende... ceux qui auront contrevenu aux règlements *légalement faits* par l'autorité administrative » pour ce qui est du juge de police correctionnelle, V. C. E, 14 mars 1884, *Morphy*, p. 214). Cette compétence du juge ordinaire pour déclarer l'illégalité des règlements lorsqu'il est saisi d'une contravention est un des correctifs du système administratif français qu'il ne faut pas perdre de vue. L'administration relève du juge ordinaire pour les règlements qu'elle fait; le

Source : BIU Cujas

La théorie de l'illégalité des règlements est utilisée fréquemment à propos des dispositions réglementaires des arrêtés de police (1). Elle peut être invoquée aussi à propos de taxes qui seraient imposées par un règlement et dont le principe ne se trouverait pas dans une loi (2) ou ne serait pas conforme au principe de la loi (3), parce que toute taxe est une restriction à la liberté qui est matière de loi.

Elle peut être invoquée encore à propos des pénalités qui seraient établies par des règlements et dont le principe ne se trouverait pas dans une loi, parce que toute pénalité est matière de loi (4).

droit réglementaire, qui est une bonne partie du droit spécialement administratif, conduit devant le juge ordinaire et non pas devant le juge administratif.

Cela tient à ce que les règlements sont des dispositions pénales et à ce qu'en principe nul ne doit être puni qu'en vertu d'une loi, la combinaison de ce fait et de ce principe entraîne cette conséquence que pour jouir de sa vertu pénale un règlement doit être légalement fait et que cela doit être apprécié par le juge ordinaire.

(1) De ce que les lois relatives à la police confèrent aux autorités compétentes le pouvoir d'assurer par des mesures convenables le maintien du bon ordre ou la sécurité publique ou la salubrité publique, ces autorités concluent trop souvent qu'elles ont le droit d'édicter des règlements qui, restreignant des libertés consacrées par les lois, interdisent certains actes, soumettent d'autres actes au régime de l'autorisation préalable, ou prescrivent des précautions détaillées. C'est une erreur, en présence des libertés consacrées par les lois, les droits de la police se bornent en principe à la faculté d'imposer aux particuliers l'obligation d'assurer par eux-mêmes, par des abstentions ou par des actes dont ils conservent le libre choix et la responsabilité, le maintien de l'ordre. La police a le droit de prescrire *la fin* non les *moyens* (Jouarre, *Des pouvoirs de l'autorité municipale en matière de salubrité*, Paris, 1899, p. 54). L'effet normal de ces prescriptions est de mettre les particuliers en état de contravention et d'engager leur responsabilité civile, soit s'il se produit un accident, soit si la sécurité ou le bon ordre ou la salubrité ne sont pas assurés.

Pour donner aux magistrats chargés de la police le droit d'interdire ou de prescrire des actes déterminés, il faut des dispositions de lois spéciales.

C'est ainsi qu'avant la loi du 16 juillet 1856, l'administration ne pouvait pas imposer, par mesure de police la servitude *nec fodiendi* aux propriétaires voisins des sources minérales (Cass. crim., 13 avr. 1844, *Brusson*). En cas d'épizootie, avant la loi du 21 juillet 1881, bien des mesures de précautions ne pouvaient être prises. En matière d'assainissement, avant la loi du 15 février 1902, aucun mode particulier ne pouvait être imposé (Cass., 28 juill. 1873, *Carré ;* 26 nov 1887, *puisards de Caen*).

Ou bien encore, il faut qu'il s'agisse de libertés qui ne sont pas bien nettement déterminées par la loi et il y a à ce point de vue des distinctions à faire (V. *infrà*, police).

(2) La maxime que les taxes ne peuvent être établies que par la loi est traditionnelle chez nous, l'article 8 de la loi du 24 février 1875 y fait une allusion en réglant les attributions des deux chambres dans le vote des lois de finances. Il arrive cependant que, par permission expresse de la loi, le chef de l'État peut déterminer une taxe ; ainsi la loi du 21 mars 1878, art. 2, l'autorise à fixer par décret le tarif des taxes télégraphiques ou téléphoniques, encore n'est-ce que provisoirement et sous réserve d'approbation par la prochaine loi de finances. V. des détails intéressants dans Berthélemy, *Le pouvoir réglementaire du président de la république*, *Revue politique*, janvier, février 1898.

(3) V. Cass., 24 juillet 1900 *Rey*, illégalité d'un arrêté du préfet de la Seine établissant des taxes de remplacement de l'octroi dans des conditions contraires au principe de la loi. *Rev. d'administrat.*, octobre 1900, p. 178).

(4) V. Berthélemy, *op. cit.*

Source : BIU Cujas

La question de savoir si cette même théorie peut être invoquée à propos des organisations de juridictions est assez délicate, car si on peut affirmer que la création d'une juridiction nouvelle intéresse la liberté et par suite ne saurait être l'œuvre d'un simple règlement (1), d'un autre côté des extensions de compétence de juridictions existantes ne peuvent-elles pas résulter de certaines organisations de service (Cf. Cass., 30 déc. 1897, *Mouton-Labastide*).

Des décrets-lois. — Dans les périodes anormales au point de vue constitutionnel, soit aux époques de despotisme, soit aux moments de révolution, l'organe exécutif ayant en fait accaparé le pouvoir législatif, il a été rendu des décrets sur des matières qui étaient du domaine de la loi; la légalité de ces décrets aurait pu être contestée : en fait, elle a été acceptée et on les appelle des *décrets-lois* (2).

2° *L'exécution de la loi par le règlement.* — Il est excessif de dire, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, que tous les règlements soient pour assurer l'exécution des lois. Les règlements ont bien souvent un objet propre qui est soit de créer des organisations publiques, soit d'assurer l'ordre public (V. p. 23). Cela est sous le contrôle de la loi, mais ce n'est pas nécessairement dans la limite de la loi, c'est pour as-

(1) V. Berthélemy, *op. cit.*

(2) 1° Il y a eu à diverses reprises, sous les gouvernements autoritaires, empiètement du pouvoir exécutif sur le législatif, et des règlements sont intervenus, là où il aurait fallu des lois. Ces décisions réglementaires ont été acceptées malgré tout, et tiennent encore la place de lois. Nombre de ces décisions sont l'œuvre de Napoléon Ier, qui avait été entraîné vers le pouvoir absolu (notamment, Décr. du 16 déc. 1811 sur les routes impériales, créant des servitudes pour les riverains). La légalité de ces décrets n'avait pas été contestée sous son règne, elle le fut sous la Restauration; la Cour de cassation les a maintenus, sous prétexte que le Sénat, qui avait un délai pour les casser pour inconstitutionnalité, ne l'avait pas fait; des avis du Conseil d'Etat approuvés par l'empereur et publiés depuis le 16 septembre 1807 jusqu'en 1814, sont dans le même cas;

2° A chaque changement de régime, avant que les autorités nouvelles ne fussent régulièrement constituées, les gouvernements provisoires ont exercé à la fois le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et ont fait eux aussi des *décrets-lois*. Il y a eu de ces actes en 1830 et 1848, ils n'ont plus qu'un intérêt historique; mais il y en a eu en 1852 et 1870, qui sont encore en vigueur. Décrets rendus par le prince-président depuis le 2 décembre 1851, époque de la dissolution de l'Assemblée nationale, jusqu'au 29 mars 1852, époque de la réunion des nouvelles Chambres, notamment : Constitution du 14 janvier 1852, décr. du 25 mars 1852 dit de déconcentration; décr. du 26 mars 1852 sur les rues de Paris, etc.

L'art. 58 de la Constitution du 14 janvier 1852, dit formellement que tous les décrets rendus pendant cette période auront force de loi; ce n'est pas exact, cela dépend de leur matière, il en est qui, ne contenant que des mesures d'exécution, c'est-à-dire de la simple organisation, sont de simples décrets modifiables par décret. — Même observation pour les décrets rendus par le Gouvernement de la Défense nationale; décr. du 5 novembre 1870 sur *la publication des lois*, etc. Mais on ne saurait distinguer dans un même décret-loi des dispositions législatives et d'autres simplement réglementaires, car une fois un décret-loi reconnu comme tel à raison de ses dispositions principales, il forme bloc.

Source : BIU Cujas

surer l'accomplissement de la fonction administrative, ce qui n'est pas la même chose (1).

Il n'en est pas moins vrai que souvent aussi le règlement sert à assurer l'exécution des lois. Cela se produit de deux façons différentes :

a) L'autorité administrative met son pouvoir réglementaire propre au service de la loi. — Par exemple une autorité chargée de la police use de ses pouvoirs de police ordinaires pour assurer l'exécution d'une loi qui a posé des principes nouveaux en matière de salubrité; une autorité qui a le droit de créer des organisations de service public use de ce pouvoir pour assurer l'exécution de lois nouvelles. Dans ces hypothèses, le principe est que l'autorité administrative ne peut pas dépasser ses pouvoirs propres tels qu'ils résultent de la police, par exemple de la police municipale, où tels qu'ils résultent de sa compétence organisatrice (V. *infrà*, note 2);

b) L'autorité administrative est chargée par la loi elle-même de compléter les dispositions de celle-ci.

Il est bon de savoir que cet emploi du règlement ne se produit que dans l'hypothèse très spéciale du *règlement d'administration publique* lequel présente les caractères formels suivants : 1° il est fait par le chef de l'État après délibération en assemblée générale du conseil d'État; 2° la rédaction en a été prescrite par la loi elle-même. Au fond, le règlement d'administration publique se caractérise par ce fait qu'au lieu de statuer dans la mesure de ses pouvoirs propres de police ou d'organisation, le chef de l'État statue dans la mesure de la mission qui lui a été confiée de compléter la loi.

Aucune autre autorité administrative que le chef de l'État ne peut faire ainsi des règlements qui ne s'appuieraient que sur la prétention de compléter une loi (2). Le chef de l'État lui-même n'a qualité pour en faire de semblables que si cela lui est prescrit par la loi et dans la mesure où cela lui est prescrit (3).

(1) Ainsi les autorités administratives telles que le chef de l'État, les ministres, les préfets, les maires ont en principe le droit de créer des organisations de service public, sauf le contrôle de l'autorité budgétaire et aussi sauf le contrôle de la loi.

(2) Spécialement le préfet de la Seine, n'ayant que des pouvoirs de police municipale, n'est aucunement qualifié pour prescrire par un arrêté toutes les mesures d'exécution d'une loi, fût-elle relative à l'organisation d'un service municipal (dans l'espèce, le tout à l'égout). Ce faisant, il empiète sur les attributions du chef de l'État en essayant de suppléer à l'absence d'un règlement d'administration publique (C. E., 1er mai 1896, *Boucher d'Argis*. V. note dans Sirey, 1901.3.1; C. E., 13 mai 1898, *Gay*).

(3) Dans l'affaire du tout à l'égout, la loi du 10 juillet 1894 ayant omis de prescrire la rédaction d'un règlement d'administration publique, le chef de l'État et le Conseil d'État estimèrent ne pas pouvoir en faire un malgré qu'il fût très nécessaire (arrêt et note précités). — M. Moreau, *op. cit.* p. 158 et s. n'exprime pas formellement ces réserves; je crois qu'elles sont dans la tendance de la jurisprudence et que d'ailleurs elles marquent bien la nature propre du règlement.

Source : BIU Cujas

Comment faut-il interpréter la mission donnée au chef de l'État par une loi, de compléter cette loi par un règlement d'administration publique? C'est une question fort discutée.

La jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État interprètent la situation en disant que le règlement d'administration publique est fait *par délégation du pouvoir législatif* (1). Les auteurs du droit constitutionnel voient à cela des objections théoriques à raison du principe que le pouvoir législatif ne se délègue pas (2). Ces objections théoriques ont leur portée, mais il faut bien reconnaître que la formule de la jurisprudence a le mérite de caractériser exactement la valeur pratique du règlement d'administration publique. Cette valeur pratique est la suivante : 1° un recours en annulation ne peut pas être dirigé contre un règlement de ce genre parce qu'il participe de la forme de la loi (C. E. 20 déc. 1872, *Fresneau*); 2° un pareil règlement ne peut être taxé d'illégalité que s'il contient des dispositions de nature législative excédant visiblement les limites de la délégation (C. E. 13 mars 1872, *Brac de la Perrière*; Conflits, 11 janv. 1873, *Coignet*. Cfr. Laferrière, 2e édit., t. II, p. 9) (3).

Si l'on veut échapper à la théorie de la *délégation législative* et cependant tenir compte de la valeur pratique des règlements d'administration publique, il faut avoir recours à une sorte de théorie de l'*annexion*. La loi s'annexe, dans une mesure qu'elle détermine elle-même et qu'il y a lieu d'interpréter, le règlement dont elle prescrit la rédaction, elle lui communique en partie sa forme et elle permet qu'il empiète dans une certaine mesure sur les matières législatives, devenant ainsi une sorte de *décret-loi*.

3° *Le bloc légal.* — La théorie de l'annexion a d'autant plus de chances d'être la véritable explication de la nature ambiguë du règlement d'administration publique proprement dit, qu'elle seule peut expliquer l'assimilation qui est faite dans la matière de l'excès de pouvoir entre la violation de la loi et la violation de tous les règlements généraux du chef de l'État (appelés aussi mais improprement règlements d'administration publique). C'est un fait que pour cette ouverture au recours pour excès de pouvoir qui s'appelle la violation de la loi et des droits acquis, on ne distingue pas entre la violation de la loi et celle des règlements d'administration publique *lato sensu* (V. *infrà*, *Recours pour excès de pouvoir*. — Cfr. Loi du 5 avr. 1884, art. 63, n° 2; loi du 10 août 1871, art. 47-

(1) V. en ce sens, Batbie, t. III, p. 69; Aucoc, *Conférences*, 3e édit., t. I, p. 124, n° 54; Ducrocq, 7e édit., t. I, p. 85; Laferrière, t. II, p. 10; Moreau, *op. cit.*, p. 138.

(2) V. Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e édit., p. 476; Berthélemy, *op. cit.*

(3) Très logique avec sa théorie, M. Esmein soutient : 1° qu'un règlement d'administration publique doit pouvoir tout comme un autre être annulé pour excès de pouvoir; 2° qu'il est illégal s'il statue sur des matières législatives (*op. cit.*, p. 478). Mais la jurisprudence et la pratique s'affirment de plus en plus dans le sens indiqué au texte.

Source : BIU Cujas

48). — Sans doute ici les règlements généraux sont assimilés aux lois uniquement en ce sens que l'administration leur doit la même obéissance qu'aux lois, cette assimilation ne modifie point la valeur de ces règlements à l'égard des citoyens, mais c'est déjà beaucoup qu'au regard de l'administration ils soient annexés au bloc légal.

Premier appendice. — La légalité dans les possessions coloniales.

Dans les possessions coloniales (parmi lesquelles il faut compter non seulement les colonies proprement dites, mais l'Algérie ou même à l'inverse les pays de protectorat et les territoires de commandement militaire) le système de la légalité est très différent de ce qu'il est dans la métropole. La matière est compliquée, on ne pourra donner ici que de brèves indications. Il convient de distinguer la réglementation locale faite sur place par les autorités coloniales et les règles qui viennent de la métropole.

I. *Réglementation locale.* — 1° Dans les territoires de commandement militaire, il y a des règlements écrits de l'autorité militaire mais aussi des ordres qui peuvent être purement verbaux ; 2° dans les territoires mixtes, l'administrateur conserve le droit de donner des ordres verbaux, mais déjà s'appliquent les arrêtés réglementaires du gouverneur civil ; 3° dans les territoires civils, il n'y a que de la réglementation écrite, soit les arrêtés réglementaires du gouverneur, soit les arrêtés municipaux, là où des communes de plein exercice sont organisées ; 4° dans les pays de protectorat, le pouvoir réglementaire des autorités locales subsiste.

Assurément, la réglementation écrite locale est tenue de respecter certaines règles qui viennent de la métropole et il peut y avoir de ce chef des causes d'illégalité.

II. *Règles provenant de la métropole.* — La France édicte des règles pour ses possessions coloniales : 1° ces règles sont spéciales, la légalité métropolitaine ne s'applique pas de plein droit dans les possessions (1) ; 2° ces règles sont en principe purement réglementaires ; la métropole ne fait presque pas de lois pour ses colonies, ce qui est un tort ; celles-ci sont sous le régime du décret. Il en résulte qu'il n'y a pas de garantie suffisante des libertés (2).

(1) On peut néanmoins se poser la question de savoir si les décrets faits pour les possessions coloniales ne pourraient pas être taxés d'illégalité s'ils étaient en opposition avec les principes fondamentaux de la législation métropolitaine.

(2) Toutefois des distinctions sont nécessaires :

Algérie. — Au premier abord, l'Algérie semble soumise au régime pur du décret (Ordonn. du 22 juill. 1834, art. 4). Tout est réglé par décret et tout peut l'être. Une loi française pour être rendue applicable en Algérie, doit l'être par décret et en somme ne vaut que comme décret. Ce décret peut la modifier, cela est arrivé fréquemment. Des décrets peuvent intervenir sur des matières entièrement nouvelles.

Source : BIU Cujas

Les lois et décrets venant de la métropole ne sont pas exécutoires de plein droit à l'arrivée du *Journal officiel* dans la colonie, il faut une promulgation spéciale faite par le gouverneur. Celui-ci n'est même pas tenu de la faire dans un certain délai, il n'est responsable que devant le ministre.

Ce sont des arrêtés des gouverneurs qui fixent les formalités de la publication et les délais après lesquels la loi est obligatoire.

Il existe en Algérie et dans chaque colonie un *Bulletin officiel des actes du gouvernement* ou bien un *Journal officiel* (Décr. 15 janv. 1853) où sont insérés tous les textes promulgués dans la possession coloniale par le gouverneur, qu'ils viennent de la métropole, ou qu'ils soient les arrêtés du gouverneur lui-même.

Deuxième appendice. — Textes ou recueils de textes officiels dans lesquels se trouvent les lois, règlements, décisions, etc. (1).

Voilà la situation apparente. Au moins elle serait nette. La réalité en est bien loin et, par suite des règles qui suivent, quantité de lois de la mère-patrie s'appliquent directement en Algérie comme lois, sans passer par l'intermédiaire d'un décret, et même, le plus souvent, sans promulgation spéciale; sont dans ce cas : 1° la plupart des lois françaises antérieures à 1834, date de la prise de possession définitive de l'Algérie (la jurisprudence fait un triage dans ces lois, on ne sait trop pourquoi); 2° les lois modificatrices de ces lois anciennes, ce qui comprend presque toutes les lois nouvelles, car c'est bien miracle aujourd'hui si une loi nouvelle ne modifie pas quelque loi ancienne. La jurisprudence récente de la Cour de cassation est cependant contraire à ce système (Cass., 5 nov. 1884, S. 85.1.265; cass., 23 juin 1886 et 7 mars 1887, S. 87.1.265, et la note); 3° les lois dites d'intérêt général, formule encore des plus élastiques; 4° les lois faites spécialement pour l'Algérie. On voit que la matière est fort embrouillée (à consulter : Jeanvrot, *La législation de l'Algérie*, 1877; Jacquet, *De l'application des lois françaises en Algérie*, br. Alger, 1883).

Colonies. — Le régime législatif des colonies est fixé par le sénatus-consulte du 3 mai 1854, qui les a divisées en deux groupes :

Premier groupe (Martinique, Guadeloupe, Réunion). — Il y a des matières réglées par des lois (autrefois sénatus-consultes et lois), des matières réglées par des règlements d'administration publique, des matières réglées par simple décret.

Les matières réglées par des lois sont énumérées dans l'art. 3 (énumération limitative). C'est la garantie des droits les plus importants, droits politiques, état civil, distinction des biens et propriété, régime des contrats, institution du jury, législation criminelle, etc. Les matières réglées par règlement d'administration publique sont énumérées dans l'art. 6, énumération également limitative.

Deuxième groupe (Toutes les autres colonies). — Elles sont soumises au régime du décret simple, art. 18, sénatusc. de 1854. Cependant il y a certaines lois qu'on a formellement déclarées applicables aux colonies : L. 9 août 1849, état de siège; L. 7 mai 1881, obligeant à régler en Conseil d'Etat le régime douanier; L. 29 juillet 1881 sur la presse; L. 27 mai 1885 sur les récidivistes; L. 15 juillet 1889 sur le recrutement, titre IV, etc.

Les règles ainsi établies une fois par des lois ne peuvent être modifiées que par des lois.

(1) Une première remarque à faire, c'est qu'il n'y a pas de Code des lois administratives, c'est-à-dire de recueil méthodiquement ordonné, comme le Code civil, etc. Il y a

Source : BIU Cujas

simplement des recueils chronologiques dans lesquels on trouve à leur place les différentes lois.

Une seconde remarque, c'est qu'il n'y a de recueil officiel, et par conséquent de véritable monument du droit, que pour les lois et les règlements émanés du chef de l'Etat (le *Journal officiel* et le *Bulletin des lois* sur lesquels nous allons revenir), mais qu'il n'y en a ni pour les *règlements préfectoraux* ni pour les *règlements municipaux*. Il existe bien dans chaque préfecture un recueil des actes administratifs, dont la publication a été prescrite par une circulaire du ministre de l'Intérieur du 21 septembre 1815, et dont les exemplaires devaient être envoyés gratuitement aux communes, mais ces publications laissent beaucoup à désirer et n'ont pas valeur de texte officiel.

De même dans les mairies, la loi du 5 avril 1884 prescrit la tenue d'un registre de la mairie sur lequel les arrêtés doivent être transcrits à leur date (art. 96), mais ce n'est également qu'une mesure d'ordre. Quelques grandes villes ont pris l'initiative de publier de petits codes de leurs règlements municipaux; ces codes ne sont pas officiels, mais au moins sont-ils commodes pour les administrés.

Bulletin des lois. — Depuis la loi du 14 frimaire an II qui l'a créé, jusqu'au décret du 5 novembre 1870 qui lui a substitué en partie le *Journal officiel*, le *Bulletin des lois* a été l'unique recueil officiel (Pour la période de 1789 à l'an II, il a été fait en 1806 une publication officielle sous le nom de *Lois et actes du Gouvernement*). C'est un recueil à périodicité irrégulière, imprimé et géré par l'Imprimerie nationale. Il paraît par fascicules. Les actes insérés sont numérotés, les fascicules le sont aussi. Le *Bulletin des lois* se divise en séries successives, suivant les gouvernements dont émanent les actes : 1° convention, 2° directoire, 3° consulat, 4° empire, 5° première restauration, 6° Cent-Jours, etc. De plus, depuis 1836, le *Bulletin* est divisé en deux parties, l'une principale, l'autre supplémentaire pour les actes d'intérêt local. La loi de 1837 avait obligé les communes à s'y abonner, un décret du 12 février 1852 a restreint cette obligation aux chefs-lieux de canton, et créé pour les communes rurales le *Bulletin des communes*. Tout cela a été confirmé par l'art. 136, n° 2, L. 5 avril 1884.

Le *Bulletin des lois* est une publication mal faite. Il eût fallu s'astreindre à insérer chaque loi à la date de sa promulgation; quelquefois il y a des années de retard, alors on ne sait où chercher.

Journal officiel. — Le *Journal officiel* n'est devenu un monument du droit que depuis le décret du 5 novembre 1870, mais il existait depuis longtemps et déjà publiait les actes législatifs. Il commença de paraître le 5 mai 1789, jour de l'ouverture des États généraux, sous le nom de *Moniteur universel* ou *Gazette nationale*, il devint officiel le 7 nivôse an VIII. En 1869, il prit le nom de *Journal officiel*, fut *in-folio* jusqu'en avril 1871, époque où il est devenu in-4°.

Depuis le décret du 5 novembre 1870, le *Journal officiel* est le recueil officiel de toutes les lois et de tous les règlements d'intérêt général; il a le grand avantage sur le *Bulletin des lois* d'être quotidien et beaucoup mieux tenu à jour au point de vue chronologique, les lois étant publiées très peu après leur promulgation. Des tables annuelles facilitent les recherches.

— Les collections officielles, quelque bien ordonnées qu'elles soient, auront toujours l'inconvénient d'être trop volumineuses et peu maniables. Il a été fait des compilations privées infiniment plus commodes, notamment la *Collection Duvergier*, qui contient, en plus du texte, l'analyse des débats parlementaires sur chaque loi et des conférences; elle ne contient que les actes principaux, mais à la fin de chaque volume il y a une table de tous les actes du bulletin.

— Les arrêts du Conseil d'Etat et ceux du tribunal des conflits se trouvent, accompagnés d'ailleurs des arrêts de la Cour des comptes, dans un recueil intitulé *Recueil des arrêts du Conseil d'État* fondé en 1821 par M. Macarel, et continué depuis par M. Lebon et par M. Panhard. Les arrêts antérieurs à 1821 se trouvent en partie dans un recueil de quatre volumes in-4° publiés en 1818 par Sirey.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE III

AU DELA DE LA LOI

A la p. 9, nous annoncions ceci : « l'état de droit caractérisé par la « limitation harmonieuse des diverses libertés, et par suite par la loi, « peut être de beaucoup dépassé; on doit envisager un état supérieur où « les diverses libertés en présence, au lieu de se cantonner dans l'isole- « ment de leur indépendance, consentent à se communiquer *au point de* « *participer les unes des autres ;* où les initiatives particulières travail- « lent de concert entre elles et de concert aussi avec la puissance publi- « que à réaliser toujours davantage le bien public; où les particuliers « profitent de la puissance de l'État, où l'État de son côté profite de la « convergence de toutes les forces des particuliers. »

Cet état de libre communication et de participation entre la puissance publique et les particuliers s'établit au delà de la loi, soit en matière réglementaire, soit en matière de gestion des services publics et crée des situations de droit particulièrement intéressantes; il convient d'insister sur ce point, d'autant qu'il règne dans la doctrine française des préjugés qui ne sont pas de nature à en faciliter l'intelligence. C'est un état d'esprit très répandu parmi nos jurisconsultes et nos publicistes qu'il n'y a rien au delà de la loi; ça été un si grand bienfait de la révolution française d'établir le règne de la loi sur une quantité de rapports sociaux où auparavant il n'y avait qu'arbitraire et privilège, la législation s'est tellement développée, l'organe législatif a pris une telle importance constitutionnelle, qu'on est excusable de se laisser éblouir dans une certaine mesure par le prestige de la loi et de croire que le régime de la légalité épuise toutes les possibilités de la vie sociale. Néanmoins il faut réagir contre cette tendance. La loi a une infirmité qui limite son action, elle est une disposition générale; les règles générales qu'elle pose laissent forcément de la place pour des dispositions plus particulières. D'autre part, la loi est une garantie pour les Droits qui ne saurait empêcher ceux-ci de se sacrifier volontairement; la loi contient tout le droit, mais elle ne contient pas le sacrifice du droit. Il y a ainsi deux catégories d'actes qui apparaissent comme pouvant se produire au-dessus de la loi :

Source : BIU Cujas

1° Les constitutions de privilèges administratifs, les concessions gracieuses, les distributions de faveurs;

2° Les sacrifices de droits faits par la puissance publique.

I. La catégorie des privilèges administratifs, des concessions gracieuses sur le domaine public, des distributions de faveurs, des récompenses, des décorations, des subventions budgétaires, des remises d'impôt, etc., est bien connue. Si l'on objecte qu'il y a quelque chose de fâcheux dans ces faveurs administratives qui est justement qu'elles sont particulières et souvent partialement distribuées, nous répondrons : 1° que le régime de la légalité oblige l'administration à mettre également, à la disposition de tous, les services indispensables et que ce résultat étant obtenu il n'y a aucune raison de se plaindre qu'elle accorde par surcroît des faveurs à quelques-uns (1); 2° qu'en un certain sens l'organisation des services publics les plus utiles serait impossible sans l'intervention d'un peu de privilège et de faveur. Les services de l'assistance publique sont de privilège et de faveur; il en est de même de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger; les remises d'impôt, certaines exemptions du service militaire sont des faveurs, mais constituent des correctifs indispensables de l'obligation générale; l'enseignement supérieur est pour les favorisés de la fortune, cela est corrigé par une nouvelle faveur qui est l'institution des bourses d'études, etc...

II. Plus importante encore est la catégorie des abandons de droits consentis par la puissance publique, particulièrement à ses collaborateurs dans les opérations de gestion des services publics; ces abandons de droits sont la justification de l'institution d'une juridiction administrative spéciale. Dans les pays comme le nôtre où se trouve fortement établi le régime administratif, où la puissance publique n'est pas soumise à la loi commune, où elle a son droit spécial et ses privilèges, où en somme la puissance publique est *inégale aux particuliers* parce qu'elle leur est supérieure, les règles du droit administratif ne peuvent progresser pratiquement que si la puissance publique elle-même fait abandon de ses privilèges. Le droit en général ne progresse que par l'idée de l'égalité. Ici on ne saurait imposer à la puissance publique le niveau de l'égalité puisqu'elle est par définition inégale aux particuliers. Aussi faut-il qu'elle fasse des abandons volontaires. La juridiction administrative est un merveilleux instrument de ces abandons, elle est assez juridiction pour discerner le droit qui serait applicable si la puissance publique était l'égale des administrés, elle est assez le représentant de

(1) Le régime du privilège n'est odieux que lorsqu'il n'y a pas à la base de l'Etat une forte légalité qui assure l'égalité pour les relations essentielles de la vie. Mais au delà de cette légalité le privilège peut être un accroissement de vie que l'on n'a pas le droit de dédaigner. Pour ce qui est des concessions sur le domaine public, par exemple, il est bien clair qu'elles font des privilégiés, mais qu'elles accroissent la production nationale, sans nuire à l'utilisation du domaine par le public.

Source : BIU Cujas

la puissance publique pour savoir jusqu'à quel point celle-ci peut aller dans la voie des concessions dans le sens de la justice.

C'est en ce sens que la juridiction administrative peut être qualifiée de prétorienne. Elle ne corrige pas la loi, elle la dépasse parce que souvent elle accorde ce que la loi ne lui ordonne pas de donner. C'est ainsi que le Conseil d'État a accordé aux administrés le recours pour excès de pouvoir dans des cas où certes aucun texte de loi ne l'ordonnait; c'est ainsi encore qu'il accorde bien des indemnités pour des faits dommageables dont le principe n'est inscrit dans aucune loi.

Les abandons de droit consentis par la juridiction administrative sont, il est vrai, une forme de l'arbitraire, et à cause de cela un certain nombre d'auteurs en repoussent l'idée avec dédain; il leur faut la loi et l'application de la loi, ils veulent des juges qui se bornent à appliquer la loi. Malheureusement des juges qui se borneraient à appliquer la loi feraient chez nous piètre besogne. Nous ne sommes pas dans un pays où l'on puisse appliquer à l'administration la loi commune, puisqu'au contraire on lui applique une loi spéciale dont le principe est le privilège, sachons prendre dans notre régime ce qu'il a de bon et, puisque, grâce à nos juridictions administratives l'esprit d'arbitraire se convertit graduellement en un esprit de concessions, sachons apprécier le droit d'équité qui en résulte, d'autant qu'il n'est rien moins qu'inférieur au droit légal (1).

(1) On ne saurait garder trop de reconnaissance à M. Dicey d'avoir mis en relief ce caractère du droit administratif français en le comparant au droit d'équité qui, en Angleterre au XVIIe siècle, est sorti de la juridiction du lord chancelier et s'est superposé au *common law :* même origine arbitraire, même caractère d'un droit fait par le juge (*case-law; judge-made law*) (introduction à l'étude du droit constitutionnel. Appendice X de l'édition française). — Nous avions dit nous-même bien des fois que le droit administratif français était un droit prétorien, mais le rapprochement fait par M. Dicey avec le droit d'équité anglais nous est doublement précieux, d'abord parce qu'il nous apporte une très haute approbation, ensuite parce qu'il nous fait entrevoir que le droit administratif français pourrait bien avec le temps pénétrer plus qu'on ne le croit la vie de la nation.

Source : BIU Cujas

LIVRE II

LES EXISTENCES SOCIALES DANS LE RÉGIME D'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT PUBLIC INDIVIDUEL (1)

SECTION PRÉLIMINAIRE. — DÉFINITION, DÉTERMINATION ET GARANTIE DES DROITS INDIVIDUELS.

I. *Définition des droits individuels.* — Ce sont les facultés essentielles dont le libre exercice est assuré à l'individu dans le régime d'État, tant à l'égard de la puissance publique qu'à l'égard des autres hommes. Quand on les envisage par rapport à l'individu qui en bénéficie on les appelle *droits individuels* ou *libertés individuelles* ou *droits de l'homme et du citoyen;* quand on les envisage par rapport au régime d'État dont elles sont un élément constitutif, on les appelle *droits publics* ou *libertés publiques;* c'est-à-dire que ces facultés essentielles, dont la jouissance et l'exercice sont propres à chaque individu, sont cependant le patrimoine commun et la chose de tous; telles sont la liberté de conscience, la liberté d'aller et de venir, la liberté du travail, la liberté de la propriété, etc...

La jouissance des droits individuels constitue l'*État et la capacité* des personnes; elle est la base de la personnalité juridique de tout individu

(1) Au point de vue de la théorie des droits individuels. V. Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e éd., 1re partie, titre II, ch. V; Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 138 et s.; Longo, *La teoria dei diritti pubblici subjettivi, Archiv. di diritto publico*, I, p. 245. Au point de vue de la législation positive, le livre à consulter est le 3e volume du *Cours de droit administratif* de M. Ducrocq, 7e édition.

Source : BIU Cujas

membre de l'État; la jouissance des droits politiques fait le citoyen, de même la jouissance des autres droits individuels (droits civiques, civils et de famille) fait l'homme en tant que personne juridique, membre de l'État. Cependant, et bien que le régime d'État en se développant augmente constamment la liste des droits individuels, on ne peut pas dire qu'ils soient son objectif dernier, ils ne sont que des moyens employés pour réaliser la liberté de l'individu dans ce qu'elle a de synthétique; en d'autres termes, il ne faut pas oublier que *ces libertés* sont pour *la liberté*. Aussi ne sont-elles pas intangibles dans leur réglementation actuelle, car elles peuvent représenter une analyse inexacte de la liberté finale de l'homme (1).

Les droits individuels présentent des caractères intéressants :

a) Ce sont des droits, non pas des facultés qui ne s'exercent que par faveur, tolérance, permission ou concession révocable de l'administration; le droit est une faculté irrévocable qui se réalise comme un pouvoir propre du sujet humain. Historiquement les droits ont bien été concédés ou accordés à une certaine date par la législation de l'État, mais ils l'ont été d'une manière irrévocable, justement parce qu'ils ont été reconnus comme des pouvoirs propres à l'individu (2) (3);

(1) D'autant mieux que les libertés particulières dans la vie pratique entrent souvent en conflit les unes avec les autres; ainsi la liberté du travail est assurément un principe louable, mais elle se décompose pratiquement en liberté du patron et liberté de l'ouvrier et ces deux formes de liberté entrent en conflit; il faut forcément restreindre l'une et l'autre. Il y a cependant une limite à la réglementation des libertés particulières; il s'agit de ne pas les étouffer. La liberté finale de l'homme ne pouvant être assurée que par une combinaison des libertés particulières, il faut que dans une certaine mesure toutes les libertés particulières puissent s'exercer. La mission de l'État est justement de réaliser ce juste milieu puisque le régime d'État est *harmonie* et *participation* des libertés.

(2) Pourquoi les droits individuels sont-ils reconnus comme des pouvoirs propres de l'individu et pourquoi ne le sont-ils pas plutôt comme des concessions sociales? Les philosophes du XVIIIe siècle et les théoriciens du contrat social avaient une explication, ils y voyaient des droits naturels antérieurs à l'état de société que les hommes s'étaient réservés en concluant le pacte, ou bien qui leur avaient été restitués [Locke, *Essay on civil government*, §§ 135-142; Wolff, *Jus naturæ*, t. VIII, § 980; Blackstone, *Commentaries* B. 1, ch. I, p. 124; Rousseau, *Contrat social*, l. 2, ch. IV, p. 145-147 (éd. de 1826); Sieyès, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, t. XXV, p. 292 etc.]. Cette explication est abandonnée, comme toutes celles qui procèdent d'un prétendu état de nature antérieur à l'état de société. La vérité est que les droits individuels se déterminent dans le régime d'État qui est essentiellement un milieu social se considérant lui-même comme un milieu (Cfr. Esmein, *Elém. de droit constitut.*, 2e édit., p. 344 et s.).

(3) On peut observer que tous les droits individuels n'ont pas la même énergie juridique. Cela se marque à plusieurs signes : 1° certains droits individuels ne sont pas accordés également à tous les individus, les droits politiques par exemple ne sont pas reconnus aux femmes; on admettrait bien plus facilement des restrictions législatives à certains droits qu'à d'autres, aux droits publics qu'aux droits civils, le droit de suffrage par exemple, ou la liberté de la presse, ne sont pas encore aussi intangibles que la liberté civile ou le droit de propriété; 3° certains ne sont juridictionnellement protégés que par des procédures spéciales, le droit de suffrage par exemple par la procé-

Source : BIU Cujas

b) Ces droits individuels présentent le caractère de droits réels car ils sont des facultés mises directement à la disposition de l'individu et ils sont opposables à tous. D'ailleurs, ils tendent tous, soit à se présenter sous la forme d'une propriété, soit à engendrer des propriétés spéciales : l'état et la capacité constitués par la jouissance de l'ensemble des droits réels sont une sorte de propriété; la liberté du domicile est aussi bien la propriété du domicile ; la liberté de la pensée a engendré la propriété littéraire; celle du travail et de l'industrie, la propriété industrielle; la liberté de la presse a créé la propriété du journal, etc. La forme propriété semble l'aboutissant naturel de la liberté individuelle (V. *infrà*, propriété individuelle) (1);

c) Ces droits individuels constituent un *statut* par cela même que leur jouissance constitue l'état et la capacité des personnes. Ce statut est à la fois personnel et territorial; sans doute il est attaché à la qualité d'homme, mais il dépend aussi des territoires, suivant qu'il y a ou non dans ces territoires régime d'État; la question du statut est étudiée

dure de révision de la liste électorale, tandis que d'autres droits sont protégés par l'ensemble des juridictions administratives, répressives, civiles, ainsi en est-il notamment du droit de propriété pour lequel la garantie est portée au maximum. Mais en revanche, toute atteinte portée à un droit individuel par un acte de l'administration, doit être considérée comme donnant ouverture à un recours pour violation de la loi et des droits acquis, si un texte a été violé en même temps que le droit. Ex. : « principe de la liberté du commerce » C. E. 22 mai 1896, *commune de Torigny*.

(1) Ces droits ne sont cependant pas de *plano* des *droits acquis* au profit des individus; ils ont quelque chose de *virtuel*, leur qualité de droits acquis étant subordonnée à certains événements ou à l'accomplissement de certains actes. C'est ainsi que le droit de propriété individuelle n'est qu'une virtualité chez les individus qui ne possèdent actuellement aucun bien ; il ne se transformera en un droit acquis que si quelqu'objet de propriété échet à ces individus par quelque succession ou par quelqu'acquisition. — En principe le régime d'État ne garantit l'égalité aux individus que pour les droits virtuels; quant aux droits acquis, il les garantit seulement à ceux qui les ont réalisés ; ainsi il garantit également à tous le droit virtuel de propriété, mais il ne garantit le droit acquis de propriété qu'à ceux qui ont un objet de propriété et il ne se charge pas de fournir à tous des objets de propriété; c'est ce qu'on appelle l'égalité devant la loi.

En un certain sens donc on pourrait dire que les droits individuels, jusqu'à ce qu'ils aient été réalisés par des actes juridiques, sont des *pouvoirs* plutôt que des droits et que la loi confère ou reconnaît aux hommes des pouvoirs beaucoup plutôt que des droits (Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 138 et s.). Mais, même dans leur état virtuel, l'ensemble de ces pouvoirs constitue le *statut* des individus ou encore leur *patrimoine*, il constitue aussi d'une certaine façon leur *personnalité juridique*; ces pouvoirs virtuels se prêtent à la théorie de la *jouissance des droits* opposée à celle de l'*exercice* des *droits* et cela produit certains effets (V. *infrà*, Droit de suffrage, la question des condamnations encourues pendant la minorité). Ce sont donc d'une certaine façon des droits, mais ils ne seront des droits *acquis* qu'après avoir été exercés. Supposons par exemple un arrêté de police d'un maire contenant violation de la liberté du commerce ; ceux-là seuls parmi les habitants de la commune ayant qualité pour le faire annuler pour violation de la loi et des droits acquis sont ceux qui, actuellement, exercent un commerce. Chez ceux-là seulement il y a droit acquis, chez les autres habitants il n'y a qu'un droit virtuel qui dans cette ouverture à recours n'est pas pris en considération.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Source : BIU Cujas

en droit international privé à propos de l'étranger, c'est-à-dire de l'homme étranger qui vient habiter un état métropolitain ; mais elle doit l'être aussi en législation coloniale à propos de l'indigène des possessions coloniales ; il y a maintenant sous l'empire de l'état métropolitain des possessions immenses où n'est pas établi le même régime d'état (V. p. 33), et où la situation des hommes au point de vue de leurs droits individuels n'est rien moins que fixée (1).

(1) L'exercice des droits individuels se produit, soit dans le cercle public soit dans le cercle privé. Il est des droits qui ne s'exercent que dans la vie publique, par exemple le droit de suffrage ; il en est d'autres qui ne s'exercent que dans la vie privée, par exemple les droits de famille et la propriété foncière ; il en est enfin qui s'exercent tantôt dans un cercle tantôt dans l'autre, par exemple la liberté de réunion qui aboutit tantôt à la réunion publique, tantôt à la réunion privée ; la liberté de l'enseignement qui aboutit tantôt à l'enseignement public, tantôt à l'enseignement privé.

Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que, même dans le cas où un droit individuel ne s'exerce que dans le cercle privé, il n'en reste pas moins dans son principe un droit public ; ainsi, bien que le droit de propriété s'exerce dans les transactions privées, il n'en est pas moins dans son principe un droit public. Comme le droit privé (droit civil, droit commercial) comprend l'ensemble des situations qui s'établissent et des transactions qui s'opèrent dans le cercle privé, il s'ensuit que le droit privé a « ses têtes de chapitres » dans le droit public et que les droits privés ne sont que certaines combinaisons établies sur l'exercice des droits publics.

Jusqu'à quel point les droits publics des citoyens peuvent-ils être engagés dans le commerce privé ou dans des situations privées ? Il est impossible de répondre *a priori ;* la différenciation de la vie publique et de la vie privée est avant tout un fait historique. Cependant il semble bien que le régime d'État exige dans l'intérêt supérieur de la liberté un certain minimum de restrictions à la vie privée et dès lors il est certaines interdictions de combinaisons privées qui sont d'ordre public.

C'est ainsi que la liberté de la propriété et celle de la personne sont protégées par l'interdiction de l'art. 686, C. civ., contre certaines combinaisons féodales ; la liberté de la personne est protégée aussi par l'art. 1780 interdisant d'engager les services à perpétuité ; la liberté privée des testateurs est restreinte en ce qu'ils ne peuvent plus organiser de substitutions prohibées, art. 896 et s., C. civ., et cela dans l'intérêt de la liberté de la propriété : toutes ces dispositions sont d'ordre public.

Il y a des rapports étroits entre les droits individuels et les préceptes de la morale : 1° l'inobservation de certaines règles morales fondamentales entraîne privation de la jouissance et de l'exercice de tout ou partie des droits publics — on peut dire à ce point de vue que le droit est tout entier fondé sur la morale, puisque la jouissance des droits suppose un *minimum* de moralité. Les peuples primitifs mettent hors la loi, c'est-à-dire hors du droit, les hommes qui ont commis certains crimes. Il n'y a pas encore un demi-siècle, dans notre législation, la mort civile venait enlever à peu près tous les droits du condamné qui avait encouru une peine capitale ; nous avons nombre de peines dans notre Code pénal actuel qui sont privatives de droits : privation du droit de disposer et recevoir à titre gratuit, dégradation civique, interdiction civique ; enfin la peine de l'emprisonnement à tous ses degrés prive de l'exercice d'un droit public, la liberté d'aller et de venir ; 2° il y a des devoirs corrélatifs aux droits publics. Il y a des droits publics qui sont en eux-mêmes, et par une certaine face, des devoirs parce qu'ils sont des fonctions sociales. C'est ainsi que c'est à la fois un droit et un devoir d'être soldat, d'être juré, d'être témoin, et ici, même, le devoir moral est fortifié d'une obligation. Le droit de suffrage implique le devoir de voter, car il est une fonction sociale en même temps qu'un droit individuel, et l'abstention pourrait bien être un jour punie d'une

Source : BIU Cujas

II. *Détermination des droits individuels.* — Les droits individuels doivent être déterminés par la loi ; c'est-à-dire mis en harmonie avec l'ensemble du régime d'état et par conséquent limités; ils ne sont donc complètement consacrés que par des lois ou règlements dits organiques.

Cette observation est rendue nécessaire par ce fait que les droits individuels ont été à la Révolution, ou depuis, l'objet de proclamations dans les Constitutions, dans des chapitres intitulés *déclarations des droits* (1). Il faut savoir que ces proclamations ne constituent pas une détermination suffisante du droit, par cela même qu'elles le présentent d'une façon absolue, ainsi lorsque la déclaration des droits de l'homme de 1789 proclama la propriété privée « un droit inviolable et sacré », il est clair qu'elle ne le détermina pas suffisamment et qu'il ne l'a été que par le Code civil et les innombrables lois qui lui ont apporté des restrictions.

Les déclarations de droits ne contiennent que des annonces ou des programmes; ou, si l'on veut, elles ne contiennent que la matière ou la substance des droits individuels, non pas leur forme qui seule en permettrait l'exercice, ou bien encore elles ne sont pas des lois complètes, elles n'ont que la matière de la loi (V. p. 16). Aussi ne valent-elles ni comme lois constitutionnelles (2) ni même comme lois ordinaires et elles ne pourraient pas être visées, le cas échéant, par le Conseil d'État dans une décision fondée sur la violation de la loi et des droits acquis. Ainsi les droits qui ne sont mentionnés que dans les *déclarations* ne peuvent pas être exercés et ne sont pas juridiquement protégés (3).

amende. La liberté du travail implique le devoir de travailler, puisque le vagabondage est un délit puni, etc... De plus, ce fait que nos droits publics pris dans leur ensemble sont garantis par la société, entraîne le devoir moral de contribuer sincèrement chacun dans la mesure de nos forces aux charges sociales. Par suite, c'est un devoir moral de payer l'impôt, et cela apparaît nettement dans les législations où l'impôt est assis sur une déclaration de revenu faite par le contribuable lui-même.

(1) La première et la plus célèbre des *déclarations des droits de l'homme et du citoyen* est celle votée par l'Assemblée constituante du 18 au 27 août 1789 et placée ensuite en tête de la constitution des 3-14 septembre 1791 ; elle fut suivie de celles des constitutions de 1793, de l'an III et de 1848. D'autre part, celles de nos constitutions qui ne renferment pas de déclarations des droits contiennent au moins une référence et une garantie des droits ; ainsi en est-il de la constitution de l'an VIII dans ses *dispositions générales*, de la charte de 1814, dans ses douzes premiers articles, de la charte de 1830 dans ses onze premiers articles, des constitutions du 14 janvier 1852 et du 21 mai 1870 dont l'art. 1er est ainsi conçu ; « La constitution reconnaît, confirme et garantit les grands « principes proclamés en 1789 et qui forment la base du droit public des Français ». — La constitution de 1875 est la première qui passe complètement sous silence les droits individuels.

(2) V. Esmein, *Droit constitutionnel*, 2e édit,, p. 359 et s.

(3) M. Esmein dans sa 1re édition s'exprime ainsi : « Leur exercice (celui des droits individuels) suppose une réglementation préalable que doit en faire le législateur et tant que cette réglementation n'a pas eu lieu, le droit déposé, garanti dans la constitution, ne peut pas être exercé ; il reste là comme une simple promesse » et il cite divers

Source : BIU Cujas

Ajoutons que la détermination des droits individuels peut être l'œuvre soit de lois constitutionnelles (1), soit de lois ordinaires, soit même de simples règlements dans les matières où le pouvoir réglementaire est compétent (2).

III. *Les garanties des droits individuels. — Les garanties constitutionnelles et administratives.* — Les droits individuels, conquis péniblement sur le privilège et sur l'arbitraire administratif, sont constamment menacés de retours offensifs ; ils ont besoin d'être garantis. On peut dire que le régime d'État est conçu en vue de cette garantie :

1° D'abord les droits individuels reconnus se protègent et se fortifient mutuellement. Le droit de propriété privée, l'inviolabilité du domicile, protègent la liberté physique du citoyen et même sa liberté de conscience en permettant le culte privé ; ils abritent les relations de famille. Le droit de suffrage est une arme qui protège l'égalité devant la justice et devant l'impôt, etc..., le droit de réunion et le droit d'association viennent augmenter la portée du droit de suffrage ; la liberté de l'enseignement et la liberté de la presse en agissant sur l'opinion publique, créent un tel état d'esprit et une telle publicité que certains attentats à la liberté deviennent impossibles. Dans ce sens des garanties mutuelles que se donnent les droits individuels et les libertés, il y a, comme on l'a dit chez nous, des *libertés nécessaires* (3), ou comme on l'a dit en Belgique, des libertés *quadrangulaires ;*

2° Les droits individuels sont en outre garantis par l'organisation constitutionnelle ; par le principe de la séparation des pouvoirs qui introduit les transactions, les négociations dans l'action gouvernementale et en modère l'allure ; par le principe de la séparation de l'élément militaire et de l'élément civil et de la subordination du premier au second en temps de paix ; par le régime parlementaire qui avec le jeu des questions et interpellations, soumet les actes du pouvoir exécutif au contrôle perpétuel du Parlement ; contre les abus de pouvoir du Parlement lui-même certains pays possèdent le *referendum*, etc. (4) ;

exemples : la constitution de 1848 dans son art. 8 déclarait : « les citoyens ont le droit de s'associer » mais cette disposition ne fit point tomber l'art. 292 du Code pénal qui punissait toute association de plus de 20 personnes non autorisée par le Gouvernement ; la liberté de l'enseignement promise par la charte de 1830 ne fut ouverte que par les différentes lois organiques qui l'ont réglementée, etc.

(1) Il est des pays où les textes constitutionnels contiennent la détermination et l'organisation des droits individuels les plus importants, afin que l'on ne puisse toucher à cette organisation sans modifier la constitution écrite, ce qui entraîne toujours des formalités importantes. En France cette précaution n'a jamais été prise, nos libertés sont organisées par des lois ordinaires faciles à modifier.

(2) Ainsi le principe de l'Egalité, qui n'a pas de loi organique générale, peut être juridiquement organisé de façon partielle par un règlement qui établit l'égale admission de tous les candidats à un concours ou à un examen d'État (V. *infrà, L'égalité civile*).

(3) *Thiers*, par Paul de Rémusat, p. 140.

(4) Sur la question de savoir jusqu'à quel point les droits individuels peuvent être

Source : BIU Cujas

3° Ils sont garantis encore par l'organisation administrative elle-même et les précautions qui y sont prises; les formes de procédure auxquelles est soumise l'action administrative; la surveillance que l'administration exerce sur elle-même, grâce au principe de l'autorité hiérarchique; les poursuites que l'État intente contre les fonctionnaires prévaricateurs (1).

Toutes ces garanties offertes par l'organisation même de l'État sont précieuses mais insuffisantes; elles ont surtout un effet préventif, elles empêchent une foule de violations du droit de se produire, mais lorsqu'en fait une violation de droit s'est produite, elles sont d'un médiocre secours en vue de la réparation. Il en est peu qui soient à la disposition de l'individu lésé, qui puissent être mises en mouvement par lui; les questions ou interpellations au Parlement, notamment, sont un mécanisme bien lourd à faire jouer, il faut des circonstances politiques bien favorables ou un fait d'un arbitraire bien criant. Le grand progrès, en matière de garantie des droits individuels, consiste en ce que l'État admet un juge pour trancher les contestations qui s'élèvent entre les individus et son administration au sujet des violations de droits ou même des violations de la légalité. Alors, en effet, l'individu a à sa disposition un moyen de réparation que sa seule volonté suffit à mettre en mouvement. Ce système de recours en justice arrivé à son plein développement suppose : 1° des recours contentieux contre les actes de l'administration ; 2° des poursuites contre les fonctionnaires ; 3° des actions en indemnité contre l'État. — Il est parvenu dans le droit public français à un degré d'achèvement remarquable ainsi que nous le verrons plus loin (2).

Section I. — L'égalité civile et politique.

Les textes révolutionnaires font figurer dans la liste des droits de l'homme, la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété (3). La sûreté et la

protégés contre les atteintes des lois ordinaires par les *garanties de droits* formellement inscrites dans certaines constitutions écrites, V. Esmein, *op. cit.*, p. 364. Ces *garanties de droits* n'ont jamais eu d'importance chez nous parce que l'autorité judiciaire n'a pas le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois.

(1) C'est ainsi que les art. 114 à 117, 119, 120, 122 du Code pénal, punissent les actes attentatoires à la liberté individuelle ou aux droits civiques, commis par un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement; que l'art. 174 punit le délit de concussion, c'est-à-dire le fait de percevoir au delà de ce qui est dû pour une taxe (l'article final de la loi du budget rappelle tous les ans cette disposition, ainsi que l'existence d'une action civile en restitution qui dure trois ans); que les art. 177 et suivants punissent la corruption des fonctionnaires, l'art. 184 la violation de domicile, l'art. 185 le déni de justice des juges, l'art. 186 la violence contre les personnes, etc.

(2) Sur la façon dont la garantie du droit individuel est organisée en Angleterre. V. Dicey, *Droit constitutionnel*, traduction française, p. 163 et s. — V. *suprà*, la note de la page 13.

(3) C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 2; C. 5 fructidor an III, art. 1er; Cfr. C. de 1852, préambule et art. 56.

Source : BIU Cujas

propriété n'étant au fond que des formes de la liberté, il n'y aurait, en dernière analyse, que deux droits distincts, l'égalité et la liberté individuelle sous ses diverses formes (1); mais le droit à l'assistance dont le principe avait déjà été posé par la loi du 24 vendémiaire an II, art. 16, a été organisé par la loi du 15 juillet 1893, tout au moins sous la forme de droit à être inscrit sur la liste d'assistance, par conséquent, il faut lui faire une place. Finalement, il y a trois catégories de droits individuels, se groupant autour de ces trois chefs : égalité, liberté, fraternité (entendue comme assistance publique). Dans la présente section, nous allons étudier le principe de l'égalité qui a une importance particulière parce qu'il a certainement amené une à une les diverses libertés (2). Si l'on part de cette idée, historiquement exacte, que les libertés d'aujourd'hui sont d'anciens privilèges graduellement étendus à tous, on voit que cette extension a été l'œuvre de l'idée d'égalité et que la passion de l'égalité, si profondément enracinée dans le tiers-état français, si violente surtout au XVIIIe siècle, a été l'agent mécanique des réformes révolutionnaires. Et il n'est pas étonnant que la première ligne de la déclaration des droits de l'homme de 1789, reproduite par la constitution des 3-14 septembre 1791, soit consacrée à l'égalité : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

(1) C'est ce que constate M. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, p. 349, n° 5.

(2) En proclamant les hommes égaux devant la loi, le droit, à la suite d'ailleurs des religions, a opposé à la nature une contradiction hardie, car au point de vue de la nature les hommes sont parfaitement inégaux, soit en force physique, soit en force intellectuelle, soit en valeur morale ; mais on peut dire que cette idée audacieuse, qui depuis des siècles agit obstinément, a fait nos sociétés modernes.

Elle se combine avec l'idée de liberté, au point d'en paraître inséparable, car, en effet, il n'y a point de degrés dans l'essence de la liberté. Si tous les hommes sont libres, c'est qu'ils ont la même liberté, c'est qu'ils sont égaux; il n'y a d'inégalité que dans la servitude. L'idée de liberté entraîne donc l'idée d'égalité, et à l'inverse, historiquement, combien de libertés la passion de l'égalité n'a-t-elle pas fait conquérir? Tels ou tels individus dans la société ont la liberté de penser, d'écrire, de travailler, de posséder, pourquoi tous ne l'auraient-ils pas?

L'idée d'égalité ne se combine pas moins bien avec celle de fraternité; d'une part, il est naturel que si l'État rend des services, il les rende également à tous, c'est une grande simplification, l'idée de fraternité conduit donc à l'égalité ; d'autre part et surtout l'idée d'égalité conduit à la fraternité. Si tous les hommes sont égaux devant la loi, il faut que cette égalité soit réelle, sincère, et non point de pure apparence. Or, il faut bien le dire, dans notre état social, les libertés sont également offertes à tous, mais leur usage réel n'est pas facilité à tous. Le droit de propriété, par exemple, est offert à tout le monde, il n'est pas aisé de devenir propriétaire. Pour la conquête de l'usage réel de beaucoup de libertés, il faut un effort et une lutte. Or, bien des individus par suite de maladie ou de misère, sont incapables de donner l'effort nécessaire. Il faut leur faciliter l'accès et l'usage des libertés, soit par une meilleure organisation sociale qui diminue l'âpreté de la lutte, soit par une assistance directe. Là est le vrai sens de la fraternité.

Source : BIU Cujas

Il s'agit de l'égalité devant la loi et devant les droits que celle-ci consacre, aussi bien les droits politiques que les droits civils; bien souvent on ne mentionne que l'égalité civile, mais il y faut ajouter l'égalité politique. Un certain nombre d'applications de cette idée d'égalité ont particulièrement attiré l'attention : 1° l'égalité sociale ou la suppression de tous ordres, castes, distinctions honorifiques, à laquelle il faut rattacher la règle de l'égalité dans le partage des successions destinée à empêcher la reconstitution d'une aristocratie par le droit d'aînesse; 2° l'égalité devant les droits politiques et particulièrement devant le droit de suffrage; 3° l'égalité devant la justice, égalité de peine à égalité de délit (1); 4° l'égalité devant l'impôt; 5° l'égale admission aux places et aux emplois. Ces diverses applications de l'idée d'égalité sont consacrées par un ensemble imposant de textes (2). Elles le sont sans acception de race ou de religion; au profit des catholiques, des protestants (3), des juifs (4) et des hom-

(1) Il a cependant été rétabli certains privilèges de juridiction sous le premier Empire au profit de certains fonctionnaires (art. 479, C. inst. crim.; art. 10, L. 20 avr. 1810).

(2) *C. 3-14 sept. 1791, déclaration.* — Art. 1er. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. — Art. 6. La loi est l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. — Art. 13. Une contribution commune est indispensable, elle doit être également répartie entre tous les citoyens à raison de leurs facultés. — Tit. 1er. La constitution garantit comme droits naturels et civils : 1° que tous les citoyens sont admissibles aux places et aux emplois sans autre distinction que celle des vertus et des talents; 2° que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés; 3° que les mêmes délits seront punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes. — *C. 24 juin 1793, déclaration.* — Art. 2. Ces droits (les droits naturels), sont : l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété. — Art. 3. Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi. — Art. 4. La loi est la même pour tous. — Art. 5. Tous les citoyens sont également admissibles aux places et aux emplois. — Art. 29. Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents ». — *C. 5 fructidor an III, déclaration.* — Art. 1er. Les droits de l'homme en société sont : la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété. — Art. 3. L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs. *Adde :* Chartes de 1814 et de 1830; C. de 1848, art. 10; C. de 1852, art. 1 et 26.

(3) D. 24 déc. 1789. Art. 2. « Les non-catholiques sont capables de tous les emplois civils et militaires comme les autres citoyens ».

(4) D. 27 sept. 13 nov. 1791 : « L'assemblée nationale considérant que les conditions nécessaires pour être citoyen français et pour devenir citoyen actif sont fixées par la Constitution et que tout homme qui réunissant lesdites conditions prête le serment civique et s'engage à remplir tous les devoirs que la Constitution impose a droit à tous les avantages qu'elle assure; — révoque tous les ajournements, réserves et exceptions insérées dans les précédents décrets relativement aux individus juifs qui prêteront le serment civique. »

Source : BIU Cujas

mes de couleur (1). Toutefois, le principe de l'égalité n'est ainsi établi dans toute son étendue que dans la métropole; dans les colonies nous aurons à noter plus d'une exception au détriment des indigènes.

Le principe de l'égalité dans ses diverses manisfestations constitue-t-il un droit véritable, est-il opposable? La question mérite d'être examinée de près. Dans certaines matières où il a été organisé par des lois spéciales, oui certainement. C'est ainsi que l'égalité dans les partages successoraux constitue un droit véritable car elle est sanctionnée par l'action en rescision pour lésion de plus du quart; en matière d'impôts il y a aussi des recours en décharge ou en réduction organisés par la loi. Mais que décider par exemple à propos de l'égale admission aux places et aux emplois? D'une part, aucune loi générale n'a organisé cette matière; il n'y a d'autres textes que ceux des diverses déclarations des droits des constitutions qui se sont succédées; ainsi que nous l'avons vu plus haut, ces textes n'ont point valeur de loi et, par conséquent, ne sauraient justifier des recours fondés sur la violation de la loi et des droits acquis contre une décision administrative qui, dans une nomination de fonctionnaire, violerait le principe d'égale admission aux places et aux emplois. Cependant pour les fonctions à l'entrée desquelles il existe des concours organisés, et aussi pour les examens d'entrée à certaines écoles du Gouvernement, comme des règlements ont été faits qui consacrent le principe d'égalité, on peut soutenir que la décision du ministre qui refuserait d'admettre au concours ou qui refuserait de nommer un candidat déclaré apte par le jury, uniquement à cause de sa race ou de sa religion, pourrait être attaquée (2).

(1) D. 28 sep.-16 oct. 1791 : « Tout homme, de quelque couleur qu'il soit, jouit en France de tous les droits de citoyen s'il a les qualités prescrites par la constitution pour les exercer. »

(2) D'ailleurs, il faudrait bien se garder de multiplier les occasions où le Gouvernement a ainsi les mains liées, c'est un des inconvénients des concours. Le principe de l'égale admission aux places et aux emplois a réellement besoin du correctif du pouvoir discrétionnaire de l'administration. En soi il n'est point sans danger. Il faut songer, en effet, que le droit public a beau proclamer l'égalité de tous devant la loi, cela ne fait point disparaître les profondes différences qui divisent les hommes d'un même pays; il y a des confessions religieuses hostiles l'une à l'autre, des races diverses, des étrangers naturalisés depuis peu qui ne peuvent pas posséder le long atavisme qui communique le caractère national. Il se peut que les Français de toute confession, de toute origine, de toute date, servent également bien la patrie, mais dans une certaine proportion et dans de certains postes. Il y a là un équilibre à trouver qui résulte d'un choix de personnes et qui est affaire de Gouvernement, parce que l'essence du Gouvernement est justement l'arbitrage continuel, le jeu de bascule entre les tendances diverses qu'il s'agit d'utiliser toutes au profit de l'unité politique. Les gouvernements traditionnels possèdent à cet égard des règles de conduite pratiques; les gouvernements démocratiques, plus imbus de principes abstraits, ont une tendance à s'en écarter, mais les faits et aussi la diffusion de la science sociale les remettront dans la voie. Ils s'apercevront que l'égale admission aux places et aux emplois doit être combinée avec la liberté de conscience et avec l intérêt supérieur des traditions nationales. — Notons cette précaution prise dans

Source : BIU Cujas

Section II. — Les libertés.

§ 1. — Les droits politiques (1).

Les libertés se divisent en droits politiques et libertés civiles.

Les droits politiques ou civiques sont les droits qui donnent à l'individu une part d'action dans le gouvernement de l'État. Tels sont : le droit de suffrage, l'aptitude aux fonctions publiques, le droit de pétition, le droit d'être juré, témoin dans les actes, soldat... Nous ne nous occuperons ici particulièrement d'aucun de ces droits : le droit de suffrage sera étudié à propos de l'organisation administrative dont il est la base; les droits d'être juré ou témoin intéressent surtout les matières civiles ou criminelles et sont traités à cette occasion; le droit d'être soldat sera joint à l'obligation d'être soldat, c'est-à-dire au service militaire; il sera dit un mot de l'aptitude aux fonctions publiques à propos de la théorie de la fonction publique; quant au droit de pétition, il a surtout une importance constitutionnelle, il n'intéresse le droit administratif que sous la forme de recours gracieux adressé aux représentants du pouvoir exécutif. Il en sera traité à ce point de vue à propos des actes d'administration (2).

Il importe seulement ici de fixer la véritable nature des droits politiques et celle de la qualité de citoyen dont ils sont les éléments constitutifs.

La nature des droits politiques est complexe, ils participent du droit individuel et de la fonction sociale. — Il y a dans tous un fort élément de fonction sociale; pour la mission du juré, du témoin, du fonctionnaire public, du soldat, cela est d'évidence; tous ces personnages se dévouent plus ou moins à la chose publique, accomplissent des actes que tout le monde ne peut pas accomplir, agissent pour les autres dans un intérêt social supérieur; cela est vrai également du droit de suffrage. Malgré le suffrage universel, il y a quantité d'individus qui ne sont pas électeurs, les femmes, les enfants, les déments, les condamnés; il faut cependant que la machine administrative et gouvernementale fonctionne pour tout le monde; les électeurs votent donc, non pas seulement pour eux, mais pour les autres, bien mieux, comme l'élection n'est faite que par une majorité, il faut admettre que cette majorité a fait les affaires même de

la loi du 18 germinal an X, art. 16 « on ne pourra être nommé évêque si l'on n'est *originaire Français* ».

(1) *Bibliographie :* F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 1860, t. I, p. 63 et s.; E. Pierre, *Traité de droit politique;* Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 2e édit., p. 355.

(2) V. sur le droit de pétition les développements de M. Esmein, *op. cit.*, p. 356 et s.

Source : BIU Cujas

la minorité; on est obligé de faire appel à l'idée d'une fonction électorale accomplie dans un but social supérieur.

Mais il y a aussi dans les droits politiques un élément de droit individuel; cela est très sensible dans le droit de suffrage. Si l'électorat était une simple fonction sociale, la Constitution pourrait le conférer à qui elle l'entendrait, il n'y aurait aucun principe, le régime censitaire ne soulèverait aucune objection. Il n'en va pas ainsi dans les démocraties, le suffrage universel y est considéré comme un principe; déjà les Déclarations des droits l'affirment (1) et les constitutions révolutionnaires l'organisent d'une façon plus ou moins compliquée (2), fidèles en cela à la pure doctrine du contrat social. Lorsque sous la Restauration et sous la Monarchie de Juillet, le suffrage universel a disparu, c'est comme un droit individuel qu'il est réclamé de nouveau et proclamé en 1848 (3), consacré définitivement en 1852 (4). C'est avec le même caractère qu'il est réclamé dans les pays étrangers, et actuellement encore, le mouvement d'extension continue, toujours sous la même forme, au profit des femmes.

Non seulement dans le droit politique il y a du droit individuel, mais il y a de la liberté, par cela même que toute organisation de l'État est de protection et de garantie pour la liberté. Dans le bulletin de vote, il y a une liberté presque textuellement énoncée par les déclarations des droits, celle de discuter l'impôt, de ne devoir que l'impôt librement consenti (5), dans la fonction de juré il y a aussi une liberté et une garantie dont le sens est émoussé aujourd'hui, mais qui, au début, a été vivement sentie, celle d'être jugé par ses pairs (6).

(1) *C. 3-14 sept. 1791, Déclaration.* Art. 6. — La loi est l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. — *C. 24 juin 1793, Déclaration.* — Art. 29. Chaque citoyen a un droit égal de concourir à la formation de la loi et à la nomination de ses mandataires ou de ses agents.

(2) Celles de 1791, de 1793, de l'an III, et même celle de l'an VIII.

(3) D. 5 mars 1848; C. 4 nov. 1848; L. 15 mars 1849.

(4) C. 14 janv. 1852; D. organique, 2 févr. 1852.

(5) *C. 3-14 sept. 1791, Déclaration.* — Art. 14. « Tous les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ». — C. 24 juin 1793, art. 20, etc...

(6) M. Esmein a donc tort, à mon avis, d'établir une opposition entre les droits politiques et les droits individuels et de considérer le droit de suffrage uniquement comme une fonction sociale (*op. cit.*, p. 355. Cfr. F. Laferrière, *Cours de droit public*, 1860, t. I, p. 53 et Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7e édit., 2e vol., p. 5 et 6). A la vérité, les droits politiques ne sont pas aussi largement reconnus que les droits individuels, étant tout au moins restreints aux nationaux (à l'exception, toutefois, du droit de pétition), mais cela ne les empêche point d'être individuels; la liberté d'enseignement, elle non plus, n'est pas reconnue au profit des étrangers et cependant est un droit individuel. — De ce que les droits politiques sont une fonction sociale, il ne s'ensuit pas qu'ils ne soient pas en même temps des droits individuels; l'individu dans l'Etat n'est-il pas *pris*

Source : BIU Cujas

La jouissance des droits politiques constitue la qualité de citoyen, par conséquent, puisque les droits politiques sont des droits individuels, la qualité de citoyen n'est que l'un des aspects de l'être moral individuel, elle préexiste en lui, elle n'est point une concession sociale (1). Mais cette qualité ne se confond point avec celle de sujet français, elle peut se révéler à côté ou ne pas se révéler (2). Cela ne dépend point en principe de l'individu lui-même, il n'existe plus de registre civique, comme sous la Constitution de l'an VIII, sur lequel on doive se faire inscrire pour être citoyen; la qualité de citoyen est reconnue par application d'un ensemble de règles légales, comme d'ailleurs celle de sujet français.

Le citoyen est le sujet mâle, Français par la race, le bénéfice de la loi sur la nationalité ou la naturalisation (3). Cela exclut : les étrangers, les femmes françaises, les sujets français qui ne sont pas de race française et ne sont pas naturalisés (indigènes de certaines colonies et d'Algérie). Ainsi l'étranger, même admis à établir son domicile en France, n'a pas le droit de suffrage, il n'est ni électeur ni éligible; il n'a pas l'aptitude aux fonctions publiques; il n'est pas admis au service militaire, si ce n'est dans la légion étrangère (4).

en nom collectif et par conséquent n'est-il pas lui-même à la fois individuel et social? — Enfin M. Esmein est bien obligé de concéder que le droit de pétition a tourné graduellement au droit individuel (*op. cit.*, p. 356 et s.); comment ne reconnaît-il pas que sous la poussée du suffrage universel, le droit de suffrage en a fait autant?

(1) Elle est fondée sur la liberté et non pas sur la capacité légale, ainsi que le prétendait F. Laferrière, *loc. cit.*

(2) La Constitution de 1791 avait fait cette distinction sous le nom de citoyens actifs et de citoyens non actifs, c'est la constitution de fructidor an III qui a introduit l'opposition des termes entre citoyen et sujet français.

(3) Encore la naturalisation ne confère-t-elle l'éligibilité aux assemblées législatives, que dix ans après le décret de naturalisation, en principe (art. 3, L. 26 juin 1889).

(4) Quant aux sujets français qui ne sont pas de race française et qui ne sont pas naturalisés français, il faut distinguer entre ceux de l'Algérie et ceux des colonies :

Algérie. — Les indigènes israélites ont été en partie naturalisés et par conséquent faits citoyens par le décret du 24 octobre 1870 (V. *infrà*, Organisat. administrative, Droit de suffrage). Les indigènes musulmans sont *sujets français*, mais non citoyens français, aux termes du sénatus-consulte de 1865, par conséquent ils n'ont pas en principe la jouissance des droits politiques. Cependant il y a des exceptions : 1° l'indigène musulman peut servir dans les armées de terre et de mer (Sén.-cons. 1865, art. 1er, § 2, art. 2, § 2); 2° il est admissible à certains emplois civils *en Algérie* (Sén.-cons. 1865, mêmes articles); la nomenclature des emplois se trouve dans un tableau annexé au décret du 21 avril 1864; 3° il est électeur et éligible aux fonctions municipales dans les communes de plein exercice, sous certaines conditions (D. 7 avril 1884).

Colonies. — Il n'y a point d'indigènes dans toutes les colonies; il faut noter, en effet, que les noirs affranchis en 1848 aux Antilles, à la Réunion et ailleurs sont devenus citoyens français. En Océanie (Tahiti), les indigènes de l'ancien protectorat sont également devenus citoyens. Il n'y a d'indigènes que dans les colonies de conquête où la po-

Source : BIU Cujas

§ 2. — Les libertés civiles.

Article préliminaire. — De la jouissance des libertés civiles.

De la jouissance des libertés. — En principe, tous les êtres humains ont la jouissance des libertés, par conséquent, les femmes aussi bien que les hommes, les étrangers aussi bien que les nationaux, et sans distinguer selon qu'ils sont ou non admis à établir leur domicile en France. Il peut se faire, tout au plus, que l'exercice du droit soit réglementé plus sévèrement pour l'étranger que pour le national; nous verrons au fur et à mesure ces questions de réglementation. Ainsi, l'étranger a la liberté individuelle, avec cette restriction particulière qu'il peut être expulsé par mesure administrative. Il a la liberté de conscience, le droit de publier sa pensée par la presse ou par le livre, le droit de réunion, d'association, etc. L'étranger n'a cependant, ni le droit d'être gérant d'un journal (L. 29 juill. 1881, art. 7); ni le droit d'enseigner à aucun degré, il peut seulement être autorisé par l'administration à le faire (L. 15 mars 1850, art. 78; D. 5 déc. 1850 sur l'enseignement secondaire; L. 13 juill. 1875, art. 9 sur l'enseignement supérieur; L. 30 oct. 1886, art. 4 sur l'enseignement primaire) (1).

Classification des libertés civiles. — Les libertés civiles sont celles relatives à la vie proprement individuelle, par opposition avec les droits politiques qui donnent à l'individu une part d'action dans l'État. Les libertés civiles servent au développement de l'individu à la fois dans le cercle privé et dans le cercle public, car il est bien évident que la vie individuelle dépasse à chaque instant le cercle des intimes.

Il est impossible de distinguer les libertés civiles suivant qu'elles seraient destinées au cercle privé ou au cercle public, la plupart suivant les circonstances servent aux deux. Ainsi, la liberté de conscience peut conduire à des manifestations publiques, la liberté de réunion donne lieu tantôt à des réunions privées, tantôt à des réunions publiques, l'enseignement est tantôt privé, tantôt public, etc.

pulation qui avait la possession antérieure n'a pas complètement disparu : Inde, Cochinchine, Nouvelle-Calédonie.

Dans toutes ces colonies, à l'exception de l'Inde, les indigènes ne sont pas citoyens français. Dans nos possessions de l'Inde, ils sont considérés comme citoyens; ils jouissent donc de plein droit des droits politiques; ils sont seulement, pour l'exercice du droit de vote, soumis à des conditions particulières, inscrits sur des listes électorales spéciales, selon qu'ils sont renonçants à leur statut personnel ou bien non renonçants.

(1) Quant aux sujets français qui ne sont pas citoyens (indigènes de l'Algérie ou des colonies, ils ont eux aussi, en principe, la jouissance des libertés; seulement il faut tenir compte d'un certain nombre de faits : l'existence d'une sorte d'état de siège dans les territoires militaires, l'existence de la répression administrative pour ce que l'on appelle les délits d'indigénat (Algérie, communes mixtes, et Cochinchine), qui diminuent leur sûreté personnelle; enfin, le maintien de leur législation religieuse et privée (statut personnel) qui peut modifier la physionomie de leurs droits.

Source : BIU Cujas

Le véritable classement est celui-ci : les libertés civiles de l'individu sont relatives ou *à l'être* de celui-ci ou à son *activité*, ou à sa *propriété ;* en somme, leur faisceau constitue *la liberté*, or la liberté est forme d'être, forme d'activité et forme de propriété; forme d'être parce que la liberté du sujet constitue la manière d'être de ce sujet, forme d'activité parce que le mouvement est une loi de l'être, forme de propriété parce que la propriété est la contre-partie nécessaire de l'activité au même titre que le repos et l'équilibre statique sont la contre-partie du mouvement (V. *infrà*, *Propriété individuelle*).

Article premier. — La liberté d'être.

La liberté d'être se rapporte à l'existence dans ce qu'elle a d'individuel ou dans ce qu'elle a de social, car l'homme est à la fois un être individuel et un être social.

I. *Liberté de l'être individuel;* il s'agit soit de l'être moral, soit de l'être physique :

1° La liberté de l'être moral n'est autre que la *liberté de conscience*, nous l'étudierons dans le chapitre consacré au droit public ecclésiastique sous l'un de ses aspects, comme *liberté de la foi*, mais sous un autre aspect elle s'appelle *liberté de la science*.

Celle-ci peut s'entendre en un sens positif et en un sens négatif. Il y a la liberté d'apprendre ce que l'on veut qui en théorie est complète, mais en fait est limitée par les programmes des examens d'État qui précèdent la collation des grades. Il y a aussi la liberté de ne pas apprendre qui, elle, n'est pas entière à cause de l'*obligation de l'instruction primaire* édictée par la loi du 28 mars 1882 (1).

L'obligation de l'instruction primaire réclamée depuis longtemps se justifie par des considérations décisives : 1° Elle est dans l'intérêt du régime d'État car il repose sur les idées communes, il faut donc que les idées communes essentielles soient déposées dans la mémoire de chaque individu ; cela est d'autant plus urgent que par le suffrage universel l'individu a acquis plus d'action sur la marche de l'État; seulement il convient d'ajouter que l'intérêt de l'État exigerait aussi une

(1) Les enfants de dix ans révolus à treize ans révolus, garçons et filles, doivent, ou fréquenter une école publique ou libre, ou recevoir l'enseignement chez leurs parents. Le père, la mère, le tuteur, toute personne qui a la garde de l'enfant sont tenus de déclarer si l'enfant recevra l'instruction à domicile, ou s'il fréquentera une école et quelle école. A défaut de déclaration, le maire désigne l'école publique où l'enfant devra être envoyé. L'enfant élevé à domicile doit, après deux ans, subir un examen et si l'examen est insuffisant, il est d'office envoyé dans une école publique. Quant à ceux qui fréquentent une école, la loi n'exige point que leurs études soient couronnées par un examen ni un certificat, elle n'exige que l'assiduité jusqu'à l'âge réglementaire. Il existe cependant un certificat d'études primaires qui permet aux enfants d'abréger le temps d'étude; ils peuvent se présenter à partir de onze ans. Il y a dans la loi des formalités et des pénalités destinées à assurer l'observation de la règle de l'obligation.

Source : BIU Cujas

éducation morale et civique obtenue par une sage pédagogie; 2° L'obligation est dans l'intérêt de l'enfant et l'État doit intervenir pour l'assister en ce point. Notre société laisse subsister de la lutte pour la vie, au moins faut-il que dans cette lutte les individus soient également munis des armes indispensables, qu'ils sachent également lire, écrire et compter. C'est de ce sentiment que procèdent non seulement l'obligation mais la gratuité de l'instruction qui est une forme d'assistance (quant à la laïcité, V. *infrà*, *Droit public ecclésiastique*) (1).

2° *La liberté de l'être physique* comprend : la liberté civile, la sûreté et la liberté individuelles, l'inviolabilité du domicile.

A. *Liberté civile.* — C'est la liberté de l'individu physique vis-à-vis des autres individus, telle qu'elle résulte de la suppression de l'esclavage et du servage (2).

B. *Sûreté individuelle.* — Protection de la personne physique contre l'arbitraire administratif en matière pénale. Cette protection réside dans l'intervention de la justice.

L'idée générale, c'est que personne ne peut être arrêté ni détenu que par ordre de l'autorité judiciaire, à la condition de passer en jugement régulier et de n'être frappé que de peines légales. Donc : 1° pas de détention arbitraire ou administrative; mais il est à noter que nous n'avons pas en France l'*habeas corpus*, c'est-à-dire le droit pour une cour supérieure de demander la raison de l'emprisonnement (Cfr. sur ce point,

(1) On fait plusieurs objections à l'obligation de l'instruction primaire. L'une est tirée de la liberté du père de famille, mais les pères de famille sont mal venus à se plaindre qu'on ne leur permette pas de maintenir leurs enfants dans l'ignorance complète, il faut songer que l'instruction primaire pour la moyenne des enfants représente ce minimum : savoir lire, écrire et compter. Une autre objection plus spécieuse est tirée de l'intérêt de l'État : on craint que l'instruction répandue dans la masse entière de la nation ne détruise cette part d'inconscient qui semble nécessaire dans une société et ne pousse les populations à faire les pires expériences. A cela on peut répondre qu'en effet le développement de l'instruction peut provoquer une crise sociale, mais qu'une crise semblable se produit chez tout adulte au moment où la science de la vie succède aux ignorances de l'enfance et qu'elle est généralement bienfaisante. Au reste, il s'agirait ici beaucoup plus des inconvénients de la diffusion de l'instruction intégrale que de ceux de l'obligation de la modeste instruction primaire.

(2) Les derniers serfs ont été affranchis dans la nuit du 4 août; quant aux anciens esclaves provenant de la société antique, il n'en restait plus depuis le XIIe siècle. Mais il y a un esclavage moderne. Dès le début de la Révolution il fut réprouvé dans la métropole (D. 28 sept.-16 oct. 1791) : « Tout individu est libre aussitôt qu'il est entré en France », il fut supprimé aux colonies par la Convention (L. 16 pluv. an II), rétabli par le premier Consul (L. 30 flor. an X) et ne fut définitivement aboli que par le décret du 27 avril 1848, dont il convient de rapprocher la constitution du 4 novembre 1848, art. 6, et le sénatus-consulte du 3 mai 1854, art. 1er.

A citer encore : l'interdiction de toute servitude personnelle rappelant la féodalité (C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 18; C. 5 fruct. an III, Déclaration, art. 15; art. 686 et 1780, C. civ.); la suppression des vœux religieux perpétuels en tant qu'ils entraînent obligation civile (L. 19 févr. 1790, art. 1er; C. 5 fruct. an III, art. 352).

Source : BIU Cujas

Dicey, *Droit constitutionnel*, p. 193, traduct. française) ; que le système de la mise en liberté sous caution n'est pas très développé, cependant des améliorations ont été apportées par la loi du 8 déc. 1897 modificatrice du Code d'instruction criminelle ; 2° pas de jugement irrégulier ; 3° pas de condamnation sans loi. Tous ces points sont du domaine de l'instruction criminelle (1).

C. *Liberté individuelle ou liberté d'aller et venir.* — Cette liberté, très voisine de la précédente, ne se confond pas cependant avec elle, en ce sens qu'elle est seulement une sauvegarde de la liberté des mouvements, tandis que la sûreté personnelle peut être une sauvegarde de la vie. Elle est consacrée dans le titre Ier de la Constitution des 3-14 septembre 1791. Elle reçoit un certain nombre d'exceptions (2).

(1) Le principe de la sûreté individuelle établi par la série des constitutions (C. 3-14 sept. 1791, Déclaration, art. 7, 8, 9 ; C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 8-15 ; C. 5 fruct. an III, Déclaration, art. 8-14 ; C. 1791, tit. III, ch. 5, art. 4 ; C. an III, art. 204, charte de 1814, art. 62 ; Charte de 1830, art. 53 ; C. 1848, art. 4) a été violé plusieurs fois en France depuis qu'il avait été inscrit dans la déclaration des Droits de l'homme. On peut dire que tous les régimes politiques qui se sont succédés jusques et y compris le second Empire, ont à se reprocher des lois de sûreté générale qui suspendaient la garantie de la sûreté personnelle pour des catégories très vagues de supects, et permettaient de les frapper de peines purement administratives (D. 17 sept. 1793 ; D. 3 mars 1810 ; L. 27 juin 1848 ; Commissions mixtes de 1852 ; L. 27 févr. 1858).

(2) I. *Exceptions spéciales aux étrangers.* — 1° Obligation d'être muni d'un passeport émanant de l'autorité étrangère et visé par un agent diplomatique ou un consul français (D. 23 mess. an III ; L. 28 vendém. an VI) ; de nombreux traités diplomatiques sont intervenus avec différents pays pour dispenser leurs nationaux de cette formalité, à charge de réciprocité ;

2° Obligation pour l'étranger non admis à domicile de faire une déclaration de résidence dans toute commune où il arrive pour exercer une profession, un commerce ou une industrie (L. 8 août 1893) ;

3° Droit d'expulsion administrative ; l'étranger peut être expulsé du territoire. Il ne faut pas confondre cela avec l'extradition ; la différence est que l'étranger n'est pas livré à son gouvernement, comme dans l'extradition. L'arrêté d'expulsion est pris par le ministre de l'Intérieur, sauf dans les départements frontières où il peut être pris par le préfet. Pour l'étranger admis à établir son domicile en France, aux termes de l'art. 13 du Code civil, l'expulsion ne produit son effet que pendant deux mois ; si l'on veut obtenir plus, il faut faire révoquer l'autorisation en prenant l'avis du Conseil d Etat.

II. *Exceptions communes aux nationaux et aux étrangers.* — 1° Passeport à l'intérieur. Cette obligation, qui résulte du décret du 18 septembre 1807, n'est pas appliquée. Pour les militaires, le passeport est remplacé par la feuille de route. Pour les ouvriers, il était remplacé par le livret qui a été aboli (L. 2 juill. 1890) ;

2° Défenses relatives au costume. Il est défendu de porter publiquement un costume, un uniforme, une décoration auxquels on n'a pas droit (C. P., art. 259) ;

3° Défense du port des armes cachées ou secrètes. Déclaration du 3 mars 1728 qui limite le *droit de port d'arme ;*

4° Quarantaine résultant des lois sur la police sanitaire (L. 3 mars 1822 ; D. 29 févr. 1876 ; L. 15 févr. 1902) ;

5° Internement dans un asile d'aliénés. Cette grave atteinte à la liberté individuelle est actuellement réglée par la loi du 30 juin 1838, dont la modification a été souvent demandée en vue d'augmenter les garanties contre les internements arbitraires. L'admi-

Source : BIU Cujas

D. *Inviolabilité du domicile* (C. 5 fruct. an III, art. 359 ; C. 22 frim. an VIII, art. 76 ; C. P., art. 194). — La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable ; c'est une conséquence de la sécurité et de la liberté individuelle :

a) Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer qu'en cas d'incendie, d'inondation ou de requête venant de l'intérieur ;

b) Pendant le jour, on peut entrer pour un objet spécial déterminé par une loi ou par un ordre émané d'une autorité publique (1).

Lorsqu'il y a *état de siège* l'inviolabilité du domicile est suspendue, l'autorité militaire a le droit de faire des perquisitions de jour et de nuit (L. 9 août 1849, art. 9).

Observation. — Lorsque le domicile d'un citoyen est un établissement *ouvert au public*, comme un débit de boissons par exemple, les représentants de la force publique ont le droit d'y pénétrer librement jusqu'au moment de la fermeture.

II. *Liberté de l'être social.* — Elle est relative aux divers éléments de l'état des personnes, la filiation, le nom et les titres honorifiques ;

1° Au point de vue de la nationalité, il y a liberté de changement réglée par les lois sur la nationalité et la naturalisation ;

Au point de vue de la filiation, l'absence de liberté résulte de la force des choses. La filiation est un fait brutal qu'on ne peut point modifier. La société pourrait ne pas le faire constater, mais elle le fait dans un but d'ordre et dans l'intérêt des individus eux-mêmes :

nistration a le droit de procéder à l'internement d'office en cas de folie furieuse ; cette disposition semble nécessaire et doit être maintenue. Mais la famille a le droit de faire procéder à l'internement en cas de folie douce, en vertu d'une procédure toute administrative. C'est là qu'est le grand vice de la législation ; l'internement pour folie douce ne devrait être prononcé qu'après un débat judiciaire ; l'intéressé ne peut se défendre efficacement qu'avant l'internement ; après, toutes ses protestations sont rendues suspectes par la redoutable présomption de la folie (disposition adoptée dans une loi des Pays-Bas de 1882 et dans le projet de réforme de la loi de 1838 voté par le Sénat, le 11 mars 1887) ;

6° Les personnes condamnées pour mendicité dans un lieu où il y a un dépôt de mendicité peuvent, après l'expiration de leur peine, être conduites dans ce dépôt (C. P., art. 274 ; L. 30 mai 1790 ; D. 5 juill. 1808) ;

7° En vertu de la loi du 27 mai 1885 sur les récidivistes (art. 19), des interdictions de séjour peuvent être signifiées aux condamnés libérés. La surveillance de la haute police est supprimée, ainsi que les interdictions de séjour spéciales au département de la Seine et à l'agglomération lyonnaise résultant de la loi du 9 juillet 1852.

(1) Voici les principaux de ces objets : 1° Pour l'exécution des lois de police et de sûreté et pour prévenir les infractions (L. 19 juill. 1791, art. 8) ; 2° pour les actes relatifs à la recherche des crimes et des délits ; en général, ce droit de perquisition appartient seulement au juge d'instruction, art. 87 et 88 du Code d'instruction criminelle ; il s'étend cependant dans certaines hypothèses au procureur de la République (art. 36) et même aux gardes champêtres et gardes forestiers ; 3° pour l'exécution des jugements ou des condamnations (art. 587, Proc. civ.) ; 4° pour l'exécution des lois sur les contributions publiques (L. 19 juill. 1791, art. 8).

Source : BIU Cujas

3° Si le nom, qui se compose du nom proprement dit et du prénom, était seulement le signe de la personnalité individuelle, on comprendrait qu'il fût possible théoriquement d'en changer ou d'en prendre à sa fantaisie, en respectant bien entendu le nom d'autrui. Mais le nom est en même temps le signe de la personnalité sociale, il est lié à la filiation, à tout l'état civil, aux mesures de publicité hypothécaire, au système des impôts, à tout le système des obligations civiles, c'est une raison pour que la société intervienne. Aussi, le changement de nom est une faveur qu'il faut demander au Gouvernement, il est statué par un décret en forme de règlement d'administration publique après toute une procédure (V. L. 11 germ. an XI et O. 25 juin 1828);

4° Les titres nobiliaires de duc, marquis, comte, baron, etc., qu'il ne faut pas confondre avec la particule, laquelle n'est qu'un nom, ont toujours une existence légale (1), bien que leur valeur sociale se soit amoindrie, et il est défendu de s'en affubler sans droit (art. 259, C. P.).

Cependant, il a été déposé des projets de lois récents pour l'abolition de cette disposition.

Article II. — La libre activité.

A. *Action exercée par l'homme sur la nature, liberté du travail, de l'industrie et du commerce.* — Cette liberté n'a été spécialement consacrée par les lois révolutionnaires qu'à propos de l'activité industrielle, par la loi des 2-17 mars 1791, mais elle procède de la liberté générale reconnue à l'homme par la déclaration des droits, art. 4, en ces termes : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

Il faut reconnaître que les dispositions législatives qui se succèdent en ce siècle apportent des restrictions continuelles à cette liberté (2) surtout

(1) Abolis par la loi des 19-23 juin 1790, la C. des 3-14 sept. 1791, le décret des 27 sept.-16 oct. 1792, le décret des 27-30 mars 1793, ils furent rétablis par les décrets du 12 déc. 1804 et 1er mars 1808. — Un décret du 29 févr. 1848 les abolit de nouveau, mais fut abrogé par un autre décret du 24 janvier 1852.

(2) a) *Agriculture.* — 1° Législation sur la culture du tabac (D. 29 déc. 1810; Règl. 12 janv. 1811; L. 28 avr. 1816; L. 12 févr. 1835; L. 21 déc. 1872).

2° Sur le défrichement des bois (art. 219 et suiv., C. forestier).

3° Sur le reboisement et le gazonnement des montagnes (L. 4 avr. 1882).

4° Sur les bans de vendange dans les communes où ils auront été maintenus (L. 9 juill. 1889, art. 13).

b) *Industrie extractive.* — 1° Législation des mines (L. 21 avr. 1810 revisée par la loi du 27 juill. 1880; L. 27 avr. 1838).

2° Celle des carrières ou minières à ciel ouvert (L. 27 juill. 1880; D. 12 févr. 1892).

3° Celle des eaux minérales (L. 14 juill. 1856).

4° Celle de la chasse et de la pêche.

La chasse et la pêche sont libres, sauf règlements de police et paiement d'un permis pour la chasse. Toutefois le préfet peut refuser les permis de chasse à certains individus, à ceux qui ont subi certaines condamnations et à ceux qui ne sont point inscrits au rôle des contributions. Il faut remarquer aussi, pour la pêche, qu'elle n'est libre que sur les cours d'eau non navigables ni flottables; sur les cours d'eau navigables ou flottables elle est affermée par l'État, et sur mer, elle est le privilège des inscrits maritimes

Source : BIU Cujas

en ce qui concerne l'industrie manufacturière (1), et cela vient à l'appui

(Chasse, L. 3 mai 1844; L. 22 janv. 1874; Pêche fluviale, L. 15 avr. 1829; Ordonn. 15 nov. 1830; L. 6 juin 1840; D. 18 mai 1878; L. 18 nov. 1898).

c) *Industrie commerciale.* — 1° Législation sur certains monopoles, tabacs, cartes à jouer, allumettes chimiques, postes et télégraphes, chemins de fer et tramways.

2° Législation exigeant l'autorisation administrative pour certains commerces, comme pour les bureaux de placement (D. 25 mars 1852), comme pour les débits de boisson avant la loi du 17 juillet 1880.

3° Législation sur la taxe municipale du pain et de la viande (L. 17-22 juill. 1791, t. Ier, art. 30).

4° Législation sur les marques de fabrique et de commerce, imposées à certains produits (L. 23 juin 1857; L. 3 mai 1890).

5° Législation sur les trusts, article 419, C. P. V. dans Sirey, 1901.2.225 note de M. Lévy-Ulmann.

(1) La Révolution avait aboli les maîtrises et jurandes où était *emmaillotée* la liberté du travail. Les maîtrises et jurandes étaient des corporations d'artisans du même métier et de la même ville. Il fallait distinguer dans les corporations le maître ou patron, l'ouvrier ou compagnon, et enfin l'apprenti : 1° On n'était pas libre de se faire patron, ni ouvrier, ni apprenti; il y avait des règles sur la maîtrise, le compagnonnage et l'apprentissage, il n'y avait qu'un certain nombre de maîtres, les années d'apprentissage, le nombre des apprentis étaient sévèrement fixés; 2° on n'était pas libre dans les procédés de travail; des règlements sévères décourageaient les perfectionnements et tuaient les inventions; il est vrai qu'ils étaient une garantie pour la bonne qualité de la fabrication; 3° On n'était pas libre non plus dans le débat du salaire fixé par la coutume, et d'ailleurs la maîtrise était un vrai syndicat de patrons, pour se défendre, les ouvriers avaient formé des associations de compagnonnage.

Turgot, dans son célèbre édit de février 1776, avait essayé de détruire ces redoutables maîtrises et jurandes. L'édit ne fut enregistré par le Parlement qu'après un lit de justice; il ne s'exécuta pas, Turgot tombait et il était rapporté le 5 août suivant. C'est la loi des 2-17 mars 1791 qui posa le principe de la liberté en même temps que celui de la patente. Il y eut désormais liberté aux trois points de vue où il y avait eu servitude : liberté de la profession, liberté dans les procédés de travail, liberté dans la fixation du salaire dans le contrat de louage.

Or il s'est produit une réaction marquée contre l'œuvre de la Révolution. Sans doute la liberté de la profession et celle des procédés de fabrication sont demeurées à peu près complètes. On peut signaler seulement comme restrictions : 1° Les monopoles qui empêchent les individus d'exercer certaines industries, tabacs, poudres, allumettes chimiques, papier timbré, etc. A noter les lois du 14 juillet 1860 et du 14 août 1885 qui établissent la liberté de la fabrication et du commerce des armes de guerre, et celle du 8 mars 1875 qui permet la fabrication de la dynamite et de la nitroglycérine moyennant autorisation; 2° la législation sur les ateliers dangereux; l'exploitation des ateliers dangereux, insalubres, ou incommodes est soumise à la nécessité d'une autorisation et à une réglementation sévère (D. 15 oct. 1810). La fabrication, l'emmagasinage et la vente du pétrole et de ses dérivés sont réglementés aussi (D. 19 mai 1873); 3° La législation sur les machines à vapeur (L. du 22 juill. 1856; D. du 25 janv. 1865; D. 30 avr. 1880); 4° Les règlements de police auxquels sont assujettis certains métiers, comme ceux d'armuriers, de fabricants d'objets d'or et d'argent, etc., par suite de la nécessité du poinçonnage des produits par l'Etat; la boucherie est libre depuis le décret du 24 février 1858, la boulangerie depuis le décret du 22 janvier 1863.

Mais la liberté dans le débat du contrat de louage entre patrons et ouvriers a reçu de plus graves atteintes, ou tout au moins a subi de plus grandes modifications. On peut même se demander si de contractuelle qu'elle était, la matière ne devient pas réglementaire

Source : BIU Cujas

de l'observation faite plus haut, savoir qu'on est obligé quelquefois de

On avait été, à la Révolution, individualiste à l'excès : 1° On était parti de cette idée que le contrat de louage entraîne un débat purement individuel entre chaque patron et chaque ouvrier, et que les deux parties sont sur pied d'égalité; c'est inexact, parce que le patron, armé de ses capitaux, possède à lui seul autant de force que la masse de ses ouvriers; d'ailleurs, le développement des sociétés anonymes devait bientôt remplacer beaucoup de patrons par des compagnies; 2° on estimait en outre que l'ouvrier engage uniquement son travail, et que le patron lui doit uniquement le salaire déterminé par la loi de l'offre et de la demande; c'était inexact, en réalité, à raison du travail assujettissant et des risques de ce travail, l'ouvrier fait dépôt entre les mains du patron de son corps et presque de son âme, de telle sorte que cela impose au patron des obligations accessoires relatives aux accidents physiques et aux désordres moraux.

En vue d'assurer le respect de cette conception étroite du contrat de louage industriel, et pour éviter toute action collective des patrons ou des ouvriers, on avait inscrit dans le Code pénal deux prohibitions : celle de la coalition et de la grève (art. 414 et 415) et celle de l'association permanente entre patrons et entre ouvriers (art. 416).

Ce régime fut vraiment dur pour l'ouvrier; protégé autrefois, tant bien que mal, par les vieux usages de fraternité qui subsistaient dans les maîtrises et jurandes, il se trouva subitement isolé et fut écrasé dans le contrat de louage. Cela coïncida justement avec la découverte de la machine à vapeur et le développement de la grande industrie, qui amenèrent des accumulations énormes d'ouvriers sur les mêmes points. Par une imprévoyance cruelle, les industriels laissèrent ces hommes sans protection contre tous les vices qui naissent de la promiscuité, de l'extrême lassitude physique et de l'ignorance. Cela entraîna la formation d'une classe que les souffrances aigrirent, et qui s'appela elle-même le quatrième état.

Depuis quelques années déjà, heureusement, on a pris conscience de ce qu'il y avait d'injustice dans cet état de choses et on s'est efforcé de réagir. D'abord des patrons nombreux se sont préoccupés spontanément du sort matériel et moral de leurs ouvriers; il a été organisé des logements ouvriers, des caisses de retraite, des économats, des écoles d'enfants et d'adultes, des crèches, etc. De plus, l'Etat est intervenu par sa législation.

On a commencé par abroger les dispositions pénales qui interdisaient la grève et l'association ouvrière, de façon à restituer au débat du salaire son vrai caractère, qui est d'être un débat collectif (L. 25 mai 1864, liberté de grève; L. 21 mars 1884, liberté des syndicats professionnels). Les ouvriers peuvent ainsi opposer la force du nombre à celle des capitaux. On semble disposé à aller plus loin et à transformer le plus possible la situation contractuelle de l'ouvrier en une situation réglementaire. A cet ordre d'idées se rattachent : 1° La loi du 16 février 1883 rappelant celle du 9 septembre 1848, qui limite la journée de travail des adultes à douze heures et sur le même objet les décrets du 4 novembre 1899 et du 10 décembre 1899; 2° La loi du 2 juillet 1890 abrogeant le livret d'ouvrier; 3° La loi du 8 juillet 1890 sur les délégués mineurs à la surveillance de la mine; 4° La loi du 2 nov. 1892 sur le travail des enfants et des femmes, la loi modificatrice du 30 mars 1900 (Millerand-Colliard) et la loi du 29 décembre 1900 obligeant à faire asseoir les employées femmes; 5° La loi du 12 juin 1893 concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels; 6° La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail; 7° Les décrets des 6 et 10 août 1899 établissant un minimum de salaire ou salaire normal dans les marchés passés au nom de l'Etat, des départements, des communes et des établissements de bienfaisance (pour apprécier la portée de cette innovation, V. *Rev. d'adm.*, 1894, t. II, p. 303); 8° la création des conseils du travail (D. 17 sept. 1900); 9° Les projets de loi sur les retraites ouvrières.

Enfin, il faut remarquer que par les syndicats on retourne au régime corporatif et que le syndicat pourrait bien devenir obligatoire (Cfr. Paul Boncour, *Le fédéralisme économique*, Paris, 1901).

Source : BIU Cujas

restreindre des libertés particulières dans l'intérêt supérieur de la liberté, d'autant mieux que, comme la liberté du patron et celle de l'ouvrier, les libertés particulières sont souvent en conflit.

B. *Action exercée par l'homme sur ses semblables. Distinction du cercle privé et du public.* — Un homme peut exercer une action sur d'autres hommes, et cela de diverses façons : par le simple ascendant moral, dans les relations de famille ou dans des réunions; par la célébration du culte en commun; par la manifestation de la pensée parlée ou écrite; par l'enseignement. Cette action est d'importance capitale et doit être surveillée par l'État, car c'est l'impulsion donnée à la masse hésitante par quelques volontés plus énergiques qui déterminent les mouvements sociaux.

Il y a lieu cependant de faire une distinction entre l'action exercée dans le cercle privé et celle exercée sur le public. L'État n'est pas intéressé à surveiller la première, parce qu'elle n'est pas de nature à provoquer de mouvements sociaux révolutionnaires; il est, au contraire, intéressé à surveiller la seconde. Nous savons déjà que le cercle privé est celui des intimes, le cercle public celui des non intimes (1).

Dans le cercle privé il y a, en principe, liberté. Il faut mettre à part d'abord l'action exercée dans le cercle de la famille, en vertu de cette autorité considérée comme naturelle dans notre état social qui appartient aux parents sur leurs enfants, au mari sur sa femme. A l'autorité du père se rattachent ce que l'on appelle *les droits du père de famille*, droits d'éducation et de correction réglementés au Code civil, au titre de la puissance paternelle, et dont une loi récente (L. 14 juill. 1889) prive certains indignes. Il faut encore citer le droit d'être tuteur et celui d'être membre d'un conseil de famille.

De plus, soit dans le cercle de la famille, soit dans le cercle privé des intimes, il faut reconnaître : 1° que la célébration de tous les cultes est libre, sauf la question de consécration du local (V. *lieux de culte*); 2° que l'enseignement est libre, qu'il soit donné par un précepteur dans la famille, ou, au contraire, par un homme qui prend chez lui quelques enfants. Cependant, d'après la loi du 15 mars 1850, art. 66, les ministres des cultes ne peuvent donner l'instruction qu'à quatre jeunes gens

(1) La loi et la jurisprudence ont sur ce point une théorie un peu flottante, mais qui cependant peut se ramener à la distinction faite au texte : la loi sur la presse du 29 juillet 1881, dans les art. 23, 24, 28, etc., établit les délits de publication sur le fait que les paroles, écrits, dessins incriminés ont été produits *en public*, ou dans des *lieux publics*, ce qui s'oppose bien à l'*intimité*; les lois sur le droit de réunion (Décret-loi du 25 mars 1852; L. 30 juin 1881) n'ont jamais régi que la réunion *publique*, il a toujours été entendu que la réunion privée était entièrement libre et la jurisprudence a défini la réunion privée, *celle qui est tenue dans une maison particulière sur invitation ou convocation personnelle* (Cfr. Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7e édit., 3e vol., p. 519), c'est-à-dire pour laquelle il y a présomption d'intimité.

Source : BIU Cujas

au plus destinés aux écoles ecclésiastiques, et à la condition d'en faire la déclaration au recteur; 3° que la manifestation de la pensée par la parole, par l'imprimé, par la gravure, par le chant, etc., est également libre à condition de ne pas constituer une injure au sens de l'article 276 du Code pénal; 4° que la réunion privée est libre, à condition qu'il y ait eu invitation personnelle.

I. *Liberté de l'exercice public des cultes* (V. *infrà*. Chap. du Droit public ecclésiastique).

II. *Liberté d'enseignement* (1). — Cette liberté ne figure pas dans les déclarations des droits; les hommes de la Révolution ont eu d'abord la pensée, réalisée par la création de l'Université impériale, de faire de l'enseignement un monopole pour l'État (2). Cependant la constitution de fructidor an III introduisait la liberté d'enseignement dans son article 300 : « les citoyens ont le droit de former des établissements particuliers d'éducation et d'instruction, ainsi que des sociétés libres pour concourir aux progrès des sciences, des lettres et des arts ». Mais cette liberté était bientôt après confisquée au profit de l'Université de France (D. 17 sept. 1808, art. 2). La charte de 1830 promit à nouveau la liberté d'enseignement (art. 69, n° 8); à partir de ce moment, en effet, cette liberté fut graduellement accordée : à l'enseignement primaire par la loi du 28 juin 1833; à l'enseignement secondaire par la loi du 15 mars 1850; à l'enseignement supérieur par la loi du 12 juillet 1875. Aujourd'hui donc, il y a liberté d'enseigner dans ces trois branches qui embrassent tout l'enseignement, c'est-à-dire droit sans autorisation administrative, pourvu que l'on remplisse certaines conditions (3). Mais pour se

(1) Grimaud, *Histoire de la liberté d'enseignement en France*, Paris, 1898.

(2) C. 3-14 sept. 1791, tit. I. « Il sera créé et organisé une instruction publique commune à tous les citoyens, etc. ». C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 22.

(3) a) *Enseignement primaire* (L. 30 oct. 1886). — 1° Le droit de tenir une école primaire appartient à tout Français âgé de vingt et un ans accomplis s'il est muni d'un brevet de capacité (art. 4 et 7, L. 30 oct. 1886), pourvu qu'il ne soit dans aucun des cas d'incapacité prévus par l'art. 5, auxquels il faut ajouter celui de membre non sécularisé d'une congrégation non autorisée (L. 1er juill. 1901, art. 14). L'art. 25, § 2 de la loi du 15 mars 1850, admettait des équivalents du brevet de capacité, mais ces équivalences ont été abrogées par la loi du 16 juin 1881, art. 1er, qui exige le brevet de capacité pour les instituteurs ou les institutrices et pour les adjoints ou adjointes chargés d'une classe. On peut enseigner dans une école à partir de dix-huit ans pour les instituteurs, et de dix-sept pour les institutrices (art. 7, L. 30 oct. 1886).

2° Quiconque veut ouvrir une école primaire, doit en faire la déclaration au maire de la commune où il a l'intention de s'établir, lui indiquer le local où il veut l'ouvrir et donner des renseignements sur sa personne. Le maire peut faire opposition dans les huit jours au sujet du local. Même déclaration au préfet, au ministère public, et à l'inspecteur d'académie. Celui-ci a le droit de former, soit d'office, soit sur la dénonciation du ministère public, opposition à l'ouverture de l'école dans l'intérêt des mœurs publiques ou de l'hygiène. Cette opposition, qui doit être formée dans le mois qui suit la déclaration, est jugée par le conseil départemental, sauf appel reçu par l'inspecteur d'aca-

Source : BIU Cujas

rendre un compte exact de la situation de l'enseignement libre il ne faut pas oublier les observations suivantes : 1) A côté de l'enseignement

démie et jugé par le conseil supérieur de l'instruction publique. A défaut d'opposition, l'école peut être ouverte à l'expiration du mois, sans autre formalite (D. 18 févr. 1887, modifié par D. 10 déc. 1901).

3° Tout instituteur privé pourra, sur la plainte de l'inspecteur d'académie, être traduit pour cause de faute grave dans l'exercice de ses fonctions, d'inconduite ou d'immoralité, devant le conseil départemental ; il peut y être censuré ou interdit de l'exercice de sa profession, soit dans la commune, soit dans le département ; il peut même être frappé d'interdiction absolue ; dans le cas d'interdiction il peut faire appel devant le conseil supérieur de l'instruction publique, l'appel n'est pas suspensif (art. 41, L. 1886). Pour la composition du conseil départemental, voyez art. 44. Dans les cas prévus par l'article 40, l'école sera fermée et il appartient au tribunal correctionnel de prononcer la fermeture (Cass., 30 mars 1901, *Martin*).

4° Les instituteurs primaires libres sont maîtres de leur enseignement, de leur méthode, des ouvrages qu'ils emploient, à l'exception de ceux qui seraient interdits par le conseil supérieur de l'instruction publique (art. 5, L. 27 févr. 1880).

5° Ils sont soumis à une inspection qui porte sur la moralité, l'hygiène, la salubrité, et qui ne peut porter sur l'enseignement que pour vérifier s'il n'est pas contraire à la morale, à la constitution et aux lois. Pour le personnel d'inspection, voir art. 9, L. 30 octobre 1886. Pour les pensionnats primaires, les écoles maternelles, classes enfantines, cours d'adultes, voir également la loi.

b) *Enseignement secondaire* (L. 15 mars 1850). — 1° L'art. 60 détermine les conditions auxquelles on peut ouvrir une institution. Il faut :

Etre Français, âgé de vingt-cinq ans, ne pas appartenir à une congrégation non autorisée à titre de membre non sécularisé (art. 14, L. 1er juill. 1901), faire une déclaration au recteur de la circonscription et déposer les pièces suivantes : un certificat de stage constatant qu'on a rempli pendant cinq ans au moins les fonctions de professeur ou de surveillant dans un établissement d'enseignement secondaire public ou libre ; le diplôme de bachelier ou un brevet de capacité délivré par un jury d'examen composé conformément à l'art. 62 ; le plan du local et l'indication de l'objet de l'enseignement.

Ces déclarations doivent être communiquées par le recteur au préfet et au ministère public. Toutes ces conditions sont de rigueur ; le ministre peut cependant dispenser de cinq années de stage sur la proposition du conseil académique et l'avis conforme du conseil supérieur de l'instruction publique.

Dans le mois qui suit la déclaration, le préfet et le ministère public ont le droit de former opposition devant le conseil académique ; celui-ci prononce sur la mainlevée, sauf appel devant le conseil supérieur. Faute d'opposition, l'institution peut être ouverte immédiatement après l'expiration du délai, sans autre formalité.

2° L'enseignement secondaire libre est soumis à l'inspection, suivant règlements délibérés au conseil supérieur (art. 21, L. 15 mars 1850).

Cette inspection porte sur la moralité, l'hygiène et la salubrité ; elle ne peut porter sur l'enseignement que pour vérifier s'il n'est pas contraire à la morale, à la constitution et aux lois.

Observation. — Cette législation s'applique à l'enseignement secondaire spécial aussi bien qu'à l'enseignement classique. L'enseignement secondaire libre des jeunes filles ne se distingue pas de l'enseignement primaire. L'État a organisé des lycées, mais n'a pas encore réglementé les pensionnats libres comme établissements secondaires.

c) *Enseignement supérieur* (L. 12 juill. 1875 ; L. 18 mars 1880). — Tout Français âgé de vingt-cinq ans accomplis et les associations formées en vue de l'enseignement, peuvent ouvrir des cours ou fonder des établissements, à condition d'en faire la déclaration préalable, sauf incapacité (voir art. 8. — *Adde*, L. 1er juill. 1901, art. 14, pour les

Source : BIU Cujas

libre, il existe un enseignement d'État fortement organisé; 2) l'État s'est complètement réservé la collation des grades, et par là en fait impose en partie ses programmes à l'enseignement libre.

III. *La liberté de la presse* (L. 29 juill. 1881) (1). — Il s'agit ici au fond de la liberté de la manifestation publique de la pensée, sous toutes ses formes. On peut en distinguer trois : 1° la manifestation par la parole, le discours, le cri, le chant; 2° la manifestation par l'écrit ou l'imprimé, le livre ou le journal, presse non périodique et presse périodique; 3° la manifestation par le théâtre.

La manifestation par le théâtre n'est pas libre; l'ouverture d'un théâtre est libre, mais la représentation d'une pièce est soumise à la censure c'est-à-dire à l'autorisation préalable, le texte fondamental est le décret du 6 janvier 1864.

Mais toutes les autres manifestations publiques de la pensée sont libres. Ce sont là des libertés précieuses, surtout celle de la presse périodique.

La liberté de la presse périodique est le complément indispensable de l'organisation de l'État fondée sur le suffrage; elle est un autre mode de l'élaboration de l'opinion publique et de la volonté nationale qui sert de

membres non sécularisés des congrégations religieuses non autorisées) : 1° pour un cours isolé, la déclaration est faite au recteur ou à l'inspecteur d'académie; elle doit précéder de dix jours l'ouverture du cours. 2° Quant aux établissements d'enseignement supérieur, la loi veut que la déclaration soit faite par trois administrateurs au moins. Si l'établissement compte des professeurs ayant le titre de docteur en nombre égal à celui de la Faculté de l'État qui en a le moins, il peut prendre le titre de Faculté. Lorsque l'établissement avait trois Facultés au moins, la loi du 12 juillet 1875 lui donnait le droit de prendre le nom d'Université. La loi du 18 mars 1880 a retiré cette concession. La loi de 1875 avait concédé aussi aux Facultés libres le droit de concourir à la collation des grades; un certain nombre de ces Facultés entraient dans la composition de jurys mixtes. Ces jurys ont été supprimés (L. 18 mars 1880). 3° Les établissements doivent présenter certaines conditions d'administration garantissant le sérieux des études : amphithéâtres, laboratoires, cliniques d'hôpitaux, etc. (art. 6, L. 1875). 4° Inspection des délégués du ministre de l'Instruction publique; la surveillance ne peut porter sur l'enseignement que pour vérifier s'il n'est pas contraire à la morale, à la constitution et aux lois. 5° Aucun établissement libre d'enseignement supérieur ne peut être reconnu d'utilité publique qu'en vertu d'une loi (L. 18 mars 1880, art. 7).

(1) La loi du 29 juill. 1881, a déjà été modifiée partiellement par des lois très nombreuses dont voici l'énumération : L. 2 août 1882, outrage aux bonnes mœurs; L. 11 juin 1887, diffamation par correspondance; L. 19 mars 1889, annonces sur la voie publique; L. 3 févr. 1893, art. 419 et 420, C. pén., campagnes contre les caisses d'épargne; L. 16 mars 1893, outrages aux souverains étrangers; L. 12 déc. 1893 (art. 24, 25 et 49, L. 29 juill. 1881), provocation aux crimes anarchistes, apologie; L. 29 juill. 1894, déférant à la poursuite correctionnelle ces faits; L. 22 juill. 1895, journaux en langues étrangères; L. 3 avr. 1896, rendant applicable l'art. 368 du Code d'instruction criminelle, en matière de diffamation et d'injure devant la Cour d'assises; L. 16 mars 1898 modifiant celle du 2 août 1882; L. 27 janv. 1902 sur l'affichage. — *Bibliographie :* G. Barbier, *Code expliqué de la presse;* Fabreguettes, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, 2e édit., 1901, 2 vol.

Source : BIU Cujas

correctif au premier. Le suffrage traduit la volonté du pays, mais comme il est très organisé, souvent il la fausse; l'intervention des comités électoraux, la pression administrative, les considérations de personnes dans le choix des candidats, le défaut de caractère des élus sont autant de causes de déviation. La presse, si elle est libre, traduit plus exactement la volonté nationale; d'une part, par des informations complètes, elle lui donne les moyens de se former, ensuite elle la recueille et la formule. Pour qui sait la consulter, la liste des journaux, avec leurs diverses nuances d'opinions épousées par un nombre plus ou moins grand de lecteurs, constitue une carte de géographie politique autrement sincère et significative que les groupes et les sous-groupes du Parlement. Mais la presse n'est fidèle à sa mission que si elle est libre.

Toutefois la liberté de la presse ne saurait être absolue, pas plus que les autres, elle se heurte à un certain nombre de nécessités sociales avec lesquelles il faut bien composer. Les questions les plus célèbres, celles qui ont été les plus difficiles à régler, sont celles de la diffamation, de l'outrage à la morale et du délit d'opinion.

Dans la question de la diffamation, le besoin qu'a la presse de pouvoir dire toute la vérité sur la conduite particulière des hommes, se heurte au besoin qu'a la société de jeter au contraire un voile sur beaucoup de situations douteuses, de passer l'éponge sur beaucoup de fautes; elle se heurte à l'indulgence et même, si l'on veut, à l'hypocrisie nécessaires à la vie sociale. Les lois de Serres en 1819 avaient déjà posé les principes en cette matière; elle est réglée dans la loi du 29 juillet 1881, art. 29 à 35, par une distinction entre la diffamation contre les particuliers et la diffamation contre tout personnage ayant joué un rôle public, attaqué à raison d'un fait relatif à ses fonctions; dans le premier cas, la diffamation est punie sans que le journal puisse même faire la preuve du fait allégué et l'affaire est de la compétence du tribunal correctionnel; dans le second, le journal est admis à faire la preuve du fait allégué et il peut en résulter sa justification, de plus l'affaire est de la compétence de la Cour d'assises.

Dans la question de l'outrage aux bonnes mœurs, le conflit s'élève entre le besoin qu'a non plus seulement le journaliste, mais le littérateur, d'une sincérité absolue dans l'œuvre d'art, et le besoin qu'a la société que la décence publique soit respectée; la question est réglée ici par le vague dans lequel la loi laisse le délit d'outrage aux bonnes mœurs; elle s'en remet au bon sens des juges et surtout à l'opinion publique (art. 28, L. 29 juill. 1881; L. 2 août 1882; L. 16 mars 1898).

Enfin dans la question du délit d'opinion, le conflit existe entre l'indépendance même de la pensée et les nécessités de la défense sociale contre la propagation de certaines idées subversives. Nous verrons plus loin comment ce conflit a été réglé (p. 84).

La liberté de la presse, pour être sérieusement garantie, a besoin de

Source : BIU Cujas

certaines sûretés accessoires. Il faut que l'imprimerie, la librairie, l'affichage et le colportage soient libres, sans quoi la pensée de l'écrivain ne parvient point à se matérialiser et à se propager; il faut que des impôts trop lourds ne pèsent point sur le papier ou sur le journal; il faut que le journal ne puisse pas être supprimé administrativement et qu'il devienne ainsi une propriété. Il faut, l'expérience l'a démontré, que les délits de presse soient autant que possible soumis au jury qui juge au nom de l'opinion publique, et non aux tribunaux correctionnels qui jugent au nom de l'organisation sociale; il faut enfin que l'écrivain puisse s'abriter derrière un gérant, publicateur responsable, et chargé de purger les condamnations. La réglementation de la liberté de la presse est donc chose assez compliquée. Sur la plupart des points la loi du 29 juillet 1881, avant d'être modifiée par les lois sur les menées anarchistes, établissait des solutions satisfaisantes (1).

(1) *Histoire de la liberté de la presse.* — Nombreuses sont les lois qui se sont succédées en ce siècle, sur la presse. Les dimensions restreintes de cet ouvrage ne nous permettent point d'en faire l'histoire complète qui devait toucher à toutes les questions que nous venons de signaler. Nous nous bornerons : 1° à signaler l'alternance des régimes de liberté et des régimes restrictifs; 2° à indiquer les éléments du régime de servitude le plus complet qui ait existé, celui du décret du 17 février 1852.

La Déclaration des droits de l'homme s'exprime ainsi : « la Libre communication des « pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen « peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté « dans les cas déterminés par la loi » (C. 3-14 sept. 1791 : Déclaration, art. 11. Cfr. C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 7; C. 5 fruct. an III, art. 353). Mais en fait, comme il n'avait pas été voté de loi organique, la liberté put être suspendue pendant la Terreur et sous le Directoire. La Constitution de l'an VIII est muette sur la liberté de la presse, les décrets du 5 février 1810 et du 9 avril 1811 asservissent l'imprimerie, la librairie et les journaux. — Au début de la Restauration, les lois de Serres des 17-26 mai et 9 juin 1819 établissent un régime libéral, mais la loi du 26 juillet 1821, celles des 17 et 25 mars 1822 reviennent à la réaction; nouvelles tentatives libérales dans la loi Martignac du 18 juillet 1828, réaction dans l'ordonnance du 25 juillet 1830. La charte de 1830 restaure une quatrième fois la liberté, mais la loi du 9 septembre 1835, à la suite de l'attentat de Fieschi, la supprime après cinq ans. En 1848, dans la même année, à quelques mois d'intervalle, elle est rétablie et détruite. Elle ne reparaît plus, après la période draconienne du décret du 17 février 1852, qu'à la fin du second Empire par la loi du 11 mai 1868. Encore n'est-ce qu'une restauration partielle, et il faut arriver pour la voir complète, après plusieurs lois successives, à celle du 29 juillet 1881. En somme, jusqu'à cette date, en 90 ans, treize ou quatorze années de liberté.

Les régimes de servitude ont varié pour la presse, mais prenons celui qui a été le plus complet, celui du décret du 17 février 1852, en voici les éléments : 1° les professions d'imprimeur et de libraire ne sont pas libres, il faut autorisation du Gouvernement, cela remontait au décret du 5 février 1810; 2° un impôt très lourd, le timbre de dimension, frappe le journal, cela remontait à la loi du 9 vendémiaire an VI; 3° une autorisation est nécessaire pour fonder le journal; 4° il faut fournir un fort cautionnement; 5° les délits de presse sont justiciables de la police correctionnelle et les auteurs sont tenus de signer les articles; 6° le Gouvernement peut en certains cas suspendre le journal par voie administrative; 7° il peut le supprimer par décret. Et encore ce régime ne comprenait-il pas la censure préalable des articles qui avait existé sous le premier Em-

Source : BIU Cujas

Commentaire de la loi du 29 juillet 1881. — La loi a deux objets distincts : 1° la réglementation de la presse au point de vue de l'imprimerie, de la librairie, de l'affichage, du colportage, de la gérance des journaux, etc... ; 2° les délits qui peuvent être commis non seulement par la presse, mais par toute espèce de manifestation publique de la pensée.

a) *Réglementation de la presse.* — Il y a des dispositions communes à la presse périodique et à la presse non périodique (1), d'autres qui sont spéciales à la presse périodique (2).

pire. Quant à la publication du livre, elle n'a jamais été depuis la Révolution astreinte à la censure préalable, sauf pour les livres ecclésiastiques pour lesquels existe encore la censure de l'évêque (A. 7 germ. an XIII).

(1) *Règles communes aux deux presses.* — Ces règles sont relatives à la librairie, à l'imprimerie, à l'affichage et au colportage.

α) *De la librairie.* — La librairie est entièrement libre (art. 1er).

β) *De l'imprimerie.* L'imprimerie est également libre (art. 1er), mais au moment de la *publication* de tout imprimé, deux obligations s'imposent à l'imprimeur :

— L'imprimé doit porter l'*indication du nom et du domicile de l'imprimeur ;*

— Deux exemplaires de l'imprimé doivent être *déposés* entre les mains de l'autorité administrative ; ces exemplaires sont destinés aux collections nationales. Ces deux obligations sont sanctionnées par des amendes. Certains imprimés peu importants sont dispensés de ces formalités, ce sont les ouvrages dits de ville ou bilboquets (art. 2 et 3).

γ) *De l'affichage.* L'affichage est libre, sauf répression dans le cas où l'affiche est délictueuse (art. 15 et 16). Un cas intéressant de délit se présente lorsqu'il est contrevenu à la loi sur les candidatures multiples ; il est interdit sous peine d'une amende de 1.000 à 5.000 francs, de signer ou d'apposer des affiches, d'envoyer ou de distribuer des bulletins, circulaires ou professions de foi, dans l'intérêt d'un candidat à la députation qui n'a pas fait de déclaration de candidature (L. 17 juill. 1889, art. 4 et 6). Non seulement l'affichage est libre, mais les affiches sont protégées par des dispositions pénales, au moins les affiches officielles et les affiches électorales ; la destruction de ces affiches est un délit (art. 17). V. L. 27 janv. 1902 pour l'affichage sur les édifices artistiques et loi du 30 mars 1902, art. 44, interdisant les affiches électorales tricolores.

δ) *Du colportage et de la vente sur la voie publique.* — Le colportage est libre ; toutefois il faut distinguer entre le colportage de profession et le colportage accidentel. Le colportage de *profession* exige une déclaration faite à l'autorité administrative, sous peine de constituer une contravention (art. 18-22). La distribution et le colportage *accidentels* ne sont assujettis à aucune déclaration (art. 20). La loi du 19 mars 1889 relative aux annonces sur la voie publique, impose aux colporteurs l'obligation de ne crier que le titre des publications, le prix, l'indication de l'opinion et le nom d'auteur.

(2) *Règles spéciales à la presse périodique.* — Il y a des obligations qui incombent au périodique au moment de sa fondation, d'autres au moment de la publication de chaque numéro :

α) *Fondation du périodique.* — Le périodique, à raison de ce fait qu'il a une existence en soi caractérisée par un certain nom, un certain format, une certaine opinion, une certaine clientèle, est comme une sorte d'être moral doué de la parole ; la personnalité des rédacteurs disparaît derrière la sienne, surtout maintenant qu'ils ne sont plus tenus de signer les articles. Cela entraîne logiquement les conséquences suivantes :

— La naissance du périodique doit être officiellement constatée, par conséquent, *avant la publication* de tout journal ou écrit périodique, il sera fait au parquet, une *déclaration* contenant : le titre du journal ou écrit périodique et son mode de publication ; le nom

Source : BIU Cujas

b) *Délits de presse ou délits commis par toute espèce de manifestation publique de la pensée.* — Cette matière est du ressort des études de droit criminel, nous y renvoyons. Il est bon de faire observer toutefois :

1° Que la publicité est un élément essentiel des délits de presse. C'est la publicité qui fait le délit, et lorsqu'il y a lieu de distinguer un auteur principal et des complices, c'est le publicateur qui est l'auteur principal; dans la presse périodique, le publicateur est le gérant. La théorie de la publicité, d'après la loi sur la presse, est donc d'importance majeure; elle se trouve dans les articles 23, 28 (V. p. 60);

2° Qu'il y a des délits de presse caractérisés, tels que l'outrage, la diffamation, les délits contre le chef de l'État, contre les chefs d'États étrangers et les agents diplomatiques étrangers (art. 36, 37, 60 modifiés par la loi du 16 mars 1893), l'outrage aux bonnes mœurs, etc., mais qu'il n'y a pas de délit général d'opinion, c'est-à-dire qu'un journal ne peut pas être poursuivi à raison des opinions émises dans un article, quelque subversives qu'elles soient. En théorie pure le délit d'opinion existe, car il y a une distinction du bien et du mal, il y a donc culpabilité morale à émettre certaines opinions, il existe une mauvaise presse; mais en droit positif la suppression du délit d'opinion se défend par cette considération pratique qu'il n'y a point moyen de l'admettre sans tuer la liberté, à raison de l'impossibilité où l'on est de le préciser, il faut se résigner à attendre de la presse elle-même une certaine moralité et un certain sentiment du devoir.

et la demeure du gérant; l'indication de l'imprimerie où il doit être imprimé. Toute mutation dans les conditions ci-dessus énumérées sera déclarée dans les cinq jours qui suivront (art. 7 et 8). Les déclarations seront faites par écrit, sur papier timbré et signées du gérant. Il en sera donné récépissé (art. 8).

— Le périodique doit avoir un représentant légal qui puisse être considéré en cas de délit comme le publicateur responsable. Par conséquent, tout périodique aura un *gérant*. Le gérant doit être Français, majeur, avoir la jouissance de ses droits civils et n'être privé de ses droits civiques par aucune condamnation judiciaire (art. 6). D'après ces dispositions rien n'empêche une femme d'être gérante. L'article 9 contient la sanction des dispositions relatives à la gérance et à la déclaration.

β) *Publication de chaque numéro.* — Chaque numéro du périodique est un imprimé; par conséquent, il est d'abord soumis aux obligations de l'imprimé, c'est-à-dire au dépôt administratif de deux exemplaires et à l'impression du nom de l'imprimeur au bas de chaque exemplaire.

Mais en outre, à titre de périodique, chaque numéro au moment de sa publication est astreint : 1° à un second dépôt de deux exemplaires destinés au parquet; 2° à l'impression du nom du gérant au bas de chaque exemplaire.

Tous les exemplaires déposés doivent être signés du gérant; des amendes soit pour le gérant, soit pour l'imprimeur sanctionnent ces diverses obligations (art. 10).

— Pour le droit de *rectification* qui appartient aux particuliers et aux dépositaires de l'autorité publique, lorsque leur conduite a été inexactement appréciée dans un journal, V. art. 12 et 13.

— Pour la circulation des *périodiques étrangers* qui est libre en principe, sauf droit pour le Gouvernement de l'interdire par mesures spéciales, V. art. 14.

Source : BIU Cujas

Mais il a été apporté des exceptions nombreuses au principe que le délit d'opinion n'existe pas(1).

(1) α) Lorsqu'un article de journal et aussi un discours, un placard, etc., contient une provocation *directe* à commettre une action qualifiée *crime* ou *délit*, et que *la provocation a été suivie d'effet*, le publicateur de l'article est poursuivi comme complice du crime ou délit (art. 23); β) ceux qui, par les moyens énoncés, auront *directement* provoqué à commettre les crimes de *meurtre*, de *pillage* et d'*incendie*, auxquels il faut ajouter le vol et les crimes prévus par l'art. 435 du Code pénal, remanié, c'est-à-dire les attentats à la dynamite (L. 12 déc. 1893), ou l'un des crimes *contre la sûreté de l'État* prévus par les art. 75 et suiv., jusques et y compris l'art. 101 du Code pénal, seront punis, *dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet*, de un an à cinq ans d'emprisonnement, et de 100 à 1.000 francs d'amende ; γ) seront punis de la même peine ceux qui auront fait l'*apologie* des crimes de meurtre, pillage ou incendie ou du délit de vol, ou de l'un des crimes prévus par l'art. 435 du Code pénal, délit élastique (L. 12 déc. 1893); δ) tous *cris* ou *chants séditieux* proférés dans des lieux ou réunions publics seront punis d'un emprisonnement de six jours à un mois et d'une amende de 16 à 500 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement (art. 24); ε) toute provocation par l'un des moyens énoncés en l'art. 23, adressée à des *militaires des armées de terre et de mer*, dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs dans tout ce qu'ils commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires, sera punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans, et d'une amende de 100 à 3.000 francs (L. 12 déc. 1893).

Si le prévenu est domicilié en France, il ne pourra être préventivement arrêté, sauf dans les cas prévus aux art. 23, 24, § 1 et 3, et 25 ci-dessus (art. 49 modifié par la loi du 12 déc. 1893). Il y a interdiction facultative de la reproduction des débats pour tout fait incriminé ayant un caractère anarchiste (L. 29 juill. 1894, art. 5). La peine accessoire de la relégation peut être prononcée contre le journaliste condamné à plus d'une année d'emprisonnement et ayant encouru dans une période de moins de dix ans une condamnation de plus de trois mois d'emprisonnement pour délit anarchiste (L. 29 juill. 1894, art. 3). Les individus condamnés pour délit anarchiste seront soumis à l'emprisonnement cellulaire, sans qu'il puisse en résulter diminution de la peine (art. 4, *eod.*).

Les crimes et délits prévus par la présente loi sont déférés à la Cour d'assises. Sont exceptés et déférés aux tribunaux de police correctionnelle, les délits et infractions prévus par les art. 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 17, § 2 et 4, 28, § 2, 32, 33, § 2, 36, 37, 38, 39 et 40 (art. 45 modifié par la loi du 16 mars 1893), et les infractions prévues par les art. 24, § 1 et 3, et 25 modifiés par la loi du 12 déc. 1893, lorsque ces infractions ont pour but un acte de propagande anarchiste (L. 29 juill. 1894, art. 1er); 36 et 37, offenses contre les chefs d'État et agent diplomatiques étrangers, addition faite par la loi du 16 mars 1893.

« Immédiatement après le réquisitoire, le juge d'instruction pourra, mais seulement en cas d'omission du dépôt prescrit par les art. 3 et 10, ci-dessus, ordonner la saisie de quatre exemplaires de l'écrit du journal ou du dessin incriminé » (ancien art. 49).

Toutefois, dans les cas prévus aux art. 24, § 1 et 2, et 25 de la présente loi, la saisie des écrits ou imprimés, des placards ou affiches, aura lieu conformément aux règles édictées par le Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire *immédiatement* et en *totalité* (art. 35 et s., C. instr. crim.). S'il y a condamnation, l'arrêt pourra prononcer la confiscation des écrits ou imprimés, placards ou affiches saisis et *dans tous les cas*, ordonner la saisie et la suppression, ou la destruction de tous les exemplaires qui seraient mis en vente, distribués ou exposés.

Toutefois, la suppression ou la destruction pourra ne s'appliquer qu'à certaines parties des exemplaires saisis (modification apportée par la loi du 12 déc. 1893).

Il faut avouer que les modifications apportées à la loi depuis 1881, sous l'impression

Source : BIU Cujas

IV. *La liberté de réunion* (1). — La réunion se compose *d'hommes qui se groupent momentanément dans le seul but d'être ensemble.* Elle diffère du spectacle où le groupement du public est motivé par le désir de voir quelque chose; elle diffère aussi de l'association, qui suppose des hommes groupés d'une façon *permanente* pour *agir* en commun (2).

La réunion privée, où ne sont admises que les personnes munies d'une invitation personnelle et nominative, est et a toujours été libre (3); il n'y a à se préoccuper que de la réunion *publique* (4).

Commentaire de la loi du 30 *juin* 1881. — Les réunions publiques

de crainte produite par les menées anarchistes, ne sont pas heureuses. La restauration du délit d'apologie, l'une des plus dangereuses formes du délit d'opinion, l'arrestation préventive de l'écrivain, l'interdiction de la publicité des débats, la relégation après la seconde condamnation, la prison cellulaire en attendant, tout cela s'appelle de la réaction. Ces mesures ont été présentées comme exceptionnelles, il convient d'espérer qu'elles seront temporaires. Sous les législations antérieures, les exceptions avaient encore bien plus gravement compromis le principe; les lois de 1819 avaient créé les délits d'attaque contre la Constitution, d'outrage à la morale publique et religieuse; le décret du 11 août 1848 y avait ajouté l'attaque contre l'Assemblée nationale, contre les institutions républicaines, contre le suffrage universel, contre la liberté des cultes, contre la propriété et la famille, l'excitation à la haine et au mépris du Gouvernement; la loi du 27 juillet 1849 trouva encore le moyen d'y ajouter les attaques contre le Président de la République, contre le respect dû aux lois et l'apologie des faits qualifiés crimes ou délits.

(1) *Bibliographie :* Ch. Constant, *Code des réunions publiques, des réunions électorales et des réunions privées.*

(2) Le plus souvent, l'objet de la réunion est d'écouter une parole; mais il peut être aussi de participer à une fête.

(3) Du moment qu'il y a invitation personnelle, l'annonce de la réunion par la voie de la presse n'enlève pas à celle-ci son caractère privé (Cass., 19 mars 1898, *Molinier de Fombelle*).

(4) *Histoire.* — Il y a à l'heure actuelle, depuis la loi du 30 juin 1881, liberté des réunions publiques, mais l'histoire de l'établissement de cette liberté est aussi mouvementée que celle de la liberté de la presse. La liberté fut proclamée par la Constitution des 3-14 septembre 1791, titre I : « La Constitution garantit aux citoyens la liberté de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police ». — S'assembler « sans armes », nous sommes loin des champs de mars ou de mai ou même des assemblées féodales, on voit que le régime civil a définitivement pris la place du régime militaire — en fait la liberté fut illimitée pendant la Révolution, mais dans la Constitution du 5 fructidor an III, apparaît un texte louche, l'art. 90 : « Les citoyens ne peuvent exercer leurs droits politiques *que dans les assemblées primaires.* » En effet, à partir de ce moment-là jusqu'en 1848, bien qu'il y eût liberté théorique en ce sens qu'il n'y avait pas nécessité légale de demander l'autorisation, le Gouvernement estima pouvoir interdire les réunions en vertu de ses pouvoirs généraux de police et il ne s'en fit point faute. Le décret du 28 juillet 1848 rétablit la liberté. Mais, presque aussitôt, à cause de l'agitation provoquée par les clubs, il fallut la suspendre (L. 19 juin 1849). Survint le coup d'État, le décret-loi du 25 mars 1852, art. 2, supprima la distinction faite jusque-là entre les réunions et les associations, et étendit les art. 291-292 du Code pénal à toutes les réunions publiques, quelles qu'elles fussent, de telle sorte qu'au-dessus de vingt personnes il fallait demander l'autorisation. La loi du 6 juin 1868 commença cependant à se départir de cette rigueur, au moins pour les réunions qui n'avaient point pour but de traiter des matières politiques ou religieuses.

Source : BIU Cujas

sont libres en ce sens qu'elles peuvent avoir lieu sans autorisation préalable (art. 1er), mais l'autorité administrative doit être avertie par une déclaration préalable; et, d'autre part, il y a certaines règles à observer pour la tenue de la réunion (1).

Des réunions électorales. — Les réunions électorales ne sont pas des réunions publiques ordinaires : 1° le public n'y est pas admis, mais seulement les électeurs de la circonscription, les candidats et les mandataires de chacun des candidats; 2° elles ont un but spécial, le choix de candidats à des mandats électifs (art. 5); 3° elles ne peuvent être tenues que pendant la période électorale, c'est-à-dire dans la période comprise entre le décret ou l'arrêté portant convocation du collège électoral, et le jour du scrutin exclusivement. Par exception, pour les élections au Sénat, elles peuvent être tenues le jour même du scrutin (art. 3) (2).

(1) *Déclaration préalable.* — Toute réunion publique sera précédée d'une déclaration indiquant le lieu, le jour, l'heure de la réunion. Cette déclaration sera signée par deux personnes au moins, dont l'une domiciliée dans la commune où la réunion doit avoir lieu. Les déclarants devront jouir de leurs droits civils et politiques, et la déclaration indiquera leurs noms, qualités et domiciles. Les déclarations sont faites : à Paris, au préfet de police, dans les chefs-lieux de département, au préfet; dans les chefs-lieux d'arrondissement, au sous-préfet, et dans les autres communes, au maire. Il sera donné immédiatement récépissé de la déclaration. Dans le cas où le déclarant n'aurait pu obtenir de récépissé, l'empêchement ou le refus pourra être constaté par un acte extra-judiciaire ou par attestation signée de deux citoyens domiciliés dans la commune. Le récépissé, ou l'acte qui en tiendra lieu, constatera l'heure de la déclaration. La réunion ne peut avoir lieu qu'après un délai d'au moins vingt-quatre heures (art. 2).

La déclaration fera connaître si la réunion a pour but une conférence, une discussion politique, ou si elle doit constituer une réunion électorale (art. 4).

Tenue des réunions publiques. — Les art. 6, 8 et 9 posent les règles suivantes :

1° Les réunions ne peuvent être tenues sur la voie publique;

2° Elles ne peuvent se prolonger au delà de onze heures du soir; cependant, dans les localités où la fermeture des établissements ouverts au public a lieu plus tard, elles pourront se prolonger jusqu'à l'heure fixée pour la fermeture de ces établissements. Il faut entendre ici par établissements publics, les établissements ouverts au public, tels que théâtres, cafés, débits de boisson, etc.;

3° Chaque réunion doit avoir un bureau composé de trois personnes au moins (on y adjoint d'ordinaire un secrétaire). Le bureau est chargé de maintenir l'ordre, d'empêcher toute infraction aux lois, de conserver à la réunion le caractère qui lui a été donné par la déclaration, d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou contenant provocation à un acte qualifié crime ou délit. A défaut de désignation par les signataires de la déclaration, les membres du bureau seront élus par l'assemblée; les membres du bureau et, jusqu'à sa formation, les signataires de la déclaration, sont responsables des infractions aux articles 6, 7, 8 de la présente loi (art. 8);

4° Un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire peut être délégué : à Paris, par le préfet de police, et dans les départements, par le préfet, le sous-préfet ou le maire, pour assister à la réunion. Il choisit sa place. Il n'est rien innové aux dispositions de l'art. 3, tit. XI, de la loi des 16-24 août 1790, de l'art. 9, tit. Ier, de la loi des 19-22 juillet 1791 et des art. 9 et 15 de la loi du 18 juillet 1837. Le droit de dissolution ne devra être exercé par le représentant de l'autorité que s'il en est requis par le bureau, ou s'il se produit des collisions et voies de fait (art. 9).

(2) L'intérêt qu'il y a à mettre à part les réunions électorales, c'est qu'elles jouissent

Source : BIU Cujas

Des attroupements. — (L. 7 juin 1848). — *Les attroupements sont des réunions sur la voie publique de gens poursuivant un but* (1). La loi distingue les attroupements armés et les attroupements non armés. L'attroupement est armé; 1° quand plusieurs individus sont porteurs d'armes apparentes ou cachées; 2° quand un seul individu, porteur d'armes apparentes n'est pas spontanément expulsé de l'attroupement.

Les attroupements armés sont défendus et doivent être dispersés par la force publique après deux sommations.

Les attroupements non armés peuvent être dispersés *s'ils mettent la tranquillité publique en danger* (2); on procède alors ainsi : exhortation, trois sommations, emploi de la force.

V. *La liberté d'association.* — V. *infrà*, le chapitre du droit public corporatif.

Article III. — La propriété individuelle.

I. — Dans le régime d'État qui est fondé sur la liberté individuelle la propriété individuelle apparaît comme le couronnement de l'édifice, comme une dernière forme revêtue par la liberté. Elle est en effet la *liberté du repos*, par la garantie qu'elle donne aux situations acquises et par le pouvoir qu'elle engendre; cette forme de liberté est légitime tant en elle-même que comme condition indispensable de la libre activité. Le régime d'État garantit directement la libre activité, il garantit les résultats de cette activité indirectement par la propriété individuelle.

Nous devons prendre ici l'homme en sa qualité de moteur social, or tout moteur, et surtout tout moteur animé, a des périodes d'activité, pendant lesquelles il fournit du travail, et des périodes de repos pendant lesquelles il se constitue ou se reconstitue. Il n'y a pas de raison pour que la liberté d'assurer son repos ne soit pas considérée comme étant en elle-même aussi fondamentale pour l'homme que la liberté d'exercer son activité. Au contraire, il est facile de remarquer que l'homme préfère le repos à l'activité et que, d'ailleurs, les moments de sa vie qu'il est obligé de consacrer au repos sont bien plus nombreux que ceux qu'il peut donner à l'activité; c'est un fait que si l'homme travaille c'est pour assurer son repos, de telle sorte que le repos est à la fois le but et la condition de l'activité. La liberté du repos doit donc être plus chère

d'un traitement de faveur. Non seulement elles sont aussi libres que les autres, mais elles peuvent être tenues deux heures après la déclaration au lieu de vingt-quatre et même immédiatement après la déclaration, s'il s'agit de réunions pour les élections au Sénat tenues le jour même du scrutin (art. 3). Pour la police de la réunion électorale, mêmes règles que dessus.

(1) Sur l'élément d'intention et de but qu'il y a dans l'attroupement, V. des observations intéressantes dans Sirey, 1901. 1. 429, note sous Cass., 24 nov. 1899, *Voinot*.

(2) Un rassemblement qui gêne la circulation n'est pas par cela même un attroupement (décis. précitée).

Source : BIU Cujas

encore à l'homme que celle de l'activité et un régime qui se réclame de la liberté doit établir avant tout le droit à la liberté du repos (1).

Or, la liberté du repos, c'est la liberté de la propriété individuelle. L'homme ne saurait être libre dans son repos que dans deux cas : ou bien s'il n'a pas de besoins, ou bien s'il a le pouvoir propre de les satisfaire. N'avoir pas de besoins est le fait de rares philosophes extrêmement sobres ; pouvoir satisfaire ses besoins librement et d'une façon assurée est le fait du propriétaire, parce que la propriété individuelle est un pouvoir propre sur des biens, c'est-à-dire sur des choses qui sont sources de satisfactions (*Bona quod beant*). Le droit vient confirmer ce raisonnement. Pour le droit, la propriété individuelle est un pouvoir absolu sur les choses qui permet d'en épuiser toute l'utilité, elle contient l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* ; le titre originaire de l'acquisition de la propriété est l'occupation ; l'occupation n'a pas d'autre justification immédiate que le besoin de possession ou de pouvoir propre, le besoin de possession est commandé lui-même par le besoin de repos et de garantie.

Il est bien remarquable d'ailleurs que les diverses branches de l'activité engendrent des formes correspondantes de la propriété, parce qu'en effet, outre le besoin général de garantie qui correspond aux besoins généraux de l'organisme humain, il y a des besoins spéciaux de repos et de garantie pour des situations acquises qui sont la condition même de certaines activités. Il n'est pas douteux, par exemple, que la propriété industrielle ait donné de l'élan à l'activité industrielle ou la propriété littéraire à la production littéraire (2).

(1) Je dis *droit à la liberté du repos*, ce qui est individualiste, et non pas *droit au repos*, ce qui serait collectiviste. Cela est le pendant du droit à la liberté du travail, qu'il ne faut pas confondre avec le droit au travail.

(2) En expliquant la propriété individuelle par la liberté de la création du repos grâce au pouvoir et à la sécurité qu'elle donne, je la justifie moins au point de vue économique, qu'au point de vue politique ; c'est de propos délibéré, les justifications économiques de la propriété individuelle sont insuffisantes. Il n'est pas vrai notamment qu'elle soit le fruit direct du travail ; le travail donne bien droit à une part dans la répartition du produit, mais il n'est pas nécessaire que cette part soit la propriété du produit immédiat, ni surtout la propriété de la terre qui engendre le produit ; il ne suffit pas non plus de dire que la propriété individuelle est plus productive que la propriété collective, car cet argument utilitaire tendrait à fonder sur le seul intérêt de la collectivité une institution qui doit trouver son principe dans l'individu lui-même. En réalité, bien que la propriété ait une fonction économique incontestable, et bien qu'elle conditionne le travail, elle est avant tout institution politique. C'est ce qui va ressortir des observations suivantes : 1° la propriété individuelle est une stabilité fondée sur le pouvoir exercé par l'individu sur des choses ; 2° ce pouvoir, qui réalise une unité extérieure figurée par le patrimoine, est une expression de l'unité mentale de l'individu ; c'est la projection au dehors de son moi interne. — Or l'organisation politique tout entière est une stabilité fondée sur le pouvoir et là aussi le pouvoir est l'expression d'une unité mentale, celle d'un groupe humain, sa projection au dehors en une unité extérieure. Il y a donc parallélisme complet. Ce n'est pas assez dire, il y a pénétration réciproque. Le pouvoir politique absolu ressemble à une propriété (propriété du *paterfamilias* sur ses

Source : BIU Cujas

Il convient d'insister sur l'*abusus* qui confère à la propriété individuelle son caractère de liberté dans la création du repos :

1° L'*abusus* donne au propriétaire un droit de disposition *physique* sur la forme de la chose qui va jusqu'à la destruction, et qui, en fait, lui permet d'adapter cette chose à ses besoins individuels; le propriétaire d'une maison l'aménage comme il lui plaît, le propriétaire d'un champ règle comme il lui plaît le relief du sol, les natures de culture, les assolements; avec tout autre système de jouissance il y a des limites à la libre disposition, le bénéficiaire ressemble plus ou moins à un locataire tenu de respecter la forme des choses (1);

enfants et sur ses esclaves, propriété du monarque absolu sur les biens de ses sujets et même sur leur personne); le pouvoir politique même non absolu, est toujours associé à une forme de propriété (celle du fief dans le régime féodal, celle des droits de puissance publique dans le régime de l'État). A l'inverse, toute propriété contient en germe du pouvoir politique, la propriété capitalistique aussi bien que la terrienne et, pour que le germe se développe, il suffit que la propriété individuelle atteigne une certaine dimension (grand domaine ou grosse fortune).

(1) A ne tenir compte que de la possibilité plus ou moins grande de l'*abusus* physique sur les choses utilisées individuellement, on s'aperçoit qu'il y a plusieurs espèces de propriétés privées, car l'*abusus* n'est pas également possible dans tous les cas :

1° La propriété la plus complète est celle des meubles, parce que la possibilité de détruire ou de modifier les meubles est portée au maximum. Le collectionneur qui aurait en sa possession la Joconde ou la Vénus de Milo en serait terriblement propriétaire, puisqu'il pourrait brûler le tableau ou briser la statue;

2° Vient ensuite la propriété immobilière des maisons; celui qui occupe et possède une maison peut facilement la détruire, la modifier, la transformer;

3° La propriété immobilière des terres ne vient qu'en troisième ligne, parce que sur le sol l'*abusus* est déjà limité. L'homme ne peut pas détruire le sol. L'*abusus* existe encore cependant. Si le sol ne peut pas être détruit par l'occupant, il peut être étrangement modifié dans son relief, dans ses natures de culture, dans sa fertilité; l'occupant peut couper les futaies, arracher les taillis, labourer les prés, déraciner les vignes, dessécher les étangs; en une année, un domaine peut être bouleversé de fond en comble par le maître. Si tous les domaines appartenaient à la collectivité et étaient exploités par bail, ils ne tarderaient pas à être ainsi appropriés par chaque tenancier. N'est-ce point ce qui est arrivé pour le domaine féodal? Est-ce que chaque tenancier n'a pas fait sienne sa tenure à force de lui imposer une forme, une culture? Et n'est-il pas plus simple de reconnaître immédiatement le fait par le droit de propriété individuelle?

4° Sous les trois premières formes que nous venons de passer en revue, le droit de propriété est naturellement *perpétuel*, parce que la possibilité de détruire la chose dure elle-même perpétuellement. Il n'en est plus de même pour des propriétés d'origine récente qui sont *temporaires* parce que la possibilité de détruire la chose ne dure qu'un temps, elles sont toujours fondées sur l'*abusus*, mais cet *abusus*, à mesure que le temps s'écoule, s'amincit, s'épuise et disparaît.

Il s'agit de la propriété industrielle qui, aux termes de la loi du 5 juillet 1844, ne dure que quinze ans; de la propriété littéraire et artistique, qui ne dure que pendant la vie de l'auteur et cinquante ans après sa mort s'il y a des ayants cause.

L. 19 juill. 1793; L. 25 prair. an III, art. 1er; D. 1er germ. an XIII; D. 5 févr. 1810, art. 39, 40; L. 3 août 1844; D. 28 mars 1852; L. 14 juill. 1866; L. 9 févr. 1895.

L'exercice même de ces droits de propriété détruit l'*abusus*. Lorsque l'inventeur a lancé dans la circulation un certain nombre d'exemplaires de sa machine, l'auteur un

Source : BIU Cujas

2° L'*abusus* donne encore au propriétaire le droit de disposition *juridique*, c'est-à-dire le droit de vendre, échanger, louer sa chose et par là deux libertés : celle d'échanger son mode de jouissance contre un autre dans l'infinie variété des transactions privées; celle de transformer sa propriété en un capital et de se lancer à nouveau dans la production des richesses, c'est-à-dire dans une période d'activité;

3° Enfin l'*abusus* confère au propriétaire un pouvoir social et une fonction, car il contient jusqu'à la faculté de donner. Le propriétaire devient ainsi un agent de la redistribution sociale des richesses, c'est-à-dire un agent de la distribution du repos : sa liberté est non seulement pour lui, mais pour les autres.

II. — Étant donnée cette importance de la propriété individuelle, on ne saurait s'étonner du rôle qu'elle joue en matière administrative. C'est par rapport à l'administration que notre Droit public proclame solennellement ceci : « La propriété est un droit inviolable et sacré » (Déclaration des droits, art. 17). C'est que cette assise fondamentale du régime d'État, avait été pendant longtemps peu respectée par le gouvernement de l'État. La propriété avait été exposée pendant des siècles à la confiscation ou à l'expropriation sans indemnité.

Aussi la Révolution de 1789 doit-elle être considérée comme ayant procuré son achèvement à l'édifice individualiste, lorsque la même Déclaration des droits de l'homme ajoute : « Nul ne peut en être privé « (de sa propriété) si ce n'est, lorsque la nécessité publique légalement « constatée l'exige évidemment et *sous la condition d'une juste et préa-* « *lable indemnité* ». Ce qu'il faut retenir de ce principe nouveau, c'est que dans les expropriations pour cause d'utilité publique, l'Administration ne peut être envoyée en possession qu'après le paiement préalable de l'indemnité, c'est donc que dans l'expropriation, l'exécution préalable est au profit de la propriété; or en règle générale, dans les opérations administratives, le préalable appartient au contraire à l'Administration. Ce renversement des rôles suffit à nous faire comprendre l'importance de la propriété dans les relations des administrés et de l'Ad-

certain nombre d'exemplaires de son livre, il ne peut plus détruire sa machine ni son livre; peu à peu il est exproprié de son idée qui était sa chose. S'il voulait la détruire, d'autres la reprendraient; s'il voulait la transformer, le public s'y opposerait. Si la première édition d'un ouvrage est un chef-d'œuvre, le public ne tient pas compte des remaniements d'une seconde édition. On dit couramment que l'idée tombe dans le domaine public, cela est très exact, non pas que la collectivité reprenne l'idée comme venant d'elle, mais elle la prend et désormais l'auteur ne peut plus détruire son idée parce qu'elle est dans trop de mémoires. La propriété née de l'*abusus*, meurt avec l'*abusus*.

Il peut arriver que sur des objets laissés en la possession d'un particulier, la société dans un intérêt d'ordre supérieur restreigne l'*abusus*. C'est le cas de la propriété des mines, puisque le propriétaire s'expose au retrait de la concession s'il cesse l'exploitation; c'est le cas de la propriété des monuments historiques qui ne peuvent être détruits ni même modifiés sans autorisation.

Source : BIU Cujas

ministration. La propriété est le grand pouvoir que les administrés peuvent opposer à l'Administration, elle est le pouvoir privé qui s'oppose à la puissance publique; c'est sous la forme propriété que la liberté individuelle résiste le mieux à l'arbitraire. Nous verrons dans les matières de police que le droit de propriété est bien mieux garanti contre les règlements que la liberté individuelle proprement dite. Enfin, dans le contentieux administratif, nous constaterons que toute question de propriété entraîne la compétence du juge ordinaire, ce qui est une garantie de plus.

III. — Le droit de propriété est défini par l'article 544 du Code civil « Le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue... ». Mais cet article ajoute lui-même : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements ». Il faut citer parmi les obligations résultant des lois et règlements : 1° l'obligation de subir les servitudes légales et d'utilité publique (art. 649 et suiv., C. civ.); 2° l'obligation de subir les règlements forestiers, ceux sur les marais, les mines, les carrières, le reboisement et le gazonnement des montagnes, etc.; 3° l'obligation de subir les impôts; 4° l'obligation de subir l'expropriation forcée résultant des voies d'exécution sur les biens; 5° l'obligation de subir l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique, mais avec juste et préalable indemnité, etc., etc...

Section III. — La fraternité. Le droit a l'assistance.

Bien que l'État envisage surtout les individus isolés et que sa mission soit de leur assurer l'égalité et la liberté, il n'est pas impossible qu'il se place au point de vue du groupement humain et qu'il se charge de quelques-uns des devoirs qu'entraîne la solidarité. Il y a réellement une solidarité entre les hommes conçus comme membres de l'État, elle est distincte de la solidarité familiale, de la solidarité corporative et de la solidarité religieuse; elle ne naît point des liens du sang ni de la division du travail, ni de la participation de tous les hommes à un même Dieu, elle naît de l'association rationnelle qui constitue l'État ; les hommes de la Révolution l'ont appelée la Fraternité, et elle engendre les services de l'assistance publique. Elle présente des caractères spéciaux :

1° En fait elle s'organise tardivement, elle est distancée de beaucoup par la solidarité familiale et par la solidarité religieuse; elle apparaît aux époques où l'État est très développé, où son activité a ruiné celle de la famille et relégué au second plan celle de la société religieuse ;

2° Elle est plutôt liée à l'idée d'égalité qu'à celle de charité, elle devient un moyen d'assurer à tous les hommes un minimum de conditions de vie; sans doute elle ne s'applique d'abord qu'à un petit nombre de besoins, elle se présente comme accidentelle, elle secourt des malades,

Source : BIU Cujas

des enfants abandonnés, des vieillards incurables, mais elle secourt aussi cette chose vague, la misère, avec l'arrière-pensée de la faire disparaître (1), et par là elle glisse facilement dans la distribution gratuite de vivres à toute une partie de la population; elle tend naturellement vers l'annone, vers la sportule frumentaire;

3° Enfin l'assistance publique prend une couleur politique, c'est une fatalité de l'État que tout ce qu'il touche obéisse à la préoccupation de la politique. Il est malheureusement certain que l'assistance publique donne un pouvoir et que les partis politiques, à l'affût de tout ce qui donne du pouvoir, cherchent à utiliser celui-là. C'est au point que l'on se demande si la première règle d'une bonne organisation de l'assistance ne devrait pas être celle établie, en effet, dans certains pays étrangers, à savoir que l'indigent assisté serait privé de l'exercice de ses droits politiques, afin de ne pas devenir un instrument aux mains des dispensateurs de l'assistance (2).

A. *Nature du droit à l'assistance.* — La situation des individus vis-à-vis des services d'assistance publique est difficile à définir, elle se traduit assez exactement par la formule suivante : l'État organise des services d'assistance et il en a le devoir; ces services une fois organisés, l'individu n'a point d'action directe pour exiger qu'ils lui soient fournis, mais il a un recours administratif pour se faire inscrire sur la liste des indigents assistés et il possède un domicile de secours (3).

a) *L'État a le devoir positif d'organiser des services d'assistance.* — Il doit assister les individus contre certains besoins particulièrement urgents, parce qu'il est en partie responsable du dénûment dans lequel ils se trouvent. S'il n'avait pas combattu à outrance l'organisation familiale, l'organisation corporative, l'organisation religieuse, s'il n'avait pas détruit à son profit beaucoup des organes de la solidarité sociale, si même il ne surveillait pas avec une sorte de défiance leur reconstitution, les malades, les enfants, les vieillards ne seraient pas abandonnés comme ils le sont (4). Si les services d'hygiène étaient mieux organisés, si la surveillance des logements ouvriers était mieux exercée, il n'y aurait pas autant d'êtres malingres. Si l'éducation publique était mieux conçue, il y aurait moins de ces vices qui engendre la misère, tels que l'alcoolisme

(1) La preuve en est dans l'interdiction possible de la mendicité.

(2) L'art. 32 de la loi du 5 avr. 1884 contient déjà cette disposition : « Ne peuvent « être conseillers municipaux, ceux qui sont dispensés de subvenir aux charges com- « munales et ceux qui sont secourus par les bureaux de bienfaisance », mais il s'agit seulement d'une inéligibilité, les indigents assistés conservent le droit de vote.

(3) C'est-à-dire que la matière est *subjective* quant au droit à se faire inscrire sur la liste des indigents et quant au domicile de secours, *objective* pour tout le reste.

(4) Il n'est pas douteux que l'État pourrait favoriser plus qu'il ne le fait et associer à son œuvre les établissements et les fondations dues à l'initiative privée : hopitaux, maternités, crèches, asiles, ouvroirs, etc. — Sur la façon dont les associations privées sont utilisées en Hollande, v. br. Léon Lallemand, *La législation charitable en Hollande.*

Source : BIU Cujas

et la débauche, partant moins de misère. Le devoir de l'État apparaît surtout lorsqu'on songe à tous les crimes qu'engendre la misère et qu'on réfléchit qu'il a le droit de punir. Avant de punir ceux qui succombent, il se doit à lui-même de mettre les misérables hors de la tentation.

Il ne suffit pas pour que l'État s'acquitte de son devoir d'assistance, d'inscrire dans les lois le principe de l'obligation. Ce principe a été écrit dans nombre de lois révolutionnaires et n'a pas reçu encore sa complète application (1). Il faut l'organisation pratique de services publics doués de ressources suffisantes. Pour cette organisation deux systèmes se conçoivent : ou bien la centralisation telle que la Révolution l'avait voulue, d'abord, l'assistance publique dette nationale (2), ou bien la décentralisation, l'assistance publique dette départementale et communale. C'est vers le second système que les législations modernes s'orientent de plus en plus; celles de l'Angleterre, de l'Allemagne (3), de l'Italie, etc., et aussi celle de la France. Il présente un grand avantage : l'organisation du service est ainsi assurée sous une forme tangible, la commune ou le département sont tenus administrativement vis-à-vis de l'État, celui-ci peut exercer une pression sur eux. Le droit de l'indigent se réalise d'une certaine façon sans qu'on ait besoin de lui donner d'action (4).

(1) C. 3-14 sept. 1791, tit. I; C. 24 juin 1793, Déclaration, art. 21 : « Les secours « publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux « soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui « sont hors d'état de travailler ». D. 24 vend. an II.

(2) D. 19-24 mars 1793, concernant la nouvelle organisation des secours publics.

(3) En Allemagne, l'assistance n'est pas communale, mais il a été créé des circonscriptions spéciales, appelées *unions de pauvres*, qui sont obligées envers l'État.

(4) La loi du 30 juin 1838 avait déjà obligé les départements à se pourvoir d'un asile d'aliénés et avait mis à leur charge, ainsi qu'à celle des communes, les dépenses des aliénés indigents (art. 28). La loi du 5 mai 1869, mit une partie des dépenses du service des enfants assistés, qui, jusque-là, étaient à la charge des hospices et de l'État, à la charge des départements et des communes. La loi du 23 décembre 1874, dite loi Rousset, sur la protection des enfants en bas âge et des nourrissons, mit aussi moitié des dépenses du service à la charge du département. Mais c'était là de la petite assistance : dans ces dernières années un effort plus sérieux a été fait pour la grande assistance, celle des hôpitaux, des bureaux de bienfaisance et des secours médicaux à domicile. L'État a commencé par réorganiser le service central de l'assistance publique qui doit être un service de contrôle destiné à donner l'impulsion aux départements et aux communes et à surveiller leur action : réorganisation de l'inspection générale des services d'assistance publique (D. 18 oct. 1887); création du Conseil supérieur de l'assistance publique (D. 14 mai 1888); création au ministère de l'Intérieur d'une direction de l'assistance publique (D. 4 nov. 1888). Le conseil supérieur, qui se réunit deux fois par an et pour lequel sont publiés des fascicules intéressants, a déjà étudié la réorganisation de presque tous les services. On a pris une mesure préalable indispensable en autorisant les syndicats des communes (L. 22 mars 1890). Il y a, en effet, certains services, comme celui de l'hospitalisation, pour lesquels une commune isolée est vraiment trop petite. Enfin a été rendue la loi du 15 juillet 1893, sur l'assistance médicale gratuite, qui fait de l'assistance à domicile ou à l'hôpital une obligation à la fois départementale et communale. Elle crée dans chaque commune un bureau d'assistance qui arrivera promptement

Source : BIU Cujas

b) *Une fois les services d'assistance organisés, on ne doit pas reconnaître à l'individu d'action directe pour exiger qu'ils lui soient fournis.* — Cette solution ne semble pas logique; d'ordinaire à un devoir correspond un droit, si l'État a une dette d'assistance, l'individu doit avoir une créance et une action. Il n'en est rien cependant, et il y a à cela de bonnes raisons :

— Dans l'état actuel des choses, les hommes ne sont pas suffisamment moraux pour qu'on puisse les croire sur parole lorsqu'ils viennent réclamer l'assistance; il n'y a pour s'en convaincre qu'à consulter le chiffre énorme des inscrits au bureau de bienfaisance dans les grandes villes. D'autre part, cependant, il serait très périlleux de confier à un juge la tâche de décider s'il y a lieu à assistance; la preuve de la misère, qui est la principale cause d'assistance, est difficile à faire, la simulation est aisée (1);

— L'originalité des services d'assistance publique est de remédier à l'insuffisance de l'organisation sociale; à ce titre, ils n'ont qu'une valeur de *pis-aller provisoire*. La société doit constamment chercher à s'aménager de telle sorte que tout individu puisse, par l'exercice de la liberté, obtenir une condition sortable. Sans doute il faudra toujours une assistance publique, mais elle est appelée à changer fréquemment de forme et d'objet. Ce serait lui faire perdre son caractère, reléguer au second plan les réformes, immobiliser la société, que de donner aux individus un droit acquis. Ils se contenteraient de l'assistance et ne poursuivraient pas les réformes. Le *panem et circenses* est un des symptômes les plus sûrs de décadence.

c) *L'individu peut avoir un moyen administratif de se faire classer parmi les indigents éventuellement secourus.* — Cette combinaison a été inventée par la loi du 15 juillet 1893, sur l'assistance médicale gratuite. Les articles 12 à 18 de cette loi organisent une procédure de constitution de la liste des indigents dressée dans chaque commune, pour le service de l'assistance médicale, avec recours de l'indigent devant une juridiction spéciale (2); on serait tenté de croire, au premier abord, que l'indigent a

à centraliser tous les services d'assistance actuellement divisés d'une façon fâcheuse, par exemple à faire marcher d'accord hôpitaux et bureaux de bienfaisance actuellement séparés.

(1) Un seul pays au monde a reconnu, et pratiquement organisé le droit à l'assistance, c'est l'Angleterre. En Angleterre, un indigent a action contre sa paroisse pour se faire assister. Le résultat est qu'en aucun pays l'assistance publique n'est plus détestée : elle est détestée du contribuable parce qu'elle coûte fort cher, parce qu'il y a une taxe spéciale des pauvres; elle est détestée aussi des assistés parce que, pour décourager et dégoûter les faux indigents, on l'a organisée d'une façon extrêmement dure.

(2) Art. 12. — « La commission administrative du bureau d'assistance, sur la convo-« cation de son président, se réunit au moins quatre fois par an.

« Elle dresse, un mois avant la première session ordinaire du conseil municipal, la « liste des personnes qui, ayant dans la commune leur domicile de secours, doivent être

Source : BIU Cujas

une action pour se faire donner le secours, il n'en est rien, il a seulement un recours administratif pour se faire inscrire sur la liste ; les secours ne devant ensuite être distribués aux inscrits que dans la limite des ressources du service L'indigent a droit à être sur la liste, l'État peut peser sur la commune et sur le département, pour que des ressources suffisantes soient créées, de façon à secourir toute la liste, le droit de l'indigent ne se réalise donc encore que par l'intervention de l'État, bien que par lui-même il puisse franchir un pas important, faire constater son état d'indigence (1).

« en cas de maladie, admises à l'assistance médicale, et elle procède à la revision de « cette liste un mois avant chacune des trois autres sessions. Le médecin de l'assis- « tance ou un délégué des médecins de l'assistance, le receveur municipal et un des « répartiteurs désigné par le sous-préfet, peuvent assister à la séance avec voix consulta- « tive ».

Art. 13. — « La liste d'assistance médicale doit comprendre nominativement tous « ceux qui seront admis aux secours, lors même qu'ils sont membres d'une même fa- « mille ».

Art. 14. — « La liste est arrêtée par le conseil municipal qui délibère en comité se- « cret, elle est déposée au secrétariat de la mairie, le maire donne avis du dépôt par « affiches aux lieux accoutumés ».

Art. 15. — « Une copie de la liste et du procès-verbal constatant l'accomplissement « des formalités prescrites par l'article précédent est en même temps transmise au sous- « préfet de l'arrondissement.

« Si le préfet estime que les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, il « défère les opérations, dans les huit jours de la réception de la liste, au conseil de « préfecture, qui statue dans les huit jours et fixe, s'il y a lieu, le délai dans lequel les « opérations annulées seront refaites ».

Art. 16. — « Pendant un délai de vingt jours à compter du dépôt, les réclamations « en inscription ou en radiation peuvent être faites par tout habitant ou contribuable de « la commune, également par le préfet ou son délégué » (Addition de la loi du 13 avril 1898, art. 58).

Art. 17. — « Il est statué souverainement sur ces réclamations, le maire entendu ou « dûment appelé, par une commission cantonale composée du sous-préfet de l'arrondis- « sement, du conseiller général, d'un conseiller d'arrondissement dans l'ordre de nomi- « nation et du juge de paix du canton.

« Le sous-préfet ou, à son défaut, le juge de paix préside la commission ».

Art. 18. — « Le président de la commission donne dans les huit jours, avis des dé- « cisions rendues au sous-préfet et au maire, qui opèrent sur la liste les additions ou « les retranchements prononcés ».

(1) Cette combinaison est en soi ingénieuse. Il y a d'ailleurs, une ressemblance frappante entre ce droit à être inscrit sur la liste de l'assistance médicale gratuite et le droit à être inscrit sur la liste électorale, la procédure de la constitution de la liste d'assistance a été visiblement calquée sur celle de la revision de la liste électorale. Le droit à faire constater son état d'indigence est d'ailleurs jusqu'à présent limité au service de l'assistance médicale gratuite ; il n'existe pas pour l'assistance de l'indigent valide.

Observation. — L'interprétation que je donne des articles 12 à 18 de la loi du 15 juillet 1893 et la façon dont je conçois le droit de l'indigent à être inscrit sur la liste des indigents, tout cela peut être contesté ; la question est de savoir si la commission cantonale qui statue souverainement sur les réclamations est ou n'est pas une juridiction ; si elle est une juridiction, même administrative, comme elle aurait alors un contentieux de

Source : BIU Cujas

d) *Enfin l'individu a un domicile de secours qui est pour lui un véritable droit*, et qui est le complément indispensable du droit qu'il a de se faire inscrire sur la liste d'assistance médicale, en ce sens qu'il ne peut réclamer son inscription que dans la commune où il a son domicile de secours (1).

Le domicile de secours a été réglé par la loi du 15 juillet 1893 de la façon suivante :

Art. 6. — « Le domicile de secours s'acquiert : 1° par une résidence « habituelle d'un an dans une commune postérieurement à la majorité « ou à l'émancipation ; 2° par la filiation. L'enfant a le domicile de se- « cours de son père. Si la mère a survécu au père, ou si l'enfant est un « enfant naturel reconnu par sa mère seulement, il a le domicile de sa « mère. En cas de séparation de corps ou de divorce des époux, l'enfant « légitime partage le domicile de l'époux à qui a été confié le soin de « son éducation ; 3° par le mariage. La femme, du jour de son mariage, « acquiert le domicile de secours de son mari. Les veuves, les femmes « divorcées ou séparées de corps conservent le domicile de secours an- « térieur à la dissolution du mariage ou au jugement de séparation. Pour « les cas non prévus dans le présent article, le domicile de secours est « le lieu de naissance jusqu'à la majorité ou à l'émancipation ».

Art. 7. — « Le domicile de secours se perd : 1° par une absence inin- « terrompue d'une année postérieurement à la majorité ou à l'émancipa- « tion ; 2° par l'acquisition d'un autre domicile de secours.

« Si l'absence est occasionnée par des circonstances excluant toute « liberté de choix de séjour ou par un traitement dans un établissement « hospitalier situé en dehors du lieu habituel de résidence du malade, « le délai d'un an ne commence à courir que du jour où ces circonstan- « ces n'existent plus ».

pleine juridiction, il s'ensuivrait nécessairement que les réclamations portées devant elles, seraient la mise en œuvre de droits véritables. Je m'appuie pour soutenir que les commissions cantonales sont bien des juridictions, sur la ressemblance évidente que toute cette organisation présente avec celle des réclamations en matière de revision de la liste électorale ; un nouvel argument peut être tiré de l'addition faite par la loi du 13 avril 1898, art. 58 ainsi conçu : « *Le droit* de réclamer l'inscription ou la radiation devant la commission cantonale appartient aussi aux préfets, etc. » Ainsi la réclamation paraît bien être l'exercice d'un droit. M. le commissaire du Gouvernement Jagerschmidt a émis un avis opposé dans des conclusions sur une affaire concernant les hospices du Havre, C. E. 3-10 mars 1899 : la commission cantonale serait seulement une autorité administrative, l'inscription sur la liste ne serait qu'une faveur ; mais cette opinion n'engage que lui, car le Conseil d'État n'a pas eu à statuer sur la question. Il serait à souhaiter qu'il fût appelé prochainement à se prononcer.

(1) Le domicile de secours a un autre intérêt pratique. Lorsqu'une commune en cas d'urgence a secouru un indigent malade qui n'avait pas chez elle son domicile de secours, elle a un recours contre la commune où est le domicile (L. 15 juill. 1893, art. 2). V. sur cette question des recours, C. E. du 10 mars 1899, *Hospices du Havre* S. 1900. 3. 33 et la note : Cfr. Derouin et Worms, *Traité du domicile du secours*.

Source : BIU Cujas

Art. 8. — « A défaut de domicile de secours communal, l'assistance « médicale incombe au département dans lequel le malade privé de res- « sources aura acquis son domicile de secours.

« Quand le malade n'a ni domicile de secours communal, ni domicile « de secours départemental, l'assistance médicale incombe à l'État ».

Art. 9. — « Les enfants assistés ont leur domicile de secours dans le « département au service duquel ils appartiennent jusqu'à ce qu'ils aient « acquis un autre domicile de secours (1).

B. *Services d'assistance organisés.* — Il ne s'agit pas d'organiser tous les services qui pourraient être imaginés, mais ceux qu'une longue expérience a démontrés vraiment utiles. Là, comme ailleurs, il faut laisser l'initiative privée faire les essais, l'État recueillir les institutions démontrées viables. Cependant il y a un minimum vraiment indispensable, il faut assister ceux qui sont hors d'état de lutter par suite de l'âge, de la maladie, de la misère.

a) *L'âge.* — Il faut se préoccuper de l'enfance et de la vieillesse :

1. *L'enfance.* — 1° *Enfants assistés.* — Le service des enfants assistés remonte au décret de la Convention du 28 juin 1793 et à la loi du 27 frimaire an V, il faut y ajouter l'arrêté du 30 ventôse an V, le décret du 19 janvier 1811, la loi du 5 mai 1869, la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés.

Il y a trois catégories d'enfants assistés (2) : 1° les enfants trouvés ou réellement abandonnés par leurs parents. Jusqu'en 1860, cet abandon se faisait par le moyen des tours, ceux-ci ont été supprimés en 1860 et il semble qu'il ne soit pas nécessaire de les rétablir; l'abandon se fait actuellement dans le bureau de l'Administration, et le secret est assuré, puisque le déposant ne répond aux questions qu'on lui pose que s'il le veut bien; 2° les orphelins pauvres; 3° les moralement abandonnés. Cette catégorie, ajoutée récemment, comprend les enfants dont les parents existent, mais négligent totalement leur devoir d'éducation. Bien que ce ne soient pas des nouveau-nés, comme le sont en général les enfants

(1) D'autres règles avaient été posées par la loi du 24 vendémiaire an II, art. 2. — C'était le domicile de naissance, et non le domicile acquis par la résidence. On s'était demandé si les dispositions de la loi de vendémiaire an II avaient été complètement abrogées par celles de la loi du 15 juillet 1893. En ce qui concerne les malades indigents, cela ne faisait aucun doute, car la loi du 15 juillet 1893 relative à ces malades contient un art. 36 ainsi conçu : « Sont abrogées les dispositions du décret-loi du 24 vendémiaire an II, en ce qu'elles ont de contraire à la présente loi ». Mais il y avait doute pour les indigents autres que les malades proprement dits, notamment pour les aliénés — non pas pour les indigents valides, car pour ceux-là l'assistance n'étant nullement obligatoire, la question de savoir quel est leur domicile de secours n'a aucun intérêt pratique. — Le Conseil d'État saisi de plusieurs recours s'est prononcé pour l'abrogation complète des dispositions de la loi de vendémiaire an II et pour l'application aux aliénés des règles de la loi du 15 juillet 1893 (C. E., 12 février 1897, *Comm. de Port-Louis*).

(2) Une classification plus large a été proposée par le Conseil de l'assistance publique, fascicule 31. Cfr. Jacques Bonzon, *La réforme du service des enfants assistés*, R. A., 1901.

Source : BIU Cujas

des deux catégories précédentes, la même Administration s'est chargée de leur tutelle. La loi du 24 juillet 1889 est venue rendre légale cette tutelle de l'assistance publique, proclamer la déchéance de la puissance paternelle chez les parents et donner la définition des moralement abandonnés. Aux termes des articles 1 et 2, il y a déchéance de la puissance paternelle, par suite d'abandon moral, dans un certain nombre de cas de condamnations subies et, de plus, lorsque les père et mère, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants.

Les enfants assistés sont gardés et soignés à l'hospice jusqu'à leur majorité si leur santé est délicate; sinon, ils doivent être placés jusqu'au même âge, par les soins de l'hospice, chez des cultivateurs ou des artisans. Les pères nourriciers reçoivent une allocation dont l'importance décroît à mesure que l'enfant grandit.

Pour restreindre le nombre des abandons d'enfants, il a été pris une excellente mesure préventive que la loi du 5 mai 1869 a rendue obligatoire pour tous les départements, ce sont les secours donnés à domicile aux filles-mères qui consentent à garder chez elles leurs enfants.

2° *Loi du 19 mai 1874 modifiée par celle du 2 novembre 1892. — Travail des enfants dans les manufactures.* — Loi du 7 décembre 1874 relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes; loi du 23 décembre 1874 relative à la protection des enfants du premier âge et en particulier des nourrissons. Toutes ces lois ont donné lieu à des organisations d'inspection.

Il a été beaucoup fait pour l'enfance; il resterait peut-être à faire, surtout dans les grandes villes. On ne saurait trop recommander les crèches, les salles d'asiles, qui permettent aux mères de faire marcher de front le travail et les soins donnés à leurs enfants.

II. *Vieillesse.* — Il n'a malheureusement pas été fait autant pour la vieillesse. On peut dire que la vieillesse n'est pas secourue en elle-même, elle se confond avec la misère ou avec la maladie; cependant c'est bien en soi une cause d'assistance. Il existe quelques hospices pour les vieillards, mais très clairsemés. On a cherché un remède dans l'organisation des caisses de retraite. Une caisse nationale de retraites a été créée par la loi du 18 juin 1850, les sociétés de secours mutuels sont encouragées à en organiser (V. L. 31 décembre 1895, L. 13 avril 1898, art. 75; L. 1er avril 1898); des pensions d'invalidité ont été aussi créées de concert entre l'État, les départements et les communes (L. 29 mars 1897, art. 43 et L. 30 mars 1902, art. 61); enfin des projets plus généraux ont été agités qui dépassent les proportions de l'assistance (1).

(1) Du côté de la simple assistance un très ingénieux système a été développé par M. Cruveilher (*Revue d'administration*, mai 1896), ce serait un placement familial des vieillards assistés analogue à celui des enfants assistés.

Source : BIU Cujas

b) *La maladie : l'assistance médicale gratuite* (L. du 15 juillet 1893) (1). — La maladie peut donner lieu à deux sortes d'assistance, l'hospitalisation, le secours à domicile.

Elles ont été réunies et rendues obligatoires toutes les deux par la loi du 15 juillet 1893 dont l'article 1er est ainsi conçu : « Tout Français ma- « lade, privé de ressources, reçoit gratuitement de la commune, du dé- « partement ou de l'État, suivant son domicile de secours, l'assistance « médicale à domicile, ou s'il y a impossibilité de le soigner utilement « à domicile, dans un établissement hospitalier — les femmes en couches « sont assimilées à des malades —; les étrangers malades privés de res- « sources seront assimilés aux Français toutes les fois que le Gouver- « nement aura passé un traité d'assistance réciproque avec leur nation « d'origine » (2).

Art. 3. — « Toute commune est rattachée pour le traitement de ses « malades à un ou plusieurs des hôpitaux les plus voisins (3).

« Dans le cas où il y a impossibilité de soigner utilement un malade « à domicile, le médecin délivre un certificat d'admission à l'hôpital. Ce « certificat doit être contresigné par le président du bureau d'assistance « ou son délégué.

« L'hôpital ne pourra réclamer à qui de droit le remboursement des « frais de journée qu'autant qu'il représentera le certificat ci-dessus ».

Art. 4. — « Il est organisé dans chaque département, sous l'autorité « du préfet et suivant les conditions déterminées par la présente loi, un « service d'assistance médicale gratuite pour les malades privés de res- « sources. Le conseil général délibère dans les conditions prévues par « l'article 48 de la loi du 10 août 1871 :

« 1° Sur l'organisation du service de l'assistance médicale, la détermi- « nation et la création des hôpitaux auxquels est rattachée chaque com- « mune ou chaque syndicat de communes;

« 2° Sur la part de la dépense incombant aux communes et au dépar- « tement » (V. S. 1900. 3. 33, la note).

Le fonctionnement du service est assuré dans chaque commune par un bureau d'assistance, qui est un établissement public dont nous aurons plus loin à étudier l'organisation (V. *Droit administratif, Établissements publics*).

(1) *Bibliographie :* Ed. Campagnole, *L'assistance médicale gratuite*, 2e édition, 1895. Cros-Mayrevieille, *Traité de l'administration hospitalière*, 1886.

(2) Il n'y a malheureusement pas des hôpitaux en nombre suffisant et surtout ils sont mal répartis sur le territoire; la loi du budget du 16 avril 1895, art. 47, affecte à la construction des hôpitaux 1/3 des fonds du Pari mutuel qui doivent être consacrés aux œuvres d'assistance en vertu de la loi du 2 juin 1891, art. 5.

(3) L'admission des étrangers dans les hôpitaux se fera également d'après le principe de la réciprocité (Avis C. E., 25 février 1897, interprétant l'art. 1er, L. 7 août 1851); la réciprocité doit avoir pour base le remboursement réciproque des frais (Avis du Conseil sup. de l'assist. publ., *Rev. d'adm.*, 1897, III, 171).

Source : BIU Cujas

c) *La misère* (1). — L'assistance contre la misère est la plus délicate de toutes, parce que le mal qu'il s'agit de guérir est le plus difficile à constater, la misère pouvant aisément être simulée. On peut concevoir ici encore deux modes d'assistance : l'internement dans un refuge, l'assistance à domicile. Le premier mode est appliqué en Angleterre dans les *Workhouse*, il n'a pas donné de bons résultats. Cependant l'œuvre de *l'hospitalité de nuit* a tiré un bon parti de l'idée du refuge, mais en la restreignant singulièrement. Le refuge n'est ouvert que la nuit, et au même indigent trois nuits de suite seulement. Les grandes villes commencent à organiser spontanément cette œuvre excellente. Il est à croire que dans quelque temps on pourrait la rendre obligatoire. Il existe aussi des dépôts de mendicité où peuvent être internés les mendiants par mesure administrative, mais ils fonctionnent mal et devront être considérés plutôt comme des maisons pénitentiaires que comme des refuges d'assistance.

Les secours à domicile aux indigents valides sont organisés à peu près dans tous les pays. En France, ils sont la spécialité d'établissements publics communaux appelés *bureaux de bienfaisance*. La dépense des bureaux de bienfaisance n'est pas obligatoire pour la commune, aussi n'en existe-t-il pas partout ; depuis la loi du 15 juillet 1893, ils peuvent être suppléés par les bureaux d'assistance, sans que cependant cela empêche la création de nouveaux bureaux de bienfaisance (V. *Droit administratif*, *Établissements publics*). Le mode de distribution des secours est généralement défectueux ; il semble notamment que le système des visites à domicile par des visiteurs du bureau, serait bien supérieur à la distribution faite au bureau. Il s'agirait aussi de combiner les secours en argent, les secours en nature ou en bons, les secours destinés au loyer, etc. On pourrait se préoccuper de procurer du travail à la façon des œuvres de patronage, etc.

(1) *Bibliographie :* Fleury-Ravarin, *L'assistance publique ;* publication officielle, *L'assistance publique à Paris en 1900.*

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

LE DROIT PUBLIC CORPORATIF.

SECTION I. — LES INSTITUTIONS OU ÉTABLISSEMENTS (1-2).

§ 1. — Partie théorique.

Le droit public corporatif a pour objet d'une part les *institutions ou établissements*, et d'autre part l'*association* et la *fondation* qui engendrent ceux-ci.

Les institutions ou établissements sont *des organisations sociales autonomes et durables qui gèrent, sans but lucratif, des services collectifs spéciaux*, c'est-à-dire des services qui, bien que collectifs, n'intéressent pas également tous les membres de l'État, et par conséquent ne rentrent pas dans ce que nous avons appelé « la chose publique ».

Cette définition appelle les observations suivantes :

1° L'activité désintéressée des corps et communautés établit une

(1) *Bibliographie :* 1° En langue française : Vauthier, *Étude sur les personnes morales*, 1887 ; — Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, 1895 ; — Saleilles, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite, Annales de droit commercial*, 1895, p. 75 ; — Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898 ; — Hauriou, *La personnalité comme élément de la réalité sociale*, dans *Revue générale du droit*, 1898, p. 1 et 119 ; *Leçons sur le mouvement social*, 2e appendice, 1898 ; — Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899 ; — L. Michoud, *La notion de personnalité morale*, br. in-8°, 1899, *Extrait de la revue du droit public*, 1899 ; *la création des personnes morales*, br. 1900 ; *Étude de droit comparé sur la personnalité morale*, Annales de Grenoble, 1901 ; — Houques-Fourcade et Baudry, *Droit civil : Des personnes*, t. I, 2e édit., 1902, p. 263 et s. ; — Saleilles, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand, Rev. du droit public*, mars-avril 1901 et suiv. ; — de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902 ; — *Série d'études sur le droit d'association dans les législations étrangères*, par des membres du Conseil d'État, Paris, Imprimerie nationale, 1900 ; — à consulter aussi la collection de la revue l'*Association catholique ;*

2° En langue allemande, Savigny, *System*, t. II ; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, § 60 ; Gierke, *Die genossenschafts theorie* et *Genossenschafts recht ;* Zitelmann, *Begriff und Wesen der Sogenannten juristischen Personen*, et les commentateurs du nouveau Code civil ;

3° En langue italienne, Giorgi, *la dottrina delle personi giuridiche.*

(2) Notre ancien droit employait l'expression *corps et communautés* dont nous userons nous-même à l'occasion, les Italiens disent *corpi morali* parce qu'en effet il est dans la nature des organisations corporatives de constituer des personnes morales.

Source : BIU Cujas

ligne de démarcation entre ces institutions et les sociétés civiles ou commerciales qui ont pour but le partage de bénéfices. Il se peut que des sociétés commerciales, par exemple, les grandes sociétés anonymes, répondent à des besoins collectifs, cela est même certain; mais comme elles mêlent un esprit de lucre au service qu'elles rendent, elles n'appartiennent pas au droit public, elles relèvent du droit privé (1);

2° Les corps et communautés se distinguent, par leur spécialité, des organisations administratives de l'État; celles-ci ne doivent être chargées que de fonctions ou de services communs à tous les membres de l'État, tandis que les corps et communautés répondent à des besoins qui tout en étant collectifs ne sont cependant pas communs à tous les membres de l'État. Il suit de là que les établissements publics qui gèrent des services publics *spéciaux*, ne s'adressant pas à la généralité des citoyens, par exemple, les hôpitaux, les hospices, les fabriques, les universités, ne devraient pas être considérés comme des organisations administratives de l'État et tendent naturellement à s'éloigner de cette situation pour devenir des organisations corporatives (2);

3° Du moment que les corps et communautés sont des organisations sociales autonomes, elles supposent un élément de volonté qui vient se joindre au but. Il ne suffit pas en effet pour qu'une organisation sociale se crée, qu'il y ait un but à atteindre, il faut encore que des volontés se déterminent à agir dans cette direction. L'élément de volonté est plus ou moins apparent. On peut distinguer à cet égard les corps et communautés en deux catégories : 1° les *corporations* ou *universitates*, dans lesquelles il y a sous les noms variés d'*associés*, *membres*, *adhérents*, une population de gens intéressés au service qui se rend ou à la fonction qui s'exerce et jouant eux-mêmes un rôle actif dans l'organisation; tels sont les syndicats professionnels dans lesquels il y a une population de syndiqués, les sociétés de secours mutuels dans lesquelles il y a une population de *membres*, les compagnies d'officiers ministériels, etc., les congrégations religieuses; 2° les *établissements* ou *fondations* dans lesquels la population des intéressés ne joue aucun rôle actif et bénéficie passivement du service qui est rendu par une administration créée en dehors

(1) Observons toutefois que des sociétés commerciales sont associées parfois à l'œuvre administrative de l'État, par exemple les compagnies de chemin de fer ou la Banque de France; c'est qu'alors elles jouent le rôle d'entrepreneur ou de concessionnaire et que, dans l'entreprise et la concession, l'administration fait appel à l'esprit de lucre des particuliers pour obtenir une collaboration dont elle a besoin.

(2) En fait cependant, les établissements publics sont rattachés à l'administration de l'État et ils se distinguent par là des établissements d'utilité publique qui sont purement corporatifs; mais il n'y a là qu'une situation de fait, et ce qui le prouve bien c'est qu'entre l'établissement public et l'établissement d'utilité publique on n'a jamais pu établir d'autre différence que celle-ci : le premier est rattaché en fait à l'administration de l'État, le second ne l'est pas.

Source : BIU Cujas

d'elle; tels sont les hôpitaux privés, et toutes les fondations privées (1).

Si l'on admet en principe que l'administration de l'État se limite à la chose publique et que le régime d'État est un milieu de liberté (V. p. 8), on aboutit naturellement à poser comme indispensable la liberté corporative qui seule permet de subvenir aux mille besoins collectifs dont la spécialité dépasse la notion de la chose publique, et l'on conçoit à côté de l'administration publique, une administration d'intérêt public entièrement corporative dont l'action spontanée sera parallèle à celle de l'État. L'organisation de la liberté corporative comporte les conditions suivantes : d'une part, il faut que l'on puisse librement créer des associations ou fondations; d'autre part, il faut que ces institutions une fois créées, aient de plein droit la liberté d'action au sens juridique, c'est-à-dire qu'elles aient de plein droit la personnalité. Mais s'il convient de limiter l'État comme chose publique, il ne faut pas le détruire comme souveraineté. Or l'organisation corporative, par le pouvoir qu'elle acquiert, peut devenir une menace pour la puissance publique, il faut donc que celle-ci soit armée; elle s'était protégée jusqu'ici en refusant la liberté corporative, en s'arrogeant le droit d'autoriser ou de proscrire les associations, d'accorder ou de refuser la personnalité juridique; si en établissant la liberté corporative nous lui retirons ces moyens d'action grossiers, il faut lui en fournir d'autres plus subtils. Nous les trouverons dans deux idées déjà anciennes, mais dont il conviendra de renouveler le sens profond : celle de la mainmorte et celle de l'établissement d'utilité publique. Nous avons

(1) Il est clair que l'élément de volonté qui fait marcher l'institution est plus apparent dans la corporation que dans l'établissement parce qu'on peut le localiser dans l'assemblée des membres de la corporation; mais il n'en existe pas moins dans l'établissement, car si l'œuvre dont celui-ci est chargé ne suscitait pas des dévouements et des concours, elle ne s'accomplirait point; seulement ces bonnes volontés sont suscitées directement par le but de l'œuvre ou par l'attraction du patrimoine de l'établissement et elles ne sont pas organisées en des groupements précis. Dans tous les cas, la différence qui peut exister à ce point de vue entre les corporations et les établissements n'entraîne aucune conséquence juridique. On a prétendu que dans le cas de la corporation ou *universitas*, lors de la dissolution, l'actif doit être partagé entre les membres actuels, tandis que dans le cas de l'établissement il est acquis à l'État ou légué par les statuts à des institutions similaires. Mais cette conséquence pratique n'a rien de rigoureux. La vérité est que dans le cas de la corporation la distribution de l'actif est possible puisqu'il y a des membres, mais cette possibilité de fait ne paraît pas devoir déterminer une règle de droit précise et il semble plutôt que l'habitude s'établisse dans les statuts de léguer le fonds à une œuvre similaire. La loi du 1er avril 1898 dans ses art. 5, § 7, et 11, prévoit la liquidation de la société de secours mutuels, mais elle réserve la liberté des statuts; on admet généralement que dans le silence de la loi du 21 mars 1884 les syndicats professionnels sont libres aussi d'établir dans les statuts cette espèce de donation *mortis causâ* au profit des œuvres similaires (Bry, *Législation industrielle*, 1895, p. 278), enfin la loi du 1er juillet 1901, art. 9, fait de cette liberté testamentaire le droit commun des associations et des établissements (Cf. R., 16 août 1901, art. 14). Sur la distinction des corporations et des établissements qui a eu son heure de célébrité, v. Savigny, *System*, t. II, p. 225, et Vauthier, *Étude sur les personnes morales*, p. 262 et s., 381 et s.

Source : BIU Cujas

ainsi à examiner quatre objets : la liberté d'association et de fondation, la liberté de la personnalité juridique, la législation de la mainmorte et celle des établissements d'utilité publique.

I. *La liberté d'association et de fondation.* — Le droit de créer un corps, une institution, un établissement, en un mot un rouage social quelconque fonctionnant de lui-même, dont l'activité se distinguera, d'une part de l'activité individuelle proprement dite, d'autre part de l'activité de l'État, doit être considéré comme une liberté individuelle fondamentale. Il faut que l'initiative corporative procède de l'individu ou de l'État, il n'y a point de milieu; dans cette alternative c'est l'individu qu'on doit choisir. Cela semble un paradoxe ; de la part de l'individu qui entre dans une association, dans un groupement, il y a aliénation au moins partielle de sa liberté d'action, et c'est cette aliénation de liberté que nous présentons comme une liberté ! Assurément ; d'abord, parce qu'il n'y a point liberté complète quand on ne peut pas sacrifier cette liberté à une fin que l'on juge supérieure; ensuite, parce que laisser à l'État le droit d'autoriser ou de proscrire les institutions corporatives, lui laisser par conséquent la direction de la force corporative, l'appréciation des fins sociales auxquelles elle doit être employée, cela est du pire socialisme (1). Il est seulement du ressort de l'État de prendre certaines précautions, d'établir certaines conditions légales pour la formation des corps et de caractériser ceux qui seraient illicites.

II. *La liberté de la personnalité juridique.* — Toute association, toute fondation, tout établissement légalement constitué devrait jouir de plein droit de la personnalité juridique, du moins s'il en manifeste l'intention par une déclaration.

Le Droit rendrait ainsi hommage à la réalité des faits. Il est incontestable qu'une association, un établissement, une fondation, lorsqu'ils ont fonctionné pendant un certain temps, prennent aux yeux de tous une personnalité de fait. Une société de courses ou de concours hippique, une société de patronage, une société de secours mutuels, ne sont plus au bout de quelques années des comités composés de tels ou tels membres, ils sont *la société*, *le patronage*, *la mutuelle*, etc... Il ne faut pas dire qu'ils sont devenus des êtres abstraits ou fictifs, car ils ont une réalité concrète, ils ont un local, un mobilier, un budget, un personnel, ils existent dans la pensée de tous ceux qui les connaissent ou qui y collaborent et cette existence s'est séparée de celle des individus membres du comité; la personnalité n'est pas fictive, elle n'est pas non plus physique,

(1) Le socialisme implique cette idée qu'il appartient à la collectivité de déterminer les fins sociales auxquelles doit être appliquée l'activité humaine, afin d'éviter les antinomies, les luttes, les déperditions de force, afin d'arriver à une coordination harmonieuse. Or, lorsqu'on envisageait les conséquences de cette doctrine au regard de l'activité individuelle on poussait des cris d'effroi, et l'on ne faisait pas attention qu'on l'admettait pour l'activité corporative.

Source : BIU Cujas

elle est sociale ou morale. La réalité de la personnalité sociale est tellement évidente que le Droit est obligé d'en tenir compte à certains égards. On sait que le Gouvernement n'accorde la reconnaissance d'utilité publique qu'à des établissements qui ont fait leurs preuves par une existence de fait déjà prolongée ; si des libéralités sont offertes à l'un de ces établissements alors qu'il n'est pas encore reconnu, mais qu'il existe en fait, le droit administratif valide ces libéralités à condition que la reconnaissance d'utilité publique intervienne ensuite. Ainsi l'établissement qui n'est pas encore parvenu à la vie juridique par la reconnaissance d'utilité publique a cependant une existence de fait qui ne saurait être qu'une existence morale.

Si la personnalité sociale ou morale est un fait, le Droit aurait mauvaise grâce à ne pas le consacrer, en doublant cette personnalité morale d'une personnalité juridique. Il n'y a aucune raison pour qu'il refuse aux établissements ce qu'il accorde à tous les hommes. Dès qu'un homme est né vivant et viable, c'est-à-dire dès qu'il a une existence de fait incontestable, il a une personnalité juridique, il doit en être de même de l'établissement (1).

(1) La prétention qu'a l'État, dans la plupart des pays modernes, de dispenser à son gré la personnalité civile aux corps et communautés s'explique par deux raisons : l'une politique qui est le désir des gouvernements de conserver un pouvoir et une arme de combat, l'autre juridique qui est une théorie erronée sur la nature même de la personnalité morale. Depuis Savigny (*System*, II, § 88) c'est une opinion très répandue que la personnalité morale des corps et communautés est fictive ; elle procède, dit-on, du milieu social, mais à titre de fiction, c'est-à-dire qu'elle ne trouve aucune base réelle à l'intérieur des êtres corporatifs, dans ce qu'on pourrait appeler leurs ressorts intimes ; du moment que la personnalité morale n'existe que par le milieu social, elle n'existe que par l'État qui n'est que le représentant du milieu social.

Contre cette théorie de la fiction si favorable aux empiètements de l'État il s'est créé en Allemagne un corps de doctrine puissant dû à Gierke et à son école. Dans cette école on est revenu à l'idée que la personnalité morale a une réalité, parce que les corps et communautés sont des organismes qui par eux-mêmes tendent à la vie et par conséquent à la vie juridique. On y conclut directement de l'existence organique à l'existence juridique comme l'avaient déjà fait les glossateurs dans leur théorie du *corpus* (V. sur ce point Saleilles, Étude sur l'histoire des sociétés en commandite, *Annales de droit commercial*, 1895).

En France, cette argumentation ne paraîtrait pas suffisamment analytique aux esprits qui d'instinct sont favorables à l'idée de la réalité de la personne morale. Le fait saillant qui demande explication est celui-ci : la personne morale, n'ayant point d'existence physique, ne peut agir que par représentants ; comment établir que ces représentants procèdent bien d'elle et ne lui sont pas constitués par le milieu social ? Tout est là, car si ses représentants tiennent d'elle-même leur mandat, son activité juridique est spontanée.

J'ai essayé cette démonstration dans mes *Leçons sur le mouvement social*, 2e appendice. Voici, en résumé, l'argumentation : les corps et communautés ont d'abord une individualité de fait, c'est ce que l'école de Gierke appelle un organisme ; mais, en outre, il se dégage spontanément à l'intérieur de cette individualité une sorte *d'esprit commun* dû à une certaine unanimité d'idées qui s'établit entre tous les individus qui participent

Source : BIU Cujas

Non seulement la personnalité civile appartiendrait de droit aux corps et communautés, mais elle serait la même pour tous, elle comprendrait les mêmes droits, les mêmes facultés, sauf les incapacités spéciales dont la loi jugerait opportun de frapper certains établissements ou celles qu'établiraient les statuts eux-mêmes. En d'autres termes, la personnalité civile ne serait point mesurée sur la spécialité de l'établissement, une société savante aurait les mêmes droits qu'un syndicat professionnel. Pratiquement la question se pose surtout pour la capacité de recevoir des libéralités (1).

à l'œuvre commune. C'est grâce à cet *esprit commun* que s'établit la possibilité d'une représentation juridique. Il est facile de voir, en effet, sans entrer dans tous les détails du mécanisme, que si certains membres de la communauté sont désignés par les autres pour exercer les droits corporatifs, ils auront puisé la substance de leur mandat dans *l'esprit commun* de la corporation dont les inspirations se traduiront dans leurs consciences en décisions réfléchies (Comparez dans le sens de cette doctrine qui se crée à l'intérieur d'une société : Thaller, *Traité de droit commercial*, 2e édition, p. 166 et s.). C'est d'ailleurs une observation de sens commun, une vérité banale, que les diverses associations, corporations, sociétés, depuis les syndicats professionnels, jusqu'aux congrégations religieuses, en passant par les grandes compagnies financières, ont chacune un esprit différent, alors même qu'elles poursuivent des buts similaires. Chacune a son tempérament, son caractère, ses mœurs, et comme on dit *son esprit*. Les capucins ne sont pas animés du même esprit que les jésuites; les syndicats agricoles ne sont pas animés du même esprit que les syndicats ouvriers; les syndicats jaunes n'ont pas le même esprit que les syndicats rouges; le Crédit Lyonnais ne sera pas animé du même esprit que la Société générale ou le Comptoir d'escompte, etc. — C'est cet esprit-là qui, en effet, *anime* les institutions, qui dicte le choix des représentants et donne un sens à leur mandat; il y a bien là un fait pyschologique intérieur à l'association, propre à celle-ci, et qui dans son organisation représentative révèle un principe de vie autonome. — L'opinion d'après laquelle la personnalité morale des associations est spontanée, assez nouvelle en France, gagne du terrain depuis quelques années... Cfr. surtout Saleilles, Michoud, Houques-Fourcade, Mestre, *op. cit.*

(1) En principe, on reconnaît bien que la personnalité morale corporative contient le droit de recevoir des libéralités, même quand il s'agit des sociétés civiles ou commerciales (Thaller, *Traité de droit commercial*, 2e édition, p. 166 et s.; Lot, *Des libéralités aux sociétés civiles et commerciales*, Paris, 1895). Mais 1° pour ce qui est des associations sans but lucratif, la loi positive française tend à réserver cette capacité aux seules associations reconnues d'utilité publique (L. 1er juill. 1901, art. 6 et 11); 2° les art. 910 et 937 du Code civil subordonnent l'acceptation des libéralités faites aux établissements d'utilité publique à la nécessité d'une autorisation administrative préalable. Nous touchons ici à une question brûlante. Le Conseil d'État chargé d'autoriser les libéralités faites aux établissements d'utilité publique, aux termes des art. 910 et 937 du Code civil, a posé le principe de la spécialité. Il n'autorise pas l'acceptation quand il y a des charges tendant à faire sortir l'établissement de sa spécialité. Mais le principe de la spécialité, que nous aurons d'ailleurs plus tard à apprécier (*infrà*, *Droit administratif*, *établissements publics et dons et legs*), est-il une restriction de la capacité juridique, porte-t-il atteinte à la personnalité civile, n'est-ce pas plutôt simplement une règle de police administrative? Nous pensons avec de bons esprits que c'est une pure règle de police administrative; la personnalité juridique est une virtualité mise à la disposition des individus, elle est comme la loi faite pour tous, il y a égalité devant la personnalité juridique comme il y a égalité devant la loi, cela est vrai pour les établissements comme pour les hommes; si l'éta-

Source : BIU Cujas

La personnalité civile des corps et communautés devrait être considérée comme complète, non seulement au point de vue de leur activité, mais aussi au point de vue de leur responsabilité. Les établissements devraient être soumis à la responsabilité civile et même à la responsabilité pénale dans les conditions du droit commun, toutes les fois que cela ne serait pas incompatible avec leur nature d'être moral. Par suite ils pourraient être condamnés à des amendes. Cette responsabilité existerait soit à raison d'infractions à la loi sur les associations, soit à raison de faits dommageables commis à l'égard des tiers et constituant des délits ou des quasi-délits (1).

III. *La législation de la mainmorte* (2). — Plus l'État se montrerait libéral envers les corps et communautés, plus il devrait être garanti contre les dangers possibles que ferait courir à sa souveraineté le pouvoir acquis par ceux-ci. Comment protéger l'État? D'une façon très simple, en rendant les corps et communautés incapables de se constituer une mainmorte territoriale, en déclarant qu'ils ne pourront posséder aucun autre immeuble que ceux qui sont nécessaires à leur installation et à leur fonctionnement.

Nous posons en thèse qu'une seule force dans les institutions corporatives serait dangereuse pour l'État, ce serait celle que leur donneraient de grandes possessions territoriales. Ni le nombre des associés, ni la fortune mobilière des établissements ne constituent un danger sérieux, mais seulement l'assiette territoriale. Il y a à cela des raisons profondes. La fortune mobilière est tenue de s'employer dans l'organisation capitaliste, en placements industriels ou en fonds publics; toute valeur mobilière employée est prise dans l'engrenage de la finance qui, si elle n'est pas complètement sous la dépendance de l'État, est dans tous les cas son alliée intime. Loin donc d'être pour la corporation un élément d'indépendance, la fortune mobilière est une cause de dépendance : « Qui a terre a guerre » disait-on autrefois; « qui a finance dépend de la cote », peut-on dire aujourd'hui. Or la cote, le crédit public, tout cela demande la stabilité de l'État. Au contraire, les possessions territoriales sont un

blissement se trouve à l'étroit dans ses statuts pour rendre le service nouveau que la libéralité lui a imposé, il modifiera ses statuts et tout sera dit. La loi du 1er juillet 1901 admet cette modification des statuts à la seule condition d'en faire la déclaration (art. 5).

La jurisprudence de la Cour de cassation n'admet pas que le principe de la spécialité entraîne nullité des libéralités au point de vue civil : Cass., 18 mai 1852, *Hausmann;* 31 janvier 1893, *Faidides ;* 24 mai 1894, *Cambournac.* V. dans le même sens : MM. Marquès di Braga et Camille Lyon, *Traité de la comptabilité de fait*, n° 187; en sens contraire, Théodore Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 262 et s. Pour plus amples détails, Houques-Fourcade, *op. cit.*, nos 303 *bis* I et 303 *bis* II.

(1) V. sur ce point l'étude très complète de M. Achille Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, 1899 et la loi du 1er juillet 1901.

(2) V. Le Berquier, *De la propriété foncière des établissements publics*, Revue pratique, 1858 et 1859.

Source : BIU Cujas

élément d'indépendance et une menace directe pour l'État. L'État n'a qu'un faible pouvoir territorial; il a besoin que les habitants d'un territoire donné ne soient pas soumis à un pouvoir plus fort que le sien. Si les corporations pouvaient indéfiniment accroître leurs possessions territoriales, des circonscriptions administratives entières ne tarderaient pas à échapper à l'action de l'État parce qu'elles seraient sous celle beaucoup plus directe du propriétaire.

On tolère que des étrangers possèdent une grande partie de la rente française, des valeurs industrielles françaises, on ne tolérerait pas que des étrangers possédassent des étendues du territoire français (1).

IV. *Le procédé de l'établissement d'utilité publique.* — Il y aurait pour l'État un autre procédé pour rendre inoffensifs les corps et communautés, ce serait de lier partie avec eux, de conclure des traités d'alliance. En concédant certains avantages et certains privilèges de puissance publique aux établissements, l'État se les attacherait, d'abord par la reconnaissance, ensuite par la crainte qu'ils auraient de se voir retirer les avantages qu'on leur aurait faits, enfin parce qu'accordant des faveurs il aurait le droit de retenir en retour une certaine tutelle et parce qu'il est des avantages qui sont en même temps des servitudes; tel est par exemple le privilège accordé aux caisses d'épargne et aux sociétés de secours mutuels approuvées de verser des fonds à la Caisse des dépôts

(1) Le danger de la mainmorte territoriale apparaît surtout si l'on se place au point de vue de la durée. Le régime d'État suppose circulation des biens et mobilité des fortunes; le régime d'État est l'opposé de l'immobilité féodale; le régime d'État est trop fragile par lui-même, trop délicat, pour supporter à côté de lui des forces territoriales qui se perpétuent; il ne persiste que si autour de lui tout le reste est éphémère. Or, dans les fortunes individuelles, la propriété territoriale est éphémère, elle change de mains et de direction à chaque génération, elle se morcèle, elle s'effrite; au contraire dans les patrimoines corporatifs la propriété territoriale et le pouvoir qu'elle donne sont immuables, les corporations n'aliènent pas, elles ont la main morte pour aliéner.

Cette raison politique de prohiber la mainmorte territoriale est la plus profonde, mais il y a aussi des raisons économiques plus connues. Les territoires de mainmorte, généralement mal cultivés, sont peu productifs; cet inconvénient ne se présente pas pour les capitaux de mainmorte qui sont forcés de s'employer dans des opérations productives, etc. Le législateur a bien eu à diverses reprises le sentiment du danger spécial de la maimorte territoriale : l'art. 74 de la loi du 18 germinal an X, stipule que l'on ne pourra attacher aux titres ecclésiastiques d'autres immeubles que le logement et le jardin, toutes les autres fondations ecclésiastiques doivent être en rentes sur l'État; la loi du 21 mars 1884, art. 6, interdit aux syndicats professionnels de posséder d'autres immeubles que ceux nécessaires aux réunions, aux bibliothèques, aux cours d'instruction professionnelle; interdiction analogue dans la loi du 30 novembre 1894 pour les comités des habitations à bon marché; la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels pose la même règle pour les sociétés libres, art. 15, § 5; et si elle admet que les sociétés approuvées ou celles reconnues comme établissements d'utilité publique peuvent acquérir plus largement des immeubles, c'est parce qu'elles sont plus étroitement liées à l'Administration. La loi du 1er juillet 1901 établit aussi de sévères précautions pour l'acquisition des immeubles par les associations.

Source : BIU Cujas

et consignations. Là est la véritable notion de l'établissement d'utilité publique, un établissement déjà doué de l'existence civile, mais dont l'État a enrichi la personnalité en y ajoutant quelque privilège administratif, ce qui lui donne comme contre-partie le droit d'exercer une certaine tutelle. La Banque de France serait dans notre organisation actuelle le type de cette combinaison si elle n'était pas une société de commerce. C'est un établissement qui avait déjà la personnalité et auquel l'État a concédé le privilège de l'émission des billets de banque, qu'il a ainsi associé à son sort, dont il a fait son collaborateur et dont il a acquis le droit de nommer le gouverneur.

Tous les établissements pourraient ainsi être affiliés à l'État, à peu de frais, par la concession gracieuse de menus avantages, les syndicats professionnels aussi bien que les congrégations religieuses. L'ancien régime avait parfaitement compris le profit que l'État tire d'une situation pareille; les corps et communautés lui étaient inféodés, il les avait gagnés, il avait même exagéré sur eux sa tutelle. Il est vrai, c'est le régime du privilège! mais ces privilèges purement administratifs ne gênent personne. Les associations syndicales autorisées ont le droit d'exproprier; les caisses d'épargne ordinaires versent leurs fonds à la Caisse des dépôts et consignations; ces arrangements administratifs ne portent point ombrage aux individus, pas plus que le privilège de la Banque de France. Au choix d'ailleurs, l'arbitraire du privilège est préférable à celui de la compression (1).

§ 2. — Partie pratique.

N° 1. — Législation des établissements d'utilité publique (2).

Les établissements d'utilité publique sont les institutions auxquelles la loi ou des actes du pouvoir exécutif confèrent la personnalité juridique, en motivant expressément cette concession par l'utilité publique, sans cependant en faire des organes de l'Administration publique. Ils se distinguent, d'une part, des institutions libres douées de personnalité; d'autre part, des établissements publics : 1° Les établissements

(1) Des lois récentes, par la distinction d'une grande et d'une petite personnalité juridique, ont rendu un sens à la reconnaissance d'utilité publique; les institutions d'une certaine espèce ont reçu de la loi une petite personnalité, si elles veulent la grande personnalité elles doivent demander la reconnaissance d'utilité publique. Telles sont les sociétés de secours mutuels d'après la loi du 1er avril 1898; telles les associations déclarées d'après la loi du 1er juillet 1900; mais ce n'est pas la concession de la personnalité juridique grande ou petite qui devrait faire les frais de ce marchandage, car cette personnalité devrait exister complète de plein droit.

(2) Des Cilleuls, *Le régime des établissements d'utilité publique*, Paris, 1891; Michoud, *La création des personnes morales*, 1900; Pierre Avril, *Les origines de la distinction de l'établissement public et de l'établissement d'utilité publique*, Paris, 1900. — Il est à remarquer que la loi du 1er juillet 1901, art. 10 et 11, a renouvelé la matière.

Source : BIU Cujas

d'utilité publique se distinguent des institutions libres douées de personnalité, en ce que leur utilité publique a été formellement constatée et a été le motif de la concession de la personnalité qui leur a été faite; cet élément de la reconnaissance d'utilité publique manque pour les institutions libres. Elles ont, elles aussi, leur utilité publique sans doute, mais elle n'a pas été formellement reconnue. Telle me paraît être par exemple la situation des sociétés de secours mutuels libres, puisqu'à côté d'elles la loi du 1er avril 1898 distingue des sociétés de secours mutuels reconnues d'utilité publique, telle me paraît être également la situation des syndicats professionnels (V. en ce sens, Bry, *Législat. industrielle*, p. 256). Telle est la situation des associations simplement déclarées d'après la loi du 1er juillet 1901. Il y a intérêt à la distinction au point de vue des dons et legs (1);

2° Les établissements d'utilité publique se distinguent des établissements publics en ce que, malgré leur utilité publique déclarée, en fait ils ne sont pas rattachés à l'Administration publique, tandis que les établissements publics sont des organes de l'Administration publique (Cass., 28 oct. 1885, S. 86. 1. 436); à cette distinction se rattachent un certain nombre d'intérêts pratiques (V. *infrà*, *Droit administratif*, v° *Établissement public*).

En principe, la reconnaissance d'utilité publique d'un établissement résulte d'un décret, qui était autrefois rendu en assemblée générale du Conseil d'État (R. 2 août 1879, art. 7, § 4), qui maintenant peut être rendu simplement en section à moins qu'il ne s'agisse d'un établissement ecclésiastique (R. 2 août 1879, modifié par R. 3 avr. 1886); mais les congrégations religieuses ne pourraient être reconnues que par une loi (L. 1er juill. 1901, art. 13), de même les établisssements d'enseignement supérieur libre (L. 18 mars 1880, art. 7) (2).

Condition générale des établissements d'utilité publique. — Cette condition est assez particulière : Dans son fond l'établissement d'utilité publique est une institution privée dont l'activité est désintéressée, en principe donc cette institution doit être libre; mais, d'autre part, puisque l'établissement a été l'objet d'une déclaration d'utilité publique, c'est

(1) En fait les institutions libres douées de personnalité, qui ne sont pas déclarées d'utilité publique, sont souvent privées de la capacité de recevoir des dons et legs, mais si elles n'en sont pas privées, en tout cas il n'y a pas lieu à l'autorisation d'accepter (C. E., 20 juill. 1891, Monchaussée).

(2) On trouve dans la catégorie des établissements d'utilité publique : 1° des institutions charitables, telles que les sociétés de charité maternelle, les œuvres du prêt gratuit, des orphelinats, des asiles, etc.; 2° des sociétés amicales, associations d'anciens élèves de lycées, etc.; 3° des sociétés savantes, académies, sociétés d'archéologie, etc.; 4° des ligues, comme la ligue de l'enseignement; de véritables établissements d'enseignement, comme les facultés libres, l'école des hautes études, etc.; 5° des comices agricoles, etc., et enfin les congrégations religieuses reconnues, les caisses d'épargne ordinaires, les monts-de-piété, certaines sociétés de secours mutuels, les comités d'habitation à bon marché, etc.

Source : BIU Cujas

que l'Administration, tout en ne le rattachant pas à ses services, désire se l'attacher; il y a donc à prévoir une sorte de juxtaposition de l'établissement d'utilité publique à l'Administration d'où il résultera pour lui à la fois des incapacités et des privilèges :

1° En ce qui concerne la capacité, la situation est celle-ci : les établissements d'utilité publique peuvent faire tous les actes de la vie civile qui ne leur sont pas interdits par leurs statuts, mais ils ne peuvent posséder ou acquérir d'autres immeubles que ceux nécessaires au but qu'ils se proposent; toutes leurs valeurs mobilières doivent être placées en titres nominatifs, ils peuvent recevoir des dons et legs dans les conditions prévues par l'art. 910 du Code civil et l'art. 5 de la loi du 4 février 1901. Les immeubles compris dans un acte de donation ou dans une disposition testamentaire qui ne seraient pas nécessaires au fonctionnement de l'établissement sont aliénés dans les délais et la forme prescrits par le décret ou l'arrêté qui autorise l'acceptation de la libéralité; le prix en est versé à la caisse de l'établissement. — Ils ne peuvent accepter une donation mobilière ou immobilière avec réserve d'usufruit au profit du donateur (Cf. L. 1er juill. 1901, art. 11) — De plus il en est qui, à raison de l'importance des services qu'ils rendent au public, sont soumis à une tutelle spéciale, surtout financière; tel est le cas des caisses d'épargne, des monts-de-piété, etc. (1);

2° N'étant pas membres de l'État, les établissements d'utilité publique ne jouissent en principe d'aucun privilège de puissance publique, à moins qu'il ne leur ait été spécialement concédé; ils n'ont ainsi ni le droit d'exproprier, ni le bénéfice d'aucun impôt, ni l'hypothèque légale sur les biens de leurs comptables que l'art. 2121 du Code civil accorde aux établissements publics; ils ne sont pas soustraits aux voies d'exécution du droit commun. Mais ils ont de menus privilèges tels que le droit de verser leurs fonds à la Caisse des dépôts et consignations;

3° L'établissement disparaît si l'association qui sert de support à sa personnalité se dissout. De plus l'établissement peut être supprimé, c'est-à-dire que l'État qui avait accordé la personnalité peut la retirer. En principe, la personnalité peut être retirée par un acte de même nature que celui qui l'avait concédée. Dans les deux cas, il s'agit de régler la dévolution des biens. Le principe posé par la loi du 1er juillet 1901, art. 9, complété par le règlement du 16 août 1901, art. 14, est que les statuts règlent cette dévolution ou à défaut de statuts une assemblée générale des associés (2).

(1) La condition des congrégations religieuses reconnues avant la loi du 1er juillet 1901 est réglée par la loi du 2 janvier 1817 et du 24 mai 1825, celle des congrégations reconnues en vertu de la loi du 1er juillet 1901 sera réglée par la loi d'autorisation.

(2) Cette solution libérale, en contradiction avec l'ancien principe de l'attribution à l'État des biens vacants et sans maître (art. 539 et 713, C. civ.), avait été préparée par un certain nombre de textes spéciaux (V. L. 15 juill. 1850, art. 10, Sociétés de secours

Source : BIU Cujas

N° 2. — Quelques établissements particuliers.

Caisses d'épargne ordinaires (1). — Les caisses d'épargne sont des établissements destinés à faciliter la formation du capital; elles reçoivent en dépôt les sommes, même les plus minimes, en assurent la conservation et leur font produire intérêts. — Il y a une Caisse nationale d'épargne ou caisse postale organisée par la loi du 9 avril 1881 qui a la qualité d'établissement public, et des caisses *ordinaires* qui ont la qualité d'établissements d'utilité publique (Cass., 5 mars 1856, S. 56. 1. 517).

Il y a environ 550 caisses ordinaires ouvrant plus de 2.000 bureaux et recevant en dépôt près de trois milliards et demi. Un pareil mouvement de fonds appartenant à la petite épargne justifie des mesures de précaution et une tutelle sérieuse de l'État, la loi organique est celle du 5 juin 1835 modifiée par de nombreuses dispositions (L. 31 mars 1837, L. 30 juin 1851, L. 7 mai 1853 et enfin L. 20 juill. 1895). Deux objets sollicitent le législateur en cette matière; il faut, d'une part, établir de solides garanties pour les déposants, d'autre part, trouver l'emploi le plus profitable des énormes sommes déposées. Jusqu'ici c'est la première préoccupation qui a dominé d'une façon excessive, il en est résulté un mode d'emploi fâcheux; tous les fonds des caisses d'épargne sont versés à la Caisse des dépôts et consignations, c'est-à-dire dans un établissement d'État qui lui-même ne peut les employer qu'en achat de valeurs publiques, fonds d'État, emprunts départementaux, communaux, etc.; c'est donc la *centralisation* absolue des fonds, c'est l'épargne locale drainée, ne s'employant pas sur place, allant procurer du crédit au loin, on ne sait où; sans compter la responsabilité de l'État gravement engagée. Aussi, depuis un certain nombre d'années déjà, préconise-t-on une *décentralisation de l'emploi;* les caisses d'épargne ne devraient pas être forcées de verser les fonds à la Caisse des dépôts et consignations, elles devraient pouvoir les emplover sur place en des œuvres locales et en des placements locaux. La caisse d'épargne locale deviendrait ainsi un des rouages de l'organisme du crédit local, agricole ou industriel; son activité serait liée à celle des sociétés coopératives, des sociétés de crédit agricole, des sociétés de construction des maisons à bon marché, etc... C'est un beau et séduisant programme, déjà appliqué dans certains pays étrangers dont la législation admet le libre emploi (Allemagne, Autriche-Hongrie, Suisse, Hollande, Danemark, Suède, Norvège, États-Unis,

mutuels; L. 24 mai 1825, art. 7, Congrégations religieuses de femmes; L. 12 juill. 1875, art. 12, Établissements d'enseignement supérieur; L. 30 nov. 1894, art. 2, Comité des habitations à bon marché).

(1) *Bibliographie :* Rouquet, *Les caisses d'épargne*, Paris, 1896; on trouvera dans cet ouvrage une bibliographie assez complète; Rostand, *La réforme des caisses d'épargne*, *Revue parlementaire*, août 1894.

Source : BIU Cujas

Canada, Australie), mais qui a paru inquiéter le législateur français; après de longues discussions la loi du 20 juillet 1895 n'en a réalisé qu'une faible partie en autorisant l'emploi local de la fortune personnelle de la caisse, mais non pas celui des dépôts (1).

Sociétés de secours mutuels (L. 1er avril 1898) (2). — Les sociétés de secours mutuels sont des associations de secours fondées sur le principe de la mutualité :

1° Ce sont des associations de secours (3), elles se proposent d'atteindre un ou plusieurs des buts suivants : « Assurer à leurs membres par-« ticipants et à leurs familles des secours en cas de maladie, blessures « ou infirmités, leur constituer des pensions de retraite, contracter à « leur profit des assurances individuelles ou collectives en cas de vie, « de décès ou d'accidents, pourvoir aux frais des funérailles et allouer « des secours aux ascendants; aux veufs, veuves ou orphelins des mem-« bres participants décédés; elles peuvent en outre, accessoirement, « créer au profit de leurs membres des cours professionnels, des offices « gratuits de placement et accorder des allocations en cas de chômage, à « la condition qu'il soit pourvu à ces trois ordres de dépenses au

(1) Les caisses d'épargne ordinaires sont autorisées par décret en Conseil d'État, la demande doit être faite par les conseils municipaux et ceux-ci doivent délibérer sur les statuts. Aux termes de l'art. 22 de la loi de 1895 « à l'avenir, l'existence d'une caisse d'épargne ordinaire ou d'une succursale, dans une commune, fera obstacle à l'ouverture dans cette même commune d'une autre caisse d'épargne ou d'une succursale relevant d'une autre caisse ». Les caisses d'épargne ordinaires sont donc en partie municipales, ce qui ne les empêche point d'être de simples établissements d'utilité publique. Il y a des statuts-type de 1854 applicables à toutes les caisses d'épargne ordinaires à l'exception de celles de Paris.

La tutelle porte sur l'organisation, sur la gestion de la fortune personnelle de la caisse dont les éléments ont été modifiés et simplifiés par la loi nouvelle; mais elle a surtout pour objectif le contrôle des opérations de dépôt. Sur ce point elle est relative : 1° au montant minimum ou maximum des dépôts; 2° à des facilités particulières données aux dépôts des femmes mariées ou des mineurs, ou des sociétés de secours mutuels ou autres; 3° à la clause de sauvegarde qui permet à la caisse de ne rembourser le dépôt que par acomptes, et par quinzaine dans les cas de force majeure; 4° au versement que les caisses doivent faire de leurs dépôts à la Caisse des dépôts et consignations, à l'emploi que cette caisse doit en faire, à l'intérêt qu'elle doit servir et à celui que doivent servir ensuite les caisses d'épargne à leurs déposants; 5° à la comptabilité à laquelle les caisses sont soumises, à la surveillance financière.

Enfin la loi nouvelle dans son art. 11 organise, auprès du ministre du Commerce, une commission supérieure qui se réunit au moins une fois par an pour donner son avis sur les questions concernant les caisses d'épargne; cette commission dont font partie des délégués élus par les caisses, pourra préparer de nouvelles modifications législatives.

(2) *Bibliographie :* Barberet, *Commentaire de la loi de* 1898 *sur les sociétés de secours mutuels*, 3e éd., 1902.

(3) L'expression *association de prévoyance* employée par la loi (art. 1er) est trop large car il y a des associations de prévoyance fondées sur la mutualité qui ne sont pas des sociétés de secours mutuels; je fais allusion aux coopératives mutuelles; V. aussi avis C. E. du 5 août 1901, *Dotation de la jeunesse de France*, R. d'A. 1902. 1. 418.

Source : BIU Cujas

« moyen de cotisations ou de recettes spéciales » (art. 1er de la loi) (1).

2° Elles sont fondées sur le principe de la mutualité, or la mutualité se caractérise par trois idées : une cotisation fournie par les membres ; l'égalité de tous les membres devant les services rendus par la société (2); leur désintéressement absolu c'est-à-dire la proscription de toute espèce de bénéfices réalisés par les membres sur les opérations de la société (3).

Les sociétés de secours mutuels se constituent librement, elles sont seulement assujetties à une déclaration à la sous-préfecture; l'art. 5 détermine les questions que les statuts doivent régler; l'accès de ces sociétés est facilité aux mineurs et aux femmes mariées; elles peuvent se dissoudre volontairement dans de certaines conditions; elles peuvent aussi être dissoutes par voie d'autorité, mais la dissolution ne peut être prononcée que par le tribunal civil de l'arrondissement (art. 10) et seulement si la société est détournée de son but.

Les sociétés se divisent en trois catégories : 1° les sociétés *libres* qui ne jouissent que de la petite personnalité, restreinte au droit d'ester en justice et à la jouissance des droits mobiliers, mais qui peuvent recevoir des dons et legs mobiliers (art. 13 et 15) et qui n'ont aucun privilège

(1) Composées primitivement de petites gens des villes appartenant à des professions variées et semblables par là aux *collegia tenuiorum* de la fin de la République romaine, les sociétés de secours mutuels paraissent destinées à s'absorber dans les syndicats professionnels, maintenant que ceux-ci sont reconstitués. Il est naturel en effet que la solidarité professionnelle une fois réveillée fournisse à la fois l'organisation de la défense des intérêts et celle de la prévoyance. Ainsi se récréent peu à peu dans notre régime individualiste, sous la pression des besoins, les membres épars de la corporation qui est à la fois pour la défense des intérêts professionnels et pour la prévoyance. Ces *disjecta membra* n'auront guère de peine à se rejoindre.

Notons que la loi du 29 juin 1894, en créant des *caisses de retraite et de secours pour les ouvriers mineurs* qui ne sont que des espèces de sociétés de secours mutuels, a donné l'exemple de la mutualité professionnelle et qui plus est obligatoire. Notons enfin que la loi du 21 mars 1884, art. 6, § 3 autorise les syndicats professionnels à constituer entre leurs membres des sociétés de secours mutuels.

(2) La loi elle-même insiste sur le caractère d'égalité : « Ne sont point considérées « comme sociétés de secours mutuels les associations qui, tout en organisant sous un « titre quelconque, tout ou partie des services prévus à l'article précédent, créent au « profit de telle ou telle catégorie de leurs membres et au détriment des autres des « avantages particuliers. Les sociétés de secours mutuels sont tenues de garantir à tous « leurs membres participants les mêmes avantages sans autre distinction que celle qui « résulte des cotisations fournies et des risques apportés » (art. 2).

Le principe d'égalité n'empêche pas que la société de secours mutuels ne puisse compter des membres honoraires à côté des membres participants (art. 3); les membres honoraires paient, il est vrai, une cotisation et ne participent pas aux services de la société, mais c'est en vertu d'une renonciation volontaire qui ne fait pas échec au principe.

(3) Le caractère désintéressé va de soi dans la société de secours mutuels proprement dite qui ne fait pas d'opérations d'argent, mais il est intéressant de le relever dans la coopérative mutuelle qui, elle, au contraire, est appelée à faire des opérations commerciales et dont tous les bénéfices doivent être transformés en des économies réalisées par les associés. V. Sirey, 99, III, 73, la note.

Source : BIU Cujas

administratif (1) ; 2° les sociétés *approuvées*, c'est-à-dire dont les statuts ont été approuvés par arrêté ministériel, qui ont une personnalité plus étendue et une certaine jouissance des droits immobiliers (art. 17), qui de plus profitent de privilèges administratifs tels que le versement des fonds à la Caisse des dépôts et consignations, une remise des deux tiers de la taxe municipale des convois funéraires dans les villes où elle existe, le droit d'exiger des municipalités un local pour les réunions, des livres et registres pour la comptabilité (art. 18) (2) ; 3° les sociétés *reconnues comme établissements d'utilité publique* par décret rendu en assemblée générale du Conseil d'État dont la personnalité plus étendue encore est déterminée par le décret (3).

— L'art. 8 prévoit l'organisation d'*unions de sociétés de secours mutuels* qui seront elles-mêmes libres, approuvées, ou reconnues d'utilité publique et qui auront le degré de personnalité correspondant à chacune de ces situations (art. 15, 16, 32) ; elles ont pour but l'admission des membres participants qui ont changé de résidence et l'organisation de services communs pour les retraites ou les assurances.

— Pour la gestion des sociétés et le détail de leurs opérations voir le texte de la loi du 1er avril 1898 et les commentaires spéciaux.

Monts-de-piété (4) (L. 16 pluviôse an XII ; L. 24 juin 1851). — Les monts-de-piété ont le monopole des prêts sur gage. Pendant longtemps ils n'opéraient que sur les objets mobiliers ; une loi du 25 juillet 1891 a autorisé le prêt sur titres.

Il y a en France quarante-deux monts-de-piété, y compris celui de Paris. Le mont-de-piété de Paris fait pour cinq millions de prêts, ceux des départements de deux à trois millions. Le texte fondamental est la loi du 24 juin 1851, sauf pour l'établissement de Paris, qui a une organisation spéciale (Arr. 15 mars 1848).

Ils sont administrés en général par un directeur nommé administrativement et qui peut être révoqué ; ce directeur est assisté d'un conseil présidé par le maire et dont les membres sont nommés administrative-

(1) Ces sociétés, quoique libres, sont soumises à l'autorisation administrative pour l'acceptation des dons et legs mobiliers (art. 15, § 2), elles sont donc elles-mêmes sous le régime des établissements d'utilité publique, à plus forte raison les sociétés approuvées et les sociétés reconnues d'utilité publique.

(2) Il est à remarquer que l'approbation ne peut être refusée aux sociétés qui la demandent que dans des cas déterminés par la loi et que la décision de refus peut être attaquée devant le Conseil d'État par un recours dispensé des frais et du ministère de l'avocat (art. 16) ; les sociétés ont donc une sorte de droit à être approuvées.

(3) La reconnaisance d'utilité publique n'est pas comme l'approbation l'objet d'un droit pour la société, il n'y a pas de recours contre la décision de refus.

(4) *Bibliograghie :* Blaize, *Des monts-de-piété et des banques de prêts sur gages*, 2 vol. in-8°, 1866 ; Claveau, *Rapports et documents présentés au ministre de l'Intérieur*, Paris, imprimerie nationale, 1876 ; C. Duval, *Manuel de législation, d'administration*, etc., *du mont-de-piété de Paris*, 1886 ; Block, *Dictionnaire de l'administration*, v° *Mont-de-piété*.

Source : BIU Cujas

ment. Quant aux règles de la comptabilité, ils sont assimilés aux établissements de bienfaisance. Les monts-de-piété sont donc soumis à une forte tutelle, tellement qu'on se demande comment ils se distinguent des établissements publics. Cependant, il convient de n'y point voir des membres de l'État mais des établissements privés parce que, d'abord, l'art. 1er de la loi du 24 juin 1851 les qualifie formellement d'établissements d'utilité publique, ensuite parce que chacun a son statut particulier, enfin parce que leurs capitaux leur sont fournis non point par des deniers publics, mais par des deniers particuliers.

En conséquence, là où il n'y a pas de texte formel, il faut présumer leur capacité, notamment ils peuvent ester en justice sans autorisation.

Les syndicats professionnels (1). — Les syndicats professionnels sont des associations ayant pour but la défense des intérêts professionnels d'hommes que le travail rapproche les uns des autres, soit qu'ils aient la même profession, soit qu'ils aient des professions similaires ou connexes.

Ainsi, ce qui pousse les hommes au groupement, ici ce n'est pas le voisinage sur un même territoire, c'est le fait que la division du travail les a placés dans le même compartiment social, leur a donné les mêmes intérêts professionnels dans la lutte pour la vie. Le besoin de groupements de ce genre est aussi ancien que la division du travail elle-même; l'ancien régime les avait connus sous le nom de *maîtrises et jurandes* ou de *métiers;* la Révolution de 1789 avait bien pu les faire disparaître momentanément au nom du faux dogme de l'individu isolé en présence de l'État; elles devaient se reformer dès que des modifications dans la situation économique en feraient de nouveau sentir la nécessité. La constitution de la grande industrie s'en chargea bientôt.

La loi des 14-17 juin 1791 avait prohibé toute association volontaire entre gens de la même profession (2); dès 1808, les maîtres charpentiers

(1) *Bibliographie :* Hubert-Valleroux, *Corporations et syndicats;* Maheim, *Étude sur l'association professionnelle;* Boullay, *Code des syndicats professionnels;* Veyan, *Loi sur les syndicats professionnels;* Ledru et Worms, *Les syndicats professionnels;* Glotin, *Étude sur les syndicats professionnels;* Ch. Constant, *Les syndicats professionnels et le contrat de louage de services;* Boullaire, *Les syndicats agricoles;* Gain, *Les syndicats agricoles;* Comte de Rocquigny, *Les syndicats agricoles;* Ch. Cézar-Bru, *La personnalité des syndicats ;* Sauzet, *Personnalité des syndicats;* Jay, *Personnalité des syndicats, organisation du travail par les syndicats* (*Rev. d'économie politique*, avr. 1894); Lavollée, *Les classes ouvrières en Europe;* Comte de Paris, *Les associations professionnelles en Angleterre;* Howel, *Le passé et l'avenir des trades-unions*, traduit par Lecour-Grandmaison; Ch. Demangeat, *Les lois industrielles de l'Autriche;* Brelay, *Les chevaliers du travail; l'Annuaire des syndicats professionnels*, publication de l'Office du travail; Bry, *Législation industrielle*, p. 224 et s.; Paul Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 1894; Maurice Launoy, *Les unions de syndicats agricoles*, Paris, 1900; Gayral, *Les droits et les devoirs des syndicats agricoles*, Paris, 1900; Paul Boncour, *Le fédéralisme économique*, étude sur le syndicat obligatoire, Paris, 1901.

(2) Art. 1er. L'anéantissement de toutes les espèces de corporations des citoyens du même état et profession, étant une des bases fondamentales de la Constitution française,

Source : BIU Cujas

de Paris formaient une chambre syndicale qui peu à peu groupait toutes les industries du bâtiment; en 1859, se constituait l'*Union nationale du commerce et de l'industrie* qui servait de lien à une cinquantaine de chambres syndicales des industries autres que celles du bâtiment; ces organisations étaient illégales et même illicites, car la loi de 1791 édictait des amendes, mais le Gouvernement les tolérait et même en usait pour leur demander des avis. C'étaient des chambres syndicales de patrons. Les ouvriers avaient conservé les anciens compagnonnages qui leur servaient à accomplir le tour de France, mais peu à peu ces compagnonnages perdirent de leur importance, ils n'existaient d'ailleurs que pour les anciens métiers ; la population ouvrière employée aux industries nouvelles, celle des charbonnages et des manufactures se trouvait en dehors de cette organisation; l'idée de l'association syndicale ouvrière vint, semble-t-il, par imitation des *trades-unions* anglaises beaucoup plus anciennes; des chambres syndicales ouvrières et même des chambres syndicales mixtes de patrons et d'ouvriers se formèrent à partir de 1862. Elles vivaient sous le régime du bon plaisir administratif, tantôt tolérées, tantôt dissoutes; il fallait sortir de ce régime bâtard.

La loi du 21 mars 1884, qui, avec la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques et celle du 29 juillet 1881 sur la presse, est une des lois libérales de la troisième République, est venue rendre licites et même organiser les associations professionnelles. Elle commence par abroger la loi des 14-17 juin 1791, spéciale aux associations professionnelles; puis elle déclare inapplicables les art. 291 et s. du Code pénal et la loi du 10 avril 1834 qui, comme on le sait, constituaient le droit commun en matière d'association et n'eussent pas été moins répressifs que la loi de 1791 ; enfin, elle abroge l'art. 416 du Code pénal, non pas que cet article fût un obstacle à la constitution des associations professionnelles, mais punissant « tous ouvriers, patrons et entrepreneurs d'ouvrage qui à l'aide « d'amendes, défenses, proscriptions, interdictions prononcées par suite « d'un plan concerté, auront porté atteinte au libre exercice de l'industrie « et du travail », et les syndicats devant plus d'une fois concerter des mesures de ce genre, ce texte eût servi en pratique à étrangler les syndicats. Ensuite, la loi détermine les conditions de formation des syndicats et les limites de leur personnalité civile.

Nous ne pouvons pas entrer sur tous ces points dans des explications détaillées; elles sont d'ailleurs plutôt du ressort des traités de législation industrielle, nous donnerons seulement quelques indications (1) :

il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit. — Art. 2. Les citoyens d'un même état ou profession... ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni présidents, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des règlements *sur leurs prétendus intérêts communs*.

(1) Ces indications ne portent, ni sur les formalités auxquelles sont astreints les syndicats, ni sur leur dissolution et ses conséquences.

Source : BIU Cujas

I. Il y a syndicat professionnel aux deux conditions suivantes : 1° lorsque les syndiqués exercent la même profession ou des professions similaires, comme celles de restaurateurs, hôteliers, limonadiers, ou des professions connexes concourant à la création de produits déterminés comme les industries du bâtiment ; 2° lorsque le syndicat a pour objet l'étude et la défense des intérêts professionnels, c'est-à-dire des intérêts économiques ou techniques du groupe, qui peuvent prendre le caractère d'intérêts industriels, commerciaux, agricoles, etc... (art. 2 et 3).

Les principales difficultés qui se soient élevées sont relatives :

1° A la question de savoir quelles sont les professions qui justifient le syndicat professionnel. La Cour de cassation avait commencé par vouloir étroitement enfermer les syndicats dans les professions relatives à l'industrie, au commerce et à l'agriculture, en s'appuyant sur les termes de l'art. 3, cela excluait les professions libérales (Cass., 17 juin 1885). Mais cette jurisprudence est désormais condamnée par la loi du 30 novembre 1892, art. 13, sur l'exercice de la médecine, qui accorde aux médecins, dentistes et sages-femmes le droit de se syndiquer (1) ;

2° A la question de savoir quels sont les membres participants à la profession ou étrangers à la profession. Un syndicat ne doit comprendre que des membres participants à la profession, mais en quoi doit consister la participation? Il est admis que les propriétaires non-exploitants peuvent faire partie d'un syndicat agricole, parce qu'ils ont intérêt à la conservation et à l'amélioration de la terre qu'ils fournissent aux fermiers, métayers, etc..., et que par là ils participent à l'agriculture (2-3) ;

3° A la question de savoir si les membres ayant participé autrefois à la profession, mais ayant cessé d'y participer, peuvent cependant demeurer dans le syndicat. La jurisprudence s'y montre opposée (4).

Sur ces différents points, la loi est un peu étroite et différents projets de modification ont été soumis au Parlement (5).

II. Une personnalité civile restreinte est reconnue aux syndicats par

(1) Un point délicat est le cas du syndicat de fonctionnaires ou d'employés. D'une part, il est certain que le véritable fonctionnaire, celui qui détient une parcelle de la puissance publique, ne peut point entrer dans un syndicat sans tomber sous le coup des art. 123 à 126 du Code pénal, sur la coalition des fonctionnaires; d'autre part, il existe des syndicats d'employés des administrations publiques, celui des employés des chemins de fer de l'État, ceux des ouvriers et ouvrières des manufactures de tabacs, des allumettiers, etc... Il semble donc que les fonctionnaires ne puissent pas se syndiquer et que les employés le puissent, mais on sait que la distinction du fonctionnaire et de l'employé est fuyante et insaisissable; elle ne pourra s'établir qu'en fait. Cfr. décision ministérielle, 10 juin 1901, employés de l'octroi de Paris. *Rev. d'adm.* 1901. 3. 378.

(2) V. G. Bry, *op. cit.*, p. 243. Cfr. *Examen doctrinal de jurisprudence*, par M. Brémond, *Revue critique*, 1899, p. 138 et s.

(3) Comme exemple de syndicat dissous à raison de la présence de personnes étrangères à la profession, V. Cass., 18 févr. 1893, *Affaire des patrons du Nord.*

(4) Bordeaux, 27 déc. 1893, S. 94. 2. 209.

(5) Le dernier en date a été déposé par le Gouvernement le 1er déc. 1899.

Source : BIU Cujas

l'art. 6 : « Les syndicats professionnels de patrons ou d'ouvriers auront « le droit d'ester en justice (1). Ils pourront employer les sommes pro- « venant des cotisations. Toutefois ils ne pourront acquérir d'autres im- « meubles que ceux qui seront nécessaires à leurs réunions, à leurs « bibliothèques et à des cours d'instruction professionnelle. » Le projet de loi de 1899 avec grande raison accorde au syndicat la personnalité la plus large ; lorsque les syndicats seront propriétaires, ils seront les principaux éléments de l'ordre dans la société qui s'organise (2).

On s'est demandé quelquefois si les syndicats professionnels sont des établissements d'utilité publique. Ils ne le sont, ni au point de vue de la législation positive, puisqu'ils ne sont point reconnus par décret en Conseil d'État, ni au point de vue de la conception théorique de l'établissement d'utilité publique, puisqu'ils ne sont point liés à l'État et ne reçoivent de celui-ci aucune faveur administrative particulière. Ce sont pour le moment des personnes morales libres (3). Nous disons pour le moment, car il est dans la logique des choses, une fois l'organisation corporative établie, qu'elle soit en quelque façon affiliée à l'administration, ainsi qu'elle l'était sous l'ancien régime (4).

III. L'activité des syndicats doit s'employer à l'étude et à la défense des intérêts professionnels. Cela comporte d'abord la création d'offices de renseignements, de bureaux de placement, de laboratoires d'analyse pour vérifier la qualité des engrais ou marchandises diverses, un service du contentieux. Cela comporte en outre des organisations d'assistance

(1) Et ils peuvent défendre en justice les intérêts professionnels de leurs membres, non pas seulement leurs intérêts de personne civile. Bourges, 1er août 1894, D. 98. 2. 129. — Brémond, *Rev. crit.*, 1899, p. 138 et s.

(2) La question de savoir si sous la législation actuelle les syndicats ont le droit de recevoir des libéralités a été discutée, mais la doctrine penche pour la capacité. V. G. Bry, *op. cit.*, p. 264 et s., et les auteurs qu'il cite ; Paul Pic, *op. cit.*, I, 134 ; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 208 et s. ; Aug. Chareyre, *Rép. Béquet*, v° *Chambres syndicales*, n° 109. D'abord l'art. 8 de la loi prévoit des acquisitions à titre gratuit, il dit en effet : « Lorsque des biens auront été acquis contrairement aux dispositions de l'art. « 6, la nullité de l'acquisition *ou de la libéralité* pourra être demandée par le procureur « de la République ou par les intéressés... *Dans le cas de libéralité* les biens feront « retour aux disposants ou à leurs héritiers ou ayants cause. » L'acquisition à titre gratuit n'est donc pas nulle en elle-même, mais en tant qu'elle viole l'art. 6, c'est-à-dire en tant qu'elle porterait sur des immeubles autres que ceux nécessaires aux réunions, à la bibliothèque, etc... De plus il est de principe que la personnalité une fois reconnue est une et entière, contient tous les droits, sauf ceux qui seraient formellement niés par la loi. Le projet de 1899 reconnaît formellement au syndicat la capacité de recevoir des libéralités mobilières et immobilières.

(3) Le projet du Gouvernement de 1899 reconnaît que les syndicats pourront recevoir des libéralités *sans autorisation*, ce qui signifie clairement qu'ils ne sont pas des établissements d'utilité publique. Cfr. Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n° 358.

(4) La Bourse du travail de Paris qui doit être la maison des syndicats professionnels n'a-t-elle pas déjà reçu une organisation administralive, et n'est-elle pas une sorte d'établissement d'utilité publique municipal ? V. les décrets du 28 déc. 1889 et du 7 déc. 1895.

Source : BIU Cujas

mutuelle, caisses de secours et de retraite, de prévoyance, d'épargne, de chômage, d'assurances mutuelles contre toutes sortes d'accidents. Cela comporte enfin la création d'œuvres coopératives et l'art. 1er de la loi du 5 novembre 1894 sur les sociétés de crédit agricole prévoit que des sociétés de ce genre seront fondées par les syndicats. Dans les cas où ces œuvres diverses constituent des institutions connues de la loi et réglementées par elle, il faut admettre que quoique fondées par le syndicat elles ne se confondent pas avec lui, mais suivent leurs règles propres.

Il n'y a pas de difficultés sur tous ces points et d'ailleurs l'art. 6 de la loi du 21 mars 1884 contenait des exemples. Mais il y a des questions délicates. D'abord, celle de savoir si les syndicats peuvent faire le commerce; nous croyons qu'il convient de répondre négativement, d'autant mieux qu'il est loisible aux syndicats de constituer des sociétés de commerce qui seront leur création, mais dont la personnalité ne se confondra pas avec la leur (argument tiré de la loi du 5 nov. 1894) (1). Enfin et surtout, il y a la question de savoir jusqu'à quel point les syndicats peuvent prendre des mesures concertées pour embrigader les membres participants à une profession et pour les maintenir sous leur discipline, le tout sans porter atteinte à la liberté du travail. C'est la question des mises à l'index de certains ouvriers non syndiqués. Tant que le syndicat n'est pas obligatoire il faut sauvegarder la liberté individuelle (2).

En sens inverse, on cherche le moyen d'assurer juridiquement la liberté syndicale, d'empêcher les patrons de renvoyer de l'usine des ouvriers parce qu'ils sont syndiqués. Des propositions de loi ont été déposées en ce sens (3). Mais il semble impossible de rédiger un texte satisfaisant qui ne crée pas contre le patron de présomption injuste. Il faudra s'en tenir

(1) V. en ce sens deux jugements, l'un du Mans, l'autre d'Angers, sous Angers, 24 oct. 1894, S. 94. 2. 80. — Le projet de loi de 1899 confirme cette doctrine, il donne au syndicat la facilité de créer à lui seul une société de commerce, dont il sera le seul actionnaire. Cette forme de société, qui n'est plus une association mais une fondation, sera très intéressante si elle se réalise.

(2) Il y a conflit de deux droits, celui qu'a le syndicat de concerter des mesures dans l'intérêt professionnel, et celui qu'a l'ouvrier de ne pas se syndiquer. La conciliation est délicate. Depuis un arrêt de Cass. ch. civile, 22 juin 1892, S. 93. 1. 41, la jurisprudence est fixée dans le sens suivant : « Si depuis l'abrogation de l'art. 416 du Code pénal, les menaces de grève adressées sans violences ni manœuvres frauduleuses par un syndicat à un patron, à la suite d'un concert entre ses membres, sont licites quand elles ont pour objet la défense des intérêts professionnels, elles ne le sont pas lorsqu'elles ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier parce qu'il s'est retiré de l'association ou qu'il refuse d'y rentrer ; dans ce cas il y a une atteinte au droit d'autrui qui, si ces menaces sont suivies d'effet, rend le syndicat passible de dommages-intérêts envers l'ouvrier congédié. » *Add.* Chambéry, 14 mars 1893, S. 93. 2. 139 ; Lyon, 2 mars 1894, S. 94. 2. 306; Lyon, 15 mai 1895, S. 96. 2. 30. En sens contraire : Grenoble, 23 oct. 1890, rapporté avec Cass. 22 juin 1892 et la note de M. R. Jay sous cet arrêt). — Le projet de loi de 1899 a sur ce point de nouvelles dispositions.

(3) Notamment la proposition Bovier-Lapierre, 12 mai 1890. — Le projet de loi de 1899 règle également cette question.

Source : BIU Cujas

au droit commun. Aux termes de l'art. 1780 du Code civil, modifié par la loi du 27 décembre 1890 : « La résiliation du contrat par la volonté d'un « seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts. » Il appartient aux tribunaux d'appliquer ce texte aux cas où il serait démontré que le motif du renvoi est bien le fait que l'ouvrier est syndiqué (1).

Les unions de syndicats. — Les syndicats professionnels peuvent avoir besoin de se grouper pour la défense d'intérêts professionnels très généraux, par exemple pour les questions de douanes, de transports, d'apprentissage, de contentieux, d'élections des conseils de prud'hommes ou des tribunaux de commerce. — La loi du 21 mars 1884, art. 5, a autorisé ces unions qui d'ailleurs existaient déjà en fait, mais elle leur a refusé la personnalité civile, art. 5, § 3.

Il ne faut pas confondre les unions de syndicats avec les bourses du travail qui sont essentiellement des locaux où les syndicats peuvent se réunir et où se tient un marché du travail; comme certains services sont indispensables au fonctionnement des bourses du travail, celles-ci peuvent elles-mêmes recevoir la personnalité, mais alors à titre d'établissements d'utilité publique (V. pour la Bourse du travail de Paris, D. 28 déc. 1889 et D. 8 déc. 1895).

§ 3. — L'association (L. 1er juill. 1901) (2).

La matière de l'association est actuellement réglée par la loi du 1er juillet 1901 survenue après beaucoup de projets et de discussions (3).

(1) Il y aurait alors la faute de l'employeur dont la jurisprudence exige l'existence pour appliquer l'art. 1780. V. Cass., 20 mars 1895, S. 95. 1. 313 et les notes.

(2) *Bibliographie :* Waldeck-Rousseau, *Associations et congrégations*, Paris, 1901; Trouillot et Chapsal, *Du contrat d'association*, commentaire de la loi dans *les lois nouvelles* du 1er nov. 1901 et s.; Sirey, *lois annotées*, 1902, p. 241 et s.

(3) Il y avait eu au total, avant le projet actuel, 32 projets ou propositions dont l'énumération se trouve au rapport de M. Trouillot (*J. off., Doc. parlem.*, juillet 1900, p. 1217). Le projet actuel fut déposé par le Gouvernement le 14 nov. 1899, la discussion générale commença à la Chambre le 15 janvier 1901 et l'adoption de l'ensemble eut lieu le 29 mars suivant; au Sénat, présentation le 14 mai 1901, rapport Vallé (*J. off.*, 7 juin *Déb. parlem.*) V. Sirey, *l. annotées*, p. 241.

La reconnaissance de la liberté générale d'association rencontrait en France des difficultés particulières, la pure doctrine révolutionnaire étant essentiellement anti-corporative; il fallut beaucoup de temps pour que l'état d'esprit créé par la diffusion de cette doctrine se modifiât. On peut citer parmi les facteurs principaux du réveil de l'esprit associationiste :

1° Avant tout les besoins économiques qui amenèrent la création des syndicats professionnels, des unions de patrons, des sociétés corporatives, des sociétés de secours mutuels et qui démontrèrent de plus en plus l'impuissance de l'individu isolé ;

2° Le développement des études d'histoire et de philosophie sociale, la comparaison avec les nations étrangères et, finalement, la compréhension du rôle nécessaire des corps spontanés dans la vie sociale. A ce point de vue il convient de signaler en première

Source : BIU Cujas

I. *Caractères généraux de la loi.* — La loi du 1er juillet 1901 est générale par son objet, elle abroge nommément dans son art. 21 quantité de textes antérieurs, particulièrement le célèbre art. 291 du Code pénal qui avait constitué le droit commun des associations pendant un siècle (liberté au-dessous de 20 personnes, obligation de l'autorisation administrative au-dessus); elle abroge aussi confusément toutes les dispositions qui pourraient être contraires à son objet général. Mais elle n'abroge pas les lois relatives à des associations spéciales, lois sur les syndicats professionnels, sur les sociétés de secours mutuels, etc. — La loi a prévu dans son art. 20 qu'elle aurait besoin d'être complétée par un règlement d'administration publique ; il en a été fait deux à la date du 16 août 1901. — Les deux premiers titres de la loi sont consacrés aux associations, le troisième aux congrégations religieuses. L'esprit général de la loi sera caractérisé par les observations suivantes :

1° Toute son économie repose sur une distinction fondamentale entre l'association et la congrégation. Dans les pays catholiques et spécialement en France, la question des congrégations religieuses avait toujours été la pierre d'achoppement pour l'établissement de la liberté d'association. La tradition de notre droit public est de prendre des précautions contre le développement des congrégations et si l'on avait organisé un régime commun aux associations et congrégations, les premières auraient souffert très inutilement des restrictions imposées aux secondes. Il a donc paru qu'il valait mieux disjoindre les causes. Il en est résulté la liberté presque complète des associations, un régime très sévère pour les congrégations;

2° La loi contient l'affirmation incontestable de la liberté d'association et par là même du droit d'association (art. 2); le caractère individuel et civil de ce droit est même consacré par ce fait que la dissolution des associations contractées ou administrées d'une manière illégale est de la compétence de l'autorité judiciaire et non pas de celle de l'autorité administrative (V. art. 7), et cela est vrai aussi des congrégations religieuses dans une certaine mesure, en ce sens qu'elles ne peuvent être déclarées illicites que par l'autorité judiciaire (art. 16);

3° L'association est consacrée par la loi dans sa réalité complexe de phénomène à la fois individuel et collectif. L'association est un phénomène d'ordre individuel en ce qu'elle se réalise sous la forme d'un contrat auquel participent des individus en vertu d'un droit individuel et en apportant des ressources individuelles. Mais l'association est aussi un phénomène d'ordre collectif en ce que le contrat primitif donne naissance à

ligne l'influence des positivistes français, particulièrement d'Auguste Comte et de Taine (*Origines de la France contemporaine*);

3° Dans les sphères politiques, un état d'esprit plus détaché des principes purs, plus opportuniste, plus épris des réalités.

Source : BIU Cujas

une force sociale dont l'existence de fait s'impose et appelle la personnalité juridique. — La loi du 1er juillet 1901 prend bien pour point de départ *le contrat d'association* (rubrique, art. 1er, etc.) mais elle ne tarde pas à reconnaître l'existence de l'être collectif qui résulte du contrat, en admettant l'acquisition de la personnalité par simple déclaration (art. 5) et en consacrant la séparation du patrimoine social (art. 4 et 9). Cette consécration de la réalité d'un phénomène collectif dans l'association est d'autant plus remarquable qu'elle n'était pas du tout dans les intentions du Gouvernement lorsqu'il déposa le projet de loi et qu'il était au contraire dans sa pensée de maintenir l'association dans un cadre entièrement individualiste (1) ;

4° L'association est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations (art. 1er). La loi marque ainsi l'intention de faire de l'association une matière de droit civil; mais on doit remarquer qu'elle ne la rapproche pas d'une manière spéciale de la société civile réglée au Code civil, art. 1832 et s. (2).

(1) M. Waldeck-Rousseau avait soutenu au nom du Gouvernement une conception rigoureusement individualiste dont voici les principaux éléments : 1° l'association est un contrat par lequel les associés mettent en commun uniquement des facultés, non pas des biens, pour éviter la constitution d'un patrimoine qui pourrait servir de support à l'existence d'un être de fait : 2° l'association n'a jamais de plein droit la personnalité qui ne lui servirait d'ailleurs à rien puisqu'elle n'a pas de patrimoine ; 3° comme il faut prévoir malgré tout que les associés accumuleront des biens pour accroître leurs moyens d'action, et pour éviter que ces biens ne constituent en fait un patrimoine collectif, il sera entendu qu'ils constitueront une masse non incorporée à l'association, dont les intéressés pourront régler le sort par une convention accessoire qui prendra la forme d'une société civile par exemple, mais que dans tous les cas les associés conserveront toujours leur droit individuel à la reprise de leur apport et que ce droit s'exercera à la dissolution. Enfin si les associés se refusent à reprendre leur apport il y aura attribution à l'État (*op. cit.*, p. 71-177 et s., p. 223, etc.). Ce système, s'il reposait sur une conception discutable, était en soi logique, prévoyant et complet, il a été défendu par son auteur avec un grand talent en d'éloquents discours. La majorité de la Chambre était forte et disciplinée et cependant, sur tous les points, la loi votée est le contre-pied du projet. Il a été décidé que l'association, sous la seule condition d'une déclaration, aurait une personnalité et un patrimoine incorporé; qu'à la dissolution les associés n'auraient pas le droit d'opérer des reprises individuelles; qu'il n'y aurait pas non plus attribution à l'Etat, mais que l'association elle-même serait maîtresse de disposer de son patrimoine. — Ce sont tous les éléments de l'être collectif. — « La conception primitive a succombé » dit M. Waldeck-Rousseau à la séance du 14 mars 1901, *op. cit.*, p. 223.

Rien ne saurait mieux prouver que l'histoire du vote de cette loi, qu'il y a une force des choses qui se joue de la volonté des hommes. C'est un individualiste déterminé qui a fait aboutir la loi sur les associations, il s'était flatté d'en écarter tout élément corporatif et le mécanisme législatif mis en mouvement par lui a produit justement une charte corporative. A la date du 1er juillet 1901 se clôt la période individualiste de la Révolution française.

(2) De telle sorte que les règles de la société civile ne s'imposent pas au contrat d'association de façon spéciale. L'association est d'ailleurs différente par sa nature de la société civile : 1° en ce qu'elle n'a pas en vue le partage de bénéfices; 2° en ce qu'elle est moins *intuitu personæ* et par suite plus permanente.

Source : BIU Cujas

II. *Le contrat d'association et le droit d'association* (art. 1-4 et art. 9). — A raison de la conception primitive de la loi dont des traces ont subsisté, le droit d'association doit être étudié par rapport au contrat d'association, car il est le droit de participer à ce contrat. L'art. 1er définit l'association : « La convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ». Nous relèverons dans cette définition les éléments suivants : le consentement des contractants; l'objet des apports; le but de l'association; sa durée.

1° Il y a un consentement des contractants et qui les oblige. Nous sommes en présence d'un contrat sérieux que l'on doit considérer comme source d'obligations, à la condition bien entendu qu'il y ait eu *animus contrahendi* et non pas seulement jeu ou plaisanterie dans la convention passée (1). En fait l'adhésion aux statuts dans la forme réglée par ceux-ci constitue l'échange des consentements, en ce qui concerne chaque associé. Deux associés au minimum peuvent constituer une association, aucun maximum n'est indiqué par la loi et par conséquent les ligues les plus nombreuses sont licites. Les étrangers peuvent contracter des associations en France ou devenir membres d'associations françaises sous les seules précautions de l'art. 12 (2). Pour la capacité des mineurs et des femmes mariées il faut appliquer les principes du droit civil (3);

2° L'objet de la convention est de mettre en commun *des connaissances* ou de l'*activité*, c'est-à-dire des prestations purement personnelles. Cet objet indiqué par l'art. 1er n'exclut pas l'obligation de verser des cotisations, car les cotisations sont prévues par d'autres articles, notamment par l'art. 4 et l'art. 6, n° 1. S'il se trouve seul en vedette dans l'art. 1er, c'est en partie comme un vestige du projet primitif du Gouvernement, en partie aussi parce qu'en effet les prestations personnelles sont essentielles et les prestations pécuniaires secondaires, l'association étant avant tout un groupement de personnes;

(1) Une association pourrait donc demander des dommages-intérêts à un associé qui n'apporterait pas le concours effectif qu'il a promis.

(2) Les associations composées en majeure partie d'étrangers, celles ayant des administrateurs étrangers ou leur siège à l'étranger et dont les agissements seraient de nature soit à fausser les conditions normales du marché des valeurs ou des marchandises, soit à menacer la sûreté intérieure ou extérieure de l'État dans les conditions prévues par les art. 75 à 101 du Code pénal, pourront être dissoutes par décret du Président de la République rendu en conseil des ministres — application de l'art. 8, § 2 au cas de reconstitution illégale.

(3) Le droit d'association a été conçu comme un droit civil et non pas comme un droit de nature politique analogue au droit de réunion ou à la liberté de la presse (Sénat, séance du 15 juin 1901, rejet de l'amendement Ponthier de Chamaillard). Par suite, les mineurs doivent être autorisés du père ou du tuteur, la femme mariée de son mari, les autorisations peuvent être tacites (Cfr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 479), ces auteurs affirment que la femme mariée pourrait être autorisée par justice. Solution douteuse.

Source : BIU Cujas

3° Au sujet du but de l'association la loi donne deux indications :

a) Il doit être *autre que de partager des bénéfices;* cela est pour distinguer l'association de la société civile ou commerciale qui, au contraire, a pour but le partage de bénéfices. Il est à remarquer que cela n'exclut de la catégorie des associations absolument que les sociétés civiles ou commerciales et que cela y maintient certaines associations qui, sans être complètement désintéressées parce qu'il s'agit de défendre des intérêts pécuniaires, n'ont cependant point pour but le partage de bénéfices, par exemple les syndicats professionnels, les sociétés de prévoyance, les coopératives mutuelles (1).

b) Le but ne doit être ni illicite ni contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, ni de nature à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou à la forme républicaine du Gouvernement (art. 3) (2).

Les expressions *illicite* et *contraire aux lois* visent les mêmes cas, elles sont l'explication l'une de l'autre (3). Elles visent d'abord les associations qui poursuivraient des buts condamnés par la loi elle-même, par exemple le jeu (4). Ensuite des associations dont le but serait d'organiser la résistance à des lois existantes, par exemple, la ligue des contribuables si elle avait pour but d'organiser la résistance à la perception de l'impôt légalement établi. Mais il est bien entendu que des associations ou ligues peuvent se proposer pour but la réforme des lois et des institutions existantes, telle la ligue des contribuables fondée pour poursuivre la réalisation de réformes financières; telles même des ligues ayant pour but la réforme de la législation sur la propriété (5).

(1) Les Allemands appellent *associations économiques* cette catégorie d'associations, le nouveau Code civil les rapproche des sociétés civiles et commerciales et leur refuse, comme à celles-ci d'ailleurs, la personnalité de plein droit (art. 22. Cfr. Saleilles, *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand, Rev. du dr. public*, 1901. 1. 209). La solution de notre loi est plus libérale. Cela ne présente pas beaucoup d'intérêt pour les syndicats professionnels soumis à une loi spéciale, mais peut en présenter pour des formes nouvelles d'associations de prévoyance ou d'épargne.

(2) L'art. 3 emploie successivement trois expressions : cause, objet et but qui se ramènent toutes à l'idée du but. Comme observation générale, d'ailleurs, on a voulu reproduire les art. 1131 et 1133 du Code civil avec le sens qu'ils ont en droit civil (Waldeck-Rousseau, *op. cit.*, p. 152; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 485).

(3) Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 484.

(4) Cfr. les exemples donnés par Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 486. Dans le projet du Gouvernement devenaient illicites les associations « impliquant renonciation à l'exercice des droits qui ne sont pas dans le commerce », cette périphrase qui désignait les congrégations religieuses a disparu de l'art. 9 parce qu'on s'est décidé à consacrer un chapitre spécial aux congrégations (Waldeck-Rousseau, *op. cit.*, p. 76, 79).

(5) C'est la distinction du domaine des idées et du domaine des actes et des faits textuellement proposée par M. Waldeck-Rousseau dans la séance du 4 février 1901 à propos de l'amendement Perreau, *op. cit.*, p. 159 et s. Il est certain qu'on ne pouvait restreindre la liberté des mouvements d'idées sans condamner par avance toutes les associations politiques, philosophiques, religieuses et sociales. Il fallait reculer la limite

Source : BIU Cujas

Les expressions *contraire aux bonnes mœurs* doivent être prises dans le même sens que dans les conventions du droit civil.

L'atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement vise les *menées séparatistes* et les *menées ou tentatives dynastiques* (1).

Il ne faut pas envisager le but illicite seulement dans les statuts de l'association, mais dans la réalité de sa conduite, une association d'abord licite peut donc devenir illicite (2).

La sanction des buts illicites est la nullité de l'association, la dissolution prononcée par le tribunal civil et des peines correctionnelles pour les fondateurs, directeurs ou administrateurs, ainsi que pour les personnes qui auraient favorisé la réunion en consentant l'usage d'un local dont elles disposent, dans le cas où l'association dissoute serait maintenue ou reconstituée illégalement (art. 3, 7, § 1 et 8, § 2 et 3).

— Les seuls buts interdits sont ceux de l'art. 3; donc, en principe, il y a liberté des buts de l'association. Spécialement les associations et ligues à buts politiques sont entièrement libres, même les clubs, l'art. 21 de la loi a formellement abrogé l'art. 7, L. 30 juin 1881 qui prononçait l'interdiction de ceux-ci. Sont libres encore les associations à buts religieux pourvu qu'elles ne constituent pas des congrégations; c'est un point auquel il convient de faire grande attention, car cette liberté de l'association religieuse laïque est de nature à déplacer le centre de gravité de notre droit public ecclésiastique (V. *infrà, Droit public ecclésiastique*) (3). Non seulement il y a liberté du but indiqué dans les statuts, mais il y a liberté pour l'association de modifier ses buts en cours d'existence sous la seule condition de faire une déclaration si l'association appartient déjà à la catégorie des associations déclarées; il n'y a même pas à faire déclaration du changement si l'association n'appartient pas à cette catégorie. En effet, par une dernière hardiesse, la loi admet que les buts des associations puissent demeurer secrets;

de l'illicite jusqu'au fait, la placer dans la préparation de fait à l'insurrection, dans la propagande par le fait, etc.

(1) On a évité l'expression *atteinte à la constitution* afin de ne pas rendre impossibles les associations fondées en vue de réaliser des réformes constitutionnelles, de même on a fait disparaître l'expression *contraire à l'ordre public*, malgré l'assurance de M. Waldeck-Rousseau qu'il s'agissait de l'ordre public au sens des lois civiles et non pas au sens de la police (Cfr. Trouillot et Chapsal, p. 482).

(2) Déclaration de M. Vallé au Sénat, *J. off.*, p. 910, doc. parlem.

(3) La liberté de l'association religieuse non congréganiste n'a pas été sans difficultés, mais elle est mise hors de doute par l'incident du vote de l'amendement Fournière. A la Chambre des députés, M. Fournière fit adopter un amendement aux termes duquel les associations à buts religieux ne pourraient pas se former sans déclaration à la différence des autres; la Commission du Sénat fit disparaître cette inégalité de traitement (*J. off.*, Sénat, p. 788, 1901; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 494). Elles peuvent donc se former librement et même sans déclaration.

Source : BIU Cujas

d'une part, elle a abrogé l'art. 13 du décret du 28 juillet 1848 interdisant les sociétés secrètes, d'autre part, elle admet une catégorie d'associations non déclarées. La recherche des associations à buts illicites ne pourra en fait s'opérer que par des investigations de police, et le ministère public devra fournir devant le tribunal la preuve du caractère illicite.

On ne saurait imaginer sur ce point législation plus libérale.

4° Au sujet de la *durée* de l'association il convient de faire plusieurs observations : *a*) l'art. 1er qualifie l'association de « permanente »; cela la différencie d'abord de la réunion momentanée, sépare par conséquent la matière de l'association de celle de la réunion publique ou privée; mais cela révèle en outre, à mon avis, un caractère profond de l'association qui est de dépasser en durée la vie de ses membres, de persister alors que les premiers adhérents disparaissent, pourvu qu'elle en recrute d'autres et de n'être point de ces sociétés de personnes faites *intuitu personæ* dont l'existence est liée à celle d'associés déterminés; *b*) en fait, il convient de distinguer deux espèces d'associations, celles faites pour un temps déterminé et celles faites pour un temps indéterminé, l'art. 4 règle la situation de l'associé dans les deux cas par rapport au droit qu'il a de se retirer de l'association (1). Dans les associations à durée indéterminée, tout membre peut se retirer en *tout temps* et *nonobstant toute clause contraire*. D'une part, le membre démissionnaire n'est exposé à aucune demande d'indemnité pour s'être retiré à contre-temps; d'autre part, sa démission n'entraîne point la dissolution de l'association par dérogation à l'art. 1865, § 5 et à l'art. 1869, C. civ.; elle ne lui donne aucun droit au partage de l'actif, le sort de celui-ci restant en suspens jusqu'à la dissolution (art. 9); elle ne lui donne non plus aucun droit à la répétition des cotisations par lui versées qui demeurent acquises à l'association; bien mieux, il reste tenu des cotisations échues et de celle de l'année courante. Ces dispositions doivent être considérées comme fondant la séparation des patrimoines entre l'association et les associés. Dans les associations à durée déterminée, il semble résulter de l'art. 4 *a contrario* que les associés ne pourront pas se retirer en tout temps, c'est-à-dire à contre-temps, sans encourir une responsabilité et sans s'exposer à des dommages-intérêts. D'ailleurs, la question sera réglée par des statuts dont ici les clauses pourront lier les associés pendant toute la durée de l'association (2).

(1) Cf. art. 7, L. 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels.

(2) Mais, même ici, la retraite de l'un des associés n'entraîne point la dissolution de l'association. De même, la règle de l'art. 1865-3°, C. civ., d'après laquelle la mort de l'un des associés dissout la société (aussi bien celle à durée illimitée que celle à durée limitée) doit être écartée. On doit sous-entendre la stipulation de l'art. 1868 « Qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuera entre les survivants ». En effet l'association est *naturellement permanente* (art. 1er), c'est-à-dire indépendante de la présence de tel ou tel membre (V. *suprà*).

Source : BIU Cujas

II. *Des diverses espèces d'associations.* — La loi du 1er juillet 1901 reconnaît trois sortes d'associations, les non déclarées, les déclarées et celles qui sont reconnues d'utilité publique. Il y faut ajouter les unions d'associations.

A. *Associations non déclarées.* — Il n'était pas dans le projet du Gouvernement ni dans celui de la commission d'admettre une catégorie d'associations non déclarées. On voulait étendre à toutes les associations le régime de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats (déclaration et personnalité restreinte). Mais à la Chambre des députés, sur l'intervention de MM. Ribot et Groussier, cette catégorie fut introduite, on fit valoir les arguments suivants : 1° on allait imposer, avec la déclaration, la personnalité juridique à une foule d'associations qui préféreraient s'en passer et qui devaient demeurer libres de s'en passer; 2° la déclaration est une formalité compliquée qui entraverait beaucoup de petites associations; 3° enfin, cette catégorie d'associations non déclarées existait en Italie, en Angleterre (et on aurait pu ajouter aussi en Allemagne d'après le nouveau Code civil) (*Journ. off.*, Ch. des députés, séances des 25 et 26 février 1901). On vota donc l'art. 2 : « Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable (1). »

Il y a ceci d'intéressant qu'en fait ces associations resteront secrètes. Pour savoir si leur objet n'est pas illicite, comme pour savoir s'il doit leur appliquer l'art. 12, le Gouvernement ne sera averti par aucune déclaration, il sera obligé d'employer les investigations de police.

Entre les parties, ces associations se formeront par le seul consentement ; l'écrit ne sera qu'un moyen de preuve; aucune nécessité d'un acte solennel (Cfr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 494).

Défaut de capacité juridique de ces associations. — L'art. 2 après avoir reconnu l'existence légale des associations non déclarées ajoute : « mais elles ne jouiront de la capacité juridique que si elles se sont conformées aux dispositions de l'art. 5 », c'est-à-dire : tant qu'elles ne seront pas *déclarées* elles ne jouiront pas de la capacité juridique.

La loi ne s'est pas bornée à refuser aux associations non déclarées la personnalité de droit, elle a voulu les empêcher d'acquérir une personnalité de fait en se constituant un patrimoine propre. A cet effet, elle a pris des précautions dont nous aurons à préciser la portée. Cette préoccupation de la loi crée une situation juridique pleine de difficultés car en réalité les associés mettront des biens en commun, ils ne peuvent pas ne pas en mettre. Il y aura le montant des cotisations, un mobilier sommaire, un local, il y aura aussi des dettes sociales créées par les dépenses indispensables. Il eût fallu poser une règle quelconque et ne pas fermer

(1) Rappelons que les associations religieuses avaient été exceptées de ce droit commun par la Chambre des députés et que le Sénat les y fit rentrer (V. *suprà*, p. 110).

Source : BIU Cujas

les yeux à l'évidence comme on l'a fait (1). A défaut de règle légale sur la condition des biens mis en commun dans les associations non déclarées, il appartient à l'interprète d'en chercher une; il devra se laisser guider par les principes suivants : 1° les institutions doivent être réglementées *potius ut valeant quam ut pereant*, du moment que les associations non déclarées ont une existence légale, cette existence doit être réglée dans toute sa réalité et par conséquent par rapport aux biens; 2° l'intention du législateur doit être respectée autant que possible et par suite, d'une part, la condition des associations non déclarées par rapport aux biens doit être moins avantageuse que celle des associations déclarées; d'autre part, en aucun cas les biens mis en commun ne devront être considérés comme reposant sur un être moral qui représenterait de près ou de loin l'association non déclarée (2).

Dans cet état d'esprit il convient d'examiner deux questions : 1° les obstacles dressés par la loi empêchent-ils réellement les associés d'accumuler des biens et dans quelle mesure? 2° quel sera le régime du patrimoine commun?

a) Il est un obstacle qui s'oppose certainement à l'accumulation des biens au profit des associations non déclarées, c'est la disposition de l'article 17 qui leur a été rendue applicable et qui est ainsi conçue : « Sont « nuls tous actes entre-vifs ou testamentaires, à titre onéreux ou à titre « gratuit accomplis, soit directement, soit par personne interposée ou « toute autre voie indirecte ayant pour objet de permettre aux associa« tions légalement formées de se soustraire aux dispositions de l'arti« cle 2. » — La nullité pourra être prononcée soit à la diligence du ministère public, soit à la requête de tout intéressé.

Cette nullité appelle les observations suivantes : 1° c'est une nullité *d'actes juridiques*, elle sera inefficace contre les faits qui résulteront d'actes insaisissables, par exemple, contre l'enrichissement du patrimoine commun provenant de dons manuels ou d'achats mobiliers restés secrets; son efficacité est d'ailleurs subordonnée à une vigilance constante du

(1) Il est malheureusement dans les traditions du législateur français en cette matière des associations de méconnaître la réalité de faits. Aussi les lois à peine faites sont-elles débordées, violées, et abandonnées par la jurisprudence elle-même. Mieux inspiré, le nouveau Code civil allemand a réglé dans son art. 54 la situation des associations qui n'ayant pas fait de déclaration ne bénéficient pas de la personnalité juridique; il leur applique les règles du contrat de société (V. Saleilles, *op. cit.*, *Rev. du droit public*, 1901, I, p. 428).

(2) La préoccupation d'empêcher la création d'une entité morale apparaît dominante, soit dans le texte de la loi, soit dans la discussion. Il semble même qu'on se soit imaginé qu'il n'y avait point de moyen juridique de constituer un patrimoine commun autrement que par l'entité morale et que les associés ne pouvaient pas posséder en tant qu'associés (Cfr. observat. de M. Vallé, rapporteur, Sénat, *J. off.*, p. 877; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 495). C'est l'état d'esprit si bien décrit par M. de Vareilles-Sommières, *Contrat d'association*, p. 35 et s.

Source : BIU Cujas

ministère public et des intéressés et il est à prévoir que bien des actes lui échapperont; 2° cette nullité ne doit frapper que *les actes ayant pour objet de permettre aux associations de se soustraire aux dispositions de l'article* 2, or l'article 2 dit simplement des associations non déclarées : *elles ne jouiront pas de la capacité juridique;* il s'agit donc seulement des actes ayant pour objet de constituer indirectement une *entité morale* ou un patrimoine qui serait *la propriété d'une entité morale;* j'estime, par exemple, que la nullité frapperait l'achat d'une valeur mobilière en un titre nominatif qui serait au nom de la société; qu'elle frapperait encore la constitution d'une société civile ou commerciale *annexe* dont la destination évidente serait d'être le pourvoyeur de l'association, puisqu'il résulte de l'historique de la loi que cette conception des sociétés annexes *a été condamnée* (V. p. 107. Cfr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 496. Ces sociétés seraient considérées comme personnes interposées). A mon avis, la nullité ne frappera pas les actes par lesquels les associés, comme tels, acquerront des biens pour les besoins communs. La loi admet elle-même qu'il y aura des cotisations (L'art. 4 s'applique aux associations non déclarées comme aux autres), la masse provenant des cotisations devra être administrée, elle servira au loyer et à l'acquisition d'objets mobiliers; ces actes seront accomplis par les associés. D'autre part, ceux-ci pris individuellement ne seront pas nécessairement considérés comme personnes interposées, même quand ils recevront des libéralités avec charge en faveur de l'œuvre commune; la loi ne crée pas ici de présomption d'interposition, elle n'en crée qu'en matière de congrégations (art. 17, § 2).

La nullité de l'article 17 est-elle le seul obstacle à l'accumulation des biens? Remarquons d'abord qu'aucune comptabilité n'est imposée à l'association non déclarée, qu'il n'y aura donc aucune preuve officielle de l'augmentation du patrimoine commun. Mais cependant si, en fait, cet accroissement du patrimoine était constaté, pourrait-on provoquer la dissolution de la société par application de l'article 7, § 2, et infliger aux directeurs et administrateurs, les pénalités de l'article 8, § 1? Pour l'affirmative, on argumentera de la façon suivante : l'article 5, § 1, auquel se réfère l'article 7, § 2 dispose que « toute association *qui voudra obtenir « la capacité juridique* devra, etc... » Or, une association au profit de laquelle se constitue et s'accroit un patrimoine commun est une association *qui en fait veut acquérir la capacité juridique* et qui commet le délit prévu par les articles 7, § 2 et 8, § 1. — A cette argumentation il faut répondre que les pénalités sont de droit étroit; que les articles 7, § 2 et 8, § 1, visent les associations déclarées dont les déclarations sont inexactes et non pas les associations non déclarées (1), que pour atteindre

(1) A aucun moment de la discussion, il n'a été parlé de celle-ci. Cfr. Sénat, *J. off. doc. parl.*, p. 788, p. 910. — Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 506. — Bien mieux, au

Source : BIU Cujas

celles-ci, il aurait fallu viser l'article 2; que d'ailleurs il n'est pas vrai qu'une association ait la volonté de se créer une capacité juridique, par cela seul que les associés ont réuni un patrimoine commun, puisque ce patrimoine peut s'administrer comme tenu en mains communes, que par suite l'élément d'intention indispensable au délit fera défaut.

b) Ainsi, à l'accumulation des biens entre les mains des associés, il n'y a que l'obstacle de l'article 17 qui n'est pas insurmontable, on passera par mailles et il se constituera un patrimoine commun. Quel sera le régime de ce patrimoine? Il sera par la force des choses une sorte de patrimoine *tenu en mains communes* (gesammte hand), administré *jure societatis*, c'est-à-dire, au nom des associés et non pas au nom de la société, sous un régime analogue à celui organisé par les articles 1841 et suiv., C. civ., et considérablement perfectionné par la jurisprudence (1). L'idée mère est que les biens affectés à l'œuvre sociale appartiennent à chacun des associés, mais avec séparation des patrimoines, afin qu'ils soient le gage des créanciers sociaux à l'exclusion des créanciers personnels et avec obligation de rester dans l'indivision jusqu'à la dissolution de la société. Cette séparation des patrimoines et cette obligation d'indivision seront facilement fondées sur la combinaison des art. 4 et 9 de la loi, l'un reconnaissant que l'associé qui se retire, bien loin d'emporter son apport, doit les cotisations échues et celles de l'année courante; l'autre, que le sort des biens ne sera réglé qu'au moment de la dissolution. L'article 4 s'applique certainement aux associations non déclarées; l'article 9 n'a peut-être pas été fait pour elles, mais la solution que nous en déduisons ici est tellement raisonnable qu'elle s'imposera par analogie.

c) En somme, la situation des associations non déclarées sera inférieure à celle des associations déclarées en ce qu'elles n'auront pas les commodités de la capacité juridique; elles seront obligées de passer par les complications de la gestion du patrimoine tenu en mains communes, sans même que les associés puissent faire entre eux de société civile; pratiquement, cela leur rendra très difficile l'acquisition d'immeubles; le patrimoine se trouvera dans la situation très précaire où fut celui des congrégations non autorisées à l'époque où elles n'usaient pas de la société tontinière.

Sénat, *J. off.* p. 910, M. Vallé s'occupant de l'hypothèse où une association déclarée voudrait dépasser la capacité qui lui est reconnue par l'article 6, déclara qu'il n'y avait pas besoin de la dissolution, que les nullités juridiques de l'article 17 étaient suffisantes. Il y a analogie entre le cas d'une association qui cherche à dépasser sa capacité, et celui d'une association qui cherche à se créer une capacité qu'elle n'a pas.

(1) Mais ici la loi s'opposera à ce que la jurisprudence puisse reconstituer une personnalité de fait comme elle l'avait fait pour les sociétés civiles (Cass., 2 mars 1892, S. 92. 1. 497; Houpin, *Traité des sociétés*, 3e édit., I, p. 15).

Source : BIU Cujas

B. *Associations déclarées.* — Il y a lieu de se préoccuper des formalités de la déclaration et de la capacité juridique.

1° Les *formalités de la déclaration* comprennent une *première déclaration* et des *déclarations de changement* :

La *première déclaration* est préalable à l'acquisition de la personnalité juridique; elle ne l'est pas nécessairement à la fondation de l'association et à son fonctionnement; une association peut avoir existé d'abord comme non déclarée et se soumettre ensuite à la déclaration (1). Mais sa capacité juridique ne rétroagira point au jour de sa constitution (à la différence de ce qui se produit pour les sociétés anonymes ou pour les associations syndicales libres), elle datera du jour de la déclaration (2).

La déclaration sera faite à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association aura son siège social (Pour le département de la Seine, à la préfecture de police. R. 16 août, art. 4). — Elle fera connaître le titre et l'objet de l'association, le siège de ses établissements, les noms, professions et domiciles de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de son administration ou de sa direction (3) — Il en sera donné récépissé. — deux exemplaires des statuts seront joints à la déclaration (art. 5) (4).

Le règlement du 16 août 1901 a ajouté les dispositions suivantes : art. 1er : « Dans le délai d'un mois (à compter du récépissé), la déclaration est rendue publique par les soins des déclarants au moyen de l'insertion au *Journal officiel* d'un extrait contenant la date de la déclaration, le titre et l'objet de l'association ainsi que l'indication de son siège social;

(1) C'est l'interprétation raisonnable des art. 2 et 5 de la loi, celle aussi de l'art. 1er du règlement du 16 août 1901. En ce sens, Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 499.

(2) Jusque-là, l'association devra être administrée *jure societatis* par le procédé du patrimoine tenu en mains communes, puisqu'elle ne sera qu'une association non déclarée; les actes antérieurs à la déclaration qui seraient accomplis *au nom personnel* d'un être moral qui n'existe pas encore, tomberaient sous le coup de la nullité de l'art. 17; en ce sens, Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 499.

(3) La déclaration sera faite sur une feuille de papier libre, car il s'agit d'une obligation de police; Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 498.

(4) Le texte de l'art. 5 est parfaitement clair, une observation seulement sur le récépissé. Il y a une obligation pour l'administration de le délivrer (pour la forme du récépissé, V. R. 16 août, art. 5); elle ne peut s'y refuser sous le prétexte que l'association est illicite, car l'autorité judiciaire seule a qualité pour prononcer la dissolution des associations illicites (art. 7, § 1er); à plus forte raison, ne peut-elle invoquer un prétendu pouvoir discrétionnaire; elle pourrait seulement refuser le récépissé, si le dossier n'était pas complet (Cfr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 501). — En cas de refus injustifié, il sera prudent de faire constater le refus par acte extrajudiciaire; cela permettra d'abord de suivre la procédure de la loi du 17 juillet 1900; au bout de quatre mois de silence, assimilation à une décision de rejet, pourvoi devant le Conseil d'État et annulation par celui-ci; peut-être même la jurisprudence admettra-t-elle que le constat du refus par acte extrajudiciaire équivaudra à récépissé, comme pour les déclarations de réunions publiques (L. 30 juin 1881, art. 2, § 4); cette équivalence devrait être admise au moins après que le refus de récépissé aura été annulé.

Source : BIU Cujas

l'extrait est reproduit par les soins du préfet au *Recueil des actes administratifs de la préfecture* (1); — art. 2 : « Toute personne a le droit de prendre communication sans déplacement au secrétariat de la préfecture ou de la sous-préfecture des statuts et déclarations, elle peut même s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait.

Déclaration des changements. — La déclaration primitive entraîne l'obligation de déclarer les changements ultérieurs, afin que les tiers ne soient point lésés par les conséquences de ceux-ci (2).

La déclaration de changement doit être faite dans les trois mois de tout changement dans l'administration ou la direction, ainsi que de toute modification apportée aux statuts — il est délivré un récépissé dans les mêmes conditions que pour la déclaration primitive (V. art. 5, § 4 de la loi et art. 5 et 6 R. 16 août 1901).

L'art. 5, § 6 de la loi, les art. 6 et 31 du R. 16 août prescrivent la tenue d'un registre au siège de l'association coté et paraphé par le préfet, le sous-préfet ou leur délégué où seront inscrits tous les changements — le registre n'est pas à la disposition des tiers, mais devra être présenté aux autorités administratives, sans déplacement.

Sanctions pénales. — Art. 7, § 2 : « En cas d'infraction aux dispositions de l'art. 5, la dissolution *pourra* être prononcée à la requête de tout intéressé ou du ministère public » : il s'agit des infractions à l'obligation de faire des déclarations exactes, de déclarer les changements, de tenir un registre; à noter que la dissolution est facultative pour le tribunal. — Art. 8, § 1 : « Seront punis d'une amende de 16 à 200 francs et, en cas de récidive, d'une amende double, ceux qui auront contrevenu aux dispositions de l'art. 5 ».

2° *Capacité des associations déclarées.* — Article 6 : « Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'État, des départements et des communes : 1° Les cotisations de ses membres ou les sommes au moyen desquelles ces coti-

(1) A noter que pour les sociétés de secours mutuels la publicité résulte d'une insertion au *Recueil des actes administratifs* de la Préfecture, que pour les syndicats professionnels il n'y a point d'insertion.

(2) Tant qu'il n'y a pas personne morale, les tiers peuvent traiter avec n'importe quel associé; s'il a pouvoir des autres, il les engage, s'il n'a pas pouvoir il s'engage lui-même pour le tout (art. 1862 à 1864, C. civ.); du jour où il y a personne morale, la responsabilité personnelle des associés disparaît, le tiers ne peut plus compter que sur l'actif social; il doit faire grande attention à traiter avec le véritable représentant et dans les limites de la capacité sociale; il a donc un intérêt à connaître tous les changements qui intéressent cette capacité. Il est vrai que la loi a pris cette précaution : « Les modifications et changements ne sont opposables aux tiers qu'à partir du jour où ils auront été déclarés. » Article 5, § 5.

Le principe des déclarations de changement se trouve dans la loi du 24 juillet 1867, art. 61 sur les sociétés de commerce, il a été appliqué aux syndicats professionnels, art. 4, § 2, loi 21 mars 1884 et aux sociétés de secours mutuels, le 1er avril 1898, art. 4.

Source : BIU Cujas

sations ont été rédimées, ces sommes ne pouvant être supérieures à 500 francs (1); 2° Le local destiné à l'administration de l'association et à la réunion de ses membres (en pleine propriété); 3° Les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose. »

L'intelligence de ces dispositions demande un certain nombre d'observations :

a) Il y a intérêt à savoir si la capacité juridique, reconnue aux associations déclarées, l'est comme une qualité spontanée qui leur appartiendrait en propre, ou bien si elle procède d'une concession du législateur; l'interprétation de l'article 6 en dépend; elle sera restrictive s'il s'agit d'une concession législative, elle sera extensive s'il s'agit de la reconnaissance d'une qualité propre; la jurisprudence pourra compléter la liste des opérations permises, autoriser par exemple l'acquisition des meubles et des valeurs mobilières qui n'est pas expressément prévue et qui cependant est nécessaire à la vie des associations. Si l'on devait s'en tenir aux opinions émises par les orateurs pendant la discussion, l'esprit de la loi (bien qu'on ait évité une déclaration de principes), serait plutôt que la capacité juridique est une création artificielle du législateur (Cfr. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 512). Mais ni la jurisprudence, ni la doctrine ne sont liées par les travaux préparatoires et elles peuvent suivre leur penchant actuel, assez ignoré des hommes politiques (2) qui est d'avouer le caractère spontané de la personnalité juridique (V. sur ce point, p. 90). A bien prendre même, la loi nous fournit des éléments précieux pour la construction de la théorie de la spontanéité; en distinguant les associations en déclarées et non déclarées, en attachant la personnalité au fait de la déclaration et en considérant la déclaration comme volontaire (art. 5, « toute association qui *voudra obtenir* la capacité juridique, etc... ») elle nous autorise à dire que l'association *réalise sa personnalité juridique par un acte de sa volonté accompli conformément à la loi.* Cette conception est très juste, l'association réalise sa capacité comme un pouvoir propre qui lui appartient d'avance, mais qui ne produit d'effets juridiques que par l'accomplissement d'un acte juridique, la déclaration. C'est ainsi que se réalisent tous les droits. Et il y a cet avantage, que la personnalité juridique n'est pas imposée à l'association, qu'elle reste un effet de sa volonté.

(1) Quant au montant des cotisations elles-mêmes, il n'y a pas de maximum. Sénat, séance du 17 juin 1901. Réponse de M. Waldeck-Rousseau à M. Trarieux, *op. cit.*, p. 353. — Le rachat des cotisations a paru pouvoir cacher des donations mobilières.

(2) M. de Lamarzelle seul au Sénat s'est montré au courant du mouvement doctrinal et jurisprudentiel (Sénat, séance du 17 juin 1901, *J. off.* du 18, *Déb. parl.*, p. 895); nous devons dire, à la vérité, que son amendement ainsi conçu : « toute association qui a fait les déclarations prévues par l'article 5 a de plein droit la personnalité civile » a été rejeté par le Sénat; mais ce rejet signifie simplement qu'on ne voulait pas donner aux associations déclarées la personnalité complète; il ne signifie pas que la personnalité restreinte n'a pas un caractère spontané.

Source : BIU Cujas

b) Bien que la capacité des associations déclarées puisse être quelque peu élargie par une interprétation libérale si l'on part du principe de la personnalité spontanée, cependant il y a des restrictions qui s'imposent : notamment elle ne comporte, ni la faculté d'acquérir les immeubles qui ne seraient pas strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose, ni la capacité d'être instituée pour des libéralités même mobilières (art. 6 et 11 combinés).

L'art. 17 vient sanctionner les restrictions apportées à cette capacité en prononçant la nullité de tous les actes qui auraient pour but de soustraire l'association aux dispositions de l'article 6 (cfr. art. 8, L. 21 mars 1884, pour les syndicats professionnels et art. 15, *in fine*, L. 1er avril 1898 pour les sociétés de secours mutuels). Il n'y a point d'autres sanctions du dépassement de capacité, par conséquent, ni dissolution de l'association, ni poursuites contre les administrateurs (V. sur ce point *suprà*, p. 115 la déclaration Vallé) (1).

c) La capacité juridique déterminée par l'art. 6, n'est relative qu'à la gestion du patrimoine et en somme à la liberté des moyens pécuniaires qu'une association peut appliquer à la réalisation de son but ; mais il y a une autre face de la capacité juridique qui est la liberté d'apporter des changements à ce but lui-même. Les œuvres vivantes sont susceptibles de se développer et de se modifier ; une société de sport qui a réussi et qui ne pratiquait d'abord que la course à pied peut désirer y joindre des exercices gymnastiques et même des exercices de tir ; une association fondée pour donner un certain genre d'enseignement et qui a réussi peut désirer y joindre une autre espèce d'enseignement. Cette modification des buts, cette transformation de la spécialité fonctionnelle de l'association pourra-t-elle se produire librement ? La loi répond affirmativement dans l'article 5 par cela seul qu'elle astreint à une simple déclaration les changements dans les statuts, car il est évident que ces changements de but ne sont possibles qu'avec modification des statuts. Et elle n'impose aucune condition d'unanimité ni de majorité spéciale pour ces modifications. A ce point de vue, liberté entière : la question devra évidemment être réglée dans les statuts primitifs (2).

(1) Cette situation permet de prévoir qu'il se constituera, à côté du patrimoine propre de l'association, un patrimoine commun appartenant aux associés et administrés *jure societatis*. Les raisons qui nous ont fait considérer comme inévitable la constitution de ce patrimoine pour les associations non déclarées se représentent ici avec la même force. Les associés pourront acquérir en leur propre nom à titre onéreux ou à titre gratuit des immeubles qu'ils affecteront à l'œuvre commune, il se constituera une masse de biens non incorporée à l'association. La jurisprudence sera obligée d'accepter le fait, car la loi ne serait formellement violée que si cette masse de biens était placée sur la tête d'une société civile, procédé qui a été condamné (V. p. 114. Cfr. Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 260, note 57). Tout cela prouve que la lutte entreprise par la loi contre les conséquences logiques de la personnalité de fait des associations est difficile à mener.

(2) On sait que pour les sociétés civiles et commerciales, il existe ici des questions

Source : BIU Cujas

d) La loi est muette sur l'organisation des services d'une association par des caisses ou établissements autonomes subsidiaires. Cela est d'autant plus surprenant que la loi sur les sociétés de secours mutuels, art. 27, prévoit l'organisation de caisses de retraites ou de caisses d'assurances, et que la loi sur les syndicats professionnels, art. 6, prévoit la création de caisses de secours et de retraites entre les membres des syndicats ainsi que d'offices de renseignements. Cette création d'organisations subsidiaires permises à ces associations spéciales serait-elle donc interdite aux associations ordinaires? La raison de douter, est que nous sommes ici en présence d'une sorte de liberté de fondation plutôt que d'association, liberté qui par suite n'est pas impliquée par le principe même de notre loi; elle est encore dans la répugnance, montrée par notre loi, à admettre des juxtapositions de patrimoines qui pourraient servir à tourner les dispositions restrictives de la mainmorte (1).

C. *Les associations reconnues d'utilité publique.* — Les associations peuvent être reconnues d'utilité publique par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique (art. 10, V. p. 93).

D. *Les unions d'associations.* — La liberté d'association se trouvant fondée par notre loi sous la forme de liberté du contrat d'association et le contrat étant une forme éminemment souple; d'autre part, l'article 291, C. pén. et la loi du 10 avril 1834 qui prohibaient les unions d'associations étant abrogés par l'article 21, il serait difficile de soutenir que les unions d'associations ne sont pas licites. Cela serait d'autant plus insoutenable

délicates; ne doit-on pas exiger l'unanimité pour l'adjonction de buts nouveaux? L'assemblée générale a-t-elle qualité pour décider toutes modifications aux statuts lorsqu'elle a reçu le pouvoir de modification en termes généraux? — Ne doit-on pas distinguer des modifications *essentielles* qui ne seraient possibles que lorsqu'elles ont été visées *nommément* et d'autres que l'assemblée pourrait faire en vertu de son pouvoir général? V. Houpin, *Traité des sociétés*, 3e édit., p. 107. Les mêmes controverses renaîtront ici. Mais en somme, avec quelques précautions dans leurs statuts, les associations auront un pouvoir d'évolution dans leurs buts analogue à celui des êtres vivants.

Remarquons que dans la discussion de la loi divers amendements qui avaient pour objet de mesurer la capacité du patrimoine sur le but de l'association ont été rejetés fort heureusement. En réalité, il y a ici deux capacités différentes, celle des buts et celle des moyens. Cette liberté des associations au point de vue de l'évolution dans les buts, est d'autant plus intéressante à noter que s'opposant au principe de la *spécialité* des établissements administratifs elle autorise de plus en plus à croire que celui-ci n'est qu'une règle de police.

(1) A la vérité, tout n'est pas dans la loi, et il ne faut pas oublier que c'est une loi de liberté. Ainsi la loi ne parle point des unions d'associations, et cependant le règlement du 16 août, art. 7, réglemente ces unions, ce qui les suppose possibles.

Il est à remarquer aussi que l'art. 3 du même règlement, à propos des déclarations des changements survenus, signale les *nouveaux établissements fondés*, que l'art. 10, n° 4, signale encore des établissements et que l'art. 11, n° 3, vise les règles d'organisation et de fonctionnement de l'association *et de ses établissements*. — Mais cela ne vise-t-il pas les agences ou succursales où se localise l'activité générale de l'association, plutôt que des établissements autonomes destinés à des œuvres spéciales?

Source : BIU Cujas

que la loi admet formellement qu'une association puisse avoir plusieurs établissements (art. 5, § 2) ; or, entre une fédération d'associations et une association à plusieurs établissements, la différence est souvent mince.

La possibilité de l'union d'association se fonde donc sur la liberté des contrats et cela pour toutes les espèces d'associations, aussi bien pour les non-déclarées que pour les déclarées, ou pour celles qui sont reconnues d'utilité publique.

Bien entendu, l'union d'association ne jouira de la capacité juridique que si elle est déclarée, alors même qu'elle serait composée d'associations déclarées et, si l'on veut qu'elle ait la qualité d'établissement d'utilité publique, il faudra la faire déclarer d'utilité publique. La seule question qui pourrait se poser serait celle de savoir si cette union d'associations pourrait valablement faire sa déclaration alors que les associations qui la composeraient ne seraient pas elles-mêmes déclarées (1).

III. *La dévolution des biens des associations.* — La question de la dévolution des biens de l'association au moment de sa dissolution est d'importance capitale et de la solution admise dépend l'avenir du mouvement corporatif. Si les biens sont attribués à l'État ou si, à l'inverse, ils sont repris à titre individuel par ceux qui les ont apportés comme des parts d'une masse indivise, il est clair que le développement des associations sera entravé, parce qu'il se produira des fuites continuelles et des liquidations périodiques du patrimoine corporatif. Si au contraire les associations dissoutes peuvent elles-mêmes disposer de leurs biens, il est à croire qu'elles les affecteront à d'autres œuvres similaires et le patrimoine corporatif se maintiendra.

Cette dernière solution, la plus libérale et la plus avantageuse, a été formellement consacrée en ce qui concerne les associations déclarées et les associations reconnues d'utilité publique par l'art. 9 de la loi et les art. 14 et 15 du règlement du 16 août 1901. La dévolution des biens sera réglée à l'avance par les statuts de l'association, à défaut par l'assemblée générale qui prononce la dissolution, à défaut par une assemblée générale spécialement convoquée à cet effet. — En aucun cas, il ne saurait être attribué aux associés, en dehors de la reprise de leur apport, une part quelconque des biens de l'association, — car celle-ci n'avait pas pour but le partage des bénéfices (art. 15, R. 16 août).

La loi ne décide rien en ce qui concerne le patrimoine commun qui existera dans les associations non déclarées, pas plus que pour le patrimoine commun qui se constituera par dépassement de la capacité des associations déclarées. Son silence s'explique par la croyance où le légis-

(1) C'est à cette question sans doute que répondait par la négative M. Trouillot rapporteur, dans la séance du 7 février 1901, Ch. députés, *Doc. parlem.*, p. 327. — Mais il serait facile de tourner la difficulté en considérant les associations primaires comme des établissements de l'union.

Source : BIU Cujas

lateur était qu'il empêcherait la constitution de ces patrimoines par les nullités de l'art. 17 (Ch. des députés, *Doc. parlem.*, p. 551, séance du 26 février 1901). On a vu combien il s'était fait illusion sur ce point. — Ces patrimoines administrés *jure societatis* devront être partagés *jure societatis*, bien entendu si tous les associés sont d'accord ils pourront prendre les moyens convenables pour en disposer au profit d'autres œuvres, mais, ici, la majorité ne liera pas la minorité (Cfr. p. 115).

IV. *Les congrégations.* — La loi du 1er juillet 1901 a sensiblement aggravé la situation des congrégations religieuses. La législation antérieure qui résultait de textes assez nombreux (1) pouvait se résumer de la façon suivante : il fallait distinguer les congrégations autorisées et les non autorisées.

Les congrégations d'hommes ne pouvaient être autorisées que par une loi (L. 2 janvier 1817) ; celles de femmes pouvaient l'être par simple décret dans des cas très nombreux (L. 24 mai 1825 ; D. 21 janv. 1852) ; pour les unes comme pour les autres l'autorisation ne pouvait être retirée que par une loi (L. 24 mai 1825, art. 6). La capacité des congrégations autorisées était régie par la loi du 24 mai 1825.

Les congrégations non autorisées d'hommes ou de femmes n'étaient pas, d'après l'opinion générale, considérées comme illicites (2) ; elles étaient simplement soumises au droit de dissolution par mesure de police (3) et privées du bénéfice de la personnalité ; en fait elles se passaient de la capacité juridique grâce à la constitution d'un patrimoine conventuel tenu en mains communes par des membres de la congrégation, liés le plus souvent par des sociétés civiles tontinières (4). Elles avaient

(1) L. 18 août 1792 ; D. 3 messidor, an XII ; L. 2 janv. 1817 ; L. 24 mai 1825 ; D. 21 janvier 1852 ; lois fiscales, 28 décembre 1880, art. 4 ; 29 décembre 1884, art. 9 ; 16 avril 1895, art. 3 et s.

(2) L'application aux congrégations des art. 291 et s. C. p., était un système peu soutenu parce qu'elles avaient été régies dès avant le Code pénal par une législation spéciale : Dubief et Gottofrey, *Législation des cultes*, nos 2147 et s.

(3) En vertu surtout du décret du 3 messidor an XII ; c'est en vertu de ce droit de dissolution que les décrets du 29 mars 1880 avaient été rendus contre les congrégations d'hommes. A consulter sur ces décrets les ouvrages suivants qui n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif : Jacquier, *Mémoire à consulter*, Rev. cath. des institutions et du droit, mai 1879 ; Dieu, *Consultation sur l'illégalité des décrets du 29 mars 1880* ; Vatimesnil, *Consultation ; Les décrets du 29 mars 1880 sur les congrégations religieuses, études rétrospectives sur les consultations de MM. Vatimesnil... et adhésion de M. Bertauld* ; *Les associations religieuses et le droit moderne*, par le R. P. Ollivier et Eugène Rendu ; *Les congrégations religieuses en France, leurs œuvres et leurs services avec introduction* de E. Keller ; Rousse, *Consultation sur les décrets du 29 mars 1880 ;* Jeanvrot, *De l'application des décrets du 29 mars 1880 ;* Graux, *Des congrégations religieuses devant la loi ;* Orts, *De l'incapacité civile des congrégations non autorisées.*

(4) La jurisprudence avait parfaitement admis le jeu de ce patrimoine conventuel, malgré des attaques très vives (V. Beudant, note sous D. P. 1879. 2. 235 ; Ducrocq, 6e édit., t. II, nos 1538 et s.) pour la compréhension de ce système, V. de Vareilles-Sommières, *Le contrat d'association*, 1893. — Il est piquant de constater que la théorie sou-

Source : BIU Cujas

ainsi acquis des biens considérables mais grevés de charges parce qu'ils étaient affectés à des œuvres. L'accroissement de cette mainmorte était d'ailleurs ralenti, tant par les difficultés inhérentes à l'administration des patrimoines tenus en mains communes, que par des impôts très lourds (impôt de mainmorte, droit d'accroissement, etc.).

La loi nouvelle tend à supprimer complètement la catégorie des congrégations non autorisées, elles deviennent illicites; celles qui existaient ont dû se dissoudre dans un délai déterminé, leurs biens doivent être liquidés; celles qui se formeraient à l'avenir sans autorisation tomberaient sous le coup de sanctions analogues et de plus commettraient un délit. La loi aggrave la situation des congrégations qui demandent l'autorisation en revenant rigoureusement à la législation de 1817, en exigeant l'autorisation par une loi, même pour les congrégations de femmes, en supprimant les dispositions de faveur de la loi de 1825 et du décret de 1852. — Enfin elle aggrave la condition légale des congrégations autorisées en faisant peser sur elles l'éventualité de la dissolution par décret délibéré en conseil des ministres et en les assujettissant à une tutelle plus étroite.

Ainsi, à l'opposé de l'association qui devient licite sans autorisation, la congrégation devient illicite toutes les fois qu'elle n'est pas autorisée et les conditions de l'autorisation sont très rigoureuses.

1° *Définition de la congrégation.* — Il importe d'autant mieux de définir exactement la congrégation que le fait, pour un groupement nouveau, de se former en congrégation non autorisée, constituera désormais un délit. Il importe aussi de distinguer la congrégation religieuse, qui est illicite, de l'association à but religieux qui est licite et libre (V. p. 110). La loi s'est refusée à donner la définition de la congrégation (V. S. *L. annotées* 1902, p. 265, note 74). Cette tâche reviendra donc à la jurisprudence. L'ancienne pratique administrative exigeait la réunion de quatre éléments : la vie en commun, les statuts religieux, les vœux et les novices (Vuillefroy, *Traité des cultes*, p. 171). La tendance serait plutôt actuellement à s'attacher à un caractère unique de la congrégation, que l'on dégage par opposition à l'association : L'association n'entraîne pas pour ses membres un genre de vie particulier, elle ne les enlève pas au monde, elle les laisse à leur famille et à leurs affaires; la congrégation au contraire enlève ses membres à la vie mondaine, elle leur impose un genre de vie spécial, elle les marque dans toutes leurs actions d'un sceau particulier (1). Cette définition est évidemment très psychologique et même

tenue par M. Waldeck-Rousseau pour le droit commun des associations n'était autre que celle du patrimoine conventuel.

(1) V. Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 266, opinion de M. Waldeck-Rousseau, de M. Vallé, etc. Rapprocher le projet de loi déposé par le gouvernement, qui visait indirectement les congrégations religieuses en déclarant illicites les vœux qu'elles imposent. — Rapprocher enfin la jurisprudence en matière de droit d'accroissement qui a une tendance à

Source : BIU Cujas

très canonique, car elle correspond à la distinction de la vie séculière et de la vie régulière, mais on peut se demander si elle est suffisamment précise au point de vue juridique, et si l'on ne sera pas obligé d'en venir à certains faits révélateurs de la vie régulière et par suite de la congrégation. Pratiquement, la question se posera sur le fait de la vie en commun et par conséquent de l'établissement : y a-t-il possibilité de vie religieuse congréganiste en dehors d'un établissement où soit menée la vie en commun? (Cf. conflits, 2 avr. 1881). Elle ne se posera d'ailleurs franchement que dans quelques années d'ici, à propos de nouvelles congrégations qui se formeront et de congréganistes qui seront inconnus. Nul doute, que la solution ne soit celle de la tradition qui est en même temps celle de la liberté.

Remarquons d'ailleurs que les affiliations qui ne supposent pas d'établissement avec vie commune ne sauraient être autorisées, car l'autorisation d'une congrégation se présente administrativement sous la forme de l'autorisation du premier établissement de celle-ci (V. *infrà*) ; ne pouvant pas être autorisées, elles ne sauraient être illicites pour défaut d'autorisation (1).

2° *De la nécessité de l'autorisation.* — Il faut distinguer en cette matière l'*autorisation de la congrégation*, qui se produit en fait par l'autorisation du premier établissement de celle-ci ; et l'*autorisation des nouveaux établissements* d'une congrégation déjà autorisée.

a) *L'autorisation de la congrégation* ne peut résulter que d'une loi qui déterminera les conditions de son fonctionnement (art. 13, § 1) — les formalités et la procédure sont réglées par le décret du 16 août 1901, art. 16 et s. — Il faut distinguer deux hypothèses ; celle où il s'agit d'une congrégation nouvelle, elle devra demander l'autorisation avant toute réunion de fait, ce qui présentera des difficultés pratiques ; celle où il s'agit d'une congrégation existante et non reconnue antérieurement, l'art. 18, § 1, statue : « Les congrégations existantes au moment de la « présente loi qui n'auraient pas été antérieurement autorisées ou recon- « nues devront, dans le délai de trois mois, justifier qu'elles ont fait « les diligences nécessaires pour se conformer à ses prescriptions ». — La question de savoir quelles sont les congrégations autorisées antérieurement doit être tranchée d'après la législation en vigueur au moment de l'autorisation ; ainsi les congrégations de femmes autorisées par simple décret en vertu de l'art. 2, § 2, L. 24 mai 1825 ou en vertu du décret du

définir la congrégation par les congréganistes, ce qui revient à la définir par le genre de vie (V. cass., 22 nov. 1899, S. 1900. 1. 241 ; 7 mars 1900, S. 1901. 1. 369 ; 9 mai 1900, S. 1901. 1. 465 et les notes de M. Wahl).

(1) Il serait prématuré de soulever des questions spéciales, telles que celles des tiers ordres par exemple ; notons seulement la déclaration de M. Le Myre de Villers, à la séance du 29 mars 1901, *J. off.*, Chambre des députés, p. 1035 : « les associations de prédicants méthodistes sont des congrégations ».

Source : BIU Cujas

21 janvier 1852 le sont régulièrement; il en est de même de certaines congrégations d'hommes qui avaient été autorisées par décret avant la loi du 2 janvier 1817 en vertu du décret du 3 messidor an XII (1); mais plusieurs autres congrégations d'hommes, qui depuis la loi du 2 janvier 1817 avaient été reconnues d'utilité publique par simple décret, *à titre d'établissements d'enseignement*, ne doivent pas être considérées comme autorisées valablement au point de vue de la législation sur les congrégations (Cass., 3 janv. 1861, Sirey, 61. 2. 615; avis C. E. 6 janv. 1901).

La sanction du délit de congrégation non autorisée est prononcée par l'art. 16 : « Toute congrégation *formée* sans autorisation sera déclarée « illicite, ceux qui en auront fait partie seront punis des peines édictées « à l'art. 8, § 2 (amende de 16 à 5.000 francs et emprisonnement de « six jours à un an) — la peine applicable aux fondateurs ou adminis- « trateurs, sera portée au double. » Bien entendu, la compétence est judiciaire (2). — Une autre précaution est prise afin que la congrégation non autorisée ne puisse se constituer un patrimoine de fait. L'art. 17 prononce la nullité de tous les actes juridiques par lesquels la congrégation illégalement formée essaierait de se soustraire aux dispositions des art. 13, 14 et 16, et ici il y a des présomptions légales d'interposition de personnes, mais qui admettent la preuve contraire. La congrégation formée sans autorisation peut en outre être dissoute par décret rendu en conseil des ministres, mais la loi n'organise pas la liquidation des biens.

d) Une congrégation autorisée ne pourra former aucun *nouvel établissement* qu'en vertu d'un décret rendu en Conseil d'État (art. 13, § 2. Cfr. loi 24 mai 1825, art. 3). — Pour les congrégations antérieurement reconnues qui avaient fondé des nouveaux établissements sans les faire autoriser, il a été accordé un délai supplémentaire jusqu'au 15 janvier 1902 (Circ. intérieur, 5 nov. 1901). Cette question soulève de graves difficultés : il s'agit de savoir ce qu'on entend par nouvel établissement, si la loi du 1er juillet 1801, art. 13, § 2, a entendu soumettre à autorisation la formation des nouveaux établissements *de fait* et si elle a ainsi créé une obligation de police, ou si elle est seulement relative à la con-

(1) Quatre congrégations d'hommes sont certainement dans cette situation, les *Lazaristes* (D. 7 prair. an XII, O. 3 févr. 1816); les *Prêtres des Missions étrangères* (D. 2 germ., an XIII, O. 2 mars 1815); les *Prêtres de Saint-Sulpice* (L. 3 avr. 1816); les *Frères des écoles chrétiennes* (D. 17 mars 1808, art. 109, O. 29 févr. 1816), etc... — Pour une cinquième congrégation, celle des *Prêtres du Saint-Esprit*, et pour un certain nombre de congrégations de la Savoie, le Conseil d'État a décidé qu'il y avait lieu de surseoir parce qu'il est impossible, quant à présent, de se rendre compte de leur situation légale (avis du C. E. 16 janv. 1901, *Rev. général d'adm.*, 1901, 1. 303).

(2) Ce délit semble n'exister qu'en cas de formation d'une congrégation nouvelle, pour les congrégations anciennes qui n'ont pas fait dans le délai les diligences pour l'autorisation, il ne paraît pas y avoir d'autre sanction que la dissolution et la liquidation des biens de l'art. 18 (En ce sens, *Gazette des trib.*, 4 mai 1902).

Source : BIU Cujas

cession de la personnalité civile à ces nouveaux établissements, ce qui était la signification incontestée de l'art. 3, loi 24 mai 1825. — Ce qui est certain, c'est que la fondation d'un nouvel établissement sans autorisation ne constitue pas un délit et n'est point visée par l'art. 16 ; la seule sanction serait dans la fermeture de l'établissement, par mesure administrative (art. 13, § 3) et encore, l'existence de cette sanction ne constitue pas un argument, car même les établissements autorisés peuvent être fermés de cette façon ; ce qui est certain aussi, c'est que quoique donnée au point de vue de la police, l'autorisation emporterait quand même concession de la capacité civile et qu'il serait déraisonnable d'imposer à une congrégation de ne faire que des établissements pourvus de capacité civile (1).

3° *Condition des congrégations autorisées.* — Il faut distinguer la capacité civile et la condition au point de vue de la police.

Les congrégations autorisées en vertu de la loi nouvelle ont la personnalité civile à titre d'établissement, il en sera de même de leurs nouveaux établissements qui seront autorisés (Cfr. D. 16 août 1901, art. 22). Cette capacité sera réglée par la loi d'autorisation (art. 13, n° 1, L. 1er juill. 1901. — V. à titre d'indication le D. 16 août, art. 19).

Les congrégations sont assujetties à cetaines obligations de police déterminées par l'art. 15 de la loi et l'art. 26 du règlement (2).

« La dissolution de la congrégation ou la fermeture de tout établisse-

(1) Le discours prononcé par M. Waldeck-Rousseau à la Chambre à propos d'un amendement de M. Peschaud qui proposait d'autoriser en bloc tous les établissements existants peut être invoqué par ceux qui pensent qu'il s'agit seulement de l'autorisation en vue de conférer la personnalité civile ; on y lit textuellement ceci : « en un mot, « comme la faveur *de la capacité légale* est toute exceptionnelle et qu'il faut qu'elle soit « méritée, il y a un examen à faire qui comporte l'examen de chaque espèce, et une « solution en bloc est inadmissible ». (S. *Lois annotées*, 1902, p. 270). — De même les art. 22 et s. du règlement du 16 août 1901, visent certainement l'établissement personne juridique.

Sur cette première question de savoir si l'obligation de faire autoriser les nouveaux établissements existe au point de vue de la police ou si c'est seulement au point de vue de la capacité civile, il est venu s'en greffer une seconde. Celle-ci est relative au cas très fréquent où des congréganistes appartenant à des congrégations autorisées sont détachés pour aller enseigner dans des écoles appartenant à des laïques ; la seule présence de ces congréganistes, qui sont salariés, transforme-t-elle l'école en un établissement congréganiste soumis à autorisation ? Il y a eu sur ce point des déclarations contradictoires du gouvernement et un avis du Conseil d'État qui n'a pas encore été publié.

(2) Art. 15. — Toute congrégation religieuse tient un état de ses recettes et dépenses ; elle dresse chaque année le compte financier de l'année écoulée et l'état inventorié de ses biens, meubles et immeubles. La liste complète de ses membres mentionnant leur nom patronymique, ainsi que le nom sous lequel ils sont désignés dans la congrégation, leur nationalité, âge et lieu de naissance, la date de leur entrée, doit se trouver au siège de la congrégation. Celle-ci est tenue de représenter sans déplacement, sur toute réquisition du préfet, à lui-même ou à son délégué, les comptes, états et listes ci-dessus indiqués. Seront punis des peines portées au § 2 de l'art. 8 les représentants ou direc-

Source : BIU Cujas

ment pourront être prononcées par décret rendu en conseil des ministres », art. 13, § 3, L. 1er juill. 1901 (1).

4° *Incapacité d'enseigner des membres des congrégations non autorisées.* — L'art. 14 de la loi est ainsi conçu : « Nul n'est admis à diriger, soit directement, soit par personne interposée, un établissement d'enseignement, de quelque ordre qu'il soit, ni à y donner l'enseignement, s'il appartient à une congrégation religieuse non autorisée.

Les contrevenants seront punis des peines prévues par l'art. 8, § 2. La fermeture de l'établissement pourra, en outre, être prononcée par le jugement de condamnation ».

Pour assurer l'application de la loi sur ce point le Règlement du 16 août, art. 29, a pris une mesure d'ordre ; un registre doit être tenu dans tout établissement d'enseignement privé et est destiné à recevoir des indications sur le personnel des maîtres et employés.

Cette incapacité d'enseigner a soulevé la question de savoir à quel moment et par quel acte un congréganiste cesse d'appartenir à une congrégation. En principe, c'est par une décision de l'autorité religieuse qui porte le nom de sécularisation. Les conditions dans lesquelles la sécularisation sera considérée comme valable par l'autorité administrative ont donné lieu à une circulaire du 14 novembre 1901 et à un échange d'observations à la Chambre (Sirey, *Lois annotées*, 1902, p. 290).

5° *Liquidation des biens des congrégations existantes qui n'auront pas demandé l'autorisation ou auxquelles elle aura été refusée.* Cette question transitoire est réglée par l'art. 18 de la loi et par le second décret du 16 août 1901 qui instituent une procédure toute exceptionnelle. La liquidation est en principe judiciaire, cependant le liquidateur rend des comptes à l'administration. La liquidation comporte les opérations suivantes : des revendications exercées par les propriétaires individuels des biens, les anciens donateurs ou testateurs ou leurs ayants cause (§§ 5 à 9) ; la vente du reliquat et la consignation du prix (§§ 10-11) ; la répartition de l'actif net *entre les ayants droit* qui seront déter-

teurs d'une congrégation qui auront fait des déclarations mensongères ou refusé d'obtempérer aux réquisitions du préfet dans les cas prévus par le présent article.

Art. 26. D. 16 août. — « Les congrégations inscrivent sur des registres séparés les comptes, états et listes qu'elles sont obligées de tenir en vertu de l'art. 15 de la loi du 1er juillet 1901. »

(1) Ce droit de dissolution par décret de congrégations autorisées par une loi constitue certainement une anomalie, il suggère les observations suivantes : 1° Le décret de dissolution sera susceptible de recours pour excès de pouvoirs (déclaration de M. Waldeck-Rousseau, S. *Lois annotées*, 1902, p. 271) ; 2° la dissolution par voie administrative a été considérée dans la discussion comme un *retrait d'autorisation* (Sirey, *Lois annotées*, p. 270) ; la conséquence en sera donc la liquidation des biens, mais une liquidation qui sera réglée par l'art. 7, L. 24 mai 1825, et non pas par l'art. 18, L. 1er juillet 1901, dont la procédure toute exceptionnelle ne s'applique pas à ce cas ; 3° Cette procédure de dissolution s'applique-t-elle aux congrégations autorisées sous la législation antérieure, alors que l'art. 6 de la loi du 24 mai 1825 n'a pas été formellement abrogé ?

Source : BIU Cujas

minés par les tribunaux (amendement Lhopiteau) et qui pourront être soit la société de fait que constituait la congrégation ou la société civile formée entre certains des membres, soit l'État (1); enfin la liquidation d'une indemnité à attribuer aux membres de la congrégation dissoute qui n'auraient pas de moyens d'existence assurés ou qui justifieraient avoir contribué par leur travail personnel à l'acquisition des valeurs mises en distribution (§ 14). La liquidation de cette indemnité a été organisée par le deuxième décret du 16 août 1901 sous forme d'une procédure administrative qui, venant se greffer sur une liquidation judiciaire, serait tout ce qu'on peut imaginer de plus anormal si l'on ne réfléchissait qu'elle ne fonctionnera sans doute que dans le cas où le reliquat de l'actif aura été attribué à l'État qui réglera ainsi sa propre dette.

Section II. — la fondation (2).

L'expression fondation est devenue équivoque dans notre droit par suite de la suppression, opérée par les lois révolutionnaires, des fondations existant sous l'ancien régime (L. 12 juill.-24 août 1790, titre 1er, art. 22; D. 10-18 févr. 1791, art. 1er). Elle désigne actuellement une libéralité laissée à une personne morale préexistante, à charge d'accomplir un certain service, par exemple la libéralité laissée à une fabrique à charge de célébration de messes. Ce n'est pas là la véritable fondation. Celle-ci suppose un bien donné entre-vifs ou laissé par dernière volonté en vue d'une œuvre à organiser, et devenant le *substratum* d'une personnalité morale nouvelle qui s'identifie avec cette œuvre. La fondation ainsi comprise semble être une création de l'Église chrétienne, elle apparaît dans la législation du Bas-Empire sous le nom de *pia opera* d'où nous avons fait *œuvres pies* (3). Elle a existé en France pendant toute la durée de notre ancien droit et s'est conservée dans certains pays étrangers, notamment en Allemagne, sous le nom de *Stiftung* (4). Le Concordat, dans son art. 15, avait réservé aux catholiques le droit de faire des fondations en faveur des églises; mais il a été donné un semblant de satisfaction à cette disposition par la réorganisation des fabriques et des menses auxquelles il peut être fait des legs de

(1) V. dans S. *Lois annotées*, 1902, p. 279, la discussion de l'amendement Lhopiteau.

(2) *Bibliographie :* Vauthier, *Étude sur les personnes morales*, Paris, 1887; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 72 et s.; Block, *Dictionnaire de l'administration*, vo *Fondation;* Geouffre de Lapradelle, *Théorie et pratique des fondations perpétuelles*, 1895.

(3) L. 13, C. *De Sacrosanctis ecclesiis*, 1-2; LL. 24, 48 pr., 49 pr., C. *De episcopis*, 1-3; nov. 131, C. 10 et 11, etc.; V. Vauthier, *op. cit.*, p. 74.

(4) Brinz, *Pand.*, t. III, édit. 1888, § 446; Bekker, *Pand.*, t. I, édit. 1886, §§ 59-60; Cfr. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand*, p. 145; *Les personnes juridiques dans le Code civil allemand*, 1902, p. 94.

Source : BIU Cujas

sorte qu'il n'est point sorti de ce texte une véritable liberté des fondations (1).

Il semble cependant que la pratique et la jurisprudence civile fassent effort pour restituer aux particuliers cette liberté perdue; elles y parviennent à peu de chose près, grâce à la théorie des charges d'hérédité.

La grande difficulté pour qu'une disposition de dernière volonté soit laissée au profit d'une œuvre à créer, c'est que si elle est faite sous la forme ordinaire du legs, on n'aperçoit point de légataire qui puisse être institué; sans doute, après la mort du testateur l'œuvre pourra être organisée, elle pourra même être reconnue d'utilité publique par le Gouvernement et acquerra ainsi la personnalité; mais il semble qu'il soit trop tard pour qu'elle puisse être considérée comme ayant jamais été légataire institué. C'est au moment de l'ouverture de la succession qu'elle eût du exister, avoir sinon l'existence juridique, au moins une existence de fait (2). Or elle n'avait même pas d'existence de fait, puisqu'on n'a commencé de l'organiser qu'après la mort du testateur et en vertu de sa volonté; c'est un cercle vicieux, elle ne peut exister qu'en vertu du legs fait à elle-même, or ce legs ne peut lui être fait valablement que si elle existait auparavant.

C'est pour échapper à ce cercle vicieux que la pratique et la jurisprudence ont usé de la théorie des charges d'hérédité.

La charge d'hérédité est imposée à l'héritier ou à un légataire en faveur d'un tiers par disposition de dernière volonté, mais elle ne suppose pas chez le bénéficiaire « l'institution », c'est-à-dire le droit de réclamer dès maintenant l'exécution de la disposition; l'obligation existe chez l'héritier ou chez le légataire grevé, il n'y a point, immédiatement du moins, de créance correspondante chez le bénéficiaire; la créance est au profit du *de cujus* et peut se retrouver dans sa succession (3). On conçoit que dans ces conditions une libéralité puisse être laissée à un incapable, à un établissement qui n'existe pas encore, à une œuvre qu'il

(1) L'impossibilité pour un testateur de transformer lui-même sa succession en un être moral et d'en faire une véritable fondation est constatée par un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ., 17 nov. 1863). — Les administrations publiques font de véritables fondations, V. L. 21 décembre 1880 sur les lycées de jeunes filles.

(2) Le droit administratif admet au bénéfice des libéralités testamentaires les établissements qui ont une existence de fait au moment de la mort du *de cujus*, pourvu qu'ils aient été reconnus d'utilité publique avant l'acceptation; c'est une application de la règle, *infans conceptus pro nato habetur*. V. *infrà, Dons et legs*.

(3) La théorie de la charge d'hérédité est parallèle à celle de la stipulation pour autrui de l'art. 1121 du Code civil, c'est la stipulation pour autrui testamentaire. — On verra plus bas la conséquence que la jurisprudence en a tirée au point de vue de l'action directe qui peut compéter à l'établissement bénéficiaire, une fois qu'il a été créé et qu'il a accepté le bénéfice de la libéralité. — Sur la stipulation pour autrui, V. Aubry et Rau, IV, § 343; Lambert, *Du contrat en faveur de tiers*.

Source : BIU Cujas

s'agit de fonder ; en effet, le bénéficiaire n'étant nullement institué, il n'y a point à se préoccuper de son existence au moment de la mort du *de cujus* (1). Voici donc le procédé :

Le testateur institue un légataire universel qu'il charge d'organiser en fait la fondation, c'est-à-dire l'œuvre voulue, orphelinat, crèche, école, etc.; il le charge en outre d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique pour l'établissement ainsi organisé ; jusque-là, l'exécution de la volonté du testateur peut être assurée par les héritiers de celui-ci ou par des exécuteurs testamentaires; une fois reconnu d'utilité publique et doué de la personnalité, l'établissement est autorisé à accepter lui-même la libéralité, et acquiert une action directe pour réclamer le versement de la dotation qui lui a été constituée ou le service de la rente (2).

La réalisation de la fondation dépendra ainsi du bon plaisir du Gouvernement qui accordera ou n'accordera pas la reconnaissance d'utilité publique de l'établissement et par conséquent la personnalité. Il est à remarquer que la loi du 1er juillet 1901 n'apporte à cet égard aucune facilité nouvelle. Il ne servirait de rien au légataire universel d'organiser la fondation sous forme d'association déclarée, car si sous cette forme la fondation acquérait une demi-personnalité, elle n'acquerrait pas la capacité de recevoir des dons et legs sans avoir été reconnue d'utilité publique et c'est cette capacité qu'il lui faut pour pouvoir s'incorporer le patrimoine destiné à la faire vivre (art. 6 et 11 de la loi du 1er juill. 1901). La liberté de fondation n'existera par voie de ricochet que lorsque les associations simplement déclarées auront la capacité de recevoir des dons et legs, parce qu'alors, grâce à la théorie des charges d'hérédité, le testateur pourra toujours charger un légataire universel d'organiser la fondation sous forme d'association déclarée (3).

(1) Cass. civ., 16 juillet 1834; cass. civ., 13 juill. 1859, *Rousset;* cass. civ., 6 juillet 1871; Cour de Nancy, 9 décembre 1891, *Poirson;* cfr. Th. Tissier, *Traité des dons et legs,* nos 69 et s.

(2) Arrêt, cass., ch. req. 7 novembre 1859, *Dolivet;* ch. req. 8 avril 1874, *Anduze;* cfr. Th. Tissier, *op. cit.*, nos 74 et s. M. Tissier s'étonne que la jurisprudence admette l'action directe au profit de l'établissement fondé une fois qu'il a été reconnu, mais ce n'est pourtant que l'application à la stipulation pour autrui testamentaire, de la théorie admise pour la stipulation pour autrui entre-vifs. V. Aubry et Rau, IV, § 343.

(3) On peut encore obtenir une perpétuité de fait de la fondation par une sorte de substitution des légataires universels (Cass., ch. civ., 5 juillet 1886, *Baron;* ch. req., 16 nov. 1888 même affaire). Dans ma 4e édit., p. 130, j'avais étudié avec soin ce procédé, mais il demeurera toujours très exceptionnel.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE III

LE DROIT PUBLIC ECCLÉSIASTIQUE

SECTION I. — L'ÉTAT LAÏQUE, LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET LA LIBERTÉ DES CULTES.

La Révolution de 1789, par une série de lois, a rompu avec la tradition de la religion d'État, elle a consommé la séparation de la société civile et de la société religieuse (1). Cela a introduit dans le droit public moderne les trois principes de la liberté de conscience, de la liberté des cultes et de la laïcité. L'État moderne est indifférent aux croyances religieuses, il admet dans son sein avec des droits civils et politiques égaux tous les religionnaires, il protège également les principaux cultes et, pour que les services publics soient accessibles à tous ses membres, il les a soigneusement laïcisés.

Pour comprendre la véritable portée de ces principes, il faut distinguer entre la liberté de conscience au sens civil et cette même liberté au sens religieux. On conçoit que, dans la société religieuse, il n'y ait point liberté de conscience. Les croyances religieuses se placent au point de vue de la vérité absolue, à ce point de vue, la vérité est une, les opinions divergentes sont des erreurs, et si l'on doit la tolérance à la personne de ceux qui errent, en revanche on ne la doit pas aux doctrines, car, en effet, il n'y a point liberté de l'erreur (2). Dans l'ordre civil, pour l'État, la question se pose autrement, d'une façon plus relative et sur le terrain des faits. Les événements ont amené la constitution des États modernes; ces événements ont placé dans le même État, côte à côte, des religionnaires différents auxquels il est politiquement impossible de

(1) D. 4 novembre 1789, sur les biens ecclésiastiques; — Constitution du 3 septembre 1791; Déclaration des droits de l'homme, art. 10; tit. II, art. 7; — L. 18 août 1792, sur l'abolition des ordres religieux; — Constitution du 24 juin 1793; Déclaration des droits, art. 7; art. 122; — D. 18 frimaire an II, relatif à la liberté des cultes; — D. 18 floréal an II, qui institue des fêtes décadaires; D. 2e jour des sans-culottides an II, sur la suppression du budget des cultes; — Constitution du 5 fructidor an III, art. 352, 354; — L. 7 vendémiaire an IV, sur la police des cultes.

(2) *Syllabus*, art. 15 et 16.

Source : BIU Cujas

ne pas accorder les mêmes droits civils et civiques, les guerres de religion à elles seules, et les convulsions qui les ont suivies, suffiraient à l'établir. La liberté de conscience s'est donc présentée dans l'ordre civil comme une nécessité de fait, elle s'est bientôt transformée en un droit, parce que cette nécessité a été comprise et acceptée de tout le monde. Les croyants de toute religion peuvent d'autant mieux l'admettre pratiquement, qu'ils doivent supposer dans les faits historiques dont elle procède des intentions de la Providence (1).

La liberté de conscience, à titre de principe civil, est donc admissible, et, en fait, les catholiques l'admettent. Charles-Quint fut sacré le 24 février 1530 par le pape Clément VII, bien que dans la diète de Spire en 1529 il eût autorisé en Allemagne le libre exercice du culte luthérien; Napoléon Ier fut sacré par Pie VII, le 18 brumaire an XII, bien qu'il eût fait le serment de *respecter et faire respecter la liberté des cultes* (2); enfin, dans certains pays, comme la Belgique, qui possèdent le principe de la liberté de conscience, le parti catholique a été plusieurs fois au pouvoir et a gouverné avec ce principe (3).

Mais le régime de la liberté de conscience et de la laïcité doit être sainement entendu, il consiste essentiellement dans la création d'un certain nombre de rapports sociaux purement laïques, au sujet desquels tous les religionnaires puissent être sur pied d'égalité; il ne faut point le prendre en un sens sentimental et prétendre qu'il est en jeu lorsque les manifestations extérieures d'un culte blessent plus ou moins la susceptibilité des tenants d'un autre culte ou des libres penseurs. On a eu en France une tendance fâcheuse à comprendre la liberté de conscience de cette façon sentimentale; il a semblé un instant que pour ne point offenser la vue de gens sensibles, on irait jusqu'à proscrire, non seulement toute manifestation extérieure du culte, mais même toute exhibition d'emblèmes religieux; cette exagération est regrettable, elle démontre un faible sens de la liberté; une fois le domaine laïque établi, les différents cultes doivent se tolérer les uns les autres, et s'il en est qui usent des manifestations extérieures plus que les autres, ce n'est point une raison suffisante pour les molester. En résumé, le régime de la liberté de conscience doit respecter la vitalité propre à chaque culte, il ne doit pas servir de prétexte à des persécutions politiques exercées contre certains cultes avec l'arrière-pensée de les détruire.

(1) Il faut réserver dans les affaires humaines la part des événements, c'est-à-dire de l'évolution sociale en tant qu'elle dépasse la volonté humaine.

(2) V., dans E. Ollivier, *Manuel*, p. 117 et s., la correspondance échangée au sujet de cette question du sacre et du serment; le pape fit la distinction de la liberté de conscience au sens civil et de cette même liberté au sens religieux, il n'accepta de figurer au sacre que parce qu'il lui fut assuré qu'il s'agissait seulement de la liberté de conscience au sens civil, et que notamment il ne serait jamais fait obstacle aux peines canoniques contre les apostats.

(3) Cfr. également l'encyclique de Léon XIII aux évêques d'Amérique.

Source : BIU Cujas

I. *La liberté de conscience.* — Cette liberté a été proclamée par toutes les constitutions révolutionnaires (1), confirmée par le serment du sacre de Napoléon Ier (V. p. préc. la note); par la Charte de mai 1814 (art. 5 et 8); par celle d'août 1830 (art. 5 et 7); par la Constitution de 1848 (art. 7) et par celle de 1852 (art. 26) : « La liberté de conscience « est inviolable. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions religieuses, « pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par « la loi ». Ainsi s'exprime la Déclaration des droits de l'homme, art. 10.

Cette liberté est à double face, elle peut être interprétée comme libre croyance et comme libre pensée; on peut croire librement à un dogme déterminé, quel qu'il soit, on peut ne croire à aucun dogme.

A. Au principe de la libre croyance, se rattachent les deux conséquences suivantes :

1° L'égalité de tous les religionnaires au point de vue des droits *privés*, et notamment au point de vue de l'état civil, ce qui a entraîné la sécularisation de l'état civil et du mariage (Constitution du 3 sept. 1791, tit. II, art. 7; L. org. 18 germ. an X, art. 54 et 55) (2);

2° L'égalité de tous les religionnaires au point de vue des droits *publics*, l'égale admission aux emplois et aux fonctions publiques (3).

B. A la libre pensée on peut rattacher :

1° Le principe de la liberté des funérailles, L. 17 novembre 1887 (4);

2° L'abrogation de la loi du 18 novembre 1814 sur le respect obligatoire du dimanche (5).

(1) Constitution du 3 septembre 1791; Déclaration des droits de l'homme, art. 10; — Constitution du 24 juin 1793; déclaration des droits, art. 7; — Constitution du 5 fructidor an III, art. 352, 354.

(2) Un édit du 17 novembre 1787 avait déjà restitué aux protestants l'état civil que la révocation de l'édit de Nantes leur avait enlevé, mais cet édit laissait aux ministres du culte la tenue de l'état civil et conservait au mariage son caractère de sacrement.

(3) Sur ce dernier point, d'ailleurs, les conséquences de la liberté de conscience se retourneraient contre elle-même, si le Gouvernement n'usait de son pouvoir discrétionnaire en matière de nomination de fonctionnaires, pour maintenir dans les fonctions publiques un certain équilibre proportionnel entre les diverses confessions (V. p. 48).

(4) On est libre de se faire faire les funérailles que l'on veut, civiles ou religieuses; dès que l'on a la capacité de tester, on fait connaître sa volonté à cet égard en la forme testamentaire. Si des difficultés sont soulevées sur l'interprétation de cet acte de dernière volonté, il est statué dans le jour par le juge de paix du lieu du décès, sauf appel devant le président du tribunal civil qui doit statuer dans les vingt-quatre heures (le tout sans préjudice des attributions des maires en ce qui concerne les mesures à prendre dans l'intérêt de la salubrité publique).

Toute personne qui violera la liberté du défunt sera punie des peines portées aux art. 199 et 200 du Code pénal; pour la première fois, amende; en cas de récidive, prison.

Les honneurs funèbres dus par l'autorité publique seront rendus, sans distinguer entre les funérailles civiles et les funérailles religieuses.

(5) L. 12 juillet 1880. Mais en regard de cette disposition, il convient de mettre celle de la loi du 2 novembre 1892, art. 5 : « Les enfants âgés de moins de dix-huit ans et les « femmes de tout âge, ne peuvent être employés plus de six jours par semaine; une af-

Source : BIU Cujas

II. *La liberté de l'exercice public des cultes* (1). — Malgré le principe posé par les textes (2), il n'y a point précisément liberté du culte public, au contraire, les cultes sont sous le régime de l'autorisation administrative, cependant, il faut distinguer entre les reconnus et les non reconnus.

1° Pour les cultes dits *reconnus*, l'exercice public en a été assuré une fois pour toutes par des lois, sauf nécessité d'une autorisation administrative spéciale pour l'ouverture de tout édifice consacré au culte. Les cultes reconnus sont au nombre de quatre : culte catholique (Concordat et loi du 18 germ. an X). — Confessions luthérienne et calviniste (L. 18 germ. an X). — Culte israélite (Décret du 17 mars 1808 ; décret du 11 déc. 1808 refondus depuis plusieurs fois, et notamment par décret du 18 nov. 1870). Il n'y a donc ici pouvoir discrétionnaire de l'Administration que pour l'autorisation des édifices (art. 44. — L. 18 germ. an X et décret du 19 mars 1859) (3). De plus, les cultes reconnus participent au service public des cultes, c'est-à-dire sont plus ou moins réglementés, surveillés et subventionnés par l'État.

2° Pour les cultes *non reconnus*, c'est l'exercice même du culte pour lequel l'autorisation est administrative. V. décret du 19 mars 1859. A défaut d'autorisation, il y a application de l'art. 294, C. pén.

En Algérie et dans les colonies, les cultes indigènes musulman, brahmine, boudhiste, etc., sont reconnus, en ce sens qu'ils sont tolérés sauf règlements de police. En Algérie, le culte musulman est de plus subventionné administrativement (Circul. 17 mai 1856).

III. *La laïcité de l'État.* — Les services publics de l'État sont laïques et non point confessionnels, de façon à être également accessibles à tous les religionnaires. Il faut cependant faire exception pour le service pu-

« fiche apposée dans les ateliers indiquera le jour adopté pour le repos hebdomadaire ».

En fait, le plus souvent, le dimanche est choisi et accordé aussi aux hommes. — *Adde*, les décrets des 6 et 10 août 1899 sur les conditions du travail dans les marchés passés au nom de l'État, des départements, des communes, des établissements publics. — Art. 1, § 1 : « Les cahiers des charges pourront contenir des clauses par lesquelles l'entrepreneur s'engagera : « 1° assurer un jour de repos par semaine aux ouvriers et employés ». — Enfin l'art. 57 de la loi du 18 germinal an X est toujours en vigueur, il est ainsi conçu : « Le repos des fonctionnaires publics sera fixé au dimanche ».

(1) Il ne faut pas oublier que dans le cercle privé, la célébration de tous les cultes est libre (V. p. 60) ; cependant, pour le culte catholique, les chapelles domestiques ou oratoires particuliers ne peuvent être établis sans une permission expresse du Gouvernement (L. 18 germ. an X, art. 44 ; décret du 22 déc. 1812).

(2) Voir les textes cités, p. 131, note 1, plus le Concordat, art. 1er et les art. organ.

(3) Pour la célébration publique d'un culte reconnu, il faut distinguer : Si la célébration a lieu dans un édifice non autorisé, il y a infraction à l'art. 294, C. P. qui en ce point n'a pas été abrogé par l'art. 21, L. 1er juillet 1901 ; si la célébration a lieu sur la voie publique, il y a manifestation extérieure du culte, laquelle manifestation est libre en principe justement parce que le culte est reconnu et sauf réglementation par la police (Concordat, art. 1er ; art. 45, L. 18 germ. an X). V. *infrà, Police du culte.*

Source : BIU Cujas

blic des cultes reconnus et subventionnés par l'État; ce service est en partie d'État, car il est organisé de concert entre l'État et les églises, il est en même temps et forcément confessionnel.

Le principe de la laïcité a été appliqué :

1° Aux registres de l'état civil (Const. 3 sept. 1791, tit. II, art. 7);

2° Au mariage, qui a été sécularisé, c'est-à-dire transformé en un contrat civil indépendant du sacrement et seul valable au point de vue de la loi civile; il a été établi de plus que le mariage civil doit être préalable au mariage religieux, sous peine de délit pour le ministre du culte (L. 18 germ. an X, art. 54 et 55; — C. pén., art. 199 et 200);

3° Aux cimetières, dans lesquels les lieux d'inhumation particuliers à chaque culte ont été supprimés (1) et sur lesquels les fabriques ont perdu leurs derniers droits, L. 5 avril 1884, art. 133, § 9, art. 136, § 13;

4° Aux hôpitaux et hospices, dans beaucoup de villes, par décision des commissions administratives et des conseils municipaux;

5° Enfin, au service de l'enseignement public, et notamment à l'enseignement primaire; la laïcité de l'enseignement primaire a été organisée par deux lois, celle du 28 mars 1882, dont l'art. 1er dispose que l'enseignement religieux ne fait pas partie du programme de l'école, l'art. 2, qu'il ne peut pas être donné dans les édifices scolaires; celle du 30 octobre 1886, dont l'art. 17 dispose que le personnel de l'enseignement primaire est laïque. La dernière disposition se conçoit, que l'État veuille dans ses écoles primaires publiques un personnel laïque afin d'éviter les excès de zèle religieux, cela est conforme à l'esprit de la laïcité; la première disposition se comprend encore, il est assez naturel que dans une école où fréquentent des enfants de confessions différentes, le même instituteur n'ait pas à distribuer lui-même des enseignements religieux différents; mais la disposition qui interdit aux ministres du culte l'entrée de l'école et les empêche d'y apporter l'instruction religieuse, aux enfants qui sont leurs religionnaires, est excessive. Sur ce point, l'expérience amènera certainement des modifications (2).

(1) L. 14 novembre 1881, abrogeant l'art. 15 du D. 23 prairial an XII.

(2) Le principe de la laïcité de l'enseignement primaire introduit par les lois de 1882 et de 1886 a entraîné deux séries de conséquences :

1° Comme beaucoup d'écoles primaires étaient occupées par des congréganistes, il a fallu organiser la laïcisation progressive de ces écoles; elle l'a été par les art. 17-19 de la loi du 30 octobre 1886 et le D. du 26 septembre 1890; cette opération qui n'est pas encore terminée pour les écoles de filles, mais dont la loi du 30 mars 1902, art. 70, est venue hâter l'échéance, a donné lieu à des difficultés, il y a eu : *a*) des contestations au sujet de la prise de possession des locaux par l'instituteur laïque dans des conditions où l'on a prétendu qu'elle constituait une voie de fait et une atteinte à la propriété (V. *infrà*, *Privilège du préalable*); *b*) des révocations des libéralités faites jadis aux communes à la condition que l'école serait tenue par des congréganistes; sur ce point la loi du 30 octobre 1886, art. 19, avait prévu l'exercice des actions en révocation et établi une courte prescription; en effet, de nombreuses actions en révocation ont

Source : BIU Cujas

Section II. — Le culte catholique (1).

§ 1. — La situation du culte catholique.

I. On se ferait une idée inexacte de la situation du culte catholique en France si, d'une part, on n'embrassait pas dans son ensemble la vaste organisation de la société catholique et si, d'autre part, on ne tenait pas compte de certains faits nouveaux.

A. La société catholique se compose d'un clergé, de fidèles, et d'établissements de nature variée; son activité se manifeste par un culte public et par des œuvres.

Le clergé est l'élément le plus important et le plus actif, car la société catholique est fondée sur le principe d'autorité, et l'autorité réside dans le clergé. Cependant, il importe de distinguer entre deux espèces de clergés, le séculier et le régulier. Le clergé séculier constitué par la hiérarchie du pape, des archevêques, des évêques et des prêtres, est le corps en qui résident l'autorité, la juridiction, le ministère et le magistère, c'est-à-dire la haute direction des œuvres. Le clergé régulier constitué par les diverses congrégations est plus spécialement voué aux œuvres et, s'il a de ce chef une légitime influence, n'exerce pas l'autorité.

Les fidèles, soumis à l'autorité du clergé séculier, peuvent cependant jouer un grand rôle par la collaboration qu'ils apportent à celui-ci dans la fondation et la gestion des œuvres. Mais, il faut reconnaître que les fidèles de l'Église catholique de France ne sont pas organisés entre eux comme le sont, par exemple, les fidèles des cultes protestant ou israélite. Ces derniers, grâce à l'organisation électorale des consistoires, sont inscrits en des listes où ne comptent véritablement que les membres actifs de l'Église. Pour les fidèles catholiques, il n'y a aucune organisation

été intentées et ont réussi, pour peu que l'intention du donateur ou testateur fût clairement de faciliter l'établissement d'une école confessionnelle; les libéralités ont été révoquées bien que les communes ne fussent pas responsables de l'inexécution des conditions, la laïcisation leur étant imposée par l'État; l'inexécution des conditions a été envisagée objectivement (V. Cass., 17 juin 1896, *commune d'Orgelet;* 19 octobre 1898, *commune de Tincey;* 29 avril 1901, *Mur de Barrez*);

2° Il a été interdit désormais à toutes les administrations publiques, notamment aux départements et aux communes, soit d'organiser des écoles confessionnelles (D. 24 nov. 1897, conseil général de Maine-et-Loire, *Rev. d'adm.*, 1898. 1. 39, soit même de les subventionner (V. *infrà, Théorie de la subvention*).

(1) *Bibliographie.* Dupin, *Manuel de droit ecclésiastique*, 5e édition, 1860. — Émile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique*, 1885. — Dubief et Gottofrey, *Code ecclésiastique*, 2e édit., 1894. — Walter, *Manuel de droit ecclésiastique*, traduit par de Roquemont, 1841. — Vuillefroy, *Administration du culte catholique*, 1842. — Gaudry, *Traité de la législation des cultes*, 1854, 3 vol. — Dubief et Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, 1892, 3 vol. — Dalloz, *Code des lois politiques*, v° *Culte*. — Cfr. Giron, *Le droit public de la Belgique*, 1885. — Philippe, *Du droit ecclésiastique*, traduit par Crouzat, 1855, 3 vol. in-12.

Source : BIU Cujas

analogue qui opère le triage des membres actifs de l'Église et des membres purement nominaux. Cela tient à ce que les conseils de fabrique qui, dans chaque paroisse, constituent l'organe officiel chargé d'associer les fidèles à la gestion des intérêts du culte, et qui par là ressemblent aux consistoires protestants ou israélites, ne sont pas nommés à l'élection, mais se recrutent par cooptation, c'est-à-dire par un procédé dont se désintéresse la masse des fidèles.

B. Les faits nouveaux dont il y a lieu de tenir compte dans l'histoire de la Société catholique en France sont, d'une part, l'abandon progressif des traditions gallicanes et l'évolution ultramontaine de l'Église; d'autre part, l'avènement de la démocratie à la direction de l'État.

L'évolution ultramontaine de l'Église de France a eu pour conséquence de la centraliser, d'augmenter l'importance du clergé et de diminuer le rôle des simples fidèles; en se rattachant plus directement au pape, la hiérarchie catholique s'est fortifiée par le seul fait qu'elle est rentrée dans la logique de son principe (1).

(1) Le gallicanisme et l'ultramontanisme sont des doctrines complexes, semi-religieuses et semi-politiques; elles naissent de cette contradiction, à savoir que l'Église catholique est internationale et que cependant les pays dans lesquels sont disséminés ses fidèles constituent des nationalités indépendantes; elles touchent à la fois à la constitution de l'Église et à ses rapports avec les gouvernements.

A. La doctrine gallicane fait prédominer la nécessité de l'union de l'Église avec les gouvernements politiques, sur la logique de sa constitution intérieure; l'Église est une, elle la fait diverse, elle la fractionne pour ainsi dire en autant d'églises nationales qu'il y a de gouvernements politiques; ses maximes essentielles se réduisent à deux : 1° Les gouvernements politiques sont indépendants du pape pour le temporel; 2° La puissance du pape (dans l'église nationale) est bornée par les saints canons (reçus dans le royaume); 3° Ces deux maximes telles que les présente P. Pithou dans ses *libertés* de l'Église gallicane en supposent une troisième, à savoir que dans l'Église universelle le concile œcuménique est supérieur au pape. En effet, les saints canons reçus en France, dont l'autorité limitait celle du pape, étaient l'œuvre des premiers conciles œcuméniques. Ils étaient en réalité contenus dans la compilation connue sous le nom de *Corpus canonum* ou de *Codex canonum* de Denys le Petit; c'étaient les décisions des conciles de Nicée, Constantinople, Ephèse et Chalcédoine, *Édition* des frères Pithou, 1687. Cette troisième proposition déjà indiquée comme une conséquence, depuis longtemps affirmée par le concile de Constance, dans les sessions IV et V, se trouve reproduite dans la célèbre déclaration de l'assemblée du clergé du 19 mars 1682.

B. La doctrine ultramontaine est le contre-pied, elle se résume en ces deux propositions : 1° La puissance temporelle est subordonnée à la spirituelle, en sorte que les rois et souverains sont soumis, au moins indirectement, au jugement de l'Église; 2° Toute l'autorité ecclésiastique réside principalement dans le pape qui en est la source, en sorte que lui seul tient immédiatement son pouvoir de Dieu, les évêques le tiennent de lui et ne sont que ses vicaires; c'est lui qui donne l'autorité, même aux conciles universels; lui seul a le droit de décider les questions de foi et tous les fidèles doivent se soumettre à ses décisions, parce qu'elles sont infaillibles (Fleury, *Discours sur les libertés de l'église gallicane*). Il y a donc dans l'ultramontanisme une forte centralisation de l'Église sous l'autorité du pape; elle s'affirme comme société internationale, par cela même elle se sépare des gouvernements politiques et se proclame supérieure.

Le gallicanisme avait été la doctrine traditionnelle pendant douze siècles de notre

Source : BIU Cujas

Il s'est trouvé que dans le même temps, par une marche inverse, la société civile, évoluant vers la démocratie, s'éloignait de toute idée de hiérarchie sociale (tout en constituant une puissance publique très jalouse de son autonomie). Il est résulté de ce double mouvement en sens contraire un écart croissant et une situation difficile à régler. La société religieuse et la société civile, très différentes l'une de l'autre par les principes sur lesquels elles reposent, s'observent avec méfiance et les partis politiques exploitent des malentendus déjà bien assez fâcheux par eux-mêmes.

II. Les bases d'un droit public ecclésiastique destiné à régler les conflits et à maintenir la paix sont, dans ces conditions, malaisées à établir. Une base séduisante, au premier abord, serait celle de la séparation com-

histoire, ce fut celle de Charlemagne et de saint Louis aussi bien que celle de Louis XIV; le clergé et les fidèles de France y étaient aussi attachés que les rois; toute la littérature du droit public ecclésiastique en était imprégnée (Les principales œuvres de la littérature du droit ecclésiastique gallican sont : *Les libertés de l'église gallicane*, de P. Pithou; *Le Specimen juris ecclesiastici gallorum proprii*, de Jean Doujat; *L'institution du droit ecclésiastique*, de Fleury; *Les lois ecclésiastiques*, d'Héricourt, etc... Pendant la Révolution et même depuis, le mouvement gallican s'est continué en vertu de la vitesse acquise; la constitution civile du clergé votée par l'Assemblée nationale les 12 juillet, 24 août 1790, n'en était que l'exagération; les articles organiques ajoutés au Concordat par la loi du 18 germinal an X, en sont une tentative de restauration (Émile Ollivier, *Nouveau manuel ecclésiastique*, p. 524 et s., 555 et s.); les gouvernements de Louis XVIII et de Charles X ont été gallicans. Mais la Révolution de 1789 avait frappé à mort le gallicanisme en posant les deux principes de la souveraineté nationale et de l'État laïque. Le gallicanisme supposait l'union intime de la société politique et de la société religieuse, grâce au double dogme de la monarchie de droit divin et de la religion d'État; le pouvoir politique et le pouvoir ecclésiastique s'y rendaient de mutuels services, le pouvoir politique recevait l'investiture divine, le pouvoir ecclésiastique recevait l'autorité dans l'État; l'État s'appuyait sur l'Église, mais l'Église aussi s'appuyait sur l'État. Pour elle les avantages étaient immenses; son clergé formait un ordre de la nation, il possédait des biens considérables, l'instruction et l'assistance publique étaient entre ses mains, par le sacrement de mariage et par l'état civil il avait action sur les familles, la loi civile reconnaissait les vœux de ses moines, l'administration laïque lui était bienveillante et favorable; on comprend donc que l'Église ait consacré en principe la souveraineté et l'indépendance d'un roi dont, en fait, elle tenait la moitié du royaume; aussi, bien que la cour de Rome fût au point de vue ecclésiastique hostile aux maximes gallicanes, elle en tolérait l'application.

La Révolution vint proclamer à la fois la souveraineté nationale et la laïcité de l'État; elle déclara que l'État n'avait plus besoin de l'investiture divine, qu'il trouvait à son pouvoir une base immédiate suffisante dans la souveraineté nationale; la société politique se sépara donc de la société religieuse, en même temps elle reprit sur celle-ci quantité d'institutions, elle laïcisa le mariage, l'état civil, l'instruction, l'assistance publique, elle confisqua les biens du clergé; non seulement elle rompit le pacte avec l'Église, mais elle enleva à celle-ci une partie de sa force et de ses moyens d'action. Il serait puéril de s'étonner dès lors que l'Église de France, ayant perdu son point d'appui dans l'État, l'ait cherché vers son centre naturel, auprès du Saint-Siège. Une Église gallicane, c'est-à-dire nationale, suppose que l'État prête son appui à l'Église et lui fait une grande situation politique; du moment qu'il se retire d'elle, elle se retire de lui, devient uniquement religieuse et, si son centre religieux est au delà des monts, ultramontaine.

Source : BIU Cujas

plète avec la liberté de droit commun : « l'Église libre, dans l'État libre » ; elle est admise dans les pays neufs comme l'Amérique du Nord, mais il faut remarquer : 1° que ces pays jouissant d'autres mœurs de liberté que les nôtres, n'ont guère à redouter les tendances autoritaires d'aucun parti ; 2° que les fidèles catholiques n'y sont pas très nombreux ; 3° qu'il n'y a pas de souvenirs historiques irritants. Dans nos pays de vieille civilisation latine : 1° le passé nous a légué des causes de discorde ; 2° les mœurs de liberté ne sont pas fortement établies ; 3° les fidèles catholiques sont nombreux. Il suit de là que la démocratie française ne laisserait pas à la société religieuse catholique la même liberté que la démocratie américaine. Il serait pris de telles précautions contre les personnes, contre les œuvres et contre les biens, il serait forgé un tel ensemble d'incapacités et de fiscalités, que la société catholique complètement séparée de la société civile ne constituerait pas au sein de celle-ci une corporation libre, maîtresse de son propre développement (1).

Puisque la société civile veut des sûretés, il vaut mieux qu'elle les trouve dans le système du Concordat dont l'esprit est d'associer le Gouvernement à l'autorité exercée par le clergé, en érigeant en service public le service du culte. Il en résulte une certaine servitude du clergé mais, à tout prendre, elle est préférable à celle dont serait menacée l'Église tout entière si le Concordat était dénoncé. — L'esprit des concordats est donc de lier le clergé au gouvernement civil et de laisser leur liberté aux laïques ; malheureusement le Concordat de l'an IX n'a réglé que la situation du clergé séculier, il n'a pas réglé ou du moins, ce qui revient au même, il a toujours été interprété comme ne réglant pas la condition du clergé régulier ; il est né de là une question irritante et la situation faite aux congrégations par les lois intérieures du pays a été de plus en plus dure. En revanche, le régime du Concordat a fini par produire son effet utile pour les simples fidèles en leur faisant accorder la liberté des associations à buts religieux dans les termes du droit commun (L. 1er juill. 1901). Il n'est pas douteux que s'ils savent se servir de cette liberté pour fonder des associations et des ligues, pour prendre corps un peu plus que par le passé, ils ne puissent efficacement défendre ou reconquérir leurs libertés indispensables. Il s'établirait ainsi par l'action des laïques un état d'équilibre de la situation concordataire actuellement faussée (2).

(1) Cf. Discours de M. Waldeck-Rousseau à propos du rétablissement du budget des cultes, séance du 17 décembre 1901, Chambre des députés, *J. off.*, p. 2753.

(2) D'une part les précautions du Concordat envers le clergé séculier ont été exagérées (suspensions de traitement par voie administrative, suppression de l'indemnité des cardinaux, suppression des bourses dans les séminaires, etc.) et cela d'une façon impolitique car l'expérience montre que les gouvernements qui ont le mieux contenu le clergé sont ceux qui se sont montrés ses amis. — D'autre part, les fidèles sont gênés dans la manifestation de leur foi (jurisprudence rigoureuse du Conseil d'État en matière de dons et

Source : BIU Cujas

§ 2. — La situation concordataire (1).

L'Église catholique et l'État français que les événements avaient séparés l'un de l'autre, ont cependant fait entre eux un Concordat. Cette convention fut passée à Paris, le 26 messidor an IX (15 juill. 1801) et promulguée par la loi du 18 germinal an X (8 avr. 1802); négociée par plénipotentiaires, elle fut en réalité l'œuvre directe du premier Consul et du pape Pie VII (Chiaramonti) (2). Elle mit fin à la séparation de fait complète et absolue depuis le décret de la Convention du 18 septembre 1794 (deuxième jour des sans-culottides, an II) qui avait supprimé le budget des cultes, mais elle ne fut elle-même qu'une alliance diplomatique entre deux sociétés dont la séparation était reconnue.

Le Concordat débute, en effet, par cette déclaration : « Le Gouverne-« ment de la République reconnaît que la religion catholique, apostoli-« que et romaine est la religion de la grande majorité du peuple fran-« çais, — Sa Sainteté reconnaît également, que cette même religion a « retiré et attend encore en ce moment le plus grand bien et le plus « grand éclat de l'établissement du culte catholique en France ». Ce n'est donc pas l'État lui-même qui professe la religion catholique, c'est seulement « la grande majorité du peuple français » et si l'État fait une alliance avec l'Église, ce n'est pas qu'il s'unisse à l'Église quant à lui, c'est qu'il organise, de concert avec elle, un service public des cultes, il y a alliance dans le service des cultes, séparation dans tout le reste (3) (4).

Valeur juridique du Concordat. — Les auteurs du droit international public discutent sur la nature des concordats (5). Ce ne sont peut-être

legs aux fabriques, en matière de reconnaissance d'établissements, en matière d'interdiction des manifestations extérieures du culte, etc.).

(1) *Bibliographie* : Taine, *Origines de la France contemporaine*, t. VI; d'Haussonville, *L'Église et le premier Empire ;* — Defer, *Le Concordat de* 1801; — Portalis, *Discours et rapports*; — Émile Ollivier, *Nouveau manuel de droit ecclésiastique;* — Bompart, *Le pape et le droit des gens* 1888; — Imbart-Latour, *La papauté en droit international*, 1893; — Ch. Benoist, *La France et le pape Léon XIII*, *Rev. des Deux-Mondes*, 15 mars 1893; — Avenel (vicomte d') *La réforme administrative, Les cultes*, 1892. — Boulay de la Meurthe, *Documents sur la négociation du Concordat*, Paris, Leroux; Léon Séché, *Les origines du Concordat.*

(2) Les plénipotentiaires respectifs étaient : pour le premier Consul, Joseph Bonaparte, conseiller d'État, Cretet, conseiller d'État, Bernier, docteur en théologie, curé de Saint-Laud d'Angers; pour le souverain pontife, le cardinal Consalvi, l'archevêque Joseph Spina et le père Casselli.

(3) M. Émile Ollivier qualifie le Concordat de régime de séparation sans aucune réserve (*Nouveau manuel*, p, 555 et s.), il faut s'entendre sur les mots : sans doute le Concordat consacre la séparation des deux autorités, mais il consacre aussi leur alliance pour l'organisation du service des cultes.

(4) Le Concordat de 1801 a été suivi de deux autres qui sont restés lettre morte, celui du 25 janvier 1813 pour lequel Pie VII rétracta immédiatement son consentement, et celui du 11 juin 1817, qui ne fut pas ratifié par les Chambres françaises.

(5) V. les traités de Bluntschli, Geffcken sur Heffter, Neumann, Carnazza-Amari, Pasquale-Fiore, Nys, Funck-Brentano et Sorel, Bonfils et Fauchille.

Source : BIU Cujas

pas de véritables *traités internationaux* parce que l'Église n'est pas un État étranger avec qui traite l'État français (1), mais ils sont cependant de la famille des conventions internationales, d'abord parce qu'ils sont négociés avec le Saint-Siège qui est personne internationale, ensuite parce que l'Église catholique, si elle n'est pas un État, est tout au moins une corporation internationale, enfin parce que les principales questions réglées sont matières internationales, par exemple la question des investitures, c'est-à-dire de la participation du pape à la nomination des évêques. De ce caractère de convention internationale que revêt le Concordat, il résulte qu'il ne pourrait pas être modifié par des lois internes, il ne pourrait qu'être dénoncé en bloc par le Gouvernement (2).

Le Concordat est donc bien différent des lois organiques et autres qui lui ont été ajoutées, qui, elles, n'ont que le caractère de lois intérieures et peuvent être modifiées par des lois.

Analyse des textes qui ont créé la situation concordataire, Concordat, articles organiques et autres dispositions (3). — Il y a dans le Concordat

(1) De ce que les concordats ne sont pas de véritables traités internationaux passés de puissance temporelle à puissance temporelle, il résulte une conséquence fort importante, c'est que n'ayant point été passés à raison du pouvoir temporel du pape, on ne peut pas soutenir qu'ils aient été anéantis par la destruction de ce pouvoir temporel; ils demeurent appuyés sur le pouvoir religieux du pape.

(2) Dans un article publié par la *Revue de droit public*, 1898, II, p. 220, M. Cahen, à la suite de plusieurs auteurs, émet cette opinion que le Concordat de 1801 est sans doute une convention publique, mais de droit interne, le pape n'ayant traité qu'à titre de représentant de la communauté catholique française. Sans nier l'intérêt que pourrait présenter pour les communautés protestantes ou israélites la théorie des conventions publiques internes appliquée aux lois qui organisent les cultes, il importe de soustraire le Concordat à cette théorie. Elle n'est pas admise dans notre Droit public, elle a été formellement condamnée lors de la discussion de la loi du 1er août 1879 sur l'organisation de l'église luthérienne. Ce serait donc risquer de faire perdre au Concordat son caractère contractuel que de le considérer comme une convention publique interne.

Le caractère de convention internationale, ou de convention publique externe revêtu par le Concordat est reconnu tant par la jurisprudence que par la doctrine. Le Conseil d'État, qui dans les projets de décret sur abus a fréquemment l'occasion de viser le Concordat, le fait en ces termes : « Vu la convention du 26 messidor an IX ». Pour ce qui est de la doctrine, il suffira de citer M. Ducrocq, 7e édit., 3e vol., p. 377 et s.

Au reste, le caractère de convention résulte, non seulement de la façon dont le Concordat a été négocié, des termes du décret de promulgation et du préambule, mais aussi de l'art. 17 ainsi conçu : « Il est convenu entre les parties contractantes que dans le cas où quelqu'un des successeurs du premier Consul actuel ne serait pas catholique, « les droits et prérogatives mentionnés dans l'article ci-dessus et la nomination aux « évêchés seront réglés par rapport à lui *par une nouvelle convention* ».

L'histoire du Concordat de 1813 prouve que le Gouvernement français admit lui-même cette théorie. Violenté par Napoléon, Pie VII avait signé à Fontainebleau le 25 janvier 1813, un Concordat, le 13 février 1813 ce Concordat avait été promulgué comme loi de l'État, un décret organique avait été rendu, mais le 24 mars 1813, Pie VII se rétractait, et il n'était pas donné suite au Concordat qui n'était plus une convention.

(3) On trouvera le texte du Concordat dans le *Manuel de droit ecclésiastique* de

Source : BIU Cujas

trois parties bien distinctes : 1° La reconnaissance de la situation de fait créée par la Révolution, la séparation de l'Église et de l'État, l'indépendance de fait du Gouvernement français, l'alliance conclue en vue du rétablissement du culte catholique. A ce premier objet sont relatifs, le préambule dans lequel, entre parenthèses, le Gouvernement de la République est nommé avant le souverain pontife; l'art. 6 et l'art. 7, relatifs au serment de loyalisme que doivent prêter les ministres du culte; l'art. 8, relatif à la formule de prière qui doit être récitée à la fin de l'office divin; enfin, les art. 16 et 17, par lesquels le Gouvernement issu de la Révolution, appuyé sur la seule souveraineté nationale, est reconnu par le Saint-Siège et reçoit auprès de celui-ci les mêmes prérogatives que l'ancien gouvernement de droit divin ;

2° Des mesures destinées à régler les questions transitoires irritantes léguées par la Révolution; à ce second objet sont relatifs, d'abord l'art. 13, qui vient tranquilliser les acquéreurs des biens du clergé en légitimant leur possession; ensuite les art. 4, 5, 9, 12, relatifs à une nouvelle circonscription des diocèses et des paroisses nécessitée par la refonte des circonscriptions administratives, à la remise des églises non aliénées, etc.,

3° Enfin, les lignes principales de l'organisation du service public des cultes. Cette partie demande de plus amples explications, l'article 1er se borne à déclarer que la religion catholique sera librement exercée et que son culte sera public, ce n'est pas encore le service public des cultes, c'est-à-dire l'incorporation du service du culte à l'administration de l'État, mais cette incorporation résulte des dispositions suivantes : art. 2 et 9, les circonscriptions nouvelles des diocèses et des paroisses seront faites de concert entre les évêques et le Gouvernement; art. 4 et 5, les évêques seront nommés par le Gouvernement et institués par le souverain pontife, par conséquent, ils seront installés de concert entre les deux autorités, suivant la procédure établie depuis le Concordat de François Ier et de Léon X; art. 10, les curés nommés par l'évêque devront être agréés par le Gouvernement; art. 12, les églises seront remises à la disposition des évêques; enfin, art. 14, le Gouvernement assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés. Il résulte bien de l'ensemble de ces dispositions que le service du culte catholique devient un service public mixte, géré de compte à demi par le Gouvernement français d'une part et par les évêques d'autre part.

Le service public du culte catholique n'était pas suffisamment organisé par le Concordat; celui-ci fut complété par les articles organiques de la loi du 18 germinal an X. Il y a bien de la réglementation inutile dans ces articles organiques, ils furent rédigés par Portalis avec la préoccupation évidente de restaurer le gallicanisme d'une façon unilatérale, c'est-à-dire

M. Émile Ollivier, dans le *Code Carpentier* et dans les *Lois et règlements administratifs* de M. Berthélemy.

Source : BIU Cujas

uniquement dans ce qu'il avait d'avantageux pour le Gouvernement; il y a des dispositions qui empiètent sur la discipline intérieure de l'Église, notamment l'art. 20 qui subordonne à l'autorisation du Gouvernement tous rapports directs des évêques et du pape, alors que les règles ecclésiastiques exigent le voyage *ad limina* tous les quatre ans; l'art. 24 en vertu duquel la déclaration de 1682 doit être enseignée dans les séminaires, alors que cette déclaration contient des propositions suspectes condamnées depuis comme hérétiques, etc. D'ailleurs, il faut bien le dire, beaucoup de ces dispositions ont été abrogées ou sont tombées en désuétude (1).

A côté des dispositions inutiles ou excessives, les articles organiques en contiennent d'utiles, mais qui auraient gagné à être rédigées de concert. Nous citerons notamment : celles qui règlent le sort des desservants des simples succursales sur lesquels le Concordat était muet; on peut critiquer la situation qui leur est faite, mais encore fallait-il une règle quelconque (art. 60 à 63) ; les dispositions sur les presbytères (art. 72), sur les fabriques (art. 76), sur les traitements (art. 64, 65, 66), etc.; beaucoup des dispositions du titre III sur la police des cultes, sauf à les entendre convenablement (2); enfin, la résurrection de l'institution de l'appel comme d'abus aurait pu être fort utile, si la juridiction chargée de recevoir ces appels avait été composée de manière à donner satisfaction aux deux autorités en conflit (art. 6 à 8) (V. *infrà*).

Tels quels, les articles organiques furent une transaction nécessaire

(1) Abrogé, l'art. 26, d'après lequel aucun ecclésiastique ne pouvait être ordonné s'il ne justifiait d'un revenu annuel de 300 francs et s'il n'était âgé de vingt-cinq ans (abrogé par D. du 28 octobre 1810); abrogée, la disposition de l'art. 36, portant que les vicaires-généraux des diocèses continueront leurs fonctions, même après la mort de l'évêque, jusqu'à son remplacement (même décret); abrogés, les art. 42 et 43 sur le costume « à la française » que devaient porter les évêques et les prêtres (arrêté du 17 nivôse an XI). Est tombé en désuétude, l'art. 24 sur l'enseignement des maximes de l'Église gallicane. D'autres dispositions sont devenues en fait totalement inefficaces, telle est celle des art. 1 et 3 sur le droit d'*exequatur* : « Aucune bulle, bref, rescrit, décret, mandat, provision, signature servant de provision, ni autres expéditions de la cour de Rome, même ne concernant que les particuliers [Cette disposition a été abrogée pour les brefs de la pénitencerie par le D. du 28 octobre 1810] ne pourront être reçus, publiés, imprimés, ni autrement mis à exécution, sans l'autorisation du Gouvernement. Les décrets des synodes étrangers, même ceux des conciles généraux, ne pourront être publiés en France avant que le Gouvernement en ait examiné la forme, leur conformité avec les lois, droits et franchises de la République française, etc. ». En fait, les art. 1 et 3 ne s'opposent qu'à l'affichage dans les églises et à la lecture en chaire, mais aujourd'hui les actes pontificaux et synodaux parviennent aux fidèles par bien d'autres voies, notamment par celle de la presse, *et ils obligent en conscience par cela seul qu'ils sont connus*, l'exigence de l'*exequatur* est donc devenue inefficace.

(2) Celle de l'art. 41, aucune fête ne pourra être établie sans la permission du Gouvernement; celle de l'art. 44, les oratoires particuliers ne pourront être établis sans permission du Gouvernement; celle de l'art. 46, le même temple ne pourra être consacré qu'à un même culte; celle même de l'art. 45 sur l'interdiction des cérémonies extérieures dans les villes où il y a des temples consacrés à différents cultes.

Source : BIU Cujas

pour faire accepter le Concordat aux pouvoirs public français (1). Quant à l'Église, elle les a subis sans jamais leur donner son assentiment (2).

Les articles organiques n'avaient pas épuisé la matière, d'autres dispositions intervinrent encore pour achever l'organisation du service public du culte catholique; l'arrêté du 7 ventôse an XI, sur les cardinaux; le décret du 23 ventôse an XII, sur les séminaires auxquels le Gouvernement alloua une dotation, bien que le Concordat ne l'y obligeât pas; le décret du 23 prairial an XII, sur les sépultures; celui du 30 septembre 1807, sur les bourses dans les séminaires; celui du 17 mars 1808, sur les facultés de théologie, celui du 30 décembre 1809, sur les fabriques; celui du 6 novembre 1813, sur les biens ecclésiastiques.

De ce qui est en dehors de la situation concordataire. — Tout le droit public ecclésiastique n'est pas enfermé dans le Concordat et dans les lois qui en sont le complément. La situation concordataire n'a directement trait qu'au culte public, or, bien des institutions et bien des besoins de la société religieuse sont étrangers au culte public; c'est ainsi que la situation des congrégations religieuses est réglée en dehors du Concordat, et cependant fait partie du droit public ecclésiastique en même temps que du droit corporatif; c'est ainsi encore que les besoins de la société religieuse posent la question de l'enseignement confessionnel, et que par suite la liberté de l'enseignement et le principe de la laïcité, bien que traités comme des droits public ordinaires et tout à fait indépendants du Concordat, touchent cependant au droit public ecclésiastique; c'est ainsi encore que les œuvres catholiques peuvent être intéressées par la liberté de réunion, la liberté de la presse, la liberté générale d'association.

§ 3. — L'organisation générale du culte catholique ou l'administration du culte.

1° La hiérarchie.

I. *Le pape, les nonces, les cardinaux.* — Le pape est au sommet de la hiérarchie et il gouverne les catholiques en ce qui concerne les intérêts de l'Église. Cela est reconnu dans une certaine mesure par la législation concordataire : le Concordat a été négocié avec le pape, celui-ci intervient dans la circonscription des diocèses (art. 2), il participe à la nomination des évêques par l'institution canonique (art. 4 et 5), enfin, les actes émanés de sa chancellerie, bulles, brefs, rescrits, décrets, etc., peuvent être promulgués officiellement par les évêques à la condition que le Gouvernement

(1) Il résulte de la correspondance du cardinal Consalvi que Napoléon seul voulait le Concordat et que son entourage ne le voulait pas (E. Ollivier, *op. cit.*, p. 527).

(2) V. lettre du cardinal Caprara du 18 août 1803 et réponse de Portalis; E. Ollivier *Manuel*, p. 134 et s.; *Les lois organiques* de l'abbé Hebbrard. — Le projet de Concordat de 1817 contenait abrogation des articles organiques en ce qu'ils ont de contraire à la discipline ecclésiastique.

Source : BIU Cujas

ait donné son *exequatur* (art. 1er des organiques). En fait, le gouvernement du pape, bien que reposant uniquement sur l'autorité morale et n'ayant que des sanctions religieuses, est devenu fort important, surtout depuis la disparition du gallicanisme et la consécration des doctrines ultramontaines par le concile du Vatican. Il résulte, en effet, de la constitution *pastor æternus* (15 juillet 1870) que l'autorité appartient au souverain pontife « non seulement dans les choses qui concernent la foi et les mœurs, mais « aussi dans celles qui appartiennent à la discipline et au gouvernement « de l'Eglise » (1). La barrière de *l'exequatur* n'est d'aucune efficacité pratique, parce que les actes pontificaux obligent en conscience les fidèles de quelque façon qu'ils soient parvenus à leur connaissance, même sans promulgation officielle.

Le pape exerce son action sur les fidèles et sur les évêques, soit par des communications directes, soit par l'intermédiaire de ses nonces ou de ses légats. Les nonces sont des représentants accrédités d'une façon permanente près le gouvernement civil, les légats, des représentants accrédités pour des objets particuliers. La doctrine ultramontaine est que les nonces et les légats ont autorité et juridiction en matière ecclésiastique sur l'Église de France (2), mais les traditions gallicanes, recueillies par les articles organiques, nient cette autorité et cette juridiction et enferment étroitement les nonces dans le rôle d'ambassadeurs, en fait ils n'exercent aucun pouvoir officiel (3).

Le pape est élu par le collège des cardinaux en conclave, de là l'utilité pour les nations catholiques d'avoir un certain nombre de cardinaux de leur nationalité : la France en a d'ordinaire 7 ou 8 sur un collège qui en compte 64; la France, comme l'Autriche et l'Espagne, a le droit, par l'intermédiaire d'un de ses cardinaux, d'exclure au moment du conclave l'un des candidats qui n'ont pas son agrément.

Les cardinaux français sont nommés par le pape sur la présentation du gouvernement, ce sont des archevêques ou des évêques qui reçoivent ainsi un surcroît de dignité. D'une façon assez impolitique, la loi de finances du 28 décembre 1880 a supprimé l'indemnité supplémentaire qui leur était payée sur les fonds d'État pour les défrayer de leurs voyages à Rome. La France a droit aussi à un cardinal de curie qui réside à Rome. Elle entretient, en outre, à Rome, un ambassadeur près le Saint-Siège

(1) Il ne faut pas confondre ces « directions pontificales » avec l'infaillibilité doctrinale également définie par la constitution *pastor æternus*.

(2) *Responsio super munciaturis* de Pie VI; lettre du sous-secrétaire d'État de Sa Sainteté au nonce apostolique de Madrid, 13 avril 1835. — E. Ollivier, *Manuel*, p. 490.

(3) « Aucun individu se disant nonce, légat, vicaire ou commissaire apostololique, ou « se prévalant de toute autre dénomination, ne pourra, sans la même autorisation, exer- « cer sur le sol français, ni ailleurs, aucune fonction relative aux affaires de l'église « gallicane » art. org. 2; cf. arrêt du Parlement de Paris, 4 août 1732; note du *Journal officiel* de juin 1870; E. Ollivier, *Manuel*, p. 58, 423.

Source : BIU Cujas

et un auditeur de Rote, c'est-à-dire un membre du tribunal de la Rote qui statue sur les procès relatifs à l'état ecclésiastique (béatifications, canonisations, demandes en relevé de vœux, matières bénéficiales, etc.).

II. *Les évêques, archevêques, vicaires-généraux et chanoines.* — Les évêques sont les chefs religieux dans la circonscription appelée diocèse, ils ont à la fois la plénitude du sacerdoce et celle du ministère. Au point de vue du sacerdoce, outre les attributions qui leur sont communes avec le prêtre, ils ont celles de conférer le sacrement de la Confirmation et celui de l'Ordination ; au point de vue du ministère, ils ont un pouvoir absolu de direction et de juridiction canonique sur leur clergé et même sur les fidèles au point de vue de la foi (1) ; ils ont le droit de nomination, de révocation, de déplacement des curés ou desservants, sauf les garanties des curés inamovibles ; ils ont même des attributions temporelles relatives aux conseils de fabrique et à l'administration des biens ecclésiastiques (2).

La pragmatique sanction de Charles VII du 7 juillet 1438, à la suite du concile de Bâle, avait établi que les évêques seraient élus par le chapitre de l'église cathédrale ou métropolitaine, sauf confirmation par le souverain pontife ; le Saint-Siège n'avait cessé de protester contre cette disposition qui fut enfin abrogée par le concordat de 1516, arrêté entre Léon X et François Ier, désormais les évêques furent « présentés et nommés » par le roi de France et reçurent du pape l'institution canonique ; la constitution civile du clergé des 12 juillet, 24 août 1790 essaya de revenir au principe de l'élection, avec cette aggravation que le corps électoral se composait de tous les électeurs politiques (titre II). Le concordat de 1801 rétablit le système de la nomination par le Gouvernement et de l'institution canonique par le Saint-Siège, c'est-à-dire le système du concordat de 1516 (art. 4 et 5) (3).

Cependant le chapitre des chanoines a conservé un certain droit sur le titre épiscopal. Ce droit apparaît au moment de la mort de l'évêque et pendant la vacance du siège ; il appartient au chapitre de nommer les

(1) Cette juridiction n'est pas contentieuse, mais administrative ; le tribunal de l'officialité qui existait dans chaque diocèse a été supprimé, l'un des chanoines porte encore le titre d'official, un autre celui de promoteur, mais ils agissent par délégation de l'évêque, et les décisions doivent être rendues au nom de celui-ci ; appel peut être porté devant l'archevêque et de là au pape ; il est encore des cas, lorsqu'il s'agit des peines canoniques prononcées contre des prêtres, interdiction *a divinis* ou déposition, où le gouvernement prête pour l'exécution l'appui du bras séculier. — V. Dubief et Gottofrey, *op. cit.*, n. 2215 et s.

(2) Sur le droit qu'ont les évêques d'autoriser l'impression des livres d'église (D. 7 germ. an XIII). — V. Dubief et Gottofrey, *op. cit.*, n. 661 et s.

(3) Les termes du Concordat sont très explicites : « consul primus nominabit... apostolica sedes canonicam dabit institutionem ». Le Gouvernement français considère la nomination comme l'élément important, le Saint-Siège ne la considère que comme une présentation, l'institution canonique étant l'acte essentiel ; cela a été mis en évidence par la querelle du *nobis nominavit* que la chancellerie pontificale insérait dans les bulles d'institution canonique et qui n'avait pas du tout le même sens que *nominavit*.

Source : BIU Cujas

vicaires capitulaires, au nombre de deux pour les évêchés et de trois pour les archevêchés : la nomination doit être agréée par le Gouvernement; les vicaires capitulaires ont l'administration provisoire sans pouvoir se permettre d'innovation; ils exercent la juridiction de l'évêque mais ne peuvent agir que collectivement (1).

L'art. 16 des organiques pose deux conditions à la nomination d'un évêque, il doit être âgé de trente ans et originaire français. Les évêques sont inamovibles.

Les archevêques sont des évêques plus élevés en dignité; ils occupent le siège du chef-lieu d'une province ecclésiastique et tous les évêques de la province sont leurs suffragants; au point de vue du sacerdoce ils sont les égaux des évêques, au point de vue du ministère, ils ont surveillance et juridiction sur les diocèses de leurs suffragants et on peut appeler devant eux des décisions de ceux-ci, ils ont eux-mêmes un diocèse qu'ils gouvernent.

Les vicaires généraux ou grands vicaires sont les lieutenants de l'évêque pour l'administration du diocèse (non pas pour les sacrements de l'Ordre et de la Confirmation), les évêques ont droit à deux vicaires généraux, les archevêques à trois; ils sont agréés par le Gouvernement mais révocables au gré de l'évêque; leurs fonctions expirent de plein droit à la mort de l'évêque, il ne faut donc point les confondre avec les vicaires capitulaires dont il a été question plus haut.

Les évêques, archevêques et vicaires généraux reçoivent un traitement.

Les chanoines étaient originairement les familiers de l'évêque, vivant avec lui sous une règle et constituant son conseil ; leur réunion forme le chapitre. Le chapitre a un certain droit sur le titre épiscopal qui s'était traduit sous la pragmatique sanction de Charles VII par le droit d'élection de l'évêque, et qui se traduit encore aujourd'hui par le droit d'élire les vicaires capitulaires après la mort de l'évêque, il est en somme le modérateur de l'évêque et représente auprès de lui les traditions locales du diocèse, c'est un organe de décentralisation. Le nombre des chanoines est déterminé par les statuts du chapitre, il est généralement de 8 ou 9. Les chanoines sont nommés par l'évêque avec l'agrément du Gouvernement, ils sont inamovibles. Les chanoines recevaient un traitement de l'État, mais la loi du 22 mars 1885, singulièrement oublieuse des traditions décentralisatrices de l'église gallicane, en a décidé la suppression.

III. *Les curés, desservants, vicaires.* — Les curés et desservants ont

(1) Les articles organiques, art. 36, avaient complètement dépouillé le chapitre en décidant que les vicaires généraux (qu'il ne faut pas confondre avec les vicaires capitulaires), continueraient leurs fonctions après la mort de l'évêque jusqu'à son remplacement. Cette disposition a été abrogée par le décret du 28 octobre 1810.

Source : BIU Cujas

le sacerdoce, moins le droit de conférer les sacrements de l'Ordre et de la Confirmation ; ils ont, sous l'autorité de l'évêque, le ministère dans une circonscription qui s'appelle paroisse et à laquelle est attaché le titre de cure ou de succursale. La principale différence entre le curé et le desservant est que le curé est inamovible, tandis que le simple desservant peut être révoqué et par conséquent déplacé à la volonté de l'évêque (art. 30 et 31 des organiques), mais il y a aussi une différence au point de vue de la nomination : le desservant est nommé par l'évêque seul qui doit seulement en aviser le préfet et le ministre des Cultes, le curé est nommé par l'évêque, mais avec l'agrément du Gouvernement. On compte 3.450 curés (1) et plus de 34.000 desservants. La situation précaire faite aux desservants a été très critiquée ; sous l'ancien Régime les vicaires placés dans les succursales étaient inamovibles (2) ; au moment du Concordat les évêques eurent besoin de pleins pouvoirs pour discipliner un clergé que les événements avaient composé d'éléments disparates ; d'autre part, Napoléon voulait certainement faire du clergé un instrument de gouvernement et avait besoin de le tenir dans sa main par l'intermédiaire des évêques ; les circonstances ont changé, cependant l'amovibilité des desservants s'explique encore par le peu d'entente qui règne entre le pouvoir civil et l'Église ; l'inamovibilité devrait être corrigée par la destitution dans les cas graves prononcée par le tribunal de l'évêque, avec certitude que la sentence serait exécutée par le pouvoir civil sans aucune ingérence ; cette certitude n'existant pas, l'inamovibilité ne saurait être qu'une pratique recommandée aux évêques (3).

Les vicaires sont adjoints aux curés ou desservants, soit d'une façon permanente, si l'étendue de la paroisse ou de la succursale est trop considérable, soit d'une façon temporaire, en cas de vieillesse ou d'infirmités du curé ou desservant ; ils ont le sacerdoce et le ministère sous la direction du curé ou desservant ; ils sont amovibles comme les desservants.

Les curés, desservants et vicaires reçoivent un traitement de l'État, mais pour les desservants et les vicaires, depuis la loi de finances du 29 décembre 1883, le mot traitement a été remplacé par celui d'allocation, sous le prétexte que ces traitements ne sont pas concordataires à la différence de ceux des évêques et des curés (Concordat, art. 14).

IV. *Les ministres des cultes sont-ils des fonctionnaires ordinaires?* — Les ministres du culte ont un caractère public, à ce titre il a été édicté des peines spéciales pour réprimer les outrages qui leur sont adressés (art. 262, C. pén. ; art. 31, L. 29 juill. 1881 ; art. 263, C. pén.) ; mais ils n'ont point reçu de délégation de la puissance publique qui est essentiellement

(1) En général le chef-lieu de canton forme une paroisse et a un curé.

(2) On comptait 36.000 inamovibles et seulement 2.500 amovibles.

(3) V. Réponse de Grégoire XVI à l'évêque de Liège, du 1er mai 1845 ; Émile Ollivier *Manuel*, p. 372. Léon XIII a donné des instructions dans le même sens.

Source : BIU Cujas

laïque et ne font point partie de la hiérarchie des fonctionnaires civils; en effet, ni les actes des curés ni ceux des évêques ne relèvent du ministre des Cultes, et les décisions épiscopales ne sont point soumises au recours pour excès de pouvoir (1); le seul recours qui existe contre les actes ecclésiastiques est le recours pour abus qui est conçu, non point comme une action disciplinaire exercée par le Gouvernement, mais comme un arbitrage destiné à départager deux pouvoirs d'ordre différent (2). Donc, quels que soient les textes qu'on invoque, les ministres du culte ne sont que des fonctionnaires *sui generis*, de caractère mixte; cela avait été reconnu par le Conseil d'Etat dans l'interprétation de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII sur la garantie des fonctionnaires civils, les ministres des cultes n'étaient pas considérés comme bénéficiant de cette garantie (3).

V. *Du caractère des traitements des ministres des cultes et des retenues de traitement.* — Il y a cette singularité dans la situation des ministres du culte que, bien qu'ils soient fonctionnaires mixtes en vertu d'un accord entre l'État et l'Église, ils reçoivent cependant leur traitement du seul État. Cela n'est pas logique et prouve que le système des bénéfices, en vigueur sous l'ancien Régime, était beaucoup plus conforme à la réalité des choses; les biens constituant les bénéfices appartenaient peut-être à la nation, mais la nation, c'est une collectivité bien autrement compréhensive que l'État, cela comprend la société religieuse, tandis que l'État avec son budget administratif en est distinct. Puisqu'en fait les bénéfices sont supprimés et remplacés par des allocations au budget des cultes, sans même rechercher si ces allocations n'ont pas le caractère d'une indemnité pour les biens du clergé confisqués par la Révolution, au moins faudrait-il qu'elles fussent autant que possible traitées comme des avantages bénéficiaux. Cela nous amène à la question de la saisie et de la retenue des traitements par mesure disciplinaire. Le Gouvernement prétend avoir le droit de saisie et de retenue, le Conseil d'Etat par un avis du 23 avril 1883 et par une décision contentieuse du 1er février 1889, *Sailhol*, a affirmé ce droit et l'a établi sur les précédents historiques de la saisie du temporel pratiquée sous l'ancien Régime; mais la saisie du temporel contre laquelle, d'ailleurs, le concile de Trente s'est élevé (4), était pratiquée par les juges royaux avec des formes judiciaires qui permettaient l'examen de la faute de l'ecclésiastique (5), tandis que la suspension

(1) V. Laferrière, *Traité de la juridiction adm.*, 2e édit., II, p. 423. — Il convient de noter cependant une décision au contentieux. C. E., 11 février 1898, *Gazeau*, dans laquelle se manifeste la tendance à considérer l'évêque comme soumis à l'autorité hiérarchique du ministre des Cultes en ce qui concerne l'administration du temporel. — V. *infrà*, p. 171, recours pour abus.

(2) Laferrière, *op. cit.*, II, p. 83.

(3) Elle était remplacée par le préalable d'une déclaration d'abus.

(4) Concil. Trid., sess. XXII, ch. II.

(5) O. Orléans, janv. 1560, art. 5, 8, 13, 17, 21, 29 « ordonnons à nos juges et procureurs faire saisie, etc. ».

Source : BIU Cujas

du traitement est pratiquée administrativement, après une information secrète, sans que l'ecclésiastique puisse se défendre. Il y a donc une aggravation résultant certainement de cette idée fausse que les ministres du culte sont des fonctionnaires publics ordinaires, que leurs traitements sont des traitements ordinaires, alors qu'en réalité, ils sont la représentation des anciens bénéfices et qu'on devrait suivre les formes judiciaires de la saisie des bénéfices (1).

2° Les circonscriptions ecclésiastiques et les titres.

La France est divisée en circonscriptions ecclésiastiques auxquelles sont attachés des titres, c'est-à-dire des fonctions reconnues donnant autorité; ces circonscriptions sont les diocèses et les métropoles, auxquels sont attachés les titres de l'évêché ou de l'archevêché, plus celui du Chapitre; les paroisses, auxquelles sont attachés suivant les cas, les titres de la cure ou de la succursale (2).

I. *Les diocèses et les métropoles.* — Il y a en France et en Algérie 18 métropoles ou provinces ecclésiastiques munies d'archevêchés et 69 diocèses munis d'évêchés, en plus trois évêchés coloniaux, Martinique, Guadeloupe et Réunion dépendent de la métropole de Bordeaux (3). Ces circonscriptions ont été établies, tant par les articles organiques, art. 58,

(1) Cette idée fausse se marque dans le premier considérant de l'avis du 23 avril 1883 : « Considérant que l'État possède sur l'ensemble des services publics un droit supérieur « de direction et de surveillance qui dérive de sa souveraineté... » En matière concordataire la souveraineté de l'État est limitée par la convention faite, le service public organisé est devenu mixte; il occupe une place à part dans l'ensemble des services et le droit de surveillance du Gouvernement ne saurait être le même que sur les services qui ne sont pas mixtes. — Remarquons d'ailleurs que la situation du desservant est actuellement moins bonne que celle du fonctionnaire ordinaire, car la retenue de traitement ne peut être infligée au fonctionnaire ordinaire que dans des cas déterminés et pour un temps déterminé (D. 9 nov. 1853, art. 17), tandis qu'elle est infligée au desservant d'une façon discrétionnaire et pour un temps indéterminé, ce qui est contraire à toute justice. — A consulter sur cette question : Reverchon, *de la suppression des traitements ecclésiastiques ou civils par mesure administrative*, *Rev. crit.*, 1861; — Conclusions de M. Gauwain, commissaire du Gouvernement. C. E., 1er février 1889, Sailhol; Wable, *de la suppression par mesure disciplinaire des traitements des évêques* 1893; *Rev. adm. du culte catholique*, 1898, p. 228; Chante-Grellet et Pichat, *Rép.* de Béquet, v° *Fonctionnaire*, n^s 78 et s.; Ducrocq, 7e édit., III, p. 469; L. Crouzil, *Les traitements ecclésiastiques*, Paris, 1903.

(2) Quand le titre suppose un lieu de culte il s'attache à l'édifice, il y a ainsi des églises métropolitaines, cathédrales, curiales, succursales, des chapelles de secours, etc., dont la condition ne pourrait être modifiée qu'administrativement. — Il appartient au Gouvernement seul et d'accord avec l'autorité ecclésiastique, sans avoir à tenir compte des avis des autorités locales, de créer des titres nouveaux ou de modifier les titres existants. C. E., 11 novembre 1898, *Ville du Havre.*

(3) Dans les colonies plus récentes et dans les pays de protectorat, le pape nomme non pas des évêques, mais des vicaires apostoliques; cela donne lieu à des négociations diplomatiques parce que ces pays sont *hors du concordat.*

Source : BIU Cujas

que par la loi du 4 juillet 1821 ; une loi serait nécessaire pour en établir de nouveaux, après entente avec le Saint-Siège (1).

II. *La paroisse.* — La paroisse est essentiellement la circonscription dans laquelle s'exerce le ministère au premier degré, celui du simple prêtre. D'ordinaire la circonscription de la paroisse se confond avec celle de la commune, mais il y a dans les communes populeuses plusieurs paroisses et il peut y avoir une seule paroisse pour plusieurs communes.

A la paroisse peuvent être attachés l'un des deux titres suivants, la cure ou la succursale, selon que le titulaire doit être un curé ou un desservant, de plus, pour desservir certaines parties de la paroisse, il peut être créé des chapelles vicariales, annexes, oratoires ou chapelles de secours, dont le titre vient s'ajouter à celui de la cure ou de la succursale (2).

III. *Des lieux de culte qui ne constituent pas des paroisses.* — *Les chapelles vicariales, les annexes* ou *oratoires publics* ou *chapelles de secours* sont des lieux de culte sans circonscription territoriale propre, le titre étant réuni à celui de la cure ou succursale, mais érigés administrativement pour le service de certains habitants d'une paroisse qui s'engagent à subvenir à tous les frais (3), les chapelains sont sous l'autorité du curé ou succursaliste à moins que le service ne soit fait par le curé ou le succursaliste lui-même ; les biens et fondations sont administrés par la fabrique de la paroisse.

Enfin des lieux de culte privés, chapelles domestiques ou oratoires particuliers, d'établissement ou d'usine, peuvent être établis avec l'autorisation du Gouvernement (art. 44 des organiques) ; la seule sanction du défaut d'autorisation est d'ailleurs la fermeture de l'oratoire.

(1) On a discuté la question de savoir si les diocèses et les métropoles sont des circonscriptions douées de la personnalité civile à l'instar des départements, et si par conséquent des dons et legs peuvent leur être valablement adressés. Niée par un premier avis du Conseil d'État du 21 décembre 1841, la personnalité civile de ces circonscriptions avait été reconnue par un avis du 13 mai 1874, qui se fondait sur l'art. 73 L. 18 germinal an X et sur le décret du 12 thermidor an XIII, mais elle a été niée de nouveau par l'avis du 17 mars 1880 et par des décisions subséquentes (note du 10 juillet 1895, legs Borel). Au point de vue des textes la question était douteuse, et il y avait ceci de fâcheux, que cette même personnalité civile on ne la réclamait pas pour les paroisses, qui en leur qualité de circonscriptions ecclésiastiques y auraient eu droit aussi bien que les diocèses.

Quoi qu'il en soit, de la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, il résulte que les libéralités adressées *au diocèse* sont caduques lorsqu'elles ne peuvent pas être réclamées par quelqu'un des établissements diocésains reconnus, mense épiscopale, chapitre, séminaire. Parmi ces établissements, il est vrai, il en est un, la mense épiscopale, qui n'est que la personnification du titre de l'évêché et qui pourrait être considéré comme représentant tous les intérêts diocésains, mais ce n'est pas l'avis du Conseil d'État (V. *infrà*, *Mense épiscopale*).

(2) Pour les textes et les formalités relatives à l'érection des cures, succursales, chapelles vicariales, oratoires, etc., consulter Dubief et Gottofrey, *op. cit.*, nos 822 et s.

(3) Sauf le cas des chapelles vicariales où l'État fournit une partie du traitement du vicaire. Dubief et Gottofrey, *op. cit.*, nos 952 et s.

Source : BIU Cujas

3° Les établissements ecclésiastiques.

Les établissements ecclésiastiques sont des espèces d'établissements publics relatifs au culte, qui appartiennent à la fois à la société religieuse et à l'État, par conséquent sont de nature mixte (1). Il y a deux catégories d'établissements publics; ceux qui sont unis à un titre, les menses épiscopales, curiales et canoniales; ceux qui ne sont pas unis à un titre, mais plutôt à une circonscription, les séminaires, les caisses de retraite des prêtres âgés ou infirmes, les fabriques.

I. *Les menses.* — Les menses ne sont autres que les anciens bénéfices dans lesquels le titre ecclésiastique était uni à une personne morale; abolis tant par la constitution civile du clergé des 12 juillet, 23 août 1790, art. 20, que par la loi du 7 vendémiaire an IV, ils ont reparu pour l'évêché, la cure ou succursale, et le chapitre, en vertu du Concordat (D. 6 nov. 1813; O. 2 avr. 1817). Il y a grand intérêt à leur restituer leur physionomie traditionnelle, à cause de la question de savoir quelle est leur spécialité administrative et leur but. L'intérêt pratique apparaît en matière de dons et legs; le Conseil d'État, dans les autorisations d'accepter, suit une règle que nous aurons plus tard l'occasion d'étudier et qui s'appelle la règle de la spécialité; les établissements publics ne sont autorisés à accepter des libéralités grevées de charges que lorsque l'accomplissement des services résultant de ces charges ne doit pas les faire sortir de leur spécialité. Il importe donc de déterminer exactement celle-ci.

Les textes relatifs aux menses ne déterminent point leur spécialité d'une façon étroite. A la vérité, il résulte bien de l'art. 73 des organiques, des art. 1, 6 et 29 du décret du 6 novembre 1813, que ce sont des fondations qui ont pour objet l'entretien des ministres du culte et que les titulaires sont usufruitiers des biens qui les composent, dans les conditions du droit civil; mais il est clair que si les ministres du culte reçoivent des subsides c'est en vue de leur ministère, plutôt qu'en vue de leur bien-être personnel, c'est un dépôt qui leur est confié en vue des œuvres, avec possibilité de prélever le nécessaire pour leurs besoins personnels et dispense de rendre compte. C'est ainsi que les biens ecclésiastiques ont toujours été envisagés par le droit canonique, y compris ceux des bénéfices (2), c'est ainsi qu'ils ont été envisagés par les hommes de la Révolution; si ceux-ci avaient pensé que ces biens fussent affectés à un but individuel et non à un but social, ils ne les auraient point confisqués; mais ils leur reconnaissaient un

(1) Le caractère mixte des établissements ecclésiastiques a été constamment méconnu depuis 1880 par la législation, par la jurisprudence administrative, par l'administration qui semblent conspirer à cette œuvre impossible, faire que des établissements religieux soient considérés comme les organes exclusifs de l'État laïque.

(2) Les conciles et les épîtres pontificales ne cessent d'insister sur cette idée (Const. apost., l. 11, C. 35; — C. 24, C. XII, q. 1; — C. 5, C. X, q. 3; — C. 52, C. XII, q. 2, le prêtre n'est que le dispensateur et l'économe des biens ecclésiastiques. C'est à la même idée que se rattachait le principe de l'inaliénabilité des biens de l'Église.

Source : BIU Cujas

but social et ils trouvaient légitime que la société ou la nation les reprît, parce qu'ils pensaient que le Gouvernement laïque de la nation pourrait désormais rendre les services qu'avait rendus la société religieuse (1).

Ainsi on ne saurait enfermer les menses dans l'étroite spécialité qui consisterait à fournir des revenus personnels aux titulaires; si des libéralités sont faites aux menses à charge d'entretenir des écoles ou des institutions charitables, ou des œuvres diocésaines ou paroissiales quelles qu'elles soient, ces libéralités doivent être considérées comme rentrant dans leur spécialité, car les œuvres font essentiellement partie du ministère ecclésiastique et la mense est pour le ministère (2).

Administration des menses pendant l'existence des titulaires. — (D. 6 nov. 1813). La mense capitulaire ou canoniale a toujours son titulaire existant puisque c'est le chapitre ou collectivité des chanoines, mais il n'en est pas de même de la mense épiscopale ou de la mense curiale dont les titulaires, évêques, curés ou desservants disparaissent, sauf à être remplacés, et pour lesquelles par conséquent il convient de distinguer la situation d'existence des titulaires et celle de vacance.

Les archevêques et évêques ont l'administration des biens de la mense

(1) D. des 2-4 nov. 1789 : « L'Assemblée nationale décrète que tous les biens ecclésiastiques sont à la disposition de la nation à la charge de pourvoir d'une manière convenable *aux frais du culte*, à l'entretien de ses ministres *et au soulagement des pauvres.* » D. 14, 20-22 avr. 1790, concernant l'administration des biens déclarés à la disposition de la nation, art. 5 : « Dans l'état des dépenses publiques de chaque année, il sera porté une somme suffisante pour fournir *aux frais du culte*, à l'entretien des ministres des autels, *au soulagement des pauvres*, etc. Or, il faut remarquer que les fabriques et les hôpitaux conservaient l'administration de leurs biens (art. 8), de sorte que c'étaient les biens des bénéfices ecclésiastiques qui paraissaient affectés aux frais du culte et au soulagement des pauvres, aussi bien qu'à l'entretien des ministres.

(2) La jurisprudence civile est de cet avis; elle va même plus loin que nous, elle prétend que les textes n'ont aucunement déterminé la spécialité des menses, tandis que nous admettons qu'ils l'ont mesurée sur celle du ministère ecclésiastique lui-même. Cass. 31 janv. 1893 et Chambéry, 21 juin 1893, *affaire Faidides* (S. 93. 1. 345 et 94. 2. 124), validité d'une libéralité scolaire à une mense épiscopale. — Amiens, 16 février 1893 (S. 93. 2. 253), validité d'un legs charitable à une mense épiscopale. Mais le Conseil d'État, chargé d'émettre des avis sur l'autorisation d'accepter les libéralités, entend la règle de la spécialité d'une façon bien plus rigoureuse; il enferme étroitement les menses dans la fonction de fournir des revenus personnels aux titulaires. Av. 27 févr. 1890, *Simon* : « Les menses épiscopales et curiales ayant été instituées exclusivement en vue de l'amélioration du sort des titulaires successifs, les évêques et les curés ne peuvent être autorisés à recevoir les libéralités faites en vue de la fondation ou de l'entretien d'une école. Av. 24 févr. 1892, *legs Marguienne* « les œuvres diocésaines ne doivent pas être considérées comme rentrant dans les attributions de la mense épiscopale. » — Cette jurisprudence est approuvée par M. Ducrocq, article sur *La personnalité civile en France du Saint-Siège, Revue de droit public*, I, p. 69, et par M. Théodore Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 249 et s. En fait, donc, malgré la capacité que leur reconnaît la jurisprudence civile, tant que le Conseil d'État persistera dans le système d'interprétation étroite du principe de la spécialité où il est engagé, les menses ne pourront recueillir que des libéralités sans affectation spéciale.

Source : BIU Cujas

épiscopale en qualité d'usufruitiers, suivant les règles établies aux art. 6 et s., D. 6 nov. 1813 (1).

Les curés et desservants ont, dans les mêmes conditions, l'administration des biens de la mense curiale, mais tous papiers, titres et documents concernant ces biens, tous comptes, registres, sommaires et inventaires sont déposés dans une armoire à trois clefs appartenant à la fabrique (art. 2 et 3, D. 1813; art. 54, D. 1809) et ne peuvent être retirés que sur un avis motivé signé par le titulaire (art. 4) (2).

Le corps du chapitre a, toujours dans les mêmes conditions, l'administration des biens de la mense capitulaire (art. 49) (3).

(1) Ils ne peuvent aliéner, échanger, hypothéquer, concéder des servitudes ni faire en général aucune disposition entraînant un changement dans la nature des biens ni une diminution dans leurs produits, à moins d'y être autorisés (art. 8); — les papiers, titres, documents concernant les biens de la mense, les comptes, les registres, les sommiers seront déposés aux archives du secrétariat de l'évêché (art. 30).

(2) Une question intéressante est celle de savoir quel est le droit du desservant sur le presbytère, s'il est analogue au droit d'usufruit qu'il a sur les biens de la mense curiale et même si le droit d'usufruit qu'aurait le desservant sur le presbytère ne pourrait pas être considéré comme faisant partie des biens de la mense curiale.

Observons d'abord, pour bien poser l'hypothèse, qu'il s'agit des presbytères qui, en vertu de l'art. 72, L. 18 germ. an X, ont été attribués à la commune sous réserve d'un droit de jouissance au profit du desservant. Quant à ceux que les communes ont acquis depuis ils peuvent être dégagés de cette servitude et se trouver dans la situation ordinaire des immeubles affectés à un service public. Cependant la Cour de cassation a rejeté cette distinction et admis même sur les presbytères nouveaux l'usufruit spécial et l'action possessoire personnelle du desservant. — Cass., 17 févr. 1897, *abbé Ravier*. V. *Rev. adm. du culte catholique*, 1897, p. 193. L'intérêt qu'il y a à reconnaître que le presbytère est grevé d'un droit d'usufruit et n'est pas seulement un immeuble affecté, c'est que cela s'oppose à la désaffectation par voie administrative.

La jurisprudence civile et celle du Tribunal des conflits sont favorables à l'idée d'un usufruit spécial (Cass., 11 nov. 1882, S. 1883. 1. 140; Toulouse, 24 déc. 1885, S. 87. 2. 209; Dijon, 20 mai 1887, S. 88. 2. 45. — Conflits, 15 déc 1883, *Fonteny* et les observations de M. le commissaire du gouvernement Gomel; 13 mars 1886, *Glena*; Montpellier, 1er déc. 1900, *Brugnère*. Une décision du Conseil d'État du 8 juill. 1892, *Albouy*, semble toutefois se rapprocher du système de la simple affectation administrative qui a été soutenu surtout par M. Ducrocq, dans une note sous Poitiers, 29 juin 1883 (D. 83. 2. 169). Ce qui semble avoir impressionné M. Ducrocq, c'est la difficulté d'agencer le droit du desservant sur le presbytère avec les droits sur les biens de la mense curiale, vu que le presbytère n'appartient pas à celle-ci. Mais on peut très bien supposer que l'usufruit spécial sur le presbytère se trouve dans le patrimoine de la mense et que c'est là que le desservant le recueille pour l'exercer. V. au reste sur les presbytères l'ordonnance du 3 mars 1825 et sur la question subsidiaire de savoir si le desservant a le droit de louer le presbytère. V. Cour de Paris, 2 avr. 1896, S. 97. 2. 129 et la note.

(3) Il ne peut être pris aucune délibération relative à la gestion des biens ou à la répartition des revenus si les membres présents ne forment au moins les quatre cinquièmes du nombre total des chanoines existants (art. 50); il sera choisi par le chapitre dans son sein, au scrutin et à la pluralité des voix, deux candidats, parmi lesquels l'évêque nommera le trésorier, celui-ci aura le pouvoir de recevoir des fermiers et débiteurs, d'arrêter les comptes, de donner quittance ou décharge, de poursuivre les débiteurs devant les tribunaux, de recevoir les assignations au nom du chapitre et de plaider

Source : BIU Cujas

Administration des menses pendant la vacance, le droit de régale (D. 6 nov. 1813) (1). La situation de vacance ne se présente que pour la mense épiscopale et la mense curiale.

— Pour la mense épiscopale elle donne lieu au profit de l'État à l'application de l'antique droit de régale dont voici les conséquences : 1° l'État prend l'administration intérimaire de la mense; il est nommé un administrateur selon certaines formes (art. 34 et s.); 2° Depuis la vacance du siège jusqu'à la nomination du successeur, l'État jouit des fruits et revenus de la mense (art. 45, *in fine*); 3° Pendant son administration intérimaire, l'État s'arroge le droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour que le patrimoine de la mense soit rendu à sa véritable destination, qui est exclusivement d'après la théorie du Conseil d'État de fournir des revenus à l'évêque. Par suite, des aliénations de biens-fonds ont été autorisées par décret en Conseil d'État, pour le prix être placé en rentes (D. 5 avr. 1884, *Tours*; D. 3 juil. 1888, *Limoges*; D. 27 févr. 1896, *Avignon*) (2).

— La vacance n'entraîne pas pour la mense curiale des conséquences aussi graves, « les revenus de l'année courante appartiendront à l'ancien titulaire ou à ses héritiers jusqu'au jour de l'ouverture de la vacance et au nouveau titulaire depuis le jour de sa nomination. Les revenus qui auront eu cours depuis le jour de l'ouverture de la vacance jusqu'au jour de la nomination seront mis en réserve dans la caisse à trois clefs pour subvenir aux grosses réparations » (D. 6 nov. 1813, art. 24). Il n'y a donc pas ingérence du Gouvernement, c'est la fabrique qui intervient.

II. *Les séminaires et les caisses de retraite des prêtres âgés et infirmes.* — Il convient de distinguer les grands séminaires et les écoles secondaires ecclésiastiques. Les grands séminaires sont des maisons de probation pour ceux qui se destinent à l'état ecclésiastique, on y enseigne la morale, le dogme, l'histoire ecclésiastique, l'éloquence sacrée. Le décret du 23 ventôse an XII, n'avait créé que dix séminaires métropolitains, mais il était naturel que chaque évêque voulût un séminaire dans son diocèse, et l'on peut soutenir que le décret du 17 mars 1808 a sur ce point abrogé celui du 23 ventôse an XII, en disposant dans son art. 3 que les archevêques et évêques nomment et révoquent les directeurs et professeurs

quand il y aura été dûment autorisé (art. 51); cette autorisation est donnée par délibération du chapitre et par le conseil de préfecture (art. 53).

Les titres, papiers, comptes, registres, sommiers, inventaires sont encore ici déposés dans une armoire à trois clefs dont trois membres du chapitre ont la garde (art. 54 et 55).

(1) Fr. Ladrat, *Des menses épiscopales et du droit de régale*, 1891, *Revue d'adm.*

(2) Cette ingérence de l'État a été inaugurée en 1880. Le droit de régale avait toujours été considéré comme limité à la jouissance des revenus temporels de l'évêché, et c'est bien ainsi que l'envisageait le décret de 1813, dont les art. 38, 40, 45 et 47 relatifs aux pouvoirs de l'administrateur, ne disent pas un mot du droit d'aliéner; on invoque l'art. 74 des organiques.

Le droit de régale a une origine féodale. Il fut, au début, la rançon d'une protection spéciale accordée par le roi aux églises. Maintenu pendant tout l'ancien régime, il

Source : BIU Cujas

des séminaires, ce qui suppose qu'il y a un séminaire dans chaque diocèse; de fait, il en a été organisé dans tous.

Les établissements secondaires ecclésiastiques ou petits séminaires sont destinés à préparer de loin les jeunes élèves en leur donnant l'éducation classique et à les conduire ainsi jusqu'au grand séminaire; mais par la force des choses, à raison de la liberté des vocations, ces établissements donnent l'enseignement secondaire à beaucoup de jeunes gens qui ne deviennent pas ecclésiastiques, ils sont donc par certains côtés établissements universitaires (1).

L'État entretenait dans les grands et les petits séminaires des bourses et des demi-bourses, comme il se désintéresse désormais sans doute du recrutement des membres du clergé, ces allocations ont été supprimées par la loi du budget du 22 mars 1885 (2).

— Les caisses de secours et les maisons de retraite pour les prêtres âgés ou infirmes n'existent pas dans tous les diocèses, un décret du 13 thermidor an XIII avait posé le principe d'un fonds de secours et invité les évêques à soumettre des projets de règlements; des décrets sont intervenus pour approuver ces règlements là où ils ont été faits; un prélèvement d'un sixième sur le produit de la location des bancs, chaises et places dans les églises est autorisé.

fut ressuscité par l'art. 33 du décret de 1813, en vertu de l'art. 16 du Concordat, qui reconnaît au chef du Gouvernement les mêmes droits et prérogatives que par le passé, et il produit encore tous les effets compatibles avec l'ordre de choses actuel.

Sa raison d'être, aujourd'hui, est qu'il procure le seul moyen de contrôle efficace sur l'administration de l'évêque. L'évêque n'est astreint a aucune comptabilité; il a lui-même la garde des registres, inventaires et pièces comptables; il peut se faire qu'il jouisse de la mense pendant vingt ans, trente ans, sans rendre aucun compte. Il est indispensable que, d'une façon intermittente, l'État prenne l'administration, afin de faire une sorte d'inventaire et de contrôler la situation du patrimoine, mais cela ne justifie pas l'attribution des fruits à l'État pendant l'intérim, ni la faculté d'aliénation.

(1) Aussi leur histoire a-t-elle été assez mouvementée; créés en 1806 comme institutions ecclésiastiques, ils furent incorporés à l'université en 1808; l'ordonnance du 5 octobre 1814 et celle du 17 février 1815 les replaçaient sous l'autorité exclusive de l'évêque; le 16 juin 1828 deux ordonnances restrictives furent rendues pour diminuer la concurrence qu'ils faisaient à l'université; enfin la loi du 15 mars 1850 (art. 70) sur la liberté de l'enseignement vint abroger les ordonnances de 1828; finalement les écoles secondaires ecclésiastiques ne sont pas des écoles publiques, mais ne sont pas non plus astreintes aux formalités des écoles libres, elles sont entièrement sous la direction de l'évêque, sauf surveillance du gouvernement exercée par le préfet (Circ. cultes, 20 sept. 1885), elles peuvent faire librement concurrence à la fois aux écoles publiques et aux écoles libres. Seulement il n'y a pas lieu d'autoriser l'acceptation d'une libéralité faite à un petit séminaire lorsque sortant de ses attributions il est devenu un établissement d'enseignement secondaire. D. 26 avril 1896, *legs Reulet*; 24 octobre 1895, *legs Bouchout;* 26 octobre 1897, *legs Villaret-Joyeuse.*

(2) Les grands séminaires sont des établissements publics (D. 6 nov, 1813, art. 62 et s.), on pourrait discuter la question de savoir si les petits séminaires ont une personnalité distincte, ou s'ils ne sont pas absorbés dans le grand séminaire du diocèse; le Conseil d'État leur reconnaît la personnalité (notes du 8 déc. 1885, *François;* du 1er juil-

Source : BIU Cujas

Ces institutions sont considérées comme des établissements publics (D. sur abus 31 mars 1884, *évêque d'Angers*), et la conséquence est le droit du Gouvernement d'intervenir dans une certaine mesure pour poser des règles de bonne administration. En fait, l'ingérence du Gouvernement a été justifiée par la mauvaise gestion de certains évêques (1).

III. *Les fabriques* (2). — Les fabriques sont des établissements publics attachés à la circonscription des paroisses et qui ont pour but d'as-

let 1897, *petit séminaire de Saint-Cyr* et *petit séminaire de Saint-Jean en Royans*), et l'on peut en effet invoquer en ce sens, l'art. 64, D. 6 nov. 1813, l'art. 7, O. 5 oct. 1814.

Quoi qu'il en soit, l'administration des biens de tous les séminaires du diocèse est confiée à un seul et même bureau « composé de l'un des vicaires généraux qui présidera en l'absence de l'évêque, du directeur et de l'économe du séminaire et d'un quatrième membre remplissant les fonctions de trésorier qui sera nommé par le ministre des Cultes, sur l'avis de l'évêque et du préfet » art. 62 et 64, D. 1813. « Il y aura pour le dépôt des titres, papiers et renseignements, des comptes, des registres, etc., une armoire à trois clefs qui seront entre les mains de trois membres du bureau » (art. 65). Pour les détails de l'administration, voir les art. suivants du décret de 1813.

(1) Un décret du 12 juin 1885 a approuvé les statuts de la caisse de secours du diocèse d'Angers réorganisée et ces statuts serviront de modèle pour la réorganisation des autres caisses, les principales dispositions de ces statuts sont les suivantes :

Art. 2. Les ressources de la caisse se composent : 1° des souscriptions volontaires des prêtres et fidèles; 2° des revenus des biens qu'elle a été ou pourra être autorisée à acquérir ou à recevoir; 3° du produit du prélèvement opéré sur la location des bancs, chaises et places dans les églises.

Art. 3. La caisse de secours est administrée par un conseil composé : 1° de l'évêque, président; 2° du curé le plus ancien de chaque arrondissement; 3° de laïques représentant les fabriques du diocèse, choisis par le ministre des Cultes parmi les membres des conseils de fabrique et à raison d'un par arrondissement; 4° d'ecclésiastiques élus à raison d'un par arrondissement parmi les prêtres séculiers du diocèse rétribués à un titre quelconque par l'État, le département, la commune et les établissements publics, laïques ou ecclésiastiques légalement reconnus, les aumôniers des congrégations religieuses légalement reconnues et parmi ceux qui sont retraités à ce titre..., ces ecclésiastiques sont élus par les prêtres souscripteurs.... etc. Pour le mécanisme des élections, les pouvoirs du conseil d'administration, etc. V. la suite du texte dans Dubief et Gottofrey, *Traité des cultes*, n° 1823. — Au reste, dans les statuts de caisses organisées plus récemment le principe de l'élection a été supprimé, on désigne le doyen du chapitre, le curé de la cathédrale etc.; Tours, Orléans et Amiens. D. du 29 juillet 1897.

(2) L'origine des fabriques est dans les biens qui au Moyen âge appartenaient aux églises. Peu à peu le clergé lui-même appela les laïques à participer à l'administration de ces biens; au XIIIe siècle on voit apparaître des *matriculariі* d'où est venu le nom des marguilliers; le concile de Mayence en 1441 et le concile de Trente au XVIe siècle prescrivirent partout l'organisation de fabriques laïques, mais cette organisation ne fut pas uniforme, les évêques faisaient des règlements que devaient ensuite approuver les parlements, parfois même les ordonnances royales intervenaient (par exemple édit de février 1580, art. 9, sur les remontrances du clergé). Les lois du 19 août 1792 et du 13 brumaire an II détruisirent les fabriques et décidèrent la vente de leurs biens à titre de biens nationaux. Elles reparurent à la suite du Concordat et d'abord, d'une façon curieuse, sous une double forme. En effet, les évêques, en vertu de l'art. 76 des organiques « il sera établi des fabriques pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples, à l'administration des aumônes », avaient de leur propre initiative organisé des fabriques pour recueillir et administrer les dons des fidèles faits en vue du culte; un

Source : BIU Cujas

socier au clergé les laïques dans la gestion des intérêts religieux (1).

Caractère et spécialité des fabriques. — La spécialité des fabriques résulte clairement de leur histoire. Au début du Moyen âge les revenus des églises étaient partagés en quatre parties égales : une pour l'évêque, une pour le clergé, une pour l'entretien et les réparations de l'édifice, une pour les pauvres (2). L'organisation des bénéfices fit disparaître les droits de l'évêque et ceux des titulaires de la paroisse, mais la fabrique resta chargée de la rétribution des desservants ou vicaires non pourvus de bénéfices, de l'entretien de l'édifice et des pauvres, d'une façon plus générale des *œuvres pies* ou *pitoyables* (3). Ces attributions traditionnelles se retrouvent dans les textes en vigueur (4).

arrêté du 9 floréal an XI régularisa cette institution. Puis le décret du 7 thermidor an XI ayant restitué aux fabriques leurs biens non aliénés, les préfets furent invités à nommer de leur côté des marguilliers pour administrer ces biens; il y eut donc dans chaque paroisse deux fabriques, l'une intérieure, celle de l'évêque, l'autre extérieure, celle du préfet; cette dualité n'avait aucune raison d'être, il fallut procéder à une réorganisation complète qui fut l'œuvre du décret du 30 décembre 1809. Ce décret constitue encore la législation fondamentale des fabriques, sauf les modifications de l'ordonnance du 12 janvier 1825, de la loi municipale du 5 avril 1884 et du décret sur la comptabilité du 27 mars 1893.

(1) *Bibliographie.* Mgr Affre, *Traité de l'administration temporelle des paroisses*, dernière édition, cet ouvrage est continuellement revu et mis au courant.

(2) Lettre du pape Gélase de 494; instructions de Grégoire II aux évêques de Thuringe de 729; Girod, *Traité pratique de l'administration des paroisses*, p. 2; Dalloz, *Code administratif*, v° *Culte*, n° 117.

(3) Édit de février 1580, art. 9 : « Le revenu des marguilliers et fabriques, après les « fondations accomplies, sera appliqué aux réparations et achats des ornements des égli- « ses et autres œuvres pitoyables suivant les saints décrets. »

(4) Les fabriques sont incontestablement chargées de veiller à l'entretien et à la conservation des temples (art. 76 des organ. et art. 1er, D. 30 déc. 1809); elles sont chargées, en outre, en certains cas, de subvenir aux besoins du clergé de la paroisse; en effet, lorsqu'il n'existe pas de presbytère, l'indemnité de logement du desservant est due en première ligne par la fabrique; est à sa charge également le traitement des vicaires supplémentaires; les fabriques sont encore chargées de distributions d'aumônes, l'art. 76 des organiques est formel : « Il sera établi des fabriques pour veiller... à l'*ad-* « *ministration des aumônes* » et l'art. 1er du décret du 30 décembre 1809 répète : « Les « fabriques sont chargées... d'*administrer les aumônes* et les biens, rentes, perceptions « autorisées par les lois et règlements... et généralement tous les fonds qui sont affectés « à l'exercice du culte »; enfin les textes dégagent un quatrième aspect des fonctions des fabriques, « assurer l'exercice du culte et le maintien de sa dignité dans les églises aux- « quelles elles sont attachées, soit en réglant les dépenses qui y sont nécessaires, soit « en assurant les moyens d'y pourvoir ». Cette dernière formule a eu par sa généralité apparente une influence fâcheuse; interprétée étroitement par des esprits légistes, elle a servi à restreindre l'activité des fabriques : « pourvoir aux besoins du culte », voilà quelle est devenue leur spécialité aux yeux de l'administration, et comme les *aumônes* ne rentrent pas dans cette formule étroite, comme d'ailleurs, il s'agissait d'empêcher les fabriques de faire concurrence aux bureaux de bienfaisance, on leur a interdit les aumônes. Au nom du principe de la spécialité on leur refuse l'autorisation d'accepter les libéralités à charge d'aumône. Nous reviendrons dans la matière des *dons et legs* sur cette jurisprudence antilibérale. A la vérité, l'art. 76 des organiques et l'art. 1er du décret

Source : BIU Cujas

Les fabriques sont des établissements publics mixtes comme tous les autres établissements ecclésiastiques, elles sont à la fois d'État et d'Église. Le décret de 1809 avait assez bien respecté ce caractère, il n'avait pas exagéré la mainmise de l'État, notamment au point de vue financier, les fabriques administraient leurs deniers d'une façon patriarcale et avec une grande autonomie ; mais la loi de finances du 26 janvier 1892, art. 78, suivie du règlement d'administration publique du 27 mars 1893 et de celui du 18 janvier 1898, a rompu l'équilibre traditionnel en assujettissant les fabriques aux règles de la comptabilité publique. La gravité de cette innovation n'est pas tant dans les dispositions elles-mêmes, qui seront plus bas analysées, que dans la tendance qu'elle indique de la part de l'État à vouloir s'incorporer complètement les établisssements ecclésiastiques (1).

Organisation des fabriques. — Les fabriques sont représentées par deux organes : le conseil de fabrique et le bureau des marguilliers.

Le conseil de fabrique est composé de membres de droit et de membres choisis par cooptation (2). Il se renouvelle partiellement tous les trois ans, de façon à être complètement renouvelé en deux fois (3).

de 1809, qui parlent si évidemment d'aumônes, étaient bien un peu embarrassants ; on a cru s'en débarrasser en faisant observer qu'ils visaient l'administration des biens de la fabrique, que les aumônes étaient donc des biens donnés à la fabrique, non pas des charités faites aux pauvres par la fabrique. V. Théodore Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 228 et s. ; c'est jouer sur les mots, les *aumônes* sont en effet des biens donnés à la fabrique, mais *à charge d'aumône* (Arrêt du parlement sur les testaments ou autres actes contenant des legs, *aumônes*, ou dispositions au profit des pauvres, Paris, 28 février 1785, Isambert, *Rec. gén.*) ; c'est d'ailleurs le sens du môt aumône dans toute la littérature canonique.

(1) Dans plusieurs de ses articles le décret de 1893 insiste sur l'assimilation des fabriques aux établissements de bienfaisance (art. 1, 21, 24, 26).

(2) « Dans les paroisses où la population sera de cinq milles âmes et au-dessus, le conseil sera composé de onze membres (neuf conseillers et deux membres de droit) ; dans toutes les autres, il devra l'être de sept (cinq conseillers et deux membres de droit) » (D. 30 déc. 1809, art. 3).

« Seront de droit membres du conseil : 1° le curé ou desservant, qui y aura la première place et pourra se faire remplacer par un de ses vicaires ; 2° le maire de la commune du chef-lieu de la cure ou succursale ; il pourra se faire remplacer par l'un de ses adjoints ; si le maire n'est pas catholique, il devra se substituer un adjoint qui le soit, ou à défaut un membre du conseil municipal catholique » (art 4).

« Dans les villes où il y aura plusieurs paroisses ou succursales, le maire sera de droit membre de chaque conseil de fabrique (art. 4).

« Dans les paroisses dans lesquelles le conseil de fabrique sera composé de neuf membres non compris les membres de droit, cinq des conseillers seront soumis pour la première fois à la nomination de l'évêque et quatre à celle du préfet ; dans celle où il ne sera composé que de cinq membres, l'évêque en nommera trois et le préfet deux » (art. 6).

(3) Par conséquent, une fois sortiront cinq ou trois conseillers, la fois suivante quatre ou deux (art. 7). Cette élection se fait à la session de Quasimodo (O. 1825, art. 2). « Les conseillers qui devront remplacer les membres sortants seront élus par les membres restants. — Les membres sortants pourront être réélus » (art. 8). « Les conseillers doivent être pris parmi les notables ; ils doivent être catholiques et domiciliés dans la paroisse » (art. 3).

Source : BIU Cujas

Le conseil de fabrique peut être dissous par arrêté ministériel aux termes de l'ordonnance du 12 janvier 1825, art. 5 (C. E. 17 mars 1886, *Costes;* 23 décembre 1898, *Axat*).

Il a des sessions ordinaires et des sessions extraordinaires (1).

Il nomme son président et son secrétaire; ils sont renouvelés chaque année à la session de Quasimodo (art. 9). Les membres de droit ne peuvent pas être élus président.

Le conseil de fabrique délibère sur les objets suivants : 1° le budget de la fabrique; 2° le compte annuel du trésorier; l'emploi des fonds excédant les dépenses, du montant des legs et donations et le remploi des capitaux remboursés; 3° toutes les dépenses extrordinaires au delà de 50 francs, dans les paroisses au-dessous de mille âmes, et de 100 francs dans les paroisses d'une plus grande population; les procès à entreprendre ou à soutenir, les baux emphytéotiques ou à longues années, les aliénations ou échanges et généralement tous les objets excédant les bornes de l'administration des biens des mineurs (D. 1809, art. 12).

En principe, toutes ces délibérations sont soumises à approbation. Tantôt c'est l'approbation de l'évêque, notamment pour le budget, tantôt c'est celle du préfet, notamment pour les travaux.

— « Le bureau des marguilliers se compose : 1° du curé ou desservant de la paroisse qui en est membre perpétuel et de droit; 2° de trois membres du conseil de fabrique » (art. 13, D. 1809) (2).

Le bureau s'assemblera tous les mois. — Il pourra être convoqué extraordinairement par le président. — Il dressera le budget de la fabrique, préparera les affaires qui doivent être portées au conseil; il exécutera les décisions prises par celui-ci et sera chargé des objets *qui n'excèdent pas les bornes de l'administration des biens des mineurs* (art. 12-24).

Quant au trésorier, il intervient en nom dans les opérations avec les tiers, il donne et retire les quittances, figure en justice, accepte les dons et legs (art. 34, 35), etc., etc.

Comptabilité de la fabrique. — Cette comptabilité est relative au budget et aux comptes.

Les recettes et les dépenses du budget de la fabrique sont ainsi déterminées par le décret de 1809, art. 36 : « Les revenus de chaque fabrique se forment : 1° du produit des biens et rentes restitués aux fabriques,

(1) « Le conseil s'assemblera le dimanche de Quasimodo, le premier dimanche de juillet, d'octobre et de janvier, à l'issue de la grand'messe ou des vêpres, dans l'église, dans un lieu attenant à l'église ou dans le presbytère. — L'avertissement de chacune de ces séances sera publié le dimanche précédent, au prône de la grand'messe.

« Le conseil pourra de plus s'assembler extraordinairement sur l'autorisation de l'évêque ou du préfet. » (D. 1809, art. 10; O. de 1825, art. 2).

(2) Ces trois membres sont élus par le conseil et renouvelés à raison de un par an, à la session de Quasimodo (art. 15, 16 et 17). — Ne pourront en même temps être membres du bureau les parents ou alliés jusques et y compris le degré d'oncle et de neveu (art. 14). Ils nomment entre eux un président, un secrétaire et un trésorier (art. 19).

Source : BIU Cujas

des biens des confréries, et généralement de ceux qui auraient été affectés aux fabriques par nos divers décrets; 2° du produit des biens, rentes et fondations qu'elles ont été ou pourraient être par nous autorisées à accepter; 3° du produit des biens et rentes *célés au domaine* (1) dont nous les avons autorisées ou dont nous les autoriserions à se mettre en possession; 4° *du produit spontané des terrains servant de cimetières* (2); 5° du produit de la location des chaises; 6° de la concession des bancs placés dans l'église (3); 7° des quêtes faites pour les frais du culte; 8° de ce qui sera trouvé dans les troncs placés pour le même objet; 9° des oblations faites à la fabrique; 10° des droits que, suivant les règlements épiscopaux approuvés par nous, les fabriques perçoivent et de celui qui leur revient sur le produit des frais d'inhumation (4); 11° du supplément donné par la commune le cas échéant (5) ». — Art. 37. « Les charges de la fabrique sont : 1° de fournir aux frais nécessaires du culte, savoir : les ornements, les vases sacrés, le linge, le luminaire, le pain, le vin, l'encens, le paiement des vicaires, des sacristains, chantres, organistes, sonneurs, suisses, bedeaux et autres serviteurs de l'église, selon les convenances et les besoins des lieux; 2° de payer l'honoraire des prédicateurs de l'avent, du carême et autres solennités; 3° de pourvoir à la décoration et aux dépenses de l'embellissement intérieur de l'église; 4° de veiller à l'entretien des églises, presbytères et *cimetières* (6) ».

(1) Dissimulés lors de la confiscation des biens nationaux.

(2) Ce paragraphe a été abrogé par l'article 168, Loi 5 avril 1884.

(3) V. Crouzil, *De la location des bancs et chaises des églises*, Toulouse, 1898, thèse.

(4) Le décret du 23 prairial an XII, rétablit au profit des fabriques (de concert avec les consistoires), le monopole des inhumations qui avaient existé avant la Révolution, ses dispositions furent complétées par le décret du 18 mai 1806. Il résulte de cette législation sur les *pompes funèbres :* 1° que les fabriques ont le droit de faire par elles-mêmes ou de faire faire par entreprise aux enchères, toutes les fournitures nécessaires au service des morts, tant à l'intérieur de l'église que pour le convoi; qu'elles dressent les tarifs qui, après divers avis, sont homologués par décret (art. 7, D. 1806); que les marchés à l'entreprise s'il en est passé, ont qualité de marchés de travaux publics (art. 15, D. 1806); 2° que si les fabriques n'usent pas de leur droit, le mode de transport des corps sera réglé par l'autorité municipale et le monopole passera à la commune (art. 9, D. 1806; art. 97, § 4, L. 5 avr. 1884); 3° que dans les communes populeuses où le transport par voitures est nécessaire, les communes participent au monopole. Le monopole des pompes funèbres est une source importante de revenus pour les fabriques. Depuis que les cimetières ont été laïcisés par la loi du 15 novembre 1881, on poursuit la laïcisation des pompes funèbres qui deviendraient un monopole municipal. Pour cela, il faudra distinguer entre les cérémonies intérieures de l'église qui, en tout cas, resteront au profit de la fabrique, et les frais du convoi et de l'inhumation proprement dits; cette séparation est périlleuse : la réforme a échoué en 1884, l'art. 133, § 9 de la loi municipale faisait état des produits du tarif établi pour le service extérieur des pompes funèbres, il ne fut pas voté par le Sénat. Depuis, un projet spécial est pendant devant le Parlement. — V. Gaubert, *Traité de la législation des pompes funèbres;* Chapoulié, *La question des pompes funèbres.* Rev. gén. d'adm., 1899-I.

(5) V. *infrà*, rapports de la fabrique et de la commune.

(6) La question est controversée de savoir si, depuis la loi du 5 avril 1884, les fabri-

Source : BIU Cujas

D'après l'art. 18 du décret du 27 mars 1893, le budget des fabriques est divisé en budget ordinaire et budget extraordinaire (1).

Le budget est voté à la session de Quasimodo prévue par l'ordonnance du 12 janvier 1825 (art. 19, D. 27 mars 1893), il est réglé par l'évêque (art. 47, D. 1809). La durée des périodes complémentaires de l'exercice financier s'étend jusqu'au 1er mars pour l'ordonnancement et jusqu'au 15 mars pour le recouvrement et le paiement (art. 20, D. 27 mars 1893). Les fonds libres des fabriques sont versés en compte courant au Trésor public et productifs d'intérêts dans les mêmes conditions que les fonds des établissements de bienfaisance (art. 21, *eod.*) (2).

Les règles de la comptabilité publique sont appliquées aux fabriques par les décrets du 27 mars 1893 et du 18 juin 1898 (3).

ques sont tenues de contribuer à l'entretien des cimetières; elles y étaient tenues avant cette loi en vertu de notre art. 37, § 4 du décret de 1809; mais en compensation, elles avaient droit aux produits spontanés des lieux de sépulture (art. 36, § 4, D. 1809), elles avaient donc une sorte de droit sur les cimetières; ce droit leur a été enlevé par l'art. 133, L. 5 avr. 1884, qui attribue, désormais, aux communes les produits naturels des lieux de sépultures et par l'art. 168, *eod.* qui abroge expressément l'art. 36, § 4 du décret de 1809; d'un autre côté l'art. 136, § 13, L. 5 avril 1884, reproduisant l'art. 30, § 17, L. 18 juillet 1837, met à la charge de la commune l'entretien du cimetière; cette obligation communale, subsidiaire tant que la fabrique avait un droit sur le cimetière, est devenue principale et exclusive. C'est ainsi que l'administration elle-même a interprété la situation créée par la loi de 1884 (circ. Intér. 15 mai 1884); — Mais la cour de Cassation (ch. c.), 30 mai 1888, S. 89. 1. 57 et la cour de Bordeaux, 28 février 1900, *Ville de Périgueux*, l'ont interprétée autrement; l'art. 37, § 4, du décret de 1809, n'étant pas abrogé, doit continuer à être appliqué, et d'ailleurs la véritable contre-partie de l'obligation des fabriques de veiller à l'entretien des cimetières, serait le bénéfice qu'elles tirent du monopole des inhumations.

(1) Ce dernier comprend la recette et l'emploi des capitaux provenant des dons et legs, d'emprunts, d'aliénations et de remboursements, de coupes extraordinaires de bois et de toutes autres ressources exceptionnelles. Quant au budget ordinaire, il reste fixé conformément à l'art. 46 du décret de 1809, les articles de dépense seront classés dans l'ordre suivant : 1° les frais ordinaires de la célébration du culte; 2° les frais de réparation des ornements, meubles et ustensiles de l'église; 3° les gages des officiers et serviteurs de l'église; 4° les frais de réparations locatives; la portion des revenus qui restera après cette dépense acquittée servira au traitement des vicaires légitimement établis, et l'excédent, s'il y en a, sera affecté aux grosses réparations des édifices.

(2) Le décret du 27 mars 1893 ajoute une disposition importante au sujet des dettes exigibles des fabriques :

Art. 22 : « Les deniers des fabriques sont insaisissables et aucune opposition ne peut « être pratiquée par leurs créanciers sur les sommes dues à ces établissements, sauf « aux créanciers porteurs de titres exécutoires, à défaut de décision épiscopale de na- « ture à assurer leur paiement, à se pourvoir devant le ministre des Cultes à fin d'ins- « cription d'office. La décision du ministre des Cultes est communiquée à l'évêque qui « règle le budget en conséquence de cette décision. Si l'évêque ne règle pas le budget « dans un délai de deux mois à partir de cette communication, ou s'il ne tient pas compte « de la décision du ministre, le budget est définitivement réglé par décret en conseil « d'État. En cas d'ordonnancement, il est prononcé par le ministre des Cultes et l'arrêté « ministériel tient lieu de mandat ».

(3) En conséquence, toute fabrique aura un comptable soumis à l'inspection des finan-

Source : BIU Cujas

Rapports des fabriques et des communes. — Ces rapports ont été très gravement modifiés par la loi du 5 avril 1884(1). Aux termes des art. 92 et s., du décret du 30 décembre 1809, la commune était obligée de contribuer subsidiairement à défaut de ressources disponibles de la fabrique à toutes les dépenses de celle-ci, y compris les dépenses ordinaires du culte et les dépenses d'entretien de l'église et du presbytère; d'ailleurs pour le rédacteur du décret, la commune c'était sous une autre forme « les paroissiens » (V. art. 49, *in fine*). Mais la commune s'est de plus en plus laïcisée et ne peut plus être confondue avec les paroissiens; la loi du 5 avril 1884, art. 136, nos 11 et 12, a supprimé tout concours obligatoire de la commune pour les dépenses ordinaires du culte et pour les dépenses d'entretien, elle ne l'a laissé subsister, et encore d'une façon subsidiaire, que pour l'indemnité de logement du desservant et pour les grosses réparations à l'église (même pas pour celles du presbytère). La commune reste libre de contribuer facultativement à toutes

ces et à la juridiction des comptes. La qualité de comptable ne se confond pas avec celle de trésorier. Le trésorier peut être comptable et alors il prend le nom de trésorier-receveur ou trésorier-marguillier (art. 9, 13, etc., D. 27 mars 1893), mais il peut aussi n'être pas comptable, alors il reste trésorier et conserve toutes les anciennes attributions du trésorier. Lorsque le trésorier n'accepte pas les fonctions de comptable, la fabrique doit désigner un receveur spécial; à défaut, le préfet assure, de concert avec le trésorier-payeur général, la remise du service au percepteur des contributions directes (art. 9). Les comptables de la fabrique sont astreints à la même comptabilité que ceux des établissements de bienfaisance (art. 1 et 24). Ce qui ne les empêche point de rester soumis aux vérifications du conseil de fabrique et de l'évêque dans les termes de l'art. 13. Ils prêtent devant le conseil de fabrique le serment professionnel des comptables publics (à l'exception du percepteur) (art. 16); ils sont soumis à l'inspection des finances, leurs comptes sont jugés et apurés, par le conseil de préfecture ou par la Cour des comptes selon les distinctions applicables aux comptes des établissements de bienfaisance (art. 26). La légalité de cette attribution de juridiction pouvait paraître douteuse ayant été faite par un simple décret réglementaire alors que le décret-loi de 1809, art. 85, 87, 90, attribuait juridiction aux évêques, mais la Cour des comptes et le Conseil d'État ont jugé qu'en réalité cette attribution nouvelle de juridiction avait été virtuellement décidée par la loi du 26 janvier 1892, art. 78 (Cour des comptes, 25 janvier 1897; C. E., 26 janvier 1900, *fabrique de Quimper*). V. *Rev. d'adm. du culte catholique*, 1896 p. 113; 1897, p. 161; 1899, p. 33. — Cependant il y a des dispositions de faveur : 1° l'art. 18 du décret du 31 mai 1862, relatif à l'incompatibilité des fonctions de comptable avec l'exercice d'une profession, d'un commerce ou d'une industrie quelconque n'est pas applicable aux trésoriers-receveurs ni aux receveurs spéciaux (art. 8); 2° les trésoriers-receveurs ne sont pas astreints au versement d'un cautionnement; les receveurs spéciaux y sont astreints (art. 15); 3° l'hypothèque légale n'est inscrite sur les biens des comptables de deniers des fabriques que si cette inscription est autorisée par une décision spéciale du juge des comptes et seulement dans les cas de gestions occultes, condamnations à l'amende pour retards dans la présentation des comptes, malversations, débet avoué, ou résultant du jugement des comptes (art. 17). Des mesures de rigueur ont été prises dans les art. 7, 17, 26 et 27 remaniés par le décret du 18 juin 1898. — Cette législation est applicable aux fabriques de la Savoie (Cour des comptes, 3 novembre 1898), V. Marquès di Braga, *Comptabilité des fabriques*.

(1) V. art. de M. Aucoc, *Recueil de l'Académie des sciences morales*, novembre 1893.

Source : BIU Cujas

les dépenses de la fabrique. Dans le cas où la commune est *obligée* de concourir, son intervention devient obligatoire lorsque la fabrique n'a pas de ressources disponibles à appliquer à la dépense; il convient de savoir ce qu'on entend par là : 1° il s'agit de l'insuffisance du revenu des fabriques et non de celle de leurs capitaux, les fabriques ne sont donc tenues ni à aliéner, ni à emprunter (Circ. intér., 15 mai 1884; avis du cons. d'Ét., 2 juillet et 6 août 1884); 2° il s'agit même de l'insuffisance du revenu des fabriques, une fois payées les dépenses dont celles-ci sont seules chargées, c'est-à-dire les dépenses ordinaires du culte et celles d'entretien de l'église et du presbytère; 3° mais en revanche le déficit qui ressort du budget de la fabrique n'est opposable à la commune qu'autant que ce budget est régulièrement établi, et la demande de subvention doit être formée au moment de l'établissement du budget (C. E., 15 février 1884) (1). En cas de désaccord entre la commune et la fabrique, il est statué par un décret qui peut être déféré au conseil d'État par recours contentieux (C. E., 29 juin 1894, *Commune de Mont*).

Les fabriques ont sur les églises et sur les presbytères des droits difficiles à définir, elles n'en sont pas propriétaires car, aux termes de l'avis du conseil d'État du 2 pluviôse an XIII, ce sont les communes, mais elles sont plus qu'usufruitières, ou du moins leurs charges dépassent celles de l'usufruit et elles ont le droit d'exercer toutes les actions même pétitoires, concurremment avec la commune (Paris, 24 décembre 1857; Agen, 2 juillet 1852; Paris, 25 février 1860, etc.).

§ 4. — La police de l'exercice public du culte catholique.

La police du culte catholique est réglée par les art. 39 à 57 des organiques; elle est relative aux prières publiques, aux fêtes, à l'autorisation des oratoires particuliers, aux cérémonies extérieures du culte, à la sonnerie des cloches, et ici les art. 100 et 101, L. 5 avril 1884, sont venus se combiner avec l'art. 48 des organiques; aux prédications solennelles, au mariage religieux, aux registres relatifs à l'administration des sacrements, au repos du dimanche. Il convient d'y ajouter la disposition de l'art. 9 des organiques ainsi conçue : « Le culte catholique sera exercé « sous la direction des archevêques et évêques dans leur diocèse et « sous celle des curés dans leur paroisse ». Cette direction du culte confiée au curé vient limiter au point de vue de la police intérieure de l'église les pouvoirs de police du maire (art. 97, § 3, L. 5 avr. 1884); le maire a le droit d'intervenir dans l'église quand un trouble s'y produit, mais quant aux mesures d'ordre relatives à la célébration du culte, elles sont prises par le curé dans la plénitude de son droit (2).

(1) Pour l'examen auquel se livre le conseil municipal à qui il est demandé une subvention. V. art. 93 et s., D. 30 déc. 1809.

(2) Rapport de M. le conseiller Sallantin, Cass., 15 déc. 1888, D. P. 89. 1. 169.

Source : BIU Cujas

Les dimensions de cet ouvrage ne nous permettent pas de donner des développements sur toutes ces matières de la police du culte (1), nous insisterons seulement sur les cérémonies extérieures, à raison des nombreuses difficultés auxquelles elles ont donné lieu.

Cérémonies extérieures du culte (art. 45 des organiques et 97, L. 5 avril 1884). — Le culte catholique ne comporte pas seulement des cérémonies dans des enceintes consacrées, temples ou églises, il admet aussi des cérémonies extérieures qui s'accomplissent en plein air dans la rue; les principales sont les processions, les convois funèbres avec cérémonies religieuses, le port du viatique aux malades entouré d'un certain cérémonial, mais il peut y avoir exceptionnellement célébration de la messe en plein air, bénédiction du Saint-Sacrement, etc. Ces diverses manifestations extérieures sont consacrées par une longue tradition, de plus elles signifient que le culte doit être universel, rendu en tout temps et en tous lieux, non point renfermé dans la circonscription d'un temple; tant à cause de cette tradition que de cette signification profonde, on comprend que les cérémonies extérieures du culte soient considérées par l'Église comme essentielles, elles sont un des éléments de sa catholicité. — En principe ces cérémonies extérieures sont libres, cela résulte de la combinaison de l'art. 1er du Concordat et de l'art. 45 de la loi du 18 germinal an X (2), mais elles peuvent être interdites d'une manière locale par mesure de police (3) soit en vertu de la police spéciale du culte, à raison de l'existence dans la même ville de temples consacrés à différents cultes (art. 45, L. 18 germ. an X), soit en vertu de la police administrative ordinaire et notamment de la police munici-

(1) On les trouvera dans le *Code admin.* de Dalloz, v° *Culte*, nos 2270 et s. et dans le traité de MM. Dubief et Gottofrey.

(2) Art. 1er. Conv. 26 messidor an IX : « la religion catholique, apostolique et romaine sera librement exercée en France, son culte sera public, en se conformant aux règlements de police que le Gouvernement jugera nécessaires pour la tranquillité publique ». — Art. 45, L. 18 germinal an X « aucune cérémonie religieuse n'aura lieu hors des édifices consacrés au culte catholique dans les villes où il y a des temples destinés à différents cultes ».

(3) Une liberté de conscience véritable commanderait à l'autorité civile de tolérer ces manifestations extérieures, sous les seules réserves et précautions que demandent la liberté de la circulation dans les rues et l'ordre public, dans les cas où il est sérieusement menacé. Il n'y a point à tenir compte des susceptibilités sentimentales. La liberté de conscience ainsi que nous l'avons dit plus haut p. 132, ne doit pas être conçue d'une façon négative, comme imposant aux différentes confessions religieuses l'obligation de se dissimuler, elle doit être conçue d'une façon positive, comme leur imposant l'obligation de se tolérer réciproquement, ce qui entraîne pour chacune d'elles la faculté de se développer et de se manifester. C'est dans ces sentiments que la question des cérémonies extérieures du culte avait été envisagée lors de la rédaction des articles organiques et traditionnellement des pratiques de bienveillance s'étaient établies; elles ont fait place depuis 1880 à une politique opposée, les pouvoirs de police ont été employés dans un esprit de parti. Cela force à envisager de très près le côté juridique de la question.

Source : BIU Cujas

pale, à raison des dangers que ces manifestations peuvent présenter pour la circulation et pour la tranquillité publiques.

La matière est très complexe et elle ne saurait être clairement expliquée que si l'on distingue les trois compétences qui peuvent être mises en jeu, celle de la juridiction d'abus, celle de la juridiction civile, celle de la juridiction de l'excès de pouvoir (1).

I. *La question des manifestations extérieures du culte devant la juridiction de l'abus.* — La juridiction de l'abus est le Gouvernement statuant en assemblée générale du Conseil d'État. Le recours pour abus, dont il sera parlé plus loin, compète à toute partie intéressée contre tout acte de l'autorité civile qui porterait atteinte au libre exercice du culte (art. 7 et 8, L. 18 germ. an X). Il est en même temps la seule voie de recours ouverte pour cette espèce d'illégalité; on ne peut faire apprécier l'atteinte au libre exercice des cultes ni par le juge civil (2), ni par celui de l'excès de pouvoir (3). Un arrêté de police interdisant des manifestations extérieures du culte doit donc être attaqué comme d'abus toutes les fois qu'on allègue la violation de la liberté des cultes. Il peut l'être ou bien d'une façon principale par un recours pour abus en annulation, ou bien d'une façon incidente, à l'occasion d'une poursuite intentée devant le tribunal de simple police pour infraction à l'arrêté (4) :

1° Sur la question de savoir pour quels motifs les manifestations extérieures du culte peuvent être interdites par mesure de police sans qu'il y ait abus, la juridiction de l'abus a établi la jurisprudence suivante : *a*) Il est un motif spécial pour lequel ces manifestations peuvent être interdites, c'est l'existence, dans la ville, de temples destinés à différents cultes (art. 45, L. 18 germ. an X); il n'y a pas abus dès que la condition matérielle de l'existence d'un édifice destiné à un culte dissident est réalisée quelle que soit l'importance numérique de la communauté dissidente (5); *b*) les mêmes manifestations peuvent être interdites

(1) A consulter : *Revue catholique des institutions et du droit*, août 1897, article de Gairal; Sirey, 1898. 1. 249, note de Lacointa; Sirey, 1896. 3. 17, et la note.

(2) Cass., 11 août 1881, S. 83. 1. 388.

(3) D. C. E., 22 déc. 1876, *abbé Badaroux;* 23 mai 1879, *évêque de Fréjus;* 23 juin 1899, *maire de Mattaincourt.*

(4) D. C. E., 3 mars 1894, *abbé Iteney;* D. C. E., 17 août 1880, *commissaire de police des Ponts-de-Cé;* Laferrière, *Traité de la juridict. adm.*, 2e édit., t. II, p. 87; *Adde*, Sirey, 96. 3. 17, la note.

(5) Il y a eu sur ce point en 1882 revirement de jurisprudence; jusqu'à cette époque, par une interprétation traditionnelle de l'article 45 des organiques qui remontait à Portalis l'un des auteurs de la loi, on admettait que l'existence d'un temple consacré à un culte dissident n'entraînait l'interdiction des cérémonies extérieures du culte catholique dans la même ville que si ce temple desservait une communauté dissidente constituant une église consistoriale, c'est-à-dire comptant au moins 6.000 âmes (V. cass. 26 mai 1882, S. 83. 1. 388, rapport de M. le conseiller Larouverade) — à partir du D. sur abus 27 juillet 1882, *Taillet*, l'assemblée générale du Conseil d'État s'est prononcée pour l'interprétation consignée au texte. V. D. confirmatif, 9 mars 1894, abbé Iteney; dans

Source : BIU Cujas

par mesure de police générale, en vue d'assurer la commodité de la circulation dans les rues et la tranquillité publique; pourvu que cette interdiction soit motivée par la préoccupation du bon ordre et que cela apparaisse tant dans les considérants que dans le dispositif de l'arrêté, il n'y a pas abus(1); même si l'interdiction ne s'étend pas aux manifestations sur la voie publique autres que les religieuses et même si l'interdiction est permanente(2);

2° Sur la question de savoir quelles sont les manifestations qui peuvent être interdites à titre de cérémonies religieuses sans qu'il y ait abus, il faut faire une distinction : *a*) s'il s'agit d'une interdiction prononcée par mesure de police générale, il n'y a pas intérêt à définir la manifes-

les considérants de ces arrêts il est dit : « Considérant que dans la lettre comme dans « l'esprit de la loi, le mot temple s'entend de l'édifice ouvert publiquement au culte « et non d'une église ou agrégation de fidèles. » Cela semblerait supposer que dans l'interprétation traditionnelle on avait joué sur le mot « temple » et qu'on lui avait fait signifier assemblée de fidèles. Il n'en est rien, il suffit de lire les passages cités plus haut de la lettre de Portalis pour se rendre compte qu'il parlait bien lui aussi de l'édifice, mais qu'il ne tenait compte que de l'édifice desservant une communauté de 6.000 fidèles, V. note dans Sirey, 1896. 3. 17.

(1) Il n'y a pas abus dans l'arrêté pris par un maire pour interdire les processions sur la voie publique, alors même qu'il n'existerait pas dans la commune de temple affecté à un autre culte. En prenant cet arrêté, le maire agit dans la limite des attributions de police qui lui sont conférées par la loi ; si l'article 45 de la loi du 18 germinal an X autorise implicitement les processions publiques dans les communes où il n'existe pas de temple affecté à un autre culte, cette disposition ne fait pas obstable aux mesures que les maires croient devoir prendre pour assurer la circulation ou prévenir les désordres; le droit de police de l'administration a d'ailleurs été expressément réservé par l'art. 1er de la convention du 26 messidor an IX (D. 30 janvier 1894, *abbé Charbonneau;* D. 20 février 1896, *abbé Martin;* 20 février 1896, *abbé Laforge;* 5 mars 1896, *abbé Couffy;* 7 janvier 1897, *abbé Mœris;* D. 7 janvier 1897, *abbé Bailly;* D. 18 mars 1897, *abbé Blanchard;* 20 mai 1897, *abbé Verrière* et autres; 1er juillet 1897, *abbé Dauphin*); notes de jurisprudence du Conseil d'État, 2e édition. — *Adde,* D. 23 juillet 1898, *abbé Valeron et autres.* — V. note p. suivante.

(2) Il est deux questions qui ne semblent pas avoir été soulevées devant la juridiction d'abus mais qui pourraienn l'être : 1° un maire qui se fondant sur la police de la circulation et de la tranquillité n'interdit que les processions religieuses alors que des cortèges laïques peuvent présenter les mêmes inconvénients et les mêmes dangers, ne commet-il pas par cela même un abus? Cette partialité ne constitue-t-elle pas une atteinte à la liberté de conscience susceptible de dégénérer en oppression? N'y a-t-il pas là quelque chose d'analogue au détournement de pouvoir? Remarquons que le Conseil d'État au contentieux a décidé que la partialité évidente dans un arrêté interdisant la circulation à certaines sociétés musicales constitue un détournement de pouvoir (C. E. 1er avril 1887, *Saint-Germain-en-Laye)*; que la jurisprudence de la Cour de cassation est conforme (Cass., 19 février 1887, *Joligny*) et enfin que la juridiction d'abus a admis le principe du détournement de pouvoir dans une autre hypothèse (D. 7 août 1895, *abbé Lesage*); 2° Un maire qui se fondant sur la police de la circulation et de la tranquillité interdit les processions religieuses par arrêté *permanent* ne commet-il pas par cela même un abus? Les préoccupations relatives à la commodité de la circulation et à la tranquillité publique sont naturellement journalières, le fait qu'il a été pris un arrêté permanent n'est-il pas l'indice de l'intention de porter atteinte à la liberté de conscience?

Source : BIU Cujas

tation religieuse qui peut être interdite puisque tout cortège, toute manifestation, même laïque, pourraient aussi bien être interdits dans l'intérêt de la circulation et du bon ordre (1) ; *b*) S'il s'agit au contraire d'une interdiction fondée sur la police spéciale de l'art. 45 des organiques, il y a intérêt à définir la manifestation religieuse qui peut être interdite, car ici l'interdiction ne peut s'appliquer qu'à une *cérémonie religieuse qui aurait lieu hors des édifices consacrés au culte* (art. 45) ; la définition ne semble d'ailleurs pas encore bien arrêtée par la jurisprudence de la juridiction d'abus (2).

II. *La même question devant la juridiction civile.* — La juridiction civile est représentée ici par le tribunal de simple police saisi d'une poursuite en contravention à l'arrêté de police interdisant la manifestation extérieure du culte et par la Cour de cassation, chambre criminelle. La juridiction civile est compétente pour apprécier les conditions d'application de l'arrêté, sauf en ce qui concerne le grief d'abus. Non seulement elle ne doit pas relever d'office la circonstance de l'atteinte portée à la liberté du culte, mais elle ne doit pas statuer si elle en est saisie (3). Mais il lui appartient d'apprécier la légalité de l'arrêté à d'autres points de vue : d'examiner s'il est actuellement en vigueur (4), s'il a un caractère permanent ou un caractère temporaire (5) ; s'il a reçu

(1) C'est du moins ce qui semble résulter du D. sur abus du 23 juillet 1898, *abbés Valleron, Bernaud et autres :* « En ce qui concerne le § 2 de l'arrêté prohibant la circu- « lation ou le stationnement dans les mêmes lieux d'un ou de plusieurs groupes d'indi- « vidus qui donnent à leur manifestation un caractère religieux soit par leurs chants, « soit par les emblèmes dont ils sont porteurs, soit par tout autre moyen. Considérant « qu'il résulte tant des termes mêmes de l'arrêté que des considérants qui le précèdent « qu'il a uniquement pour but d'interdire toute manifestation de nature à gêner la circu- « lation ou à provoquer des désordres, et qu'il ne saurait, par suite, avoir pour effet de « porter atteinte à l'exercice du culte ou à la liberté de conscience. » Mais alors, par une conséquence que nous relèverons plus loin, si un arrêté ainsi formulé ne peut plus contenir d'abus, par là même il tombe sous la compétence du juge de l'excès de pouvoir.

(2) L'art. 45 des organiques dit *cérémonie religieuse*, ce qui semble indiquer une cérémonie proprement dite prévue au rituel et constituant par elle-même un acte de culte. Les arrêtés municipaux emploient volontiers l'expression *manifestation du culte* dont le sens est infiniment plus élastique. La seule limite que la juridiction d'abus ait clairement établie est que l'exhibition sur la voie publique d'emblèmes religieux ne constitue pas une manifestation qui puisse être interdite sans abus (D. 22 févr. 1894, *abbé Iteney*) ; mais en revanche peuvent être interdites les processions : (V. note 1, page précédente), la participation du clergé aux convois funèbres (avis C. E. 26 avr. 1894 combiné avec lettre du curé de Saint-Denis, *Rec. des arrêts* 1894, p. 753) ; et même toute manifestation du culte sur la voie publique à l'occasion de l'administration des secours religieux aux malades, ce qui vise le port du viatique (D. 6 août 1897, *abbé Liénard*), mais il ne faut pas oublier que toutes les fois que l'arrêté municipal interdit ainsi la manifestation du culte, il appartient à l'autorité judiciaire d'interpréter les faits de la contravention et de décider s'ils constituent ou non une manifestation du culte (V. *infrà*, page suivante).

(3) Cass., 11 août 1881, S. 83. 1. 388.

(4) D. sur abus, 18 mars 1897, *abbé Bailly ;* 20 mai 1897, *abbés Verrière et autres.*

(5) D. 30 janvier 1896, *abbé Charbonneau.*

Source : BIU Cujas

la publicité prescrite par la loi (1), s'il est ou non sanctionné par l'amende (2); de l'interpréter au point de vue des manifestations auxquelles il s'applique (3) :

1° Sur la question de savoir pour quels motifs les manifestations extérieures du culte peuvent être interdites par mesure de police, la juridiction civile fournit les solutions suivantes : *a*) Elle admet, comme la juridiction d'abus, que l'art. 45 des organiques autorise l'interdiction dans toutes villes où il existe des temples affectés à différents cultes (4); mais en revanche elle déclare que l'arrêté qui n'est motivé que par l'art. 45 est dénué de toute sanction pénale (5); *b*) Elle admet, comme la juridiction d'abus, que l'interdiction peut être fondée sur la police générale de la tranquillité et de la sécurité et alors l'arrêté ainsi motivé est muni de sanction pénale (6);

2° Sur la question de savoir quelles sont les manifestations extérieures du culte interdites, la jurisprudence civile ne peut que poser des règles d'interprétation des arrêtés; si par exemple l'arrêté interdit les processions, elle a à se demander ce qu'est une procession, s'il interdit la manifestation du culte, elle a à se demander ce qu'est une manifestation du culte (7); mais elle n'a pas, comme la juridiction d'abus, à se demander quelles sont les manifestations du culte que l'autorité civile a le droit d'interdire sans commettre d'abus.

III. *La même question devant la juridiction de l'excès de pouvoir.* — Il y aurait certainement avantage à pouvoir porter les réclamations contre les arrêtés de police interdisant les manifestations extérieures du culte devant le Conseil d'État statuant au contentieux. Là où il y a lieu à recours pour abus on ne peut sans doute pas user du recours pour

(1) D. 1er juillet 1897, *abbé Dauphin.*

(2) Cass., 6 mai 1899, *curé de Versailles.*

(3) D. 7 janvier 1897, *Sieurs de Finance et autres.*

(4) Cass., 6 mai 1899, *curé de Versailles.*

(5) *eod.* « Attendu que dans l'état actuel de la législation, la contravention à l'art. 45 de la loi de germinal an X n'est réprimée par aucune disposition pénale. »

(6) *eod.*

(7) Ainsi, étant donné un arrêté qui interdisait les processions, il a été décidé que le fait de porter le viatique à un malade avec un petit dais à supports mobiles ne constitue pas une procession, encore que quelques personnes se soient groupées derrière, s'il n'y a eu ni itinéraire réglé à l'avance, ni croix, ni bannière et oriflamme (Cass., 26 févr. 1887, S. 88. 1. 141); il a été décidé aussi que ni « les sorties du clergé en habits sacerdotaux pour aller chercher les morts à leur domicile et les conduire à l'église et au cimetière, ni les sorties pour aller chercher et conduire à l'église célébrer ses prémices un prêtre nouvellement ordonné, ne constituaient des processions dans le sens du rituel » (Trib. simple police de Roubaix, 27 janv. 1898, *Rev. adm. du culte cathol.*, 98, p. 142. Cfr. *eod.*, 96, p. 289; 97, p. 133). — Étant donné un arrêté qui interdisait toute manifestation religieuse. V. Décisions trib. simple police de Pont-sur-Yonne, 26 févr. 1898, *Rev. adm. culte catol.*, 98, p. 143 et Cass., 1er décembre 1899, *évêque de Blois.*

Source : BIU Cujas

excès de pouvoir (1) ; mais il est peut-être des cas où il n'y a pas lieu au recours pour abus et où par suite on pourrait intenter le recours pour excès de pouvoir. Un premier cas est celui où un arrêté de police aurait interdit toutes manifestations dans la rue, les laïques aussi bien que les religieuses, car il est certain que là on ne pourrait invoquer l'atteinte portée à la liberté du culte, il n'y aurait qu'atteinte portée à la liberté de la circulation (2). On peut aussi se demander si la jurisprudence qui déclare qu'il n'y pas abus dans l'arrêté interdisant une manifestation religieuse composée de laïques et non accompagnée de cérémonie, sous le prétexte que cet arrêté n'est motivé que sur la police de la circulation, ne doit pas entraîner comme contre-partie la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (3). En d'autres termes, n'y aurait-il pas à distinguer désormais « la cérémonie du culte », qui continuerait à relever du recours pour abus, et la « manifestation de l'opinion religieuse par cortège processionnel » qui ne relèverait que de la police de la rue et par conséquent de l'excès de pouvoir comme toute autre manifestation en cortège (4).

Port du costume ecclésiastique. — En l'année 1900, divers maires ont pris des arrêtés pour interdire le port de la soutane à tous ecclésiastiques non attachés au clergé de la paroisse ; ils se fondaient sur l'article 43 des organiques et sur l'arrêté consulaire du 17 nivôse an XII. La Cour de cassation saisie de la question a déclaré que ces arrêtés municipaux étaient dépourvus de sanction. Cass., 23 mai 1901, *commissaire de police de Saint-Etienne* (Cfr. *Revue générale du droit* de 1902, art. Crouzil).

§ 5. — Le recours pour abus.

I. *La séparation des pouvoirs entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique.* — Il y a entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique une évidente séparation, mais elle doit être étudiée d'après la situation concordataire et sur le terrain des faits, il n'y a point de formule *a priori;* spécialement la distinction du temporel et du spirituel, qui n'a jamais eu de véritable valeur, est devenue totalement inutile depuis que le pou-

(1) V. les décisions, p. 166, note 3.

(2) Nous examinerons plus tard la question de la légalité des arrêtés interdisant la circulation en cortège *infrà, Police.*

(3) Cette jurisprudence est celle du décret sur abus, 23 juillet 1898, *abbés Valleron, Bernaud et autres*, V. p. 168, note 1.

(4) Il est logique que la procession religieuse traquée sous le seul prétexte de l'entrave à la circulation, adoptant des formes de moins en moins rituelles, se place pour sa défense sur le terrain même de la liberté de la circulation. La question se posera de savoir si elle peut, sans détournement de pouvoir, être interdite à titre de cortège par règlement permanent. V. *infrà, Police.* Elle s'est en effet posée, V. C. E. 15 mars 1901, *Lecointre et Renouard.* Le Conseil d'État n'a pas annulé l'arrêté du maire, mais il s'est déclaré compétent.

Source : BIU Cujas

voir temporel s'est emparé par la laïcisation, de matières que l'Église considère comme spirituelles.

Il n'y a intérêt à envisager la séparation des pouvoirs des deux autorités que sur les points où elles sont en contact et où ce contact peut engendrer des conflits, ce n'est donc actuellement qu'à l'occasion de l'exercice public du culte, car l'autorité ecclésiastique n'est reconnue qu'en cette matière.

Même au sujet du culte public, il convient de distinguer ce qui est administration du culte et ce qui est exercice public du culte. Le recours pour abus dont il va être parlé, n'est relatif qu'aux conflits qui peuvent s'élever à propos de l'exercice, ou si l'on veut, de la police du culte (1).

II. *Le recours pour abus* (2). — En vue des conflits relatifs à l'exercice public du culte, les articles organiques (art. 6 à 8), ont réorganisé l'ancienne institution du recours pour abus; une juridiction est chargée de prononcer, et cette organisation présente une grande parenté avec celle du tribunal des conflits qui prononce sur les conflits entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative. Toutefois, l'organisation en est beaucoup moins équitable; dans la composition du tribunal des conflits entrent pour parts égales des représentants de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative, au contraire la juridiction chargée de statuer sur le recours pour abus est purement gouvernementale, elle ne comprend point de représentants de l'autorité ecclésiastique; c'est l'assemblée générale du Conseil d'État. Il conviendrait d'organiser un « tribunal d'abus » où les clercs seraient représentés en même temps que les laïques; on ne ferait d'ailleurs que revenir à la tradition, car dans les parlements, anciens juges de l'abus, du moins dans le Parlement de Paris, il y avait des conseillers ecclésiastiques (3).

(1) Pour l'administration du culte, ou autrement dit pour le temporel du culte, les conflits sont réglés administrativement par des décisions exécutoires des ministres ou du chef de l'État. C'est ainsi qu'en cas de désaccord entre la fabrique et la commune sur la question de savoir si celle-ci est obligée de concourir à une dépense du culte, il est statué par décret (art. 136, § 12, L. 5 avr. 1884). C'est ainsi encore qu'en cas de refus de l'évêque de régler le budget de la fabrique de manière à donner satisfaction à un créancier de celle-ci, le budget est réglé par décret en Conseil d'État et que si l'évêque refuse l'ordonnancement des sommes au profit du créancier, il est prononcé par le ministre des Cultes et l'arrêté ministériel tient lieu de mandat (art. 22, D. 27 mars 1893). Dans tous ces cas et autres analogues où l'évêque entre en conflit avec le Gouvernement pour l'administration du culte, il est remarquable que les décisions de l'évêque ne sont point annulées ni réformées parce qu'il n'est pas une autorité subordonnée, mais que le Gouvernement prend des décisions qui s'exécutent malgré le silence ou même malgré la décision de l'évêque (V. encore art. 97, D. 30 déc. 1809); mais V. *décision Gazeau*, C. E. 11 février 1898, où se manifeste la tendance à considérer l'évêque comme le subordonné du ministre pour l'administration du culte.

(2) *Bibliographie.* Fevret, *De l'abus.* — Dubief et Gottofrey, *Traité de l'administration des cultes*, nos 436 et s. — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., t. II, p. 82 et s. — Dalloz, *Code administratif*, v° *Culte.*

(3) « Telles appellations se jugent non par personnes pur layes seulement, mais par

Source : BIU Cujas

a) *Définition, nature et effets du recours.* — Le recours pour abus est porté devant le chef de l'État statuant en son Conseil d'État contre les actes de l'une ou de l'autre des autorités ecclésiastique ou civile, portant atteinte au droit public ecclésiastique. Ainsi le recours est réciproque, il protège aussi bien l'autorité ecclésiastique que l'autorité civile.

Ce n'est pas un recours contentieux proprement dit, mais un recours d'ordre gouvernemental, aussi : 1° il n'est pas porté devant la section du contentieux du Conseil d'État, mais devant l'assemblée générale; 2° il n'est pas astreint au ministère obligatoire des avocats au Conseil; 3° il n'est astreint à aucun délai (D. C. E. 24 mars 1897, *abbé Bailly*)(1).

C'est un recours contre l'acte, non point contre la personne. Il peut n'entraîner qu'une censure purement doctrinale de l'acte, comme aussi il peut en prononcer la suppression ou l'annulation. La suppression est elle-même une mesure assez platonique lorsqu'il s'agit d'un acte sans caractère juridique tel qu'un mandement d'évêque. Pour ce qui est des actes ayant un caractère juridique, s'il s'agit de l'acte d'une autorité civile entaché d'abus, le pouvoir d'annulation ne fait aucune difficulté puisque le Gouvernement est naturellement compétent pour annuler les actes des autorités qui sont dans la hiérarchie administrative (2); s'il s'agit au contraire d'un acte émané de l'autorité religieuse, la question est plus délicate, car les autorités ecclésiastiques ne font pas partie de la hiérarchie administrative; il faut faire une distinction, les

la grande chambre du parlement qui est le lict et le siège de justice du royaume composée de nombre égal de personnes tant ecclésiastiques que non ecclésiastiques » (Pithou, *Libertés de l'église gallicane*, art. 81). L'origine de l'appel comme d'abus remonte au XIVe siècle; il servit d'abord à la royauté à restreindre la compétence des juridictions ecclésiastiques; à partir du XVIe siècle, il fut étendu non plus seulement aux décisions des juridictions ecclésiastiques, mais aux actes des autorités; il était porté devant les parlements. Actuellement, comme il n'y a plus de juridictions ecclésiastiques, il ne sert plus que contre les actes des autorités, et il mérite d'être nommé, non plus appel comme d'abus, mais recours pour abus.

(1) Et cependant le recours pour abus présente à certains égards les caractères d'un véritable recours juridictionnel; ainsi, du moment qu'il est ouvert contre les actes de l'autorité civile entachés d'abus, il exclut le recours pour excès de pouvoir contres les mêmes actes, par exemple contre les arrêtés des maires interdisant les processions. V. les décisions citées à la p. 166, note 3; il joue donc le rôle de recours parallèle (V. recours pour excès de pouvoir, fin de non recevoir tirée du recours parallèle); le décret sur abus, a, lui aussi, la nature d'une décision juridictionnelle, car on n'admettrait pas qu'il fût à son tour frappé d'un recours contentieux comme un simple acte d'administration. M. Laferrière explique, il est vrai, cette situation en disant que le décret sur abus est un acte de Gouvernement (*Juridict. administrat.*, 2e édit., t. II, p. 84), mais c'est une affirmation qu'il ne reproduit pas au siège de la matière des actes de Gouvernement, *op. cit.*, t. II, p. 34, et, en effet, il y a une raison bien meilleure, c'est que si le recours pour abus n'est pas un recours contentieux proprement dit, il appartient cependant à la justice retenue du chef de l'Etat (V. *infrà*, v° *Contentieux, Justice retenue*).

(2) D. sur abus du 2 mai 1894, *abbé Iteney*, annulant une disposition d'un arrêté du maire de Saint-Denis.

Source : BIU Cujas

actes purement spirituels ne sont pas annulés, mais les actes d'administration ecclésiastique, par exemple, les actes par lesquels l'évêque chercherait à tourner la règle de l'inamovibilité des curés de canton, peuvent être annulés (1).

b) *Des divers cas d'abus.* — I. *De la part des autorités ecclésiastiques,* les cas d'abus sont au nombre de cinq : « 1° l'usurpation ou l'excès de « pouvoir; 2° la contravention aux lois et règlements de la République; « 3° l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France; « 4° l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane; « 5° *et toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut « compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur cons- « cience, dégénérer contre eux en oppression ou en injure ou en scandale « public* » (art. 6, L. 18 germ. an X). Pratiquement, les cinq cas se réduisent à deux : l'empiètement sur le domaine de l'autorité civile, l'entreprise contre les citoyens.

II. *De la part des autorités civiles.* — « Il y aura pareillement recours « au Conseil d'État, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte et à « la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres » (art. 7) (V. p. 166, l'abus civil dans l'interdiction des cérémonies du culte).

c) *De l'exercice du recours.* — Quand il s'agit de l'empiètement sur le domaine de l'autorité civile, en fait le recours est formé par le ministre des cultes; quand il s'agit d'entreprises contre les citoyens « Le recours « compétera à toute personne intéressée, à défaut de plainte particulière, « il sera exercé d'office par les préfets » (art. 8, § 1er). La même disposition est applicable lorsqu'il s'agit du recours exercé contre un acte abusif d'une autorité civile (2).

d) *Du cas où l'acte qui provoque le recours pour abus constitue en même temps une infraction à la loi pénale.* — La question, dans cette hypothèse, est de savoir si la déclaration d'abus n'est pas le préliminaire indispensable de la poursuite de l'ecclésiastique.

Lorsque l'infraction n'a pas été commise dans l'exercice des fonctions sacerdotales, on s'accorde généralement à reconnaître que les tribunaux ordinaires peuvent être saisis directement. La question est plus délicate lorsque l'infraction est commise dans l'exercice des fonctions sacerdotales, par exemple dans le cas d'expressions injurieuses employées en

(1) D. sur abus du 6 avr. 1857, *évêque de Moulins.* — Cf. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 88, 89.

(2) Que faut-il entendre par l'expression de l'art. 8, § 1er « toute personne intéressée » ? Faut-il en conclure que tous les habitants d'une paroisse, ou même d'un diocèse, pourront intenter le recours, par exemple, simplement en qualité de fidèles ? — M. Laferrière ne le pense pas (*op. cit.*, t. II, p. 110); mais il n'examine la question que pour l'abus ecclésiastique. Dans le cas d'abus civil il semble bien que la qualité de fidèle confère un intérêt suffisant pour intenter le recours (Cfr. D. 27 juill. 1882, *Taillet*), dans tous les cas le desservant a qualité (D. 29 mai 1894, *Saint-Thomas de Conac*).

Source : BIU Cujas

chaire, mais actuellement la jurisprudence décide que le préalable de la déclaration d'abus n'est pas nécessaire, soit que la poursuite soit intentée à la requête du ministère public, soit même qu'elle ait lieu à la requête de la partie privée (1).

e) *Des questions préjudicielles d'abus.* — La question du caractère abusif d'un acte peut être soulevée incidemment dans un litige déjà organisé, aussi bien qu'elle peut être l'objet d'un recours direct, et l'examen de l'abus est de la compétence exclusive du Gouvernement statuant en Conseil d'État, aussi bien dans un cas que dans l'autre (2). Ainsi un ecclésiastique poursuivi pour infraction à un arrêté de police interdisant les processions, par exemple, prétend pour sa défense que l'arrêté est entaché d'abus civil, le tribunal de simple police surseoit et renvoie au conseil d'État l'examen de la question préjudicielle d'abus (3).

Section III. — Les cultes protestants (4).

Les cultes protestants sont organisés d'après le système presbytérien synodal, c'est-à-dire que l'autorité ecclésiastique réside, non pas dans la

(1) Avant le décret du 19 septembre 1870, il existait, nous le verrons, *une garantie des fonctionnaires* résultant de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, et qui consistait en ce qu'ils ne pouvaient pas être poursuivis pour actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, sans l'autorisation du Conseil d'État. Les ecclésiastiques n'étaient point considérés comme fonctionnaires et par conséquent n'étaient pas protégés par l'art. 75, mais ils avaient une protection analogue, car on exigeait la déclaration d'abus préalable.

Depuis le décret du 19 septembre 1870, la garantie des fonctionnaires a disparu, et il a paru conforme à l'esprit général de la législation en ces matières de supprimer aussi le préalable de la déclaration comme d'abus. C'est ce que fait le Conseil d'État depuis une décision du 17 mars 1881, *Bertheley;* mais la Cour de cassation, fidèle à une distinction qu'elle avait posée dans un arrêt du 10 août 1861, *Lhémeaux,* entre l'action exercée par le ministère public et celle exercée par la partie privée, continuait d'exiger la déclaration d'abus préalable toutes les fois que l'action était intentée par la partie privée. Le Conseil d'État s'était plié de bonne grâce à cette jurisprudence par un détour, en considérant les déclarations d'abus qu'on lui demandait par jugement de sursis, non pas comme une autorisation de poursuites, mais comme une question préjudicielle sur l'interprétation de l'acte (D. sur abus, 7 juill. 1886, *Gros;* 20 janv. 1887, *Meulin*). Finalement la Cour de cassation elle-même a renoncé à la distinction qu'elle faisait depuis 1861, par deux arrêts (2 juin 1888, *abbé Cuilhé;* 3 août 1888, *Chantereau*), elle a admis que, même sur la poursuite de la partie privée, il pouvait être procédé au jugement sans l'avis préalable du Conseil d'État. — V. l'examen détaillé de ces revirements de jurisprudence dans Laferière, *op. cit.*, t. II, p. 96 et s.

(2) C'est en se plaçant à ce point de vue que, de 1881 à 1888, les tribunaux correctionnels, saisis de poursuites contre des ecclésiastiques pour actes attentatoires aux droits des particuliers commis dans l'exercice de leurs fonctions, ont pu renvoyer l'interprétation de l'acte au Gouvernement en Conseil d'État pour question préjudicielle d'abus. Cette source des questions préjudicielles d'abus paraît devoir être tarie par la jurisprudence inaugurée par la Cour de cassation en 1888.

(3) Cass., ch. criminelle, 5 déc. 1878, deux arrêts; D. sur abus, 17 août 1880, *Pineau;* 4 août 1886, *Lehu;* 20 janv. 1887, *Préfet du Var.*

(4) *Bibliographie.* Outre les traités généraux sur l'administration des cultes comme

Source : BIU Cujas

hiérarchie d'un clergé comme dans le culte catholique, mais dans les assemblées de fidèles et dans les conseils qui les représentent, conseils presbytéraux ou synodes. Ce principe premier est commun aux deux cultes protestants reconnus en France, le culte réformé ou calviniste, et le culte luthérien ou de la confession d'Augsbourg; mais il subsiste une différence entre les deux, l'église réformée est essentiellement décentralisée, les paroisses locales et les consistoires sont très autonomes, au contraire l'église luthérienne est fortement centralisée.

Les cultes protestants sont beaucoup plus dans l'État que le culte catholique; bien qu'ils aient des ramifications internationales, ils ne s'en prévalent pas officiellement; ils ne sont pas assez centralisés, même la confession d'Augsbourg, pour avoir un gouvernement qui traite avec l'État de puissance à puissance; la situation des cultes protestants ne présente donc pas l'aspect concordataire que présente celle du culte catholique, elle est exclusivement légale (1), cependant à diverses reprises, avant de promulguer les textes organiques, le Gouvernement a réuni des assemblées de religionnaires et s'est inspiré de leurs avis; de plus, il y a des organes (Conseil central de l'église réformée, commission exécutive du synode général de l'église luthérienne) dont la fonction est de *communiquer* avec le gouvernement (art. 25, L. 1er août 1879).

I. *Culte réformé ou calviniste.* — Cette confession est la plus répandue en France. Son organisation résulte de la loi du 18 germinal an X, des décrets du 26 mars 1852 et du 12 avril 1880. Les rouages essentiels sont les pasteurs, les paroisses avec leurs conseils presbytéraux, les consistoires et les synodes particuliers.

Les pasteurs sont nommés par le consistoire à la pluralité des voix sur une liste de trois candidats présentés par le conseil presbytéral, cette nomination doit être confirmée par décret. Les pasteurs sont rémunérés par l'État.

La paroisse est une circonscription contenant un certain nombre de protestants, à laquelle sont attachés un ou plusieurs pasteurs et un conseil presbytéral composé des pasteurs, plus quatre membres laïques au moins et sept au plus; les membres laïques sont élus par les électeurs inscrits sur le registre paroissial (D. 12 avril 1880) (2). Le conseil

Dubief et Gottofrey, V. Hepp, *Les cultes non catholiques en France;* Armand Lods, *Du droit électoral dans les églises protestantes.*

(1) V. ce qui a été dit à cet égard, p. 141, note 2.

(2) Sur les élections et sur le registre paroissial, sur les querelles qui se sont élevées entre orthodoxes et libéraux au sujet des conditions religieuses nécessaires pour l'inscription au registre paroissial, V. Dubief et Gottofrey, *op. cit.*, nos 2242 et s.; après avoir incliné à exiger pour la détermination de la qualité d'électeur l'adhésion au symbole, c'est-à-dire des conditions religieuses internes (conformément à la déclaration de foi du synode de 1872), l'administration est revenue en 1880 aux conditions religieuses externes de 1852, participation à la Sainte-Cène, etc.

Source : BIU Cujas

presbytéral constitue un établissement public analogue à la fabrique, qui a la même mission générale, administrer les biens de l'église, et qui est soumis à la même comptabilité par le décret du 27 mars 1893.

Le consistoire est une réunion de paroisses, le conseil presbytéral de la paroisse chef-lieu forme le noyau de l'assemblée consistoriale qui se complète par l'adjonction de tous les pasteurs des paroisses de la circonscription, d'un délégué laïque de chaque conseil presbytéral autre que celui du chef-lieu, enfin de *membres doublants*, directement élus dans les paroisses en nombre égal aux membres du conseil presbytéral du chef-lieu. « Le consistoire veille au maintien de la discipline; il contrôle l'administration des conseils presbytéraux, dont il règle le budget et arrête les comptes; il nomme les receveurs des communautés de son ressort; il délibère sur l'acceptation des donations et des legs faits au consistoire et confiés à son administration; il donne son avis sur les délibérations des conseils presbytéraux qui ont pour objet les donations ou legs faits aux communautés de la circonscription » (art. 14, D. 26 mars 1852). Le consistoire est un établissement public soumis à la comptabilité du D. 24 mars 1893.

Cinq églises consistoriales forment l'arrondissement d'un synode, le synode est l'assemblée composée d'un pasteur et d'un ancien ou notable de chaque église consistoriale.

L'organisation de la religion réformée comporte encore un conseil central créé par le décret du 26 mars 1852, et réorganisé par celui du 9 juillet 1879, destiné à représenter les églises auprès du gouvernement, et un synode général compétent dans les matières de discipline et de foi, institution traditionnelle sur laquelle les textes organiques sont muets, mais qui cependant est considérée comme existante; un synode de ce genre a été réuni à Paris, le 6 juin 1872, et a rédigé une déclaration de foi dont un décret en conseil d'État du 28 février 1874 a autorisé la publication, mais ce synode a provoqué les plus vives discussions. Ces organes de centralisation ne sont pas bien vus dans le culte réformé, les seules institutions vivaces sont les conseils presbytéraux et les consistoires.

II. *Culte luthérien ou confession d'Augsbourg.* — Cette confession est aujourd'hui très peu répandue en France, il y en avait des communautés en Alsace; il n'en subsiste plus qu'à Paris et dans le Doubs. Elle est régie par la loi du 18 germinal an X, le décret du 26 mars 1852, la L. du 1er août 1879, le décret du 12 mars 1880.

Outre les pasteurs, les paroisses avec leurs conseil presbytéraux et les consistoires, dont l'organisation est calquée sur les institutions similaires du culte réformé, la confession d'Augsbourg, infiniment plus centralisée que l'autre, possède : 1° des synodes particuliers plus fortement organisés que ceux des églises réformées, qui se composent de tous les

Source : BIU Cujas

membres des consistoires du ressort, qui dans l'intervalle des sessions sont représentés par une commission synodale, qui sont des établissements publics et qui possèdent à côté d'eux des inspecteurs ecclésiastiques, sortes de chorévêques chargés de la consécration et de l'installation des pasteurs, de leur surveillance, de visites périodiques dans les églises; 2° un synode général, autorité supérieure de l'Église, composé de pasteurs et d'un nombre de laïques double, élus par les synodes particuliers; il se réunit tous les trois ans alternativement à Paris et à Montbéliard; il nomme une Commission exécutive qui communique avec le Gouvernement; 3° enfin, exceptionnellement, un synode constituant peut être convoqué, il sera composé d'un nombre double de celui des membres du synode général.

III. *La police des cultes protestants.* — Cette police, réglée par la loi du 18 germinal an X, est la même, en principe, que celle du culte catholique, l'institution de l'appel comme d'abus existe (art. 6 des org. protestants); à remarquer parmi les cas d'abus, les dissensions qui peuvent s'élever entre ministres du culte protestant.

Section IV. — Le culte israélite.

Le décret du 27 septembre 1791 conféra à tous les juifs la qualité de citoyens français; cependant le culte israélite ne fut pas organisé en l'an X en même temps que le culte catholique et le culte protestant, il fallait d'abord dégager la religion juive d'un certain nombre de pratiques qui touchaient au statut personnel, au mariage, à la répudiation, à la polygamie, aux professions utiles, au prêt à intérêt. Une assemblée générale des juifs fut convoquée à Paris par le décret du 20 mai 1806 et eut lieu au mois de juillet suivant; en même temps le grand Sanhédrin se constituait le 3 février 1807; les délibérations et décisions de ces deux assemblées servirent de base aux trois décrets du 17 mars 1808 dont l'un sur la répression de l'usure n'était valable que pour dix ans et ne fut jamais renouvelé, dont les autres organisaient le culte, mais sans le rétribuer par l'État; la loi du 8 février 1831 accorda un traitement aux rabbins et l'ordonnance du 25 mai 1844 refondit entièrement la législation.

Cette ordonnance du 25 mai 1844 est encore le texte fondamental, complétée ou modifiée par les décrets des 15 juin 1850, 9 juillet 1853, 29 août 1862, 5 février 1867 et 12 septembre 1872. Le culte israélite fut introduit en Algérie par l'ordonnance du 9 novembre 1845 et le décret du 24 octobre 1870 prit la grave mesure de déclarer citoyens français les israélites indigènes (V. *infrà*, Dr. de suffr.).

I. *Organisation.* — L'organisation du culte israélite ressemble à première vue à celle des cultes protestants, en ce qu'elle est comme celle-ci presbytérienne-synodale, la haute main semble appartenir à des con-

Source : BIU Cujas

sistoires élus par les fidèles; cependant il y a cette différence que le clergé est hiérarchisé. Tandis que dans les cultes protestants les pasteurs sont tous égaux (sauf l'inspection ecclésiastique de la confession d'Augsbourg), le culte israélite suppose un grand rabbin du consistoire central auquel sont subordonnés tous les autres rabbins et dont en réalité les consistoires subissent l'influence, qui, par conséquent, est une sorte de grand prêtre ou de pape (1).

Voici d'ailleurs l'organisation des ministres du culte, elle comporte : 1° un grand rabbin du consistoire central, nommé par celui-ci conformément à l'art. 1er du décret du 12 septembre 1872, avec approbation du Gouvernement; 2° des rabbins des consistoires départementaux nommés par le consistoire central sur une liste de trois candidats présentée par le consistoire départemental auquel s'adjoint une commission élue, leur nomination est soumise à l'approbation du chef de l'État; 3° des rabbins communaux nommés par le consistoire départemental avec adjonction d'une commission élue, leur nomination est soumise à l'approbation du ministre des Cultes; 4° des sous-rabbins, des ministres officiants qui sont des espèces de chantres, le *Mohel* qui est chargé de circoncire les enfants mâles; le *Schohet* qui a pour mission de tuer les animaux selon les rites, de façon que la viande soit *Kasher*.

Parallèlement à l'organisation des ministres du culte se place celle des consistoires. Il y a à Paris un consistoire central composé du grand rabbin et d'autant de membres laïques qu'il y a de consistoires départementaux, élus par les électeurs des circonscriptions consistoriales; ces électeurs sont déterminés par l'art. 5 du décret du 29 août 1862; le texte énumère beaucoup de catégories, mais on peut dire finalement qu'il y a suffrage universel de tous les israélites âgés de vingt-cinq ans accomplis, attachés à titre de souscripteurs annuels aux établissements placés sous l'autorité du consistoire (art. 5, n° 1).

Il y a neuf consistoires départementaux : à Paris, Bayonne, Besançon, Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Vesoul, plus trois en Algérie, à Alger, Oran et Constantine ; ils sont établis dans chaque département renfermant 2.000 religionnaires et rayonnent, s'il le faut, sur les départements voisins; chaque consistoire est composé d'un rabbin et de quatre membres laïques élus comme les membres du consistoire central.

Enfin, il existe des espèces de paroisses ayant à leur tête des rabbins communaux et dont la commission administrative est nommée par le

(1) En cas de dissentiment entre le consistoire central et le grand rabbin, on consulte le rabbin du consistoire de Paris, s'il est du même avis que le grand rabbin, cela suffit pour faire dominer l'opinion du grand rabbin sur l'opinion contraire du consistoire central. Si le rabbin de Paris consulté ne partage pas l'opinion du grand rabbin central, on appelle, pour décider, le plus ancien en nomination des rabbins consistoriaux des départements et son opinion tranche définitivement la question (art. 38, O. 1844). — Dubief et Gottofrey, n° 2359.

Source : BIU Cujas

consistoire départemental. Les synagogues sont les temples existant dans chaque circonscription.

Le consistoire et la communauté communale constituent des établissements publics analogues aux fabriques et soumis à la comptabilité publique par le décret du 27 mars 1893.

II. *Police du culte israélite.* — La police du culte est réglée par les art. 53-59 de l'ordonnance du 25 mai 1844; le recours pour abus est prévu par l'art. 55.

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DÉFINITIONS DE LA FONCTION ADMINISTRATIVE ET DU DROIT ADMINISTRATIF

N° 1. — *La fonction administrative.*

Quelque définition du droit administratif que l'on adopte (nous verrons que selon les points de vue on peut choisir entre plusieurs), il est un élément de cette définition qui doit être déterminé d'abord, c'est la fonction administrative de l'État, car le droit administratif sera certainement relatif à l'accomplissement de cette fonction.

La fonction administrative. — Il n'est pas dans les habitudes de la doctrine française de poser en soi le problème de la fonction administrative de l'État, la plupart de nos auteurs définissent l'administration publique, non point par la fonction qu'elle a à remplir, mais par l'organe dont elle constitue l'activité et qui est l'organe exécutif : l'administration, pour eux, c'est « l'œuvre du Pouvoir exécutif » (1).

La définition n'est point fausse, elle est seulement incomplète, car elle ne fournit aucun élément de décision lorsque se pose la question de savoir si l'organisation de tel ou tel service public, si l'intervention dans tels ou tels rapports sociaux, est de la compétence du Pouvoir

(1) Les jurisconsultes étrangers constatent le fait avec un certain étonnement et trouvent que nous nous laissons bien longtemps hypnotiser par le principe de la séparation des pouvoirs : « Dans la tradition que l'on peut appeler classique du droit administratif « français (celle de F. Laferrière, Foucart, Batbie, Ducrocq, etc.)... sous l'influence de « la formation constitutionnelle du pouvoir exécutif, l'administration qui s'y rattachait « était considérée comme une branche dépendant de ce pouvoir... » (A. Posada, *La fonction administrative de l'État*, *Rev. du droit public*, 1896, I. 290). Sur la définition de la fonction administrative, V. la bibliographie abondante qu'il cite.

Source : BIU Cujas

exécutif. A ces questions de compétence qui se multiplient aujourd'hui, il ne peut être donné de réponse qu'au nom d'une certaine conception de la fonction administrative et de son but (1). Fidèles à notre méthode dualiste, nous nous efforcerons de définir d'abord la fonction administrative telle qu'elle nous apparaît en elle-même caractérisée par son but, nous verrons ensuite qu'il n'est point inutile d'observer que cette fonction administrative est principalement, sinon exclusivement, l'œuvre d'un pouvoir spécial de l'État, le pouvoir exécutif.

A. *La fonction administrative caractérisée par son but.* — On n'a pas oublié la distinction fondamentale que nous avons proposée dans notre théorie de l'État entre deux aspects de celui-ci : l'État, avons-nous dit, n'est pas seulement un organisme qui se caractérise par sa puissance, il est aussi un certain milieu de vie, un certain *régime* imposé au milieu social. Cette distinction nous a déjà servi à la définition de la loi et à celle du règlement (V. p. 19), elle va nous servir aussi à définir la fonction administrative. Le but de celle-ci est le régime d'État, son amélioration, son aménagement et on peut dire qu'elle est l'*activité de l'État en tant qu'il organise et aménage lui-même le milieu social* (2).

Cette conception conduit aux développements suivants : l'aménagement du régime social comporte l'établissement et le maintien d'un certain ordre qui sera l'*ordre public* et l'organisation d'un certain nombre de *services publics;* cet aménagement sera obtenu par des règles édictées en vue de l'ordre public et de l'organisation des services qui seront *les règlements*, et aussi par des organisations de fait qui seront les services avec toutes les *installations*, tout le *personnel*, tout le *matériel* qu'ils nécessitent; enfin par deux modes d'activité qui seront la *police* et la *gestion*. Tout cela est incontestable, mais fournit peu de lumières au sujet de la question importante qui est celle de savoir où s'arrête la compétence de l'administration. Voici à cet égard des observations plus topiques :

1° Nous savons déjà que le régime d'État est conçu comme un milieu où les conditions de vie sont égales pour tous, cela nous indique des limites pour l'ordre public, pour les services publics, pour les choses

(1) C'est le problème du rôle social de l'État et, spécialement, de son rôle économique, il est au fond de beaucoup de questions de *détournement de pouvoir*, d'*incompétence* ou même de *voies de fait*, car dans tous ces cas l'État sort de sa fonction.

(2) Par la législation, le régime d'État *s'aménage lui-même*, car la loi procède directement de lui; par l'administration et par la réglementation, le régime d'État *est aménagé* par la Puissance d'État (sauf la complication résultant de la décentralisation dont il sera parlé, p. 186). L'administration constitue donc une relation entre l'État-puissance et l'État considéré comme régime ou milieu de vie; c'est l'État-puissance en tant qu'il aménage lui-même le régime d'État, cette relation nécessaire entre les deux aspects de l'État marque l'importance de l'administration. L'État-puissance est immédiatement récompensé des services rendus au régime par l'accroissement de pouvoir qui en résulte pour lui; la relation créée par l'administration est bilatérale.

Source : BIU Cujas

publiques ; tous ces éléments de l'administration ne doivent pas dépasser la mesure de ce qui intéresse également tous les individus ; donc la fonction administrative elle-même aura cette limite imposée par la préoccupation de l'égalité, c'est la limite de l'*intérêt général* ou de l'*utilité publique* et, bien qu'elle soit imprécise, cependant elle est susceptible d'appréciation et par suite d'application (par exemple en matière d'expropriation dont l'utilité pour tous doit être démontrée) ;

2° Voici qui est plus important encore : par cela même que le régime d'État est un milieu de vie et rien qu'un milieu, l'*essentiel de la fonction administrative est la police*. En effet, la conception rationnelle d'un milieu est une ambiance qui laisse se produire les initiatives des êtres qui vivent en elle, tout en créant un certain ordre de choses. Sans doute le milieu n'est pas inerte, il intervient, il conditionne, mais il n'intervient, même par des organisations de services, que dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la police générale, c'est-à-dire l'ordre général. Sans doute encore, la police doit être prise dans un sens très élevé, elle implique non seulement la tranquillité, la sécurité, la salubrité publique, mais encore la prospérité publique ; cependant, la prospérité publique ou la commodité publique ou l'agrément public, ne seront envisagés que du point de vue où ils sont des éléments de l'ordre public entendu dans un sens très haut. En conséquence, des deux modes d'activité par lesquels se traduit la fonction administrative, police et gestion, l'un est étroitement subordonné à l'autre ; la gestion n'est admissible que dans la mesure où elle est indispensable pour assurer la police, elle n'est pas en soi un but de la fonction. — Ainsi l'administration ne doit pas organiser un service nouveau uniquement parce qu'il compléterait avantageusement pour elle-même d'autres services publics, il faut qu'il y ait un intérêt spécial de police pour le milieu (1) ; à plus forte raison ne doit-elle point organiser des services publics uniquement parce qu'ils seraient lucratifs, ou entreprendre des opérations uniquement parce qu'elles créeraient de la richesse collective (2) ;

(1) Une intervention nouvelle de l'administration ne doit se produire que si l'ordre public envisagé d'un point de vue très élevé menace de péricliter ; si les initiatives privées ne suppléent point à l'absence de service, si le besoin s'affirme, si des réclamations se produisent ; en d'autres termes, l'intervention administrative doit être considérée comme exceptionnelle et il se pose une délicate question d'opportunité. Dans l'administration de l'État cette question d'opportunité est en principe tranchée par une *source du Droit ;* dans l'administration départementale et communale, le Conseil d'État semble disposé à se charger de l'appréciation (V. C. E. 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901. 3. 73 et la note).

(2) C'est le sens de la distinction entre les *travaux publics* dont le but principal est la sécurité publique, la facilité des communications, l'augmentation générale de la vie sociale, et les *travaux d'intérêt collectif* dont le but principal est la plus-value fournie à certains terrains ; les travaux publics seuls sont véritablement administratifs (V. dans Sirey, 1900, 3, 49, la note sous la décision *Canal de Gignac*). — C'est dans cet esprit aussi que doivent être résolues toutes les questions qui se sont posées et se poseront en cas d'exploitation par l'État ou par des municipalités de monopoles susceptibles de

Source : BIU Cujas

3° Par cela même que l'essence de la fonction administrative est la police, elle est aussi ce que les Allemands appellent la *culture;* la police dans sa plus haute signification c'est l'action bienveillante d'un milieu qui, en améliorant spontanément les conditions d'existence des hommes, les cultive en effet et les civilise, c'est-à-dire que la police et avec elle la fonction administrative sont à double face; d'une part, elles garantissent la liberté des individus, elles suppriment devant celle-ci les obstacles qui proviendraient du désordre, d'autre part, elles améliorent spontanément les conditions d'existence; elles ne sont pas seulement négatives ou répressives, elles sont actives. La légitimité de ce rôle actif de la police administrative a été niée par des individualistes rigoureusement orthodoxes, mais pratiquement elle n'est plus discutée (1).

B. *La fonction administrative comme manifestation du pouvoir exécutif.* — Il y a une grande utilité à conserver la notion traditionnelle que la fonction administrative est la manifestation d'un pouvoir spécial de l'État, le pouvoir exécutif, distinct du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire. L'administration est une certaine relation qui s'établit entre l'État considéré comme organisme et le même État considéré comme milieu social; c'est l'organisme qui se met en devoir d'aménager lui-même le milieu social (V. p. 182), il faut bien que cette intervention se marque par l'activité de quelque organe :

1° Pratiquement, d'ailleurs, il est indispensable que l'administration publique s'extériorise dans des rouages qui s'agencent en une vaste organisation connue pour être celle de l'État lui-même. En effet, il y a liberté du bien public, les buts que poursuit l'État dans la fonction administrative peuvent être poursuivis aussi par des entreprises privées; rien ne ressemble plus à un établissement public que certains établissements d'utilité publique fondés par l'initiative individuelle; il faut bien en arriver à un principe de distinction extérieur et formel qui sera que l'établissement public est celui qui fait partie de l'organisme de l'État;

2° Si des organes de l'État se chargent de la fonction administrative, il est fatal qu'un pouvoir spécial s'y manifeste d'abord. Ce pouvoir présentera les caractères suivants : *a*) il sera *exécutif*, non point en ce sens qu'il se bornera à exécuter la loi, ce qui est une véritable hérésie constitutionnelle (2),

procurer des ressources financières, ou de subventions accordées par les mêmes administrations à des entreprises économiques; il s'agit de savoir s'il y a un intérêt supérieur de police à se procurer ainsi des ressources financières en ménageant les impôts, ou s'il y a un intérêt supérieur de police à favoriser des entreprises telles que les coopératives, etc. (V. dans Sirey, 1901, 3, 41, la note sous la décision *Boulangers de Poitiers*).

(1) Il ne faut pas oublier que le résultat de l'accomplissement de la fonction administrative n'est pas seulement de créer des organisations de fait, mais aussi des situations de droit, qui, en bien des occasions, dépassent le droit légal. C'est un point sur lequel nous avons déjà appelé l'attention, p. 36.

(2) Le pouvoir exécutif assure l'exécution des lois, mais il les dépasse par ses règlements et par ses organisations, V. p. 36; il a de l'autonomie.

Source : BIU Cujas

mais au sens où les Américains disent d'eux-mêmes qu'ils sont un peuple *hautement exécutif*, c'est-à-dire un peuple qui passe facilement à l'acte; le propre du pouvoir qui administre est en effet de passer continuellement à l'acte, d'engager des opérations, de prendre des initiatives, de procéder à des créations, de vivre en un mot et de faire vivre l'État de la façon réelle et concrète dont vivent les individus; d'ailleurs, nous verrons l'administration se résoudre naturellement en des *actes; b*) ce pouvoir fera apparaître l'État et tous les rouages de son administration doués de quelque autonomie comme des individualités agissantes, parce que le propre de l'action est de se rapporter à des êtres. C'est donc par l'exercice de leur pouvoir exécutif que l'État et les diverses administrations s'individualisent. Je ne dis pas que toute la puissance publique dépensée dans l'administration s'individualise (nous verrons qu'il semble en subsister de l'impersonnelle); mais je prétends que l'individualité de l'État ne repose point sur une autre base que sur le pouvoir exécutif. Ce n'est ni par son pouvoir législatif ni par son pouvoir judiciaire que l'État s'individualise : les lois, comme les jugements ne sont l'œuvre de la volonté propre de l'État que dans leur formule exécutoire qui est justement une manifestation du pouvoir exécutif; dans leur substance ils sont : la loi, l'œuvre d'une *représentation nationale* chargée de dégager la *volonté générale* qui est, comme la Raison, largement impersonnelle; le jugement, l'œuvre d'une conscience individuelle d'arbitre ou de juré. En d'autres termes, la loi ou le jugement ne sont point la volonté propre du Gouvernement et de l'Administration, tandis que l'acte exécutif est réellement la volonté propre du Gouvernement ou de l'Administration (1).

Ce caractère particulier du pouvoir exécutif de se comporter comme la volonté propre de l'État individualisé, contribue à expliquer rationnellement le principe de la séparation des pouvoirs. On conçoit que le pouvoir exécutif s'entoure de précautions contre le pouvoir législatif ou le pouvoir judiciaire, parce que ces autres éléments de l'État sont radicalement différents de lui; ce sont pour ainsi dire des choses extérieures ou hostiles contre lesquelles il lutte en individualité jalouse et susceptible (2);

(1) On remarquera que je fais de l'organe exécutif un élément de l'*individualité* de l'État plutôt que de sa *personnalité;* la personnalité n'est en effet engendrée que par la réaction sur l'individualité volontaire d'un élément représentatif émané du milieu social et qui s'appellera l'organe législatif ou l'organe délibérant (V. p. 7 et p. 19; cfr. sur ces analyses très délicates, sur la distinction de l'individualité et de la personnalité et sur le rôle des éléments représentatifs, article dans *Revue générale du Droit*, 1898, p. 1 et 119; *Leçons sur le mouvement social*, 2e appendice, 1898).

(2) Dans les relations internationales, la susceptibilité du pouvoir exécutif se marque autrement mais toujours la même. Un État laisse s'exécuter sur son territoire des lois étrangères et des jugements étrangers (sous la réserve de l'*exequatur*), parce qu'ils ne sont pas l'expression d'une volonté propre de l'État étranger. En principe, il ne laisse pas s'exécuter des décisions administratives étrangères, parce que là, ce serait la volonté propre de l'État étranger.

Source : BIU Cujas

3° S'il est bon que la fonction administrative se suscite un organe et un pouvoir spécial dans l'État, il ne faut pas non plus que cette spécialisation dépasse certaines limites, sans quoi on aboutirait à une centralisation excessive ; de là le besoin d'une réaction, d'une décentralisation administrative dont les manifestations sont diverses, mais dont le principe est de faire participer à la fonction administrative, sous la forme de corps délibérants élus par la population, des éléments du milieu social qui viennent faire contre-poids à l'élément gouvernemental et atténuer l'individualisation du pouvoir exécutif;

4° Une fois la décentralisation réalisée, il n'est pas douteux que la fonction administrative sera remplie par deux organes au lieu d'un, l'exécutif et le délibérant, qui lui-même est très voisin du législatif; si, comme en France, il s'est créé, en outre, une juridiction administrative spéciale, il apparaîtra que dans sa fonction administrative l'État a utilisé finalement ses trois pouvoirs fondamentaux (exécutif, délibérant, juridictionnel), mais il y a ceci de remarquable que le pouvoir exécutif y reste toujours dominant, tandis que dans l'accomplissement de la fonction législative ou judiciaire il ne l'est pas ; si bien dominant que les assemblées administratives délibérantes, ou bien les tribunaux administratifs, prennent eux-mêmes à bien des égards la qualité de membres de l'organe exécutif (1) ; que les délibérations des conseils généraux ou des conseils municipaux sont des actes d'administration au même titre que les décisions des préfets ou des maires et que les arrêts des tribunaux administratifs sont encore d'une certaine façon des décisions (2).

C. *Les services publics.* — La définition de la fonction administrative doit être complétée par une analyse de l'organisation des services publics.

Un service public est *une organisation gérée par un organe de l'administration publique en vue de l'accomplissement de la fonction administrative de l'État.* — Cette définition appelle les observations suivantes :

1° Il y a des services publics qui sont gérés non pas par une administration publique, mais au nom d'une administration publique par un concessionnaire, par exemple le service des chemins de fer, celui des eaux, celui de l'éclairage public et privé, etc... ; l'objet de la concession ne constitue un service public que lorsque la concession est temporaire et qu'à l'expiration l'exploitation doit faire retour à l'Administration;

(1) Les assemblées administratives délibérantes, malgré leur origine élective, sont si bien associées au pouvoir exécutif, qu'elles deviennent des organes de la personnalité morale des départements et des communes et complètent ainsi leur individualité fondée sur le pouvoir exécutif (V. p. 185).

(2) Sous ce titre *séparation des pouvoirs et séparation des fonctions.* M. Artur a publié dans la *Revue du droit public* (Années 1900, 1901, 1002) une série d'articles remarquables, où le droit administratif presque tout entier est passé en revue à l'occasion de la lutte entre le caractère administratif de la fonction et le tempérament propre des pouvoirs qui y participent.

Source : BIU Cujas

les services concédés ne revêtent d'ailleurs pas le caractère de services publics à tous égards, par exemple, l'exploitation des chemins de fer par les compagnies concessionnaires laisse subsister le caractère commercial de l'entreprise de transports; 2° Toute espèce de service ou d'exploitation peut être en principe érigée en service public, même une exploitation commerciale ou industrielle (1); 3° Bien qu'en général un service public constitue un monopole, cette condition n'est pas essentielle (2); 4° Enfin il n'y a pas lieu de distinguer entre les services publics, suivant qu'ils impliquent plus ou moins l'emploi de la puissance publique (3).

Un service public est une organisation qui se compose en général de quatre éléments permanents : 1° une circonscription territoriale qui détermine une population d'habitants à laquelle est destiné le service (4); 2° un personnel de fonctionnaires ou employés munis d'instructions qui leur servent de guides; 3° des moyens matériels, bâtiments, mobilier, approvisionnements, etc...; 4° des moyens financiers pour subvenir aux dépenses du personnel et du matériel. Ainsi le service de l'instruction primaire utilise la circonscription communale, il suppose un personnel d'instituteurs, des maisons d'écoles, un budget.

(1) On peut, au point de vue du rôle administratif de l'État, discuter l'opportunité qu'il y a pour lui à s'engager dans des exploitations commerciales ou industrielles (V. p. 183), ce qui est sûr c'est qu'à un point de vue formel, toute exploitation, même commerciale ou industrielle, peut devenir service public; c'est ainsi que l'exploitation commerciale des postes est devenue service public, de même que l'exploitation industrielle des poudres, des tabacs, des allumettes chimiques. Mais il est non moins vrai que toutes les fois que le service public est exploité en régie par l'Administration, il perd son caractère commercial ou industriel. A ce point de vue, c'est tout à fait par exception et en vertu d'une loi que l'exploitation des chemins de fer du réseau de l'État est restée commerciale vis-à-vis du public, *elle doit être traitée comme administration publique sur tous les points où les lois et décrets qui la régissent n'imposent pas une autre solution* (Chavegrin, note sous Cassat., 18 nov. 1895, Pierre, S. 98. 1. 386).

(2) Ainsi le service des colis postaux n'est pas érigé en monopole, pas plus que celui de la caisse d'épargne postale, ou celui de la caisse d'assurance pour la vieillesse, etc... Le service de l'enseignement n'est pas un monopole, etc.

(3) Dans la troisième édition de cet ouvrage, j'avais ébauché une distinction entre les services publics proprement dits impliquant puissance publique, et des services de gérance qui au contraire n'auraient pas impliqué la puissance publique, je renonce à cette distinction. D'une part, la jurisprudence ne paraît pas disposée à l'appliquer dans sa principale conséquence, qui serait la compétence judiciaire en cas de préjudice causé par un service de gérance (C. E. 20 mai 1898, *Gaillarde*). D'autre part, il me paraît en effet que la puissance publique a un certain emploi dans tous les services et que dès lors il faut seulement se préoccuper de la nature des actes par lesquels elle se manifeste.

(4) Il convient de faire remonter jusqu'au régime d'État et à la forme particulière qu'y revêt l'idée d'égalité, le caractère territorial de tous les services publics. V. une curieuse application de la territorialité du service public dans C. E. 11 janvier 1895, *ville de Limoges*, S. 96. 3. 129 et la note. Il n'est pas dit d'ailleurs qu'un service public s'adresse à toute la population d'une circonscription, il peut très bien ne s'adresser qu'à une partie de cette population.

Source : BIU Cujas

Services généraux, services locaux, services spéciaux. — Il est des services qui intéressent à un égal degré tous les habitants du pays et qui doivent être confiés nécessairement à l'État, si du moins l'on veut maintenir l'unité politique, ils prennent le nom de services *généraux;* tels sont la défense militaire, les relations extérieures, la législation, la justice, et à notre époque où il s'agit de maintenir l'unité morale, l'instruction publique, etc..... Il est d'autres services qui n'intéressent à un degré égal que les habitants de telle ou telle région, on les confie sous le nom de services *locaux* aux départements, communes, colonies, si du moins cette décentralisation n'est pas de nature à mettre en péril l'unité politique, par exemple certains services de voirie. Enfin il est une troisième espèce de services, très différents des précédents, qui ne s'adressent pas également à tous les habitants d'une région, mais seulement à une partie d'entre eux, qui par conséquent ne sont pas territoriaux au même degré, tel est le service de l'assistance publique, puisque toute la population n'est pas assistée; tels sont les différents services des cultes, puisque chaque culte n'intéresse qu'une partie de la population; ces services sont appelés *spéciaux* et confiés aux établissements publics(1).

Services obligatoires. — Services facultatifs. — Cette distinction n'existe pas pour les services d'État, mais seulement pour les services départementaux, communaux ou coloniaux. L'État n'est jamais que moralement obligé à organiser un service, et, même si une loi en prescrit l'organisation, c'est un ordre que l'État se donne à lui-même et dont aucune autorité supérieure ne peut assurer l'exécution. Il n'en est pas de même des services des départements, des communes ou des colonies. L'organisation peut en être obligatoire vis-à-vis de l'État et l'exécution de l'obligation être juridiquement assurée; par exemple, si le service se traduit par une dépense, celle-ci peut être inscrite d'office au budget du département, de la commune ou de la colonie par les représentants de l'État; dès lors, il y a lieu de distinguer entre les services obligatoires et les services facultatifs (V. pour le département, L. 10 août 1871, art. 61, et pour la commune, L. 5 avril 1884, art. 136 et 149) (2).

Concours des diverses administrations à un même service. — Il y a des services d'État, de département, de commune, de colonie et d'éta-

(1) On dit souvent que les services des établissements publics sont spéciaux, en ce sens qu'un établissement public ne rend qu'un seul service, ce n'est pas suffisant ni même exact; d'une part, il est des établissements publics qui rendent plusieurs services (syndicats de commune, bureaux d'assistance), d'autre part, il ne s'agit pas de définir le service spécial par l'établissement public, mais au contraire l'établissement public par le service spécial; il faut donc en venir à la définition qui est au texte.

(2) Une décision récente du Tribunal des conflits, 11 mai 1901, *Casadavant* (S. 1901. 3. 113 et la note) tendrait à indiquer que les services obligatoires des administrations

Source : BIU Cujas

blissement public. On peut en faire le triage. Cependant, ce triage n'est pas aisé, sauf en ce qui concerne les établissements publics, chargés chacun d'un seul service ou de quelques services. Cela tient à ce que rarement un service déterminé est à la charge d'une seule administration publique. Le plus souvent, il y a concours d'administrations différentes à un même service : ou bien par l'apport d'un bâtiment destiné à loger le service (casernes, hôtels des postes, palais pour certains fonctionnaires fournis par les communes), ou bien par une contribution en argent. Le concours est obligatoire ou facultatif. Lorsqu'il est obligatoire, on emploie l'expression de *contribution* ou de *contingent;* c'est ainsi que les communes paient leur contingent aux dépenses du service vicinal, lequel est départemental. Lorsqu'il est facultatif, on emploie le mot de *subvention*. Il y a peu de services vraiment utiles qui ne reçoivent des contingents ou des subventions. Ce concours presque constant des trois administrations publiques à un même service correspond à une grande réalité, c'est que, malgré la décentralisation, départements et communes sont toujours les membres d'un même corps qui est l'État, c'est que les besoins locaux sont généraux en même temps que les besoins généraux sont locaux (1). Malgré le concours des administrations publiques à un même service, il peut cependant y avoir intérêt à désigner l'administration vraiment maîtresse (2). A notre avis, c'est celle qui vote le budget général du service, parce que, par cette arme du budget, elle est maîtresse de l'organisation générale. Ainsi, le service vicinal chargé de la construction et de l'entretien des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun est certainement départemental, parce que c'est le conseil général qui règle le budget de ce service et qui par là peut modifier le personnel et lui imprimer sa direction; et cependant la majeure partie des fonds est fournie par les communes, et cependant les chemins qu'il s'agit d'entretenir sont des dépendances du domaine public communal (3).

Caractère juridique de l'exécution des services publics. — L'exécution des services publics constitue une opération juridique et crée par elle-même une situation de gestion publique dont le principal effet est de mettre à la

locales sont en partie d'Etat; la conséquence, très importante, serait que l'exécution de ces services deviendrait un fait administratif, tandis que l'exécution des services purement locaux est en principe un fait civil (V. *infrà*, p. 216).

(1) Il en est des services locaux en coadministration comme des services obligatoires. Il y a, je crois, tendance à les considérer comme étant en partie services d'État, de telle sorte que leur exécution deviendrait, elle aussi, un fait administratif (Conflits, 28 janv. 1899, *Lagauche*, S. 1901. 3. 113 et la note. V. *infrà*, p. 216).

(2) Par exemple au point de vue de la responsabilité en cas d'accident, V. Trib. du Havre, 7 mai 1896, *Houlbèque*, *Rev. d'am.*, 1897, t. II, p. 444.

(3) *Des services d'utilité publique.* — Un service d'utilité publique est une organisation créée et soutenue par un établissement d'utilité publique, en vue de la satisfaction

Source : BIU Cujas

charge de l'administration des indemnités pécuniaires en cas de préjudice causé. Nous reviendrons sur cette grande vérité jusqu'ici laissée dans l'ombre (*infrà*, Gestion publique, Théorie des indemnités, Opération de travaux publics).

N° 2. — *Le droit administratif.*

Pour passer de la définition de la fonction administrative à celle du droit administratif, il est nécessaire de faire apparaître les organes ou les rouages d'administration qui par leur activité accomplissent la fonction, car le droit est essentiellement pour régler des activités; mais, dans cette analyse de l'activité des organes administratifs, on peut pousser plus ou moins avant. Si l'on s'arrête à une observation purement extérieure des choses, si l'on ne voit dans les rouages administratifs que des individualités de fait au nom desquelles des agents exercent des pouvoirs, on aboutit à une première définition du droit administratif où celui-ci apparaît purement réglementaire, il est l'*ensemble des règles qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics* (1) ou encore *celui qui règle l'action et la compétence de l'administration centrale, des administrations locales et de la juridiction administrative* (2). On sent tout de suite une des lacunes de cette définition qui est de ne point faire apparaître les administrés, alors cependant que les administrations ont forcément avec eux des rapports qui sont administratifs. Aussi une autre définition très courante à une certaine époque a-t-elle été celle-ci : *l'ensemble des règles qui régissent les rapports de l'administration, ou de l'autorité administrative avec les citoyens* (3). Cette définition, plus complète que les précédentes en ce qu'elle tient compte des deux termes nécessaires, l'administration et les administrés, n'est cependant point encore satisfaisante en ce qu'elle ne pénètre pas dans l'individualité de

d'un besoin collectif. Il y a dans le service d'utilité publique les éléments d'un service public; en ce sens d'abord qu'il a pour objet la satisfaction d'un besoin collectif; en ce sens encore qu'il fonctionne avec des moyens analogues, personnel, moyens matériels, moyens financiers; en ce sens enfin qu'il fonctionne d'une façon désintéressée. Mais ce n'est pas un service public, parce qu'au lieu d'être créé et soutenu par l'État il est créé et soutenu par un établissement corporatif qui a seulement reçu la reconnaissance d'utilité publique. Notre droit public admet en effet que l'État n'a point le monopole de la satisfaction des intérêts collectifs, que des organisations corporatives peuvent collaborer avec lui. Le droit administratif s'occupe de ces services d'utilité publique à plusieurs points de vue : 1° à cause de la reconnaissance d'utilité publique; 2° parce que certains droits de puissance publique peuvent être concédés à des établissements d'utilité publique; 3° parce que l'État exerce une certaine tutelle sur ces établissements (V. p. 85 et p. 93).

(1) F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, 1860, I, p. 334.

(2) Cfr. H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e édit., 1902, p. 1.

(3) Rapportée par M. Aucoc dans ses *Conférences de droit administratif*, 1885, I, p. 15.

Source : BIU Cujas

l'administration, pour y mettre en relief un élément essentiel au Droit, si l'on veut qu'il ne soit pas purement réglementaire, la *responsabilité subjective* et partant la *personnalité juridique*. Une définition du droit administratif ne sera complètement juridique que si elle s'établit nettement sur des rapports entre des *administrations personnifiées*, responsables (dans la mesure du possible), et des administrés.

Voici une définition juridique : Le droit administratif est l'*ensemble des règles relatives à l'organisation des personnes administratives, à leur activité juridique et à leurs rapports avec les administrés, dans l'accomplissement de la fonction administrative.* Il résulte de cette définition : 1° qu'en droit administratif, comme en toute branche du droit, il y a des sujets de droits qui sont ou bien les personnes administratives ou bien les administrés; 2° qu'en droit administratif, comme dans toute branche du droit, il s'agit de réglementer des droits et l'exercice de ces droits; cette définition est assez large pour convenir à un Droit administratif quelconque; quant aux caractères spécifiques du Droit administratif français essentiellement fondé sur la « prérogative », V. la Préface.

A. *Les personnes administratives, leurs droits et l'exercice de leurs droits.* — Les personnes administratives sont nées d'une sorte de fractionnement de l'État, elles se sont créées dans chacun des principaux organes administratifs par l'action combinée de la décentralisation et de la spécialisation des services. L'Administration, au sens large, contient : 1° l'État *stricto sensu;* 2° les départements; 3° les communes; 4° les colonies; 5° les établissements publics. Chacune de ces personnalités gère des services publics différents avec une certaine autonomie. Seulement, cette énumération des personnes morales publiques participant à l'Administration est un peu longue et incommode pour le langage, on peut trouver une désignation commune qui soit plus brève; nous proposons celle de *personnes administratives* (1).

a) Certes, ces personnes administratives sont de valeur inégale :

1° Il y a une différence capitale entre l'État, les départements, les communes, les colonies, d'une part, et d'autre part les établissements publics. L'État, les départements, les communes, les colonies ont une mission générale d'administration; par leurs services ils pourvoient pour une circonscription donnée aux besoins les plus variés, et à des besoins qui sont communs à tous les habitants de la circonscription, par cela même *ils sont la personnification de la circonscription elle-même en tant qu'elle s'administre*, d'autant mieux que leur organisation est à base de suffrage; à raison de ce fait ils ont de nombreux droits de puissance publique. Les établissements publics au contraire ont une mission d'adminis-

(1) Cfr. sur cette définition, Bouchené-Lefer, *Quel est le véritable objet du droit dit administratif? Revue pratique*, 1864, t. 17, p. 104.

Source : BIU Cujas

tration spéciale, ils ne pourvoient qu'à un seul besoin ou tout au plus à quelques besoins qui ne sont pas communs à tous les habitants d'une circonscription, par cela même ils sont, non pas la personnification d'une circonscription administrative, mais seulement celle *d'une autorité administrative* qui fonctionne dans la circonscription ; les établissements publics sont simplement des services, soit de l'État, soit des départements, soit des communes qui ont été personnifiés à leur tour ; ils se rattachent comme des satellites à ces grandes personnes morales publiques, ils sont comme des fondations faites par celles-ci (1) ;

2° Même parmi les circonscriptions administratives personnifiées il n'y a pas égalité, il faut distinguer : α) l'État qui représente la circonscription du pays entier, avec ses grands intérêts généraux et des droits régaliens pour satisfaire à ces intérêts ; β) les départements et les communes qui représentent l'administration locale dans la métropole ; γ) les colonies, qui représentent une administration locale aussi mais toute particulière, car elle est locale *hors de la métropole ;*

b) Malgré ces différences de nature entre les diverses personnes administratives, malgré encore la hiérarchie qu'établit entre elles la tutelle administrative, il y a avantage, on le verra, pour le plan général d'une étude de droit administratif, à prendre pour point de départ ce qu'elles ont de commun et à en organiser la théorie. Les principaux éléments de cette théorie sont les suivants : 1° les personnes administratives sont des personnes juridiques ; 2° leur personnalité juridique contient de la Puissance publique ; 3° cette personnalité n'absorbe pas cependant toute leur individualité administrative ; 4° il y a lieu de se préoccuper de leur jouissance des droits et de leur capacité.

I. *De la personnalité juridique administrative et de sa genèse.* — En principe, toute personne juridique est le représentant d'un individu en vue de l'exercice des droits ; de là le mot *persona* (étymologiquement, masque, acteur, qui représente un personnage). Les individualités administratives qu'il s'agit de représenter par des personnes juridiques sont, nous le savons déjà, ou bien des circonscriptions ayant une population, comme les communes par exemple, ou bien des services, comme les établissements publics. Dans un cas comme dans l'autre, l'individualité administrative se ramène à un système d'intérêts communs et de volontés qui s'établit soit dans une circonscription, soit autour d'un service. Pour que ces systèmes d'intérêts et de volontés obtiennent la représentation juridique par la création d'une personnalité morale, il

(1) En se plaçant à ce point de vue on voit l'erreur que commettent les auteurs qui persistent à appeler les départements des établissements publics ; le département est une circonscription personnifiée, l'établissement public, une autorité administrative personnifiée. Si, dans l'organisation ecclésiastique, on n'a pas reconnu la personnalité des diocèses ni des paroisses, mais seulement celle des menses épiscopales et curiales, c'est qu'on n'y a voulu que des établissements publics et pas de circonscription personnifiée.

Source : BIU Cujas

faut que, soit dans la circonscription, soit dans le service, il se crée une représentation interne qui soit disposée à exercer ces volontés comme des droits, c'est-à-dire comme des facultés propres et conformément à la règle de droit (1). La personnalité administrative peut être conférée directement (V. *Etablissements publics*), elle peut aussi se produire spontanément, car elle n'est point fictive mais naturelle (2).

En fait, la personnalité juridique apparaît *lorsqu'il s'est créé dans une individualité administrative* (circonscription ou service) *des organes représentatifs prenant des décisions exécutoires sur des intérêts considérés comme propres à cette individualité.* — En effet : 1° l'existence d'organes représentatifs, prenant des décisions exécutoires sur des intérêts, suffit à prouver qu'il est exercé sur ces intérêts une puissance de volonté conforme à la règle et destinée à les transformer en des droits (3); 2° Le fait

(1) La rencontre de la volonté propre et de la règle de droit est ce qui rend *exécutoires* les actes d'exercice des droits (Cfr. Duguit, *L'État, le Droit objectif*). Mais cette rencontre ne s'opère que grâce aux représentations raisonnables qui se produisent dans les consciences et grâce à la responsabilité de chacun, c'est-à-dire, grâce à des personnes juridiques responsables.

(2) La question du caractère naturel ou fictif de la personnalité morale est aussi controversée pour les personnes morales administratives, que pour celles du droit privé. Il est des auteurs qui ne font même pas d'exception pour l'État; la personnalité de celui-ci serait fictive elle aussi et n'existerait qu'en vertu de la loi (Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7e édit., t. IV, p. 5 et s.; Berthélemy, *Traité élémentaire*, 2e édit., p. 55). A la vérité, en ce qui concerne l'État, cette opinion négative n'est pas généralement soutenue; en droit public, comme en droit constitutionnel, comme en droit international, la grande majorité des auteurs admettent la personnalité spontanée. Cela a son importance, car si la personnalité de l'État est spontanée, elle est modelée sur les besoins de l'activité de celui-ci et par conséquent très large; si elle est fictive, elle est restreinte aux proportions de la personnalité civile ordinaire dont elle n'est qu'une imitation (Cfr. Berthélemy, *op. cit.*, p. 63).

(3) La constitution d'organes représentatifs prenant des décisions exécutoires sur les intérêts est l'organisation même de la personnalité juridique. Il suit de là que dans la masse des agents administratifs ceux qui ont le droit de décision exécutoire doivent être mis à part et considérés comme les organes de la personne administrative, tandis que les autres sont seulement des préposés de cette même personne (cfr. sur ce point, Michoud, *De la responsabilité de l'Etat*, nos 14 et s., *Rev. du droit public*, 1895, 1, p. 419). — A ce point de vue, l'histoire de la création et du développement de la personnalité administrative des départements et des communes par une décentralisation progressive est la meilleure illustration que l'on puisse trouver de la vérité de la théorie. La décentralisation a consisté, d'une part, à organiser les conseils généraux et municipaux comme de véritables représentants des populations en appliquant le système de l'élection; d'autre part, à augmenter de plus en plus la force exécutoire des délibérations de ces conseils jusqu'à leur donner la décision exécutoire. — Ainsi s'est trouvée organisée une représentation rationnelle des intérêts de ces circonscriptions, par conséquent, une personnalité juridique. La personnalité des communes avait une existence traditionnelle, mais celle des départements qui n'avait pas d'existence traditionnelle ne fut, en effet, mise hors de toute contestation qu'après les lois de 1833 et de 1838, dont la première établit l'élection à la base de la nomination des conseils généraux et la seconde les appela à délibérer sur la gestion des propriétés départementales.

Source : BIU Cujas

que ces intérêts sont propres à l'individualité administrative fait présumer que cette volonté est propre au sujet et par conséquent qu'il y a un sujet (1). — *Les intérêts qui apparaissent nécessairement comme propres à une individualité administrative sont d'une part les « prérogatives » et d'autre part les « prétentions à la propriété* (2); » aucune autre circonstance n'est probante et particulièrement le fait qu'un service est doté d'un budget séparé et d'une comptabilité particulière ne saurait suffire à établir l'existence d'une personnalité de ce service, parce que les intérêts qui naissent de l'existence d'un budget séparé n'apparaissent pas nécessairement comme propres au service (3). Il appartient aux diverses juridictions devant lesquelles les administrations sont appelées à plaider, de reconnaître la personnalité juridique de celles-ci en les admettant à ester en justice par leurs organes représentatifs pour la défense de leurs prérogatives ou de leurs droits de propriété (4).

II. *La personnalité administrative contient de la Puissance publique.* — Le fait que le Droit administratif français est à base de Puissance publique et de « Prérogative » (V. la Préface), crée une difficulté spéciale pour la personnification des administrations publiques; il s'agit de savoir si la personnalité administrative contiendra de la Puissance publique qui sera analysée en des droits de Puissance publique, mais dont l'exercice en certaines occasions entraînera une responsabilité pécuniaire, ou bien si elle se restreindra à la capacité civile, laissant hors du droit toutes les opérations de la Puissance publique. Je me prononce pour une person-

(1) Sur le fondement réel de la volonté et de la représentation propres (V. p. 89).

(2) Les prérogatives des services ou des corps constitués sont d'autant mieux *propres à ces services ou à ces corps* que ce sont en général leurs pouvoirs de décision exécutoire qu'il s'agit de défendre contre les empiètements de l'administration supérieure, c'est-à-dire les pouvoirs que font leur raison d'être. Il en est ainsi dans les hypothèses diverses où des conseils généraux et des conseils municipaux ont été déclarés recevables à ester en justice pour défendre leurs prérogatives (V. *infrà*, note 4). Il est superflu de développer cette idée que des prétentions à la *propriété* sont par elles-mêmes *propres* à celui qui les émet.

(3) La condition générale des services qui ont un budget séparé est la suivante : d'une part les ressources qui alimentent le budget séparé proviennent du budget général de l'État, elles ne proviennent donc point de ressources qui soient propres au service; d'autre part, les reliquats des exercices une fois les comptes apurés doivent être reversés au Trésor, par conséquent le budget séparé n'est pas non plus une cause d'acquisition pour le service; il s'ensuit que le budget séparé ne suppose aucun droit propre et ne confère aucun droit propre. Au reste, les institutions de comptabilité sont uniquement objectives et n'ont en vue que le bien général de l'administration (V. sur cette question en des sens divers, Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n° 170; Ducrocq, *De la personnalité civile de l'État*, p. 25; Marquès di Braga, *Traité de la comptabilité de fait*, n° 171; à consulter note sous Cons. d'État, 3 févr. 1899, *Joly*, S. 99. 3. 121).

(4) Qualité d'ester en justice pour la défense des prérogatives. V. C. E. 8 août 1872, *Laget*; 23 juill. 1897, de *Pitti Ferrandi*, conseils généraux de département; 8 août 1896, S. 99. 3. 110, conseils des colonies; 16 juillet 1897, *Poncet et autres*, conseils municipaux.

Source : BIU Cujas

nification partielle de la Puissance publique limitée à la voie de gestion publique, c'est-à-dire aux faits d'exécution des services publics; j'estime, d'une part, que c'est bien la Puissance publique qui préside à l'exécution des services publics avec ses prérogatives, d'autre part, qu'elle y engage sa responsabilité pécuniaire de telle sorte qu'elle s'y engage réellement à la façon d'une personnalité privilégiée (V. *infrà*). La personnalité administrative sera donc à double face, privée ou civile d'abord, mais aussi *publique*. Les administrations publiques auront des droits privés et des droits de Puissance publique. Leurs droits privés auront pour but la constitution d'un domaine privé dont les revenus seuls seront affectés aux services publics; leurs droits de puissance publique auront pour but soit la constitution d'un domaine public affecté directement aux services publics ou à l'usage du public, soit l'acquisition des différents moyens qui assurent le bon fonctionnement des services publics et l'application des lois. La personnalité privée des administrations ne dépasse point, par ses proportions, la personnalité civile ordinaire, les droits dont elle jouit sont la propriété privée, le droit d'aliéner, de donner à bail, de recevoir des dons et legs, etc... Au contraire, la personnalité publique des administrations dépasse par ses proportions la personnalité civile, car elle comporte la jouissance de droits exorbitants tels que les droits de police, justice et finances, le droit de disposer de la force armée, de battre monnaie, de conférer des grades, de lever l'impôt, des privilèges exorbitants dans l'exercice des droits (privilège de l'exécution préalable) et aussi une responsabilité pécuniaire, lorsque ces droits sont exercés pour l'exécution des services publics (1).

(1) Si l'un des deux aspects de la personnalité administrative devait être contesté, il semblerait que ce devrait être plutôt son aspect privé. En effet, à quoi bon la constitution d'un domaine privé pour des administrations publiques? on pourrait se le demander. Chose singulière, cependant, la personnalité publique est la plus attaquée. Cela prouve combien nous sommes encore sous l'influence des idées féodales de patrimonialité universelle et combien la véritable théorie de la puissance publique a de peine à s'édifier. Sur ce point, la doctrine du droit administratif s'est laissée distancer par celle du droit international public, pour laquelle les États ont une personnalité publique destinée aux relations extérieures, en laquelle réside leur souveraineté et leur responsabilité. Cette personnalité publique est évidemment la même que celle à qui nous reconnaissons au point de vue intérieur les droits de Puissance publique. Ce n'est d'ailleurs point dans un stérile esprit de symétrie que l'on institue une personnalité publique des administrations, il y a les avantages suivants : 1° Il est essentiel que les prérogatives de la puissance publique soient analysées en des droits, afin d'abord d'en éliminer l'arbitraire, afin aussi d'éveiller si possible une responsabilité à l'occasion de leur exercice; ces droits et cette responsabilité ne sauraient exister sans une personne juridique qui en soit le sujet (V. *infrà*, toute la théorie des indemnités); 2° Il importe de retenir dans la catégorie de la Puissance publique certains droits de nature pécuniaire qui, si l'on n'admet pas la personnalité publique, devront être rattachés à la personnalité privée et la transformeront en une dangereuse personnalité fiscale (V. *infrà*, p. 217).

M. Michoud, s'est prononcé en faveur de la personnalité à double effet, privée e publique, telle que nous la présentons ici, *De la responsabilité de l'État*, n° 19, *Revue de*

Source : BIU Cujas

III. *La personnalité administrative n'absorbe pas nécessairement toute l'individualité des administrations ;* ou bien elles ont des pouvoirs qui dépassent leur responsabilité (1), ou bien elles ont des intérêts qui ne sont pas reçonnus comme des droits (2) ; leur personnalité rencontre donc, et cela dans des directions opposées, des limites.

droit public, 1895, t. II, p. 2 ; *La notion de la personnalité morale*, br. 1899, p. 8 ; M. Esmein également, *Droit constitutionnel*, p. 1 et s.; de même M. Brémond, *Revue critique de législation*, 1901, p. 313. Au contraire, M. Ducrocq oppose nettement l'État puissance publique à l'État personne morale, *Cours de droit administratif*, 7e édit., t. IV, p. 5 et s ; de même M. Berthélemy, *Traité élém. de droit adm.*, 2e édit., p. 55. — Brochant sur toutes les discussions déjà pendantes entre partisans d'une personnalité administrative spontanée et publique et partisans d'une personnalité fictive purement civile, voici que surgit une troisième opinion plus radicale, d'après laquelle il n'y aurait en administration, ni personnalité morale, ni volonté collective, mais simplement des volontés individuelles d'organes (Duguit, *L'État, le droit objectif ;* G. Jèze, *Rev. gén. d'adm.*, 1902, II, p. 16). A la vérité, cette opinion ne paraît pas encore bien organisée et l'on ne sait s'il s'agit de la volonté individuelle de M. X... administrateur en tant que particulier, ou du même M. X... en tant qu'administrateur; cela a son importance, car si c'est la volonté de M. X... en tant qu'administrateur, en réalité sa volonté retrouve un élément collectif qui est celui de la fonction, et nous ne faisons qu'échanger la personnalité de la circonscription contre la personnalité de la fonction. Dans l'état un peu rudimentaire où se trouve cette opinion, voici ce qu'on peut lui répondre : 1° Elle cache au fond une théorie de pouvoir personnel et, par suite, s'adapte très mal à un régime démocratique ; 2° notre théorie des personnalités collectives, outre qu'elle cadre avec le régime démocratique, est réellement protectrice du Droit à la condition de rester enfermée en de certaines bornes et d'être envisagée avec une certaine relativité, ce que nous faisons au texte et dans la note suivante. Elle éveille quand il le faut la responsabilité pécuniaire des administrations qui est peut-être plus avantageuse que celle des administrateurs (V. la préface).

(1) L'État a des pouvoirs de puissance publique qui dépassent la sphère de sa responsabilité, ce sont ceux qu'il exerce *par la voie d'autorité*. Dans ces pouvoirs-là il subsiste de la Puissance publique objective. — On ne peut pas dire que les administrations départementales ou communales soient souvent dans le même cas, mais on ne saurait affirmer non plus qu'elles n'y sont pas quelquefois (Cfr. p. 203).

(2) Les droits sont les intérêts sur lesquels il peut être pris des décisions exécutoires. En ce sens, tous les intérêts administratifs de l'État constituent *ipso facto* des droits, à la condition de rentrer dans sa compétence administrative, et d'être exercés conformément aux procédures légales, parce que la personne juridique de l'État est la plus compréhensive qui se puisse imaginer et parce que les organes de cette personnalité, le Parlement notamment, sont souverains, c'est-à-dire ont le droit de décision exécutoire sur tout ce qui intéresse l'État. Il n'en est pas de même des départements et des communes ; ces administrations ont des intérêts administratifs qui ne constituent pas des droits parce que les organes de leur personnalité juridique, conseils généraux et conseils municipaux, n'étant pas souverains, n'ont le droit de décision que pour certaines catégories d'affaires déterminées par la loi ; là où il n'y a pas droit de décision du conseil général ou du conseil municipal, il y a simple intérêt du département ou de la commune et à ce simple intérêt correspond la faculté de présenter des vœux « sur des objets d'intérêt départemental ou d'intérêt communal » (V. les textes *infrà* à propos des délibérations du conseil général) — La preuve que tous les intérêts administratifs de l'État sont *ipso facto* des droits (aux conditions indiquées ci-dessus), c'est qu'il n'est point question de *vœux* émis par le Parlement, mais seulement de décisions prises.

Source : BIU Cujas

IV. *La jouissance des droits et la capacité chez les personnes administratives.* — a) *La jouissance des droits* (1). — Nous savons déjà que les personnes administratives ont la jouissance de deux catégories de droits fort différents : 1° les droits de *Puissance publique* qui se justifient par des considérations particulièrement pressantes d'utilité publique, et qui ont pour caractéristique d'imposer aux citoyens des obligations, à la propriété privée des servitudes exceptionnelles. Ces droits ne sont point semblables aux droits des particuliers, bien qu'ils ne soient pas sans commune mesure avec eux. Ce sont, par exemple, les droits de police, les droits relatifs au domaine public, les modes d'acquérir tels que l'expropriation, les impôts, etc..., 2° les droits de *personne privée*, droits semblables à ceux des particuliers que l'on trouve dans le Code civil ou même dans le Code de commerce; ces droits s'exercent dans des matières où l'utilité publique n'est pas au même degré en cause et n'entraînent que des obligations ordinaires; ce sont, par exemple, les droits relatifs au domaine privé, et les modes d'acquérir qui ne supposent pas la Puissance publique, ventes, échanges, dons ou legs, etc...

Les personnes administratives ont la jouissance de ces deux espèces de droits, mais dans une mesure qui demande à être déterminée :

1° *Droits de personne privée.* — Pour ce qui est des droits de personne privée, on peut admettre que les personnes administratives en jouissent sans avoir besoin d'une concession spéciale de la part de l'État et toutes de la même façon, quelle que soit l'étroitesse de leur spécialité administrative. La jouissance de ces droits est impliquée par la notion même de la personnalité juridique. La capacité de recevoir des libéralités, notamment, existe de plein droit au profit de toutes les personnes administratives, même au profit des établissements publics, et en soi, n'est point restreinte aux libéralités qui rentrent dans leur spécialité (V. p. 90 et *infrà*, v° *Dons et legs*). Quant au droit de faire des libéralités, il n'existe que sous la forme de droit à faire des subventions budgétaires qui n'ont pas le caractère des libéralités du droit civil (V. *infrà*, *Subventions*).

Les personnes administratives, en principe, ne font pas des actes de commerce et n'acquièrent pas la qualité de commerçant; par excep-

(1) Il ne s'agit ici que de la jouissance des droits au profit des personnes administratives françaises; quant à la question de savoir si les Etats étrangers et les diverses personnes administratives étrangères jouissent en France de certains droits, notamment de celui de recevoir des libéralités, nous estimons qu'elle relève du droit international. V. Merlin, *Répert.*, v° *Gens de mainmorte*, § VII, n°s 1 et 2; Lainé, *Des personnes morales en droit international privé;* L. Renault, *Journal de droit international privé*, 1875, p. 428; Weiss, *Traité de droit international privé*, 2e édit., p. 695; Ducrocq, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège*, *Revue de droit public*, 1894, p. 47; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n°s 220 et s.

Un avis du Conseil d'État du 12 janvier 1853 a posé le principe de la capacité des établissements publics étrangers pour recevoir des libéralités, et ce principe a reçu de nombreuses applications. V. Th. Tissier, *loc. cit.*

Source : BIU Cujas

tion, l'État pour l'administration de ses chemins de fer fait des actes de commerce (Cass., 8 juill. 1889, S. 90. 1. 473) et acquiert jusqu'à un certain point la qualité de commerçant (1).

Un droit privé est refusé à l'État considéré comme administration, c'est le droit de compromettre, de nommer des arbitres; l'État peut bien se soumettre à un arbitrage dans les litiges internationaux, mais non pas dans les litiges nationaux, car là il a des juges à lui, et ce serait leur donner une preuve de défiance (Cons. d'Ét., 17 mars 1893, *Comp. de chem. de fer contre ministre de la Guerre*). Il y a des exemples de compromis faits par des communes en matière de travaux publics (Cons. d'Ét., 29 juill. 1881, *Rousseau;* 16 mars 1870, *Sagnot;* 24 janv. 1872, *Clet*), mais une décision récente semble entrer dans la voie de l'assimilation des administrations locales et de l'État sur ce point (Cons. d'Et., 17 juill. 1896, *Clouzard*) « considérant qu'il n'appartient pas aux départements de déroger aux règles de compétence établies par la loi, etc. (2) ».

2° *Droits de Puissance publique.* — Pour les droits de Puissance publique la question est plus délicate. Faut-il considérer que les personnes administratives, étant au fond des membres de l'État, ont de plein droit la jouissance des droits de Puissance publique, à l'exception de certains droits *régaliens* qui seraient réservés à l'État? Faut-il faire une distinction entre les personnes administratives ayant des services multiples, ayant besoin par conséquent de plus de droits, comme le département ou la commune, et les établissements publics qui ne gèrent qu'un seul service? Conviendrait-il de faire une autre distinction suivant que les personnes administratives sont ou non décentralisées, attendu qu'il est

(1) Il ne faut pas en cette matière confondre deux questions : il y a celle de savoir si les administrations publiques peuvent transformer en des services publics des entreprises qui, si elles restaient privées, auraient le caractère commercial, c'est la question du rôle économique de l'État, il en a été parlé, p. 183, il y a aussi cette autre question : une fois une entreprise industrielle ou commerciale érigée en service public, l'administration ne devrait-elle pas accepter la qualité de commerçant et être soumise aux lois et usages du commerce? On trouvera cette question très complètement étudiée dans le *Traité élémentaire de droit commercial* de M. Thaller, 2e édit., p. 115 et s. Il semble que la nature de l'État répugne à la qualité de commerçant, outre les raisons de détail que M. Thaller relève, telles que les règles spéciales sur la responsabilité de l'État, sur la comptabilité publique, sur la compétence administrative, il me paraît y avoir une raison de principe qu'il ne désavouera pas. Si le commerce est comme il le dit et comme je le crois, essentiellement *circulation* et *mouvement* (*op. cit.*, p. 15), par suite *concurrence*, l'État au contraire n'est-il pas stabilité, immobilité relative et tout service public n'a-t-il pas tendance interne au monopole?

(2) Il convient d'ajouter que l'État fait quelquefois des arbitrages *officieux* sans compromis (par exemple, arbitrages Millerand à la suite de l'exposition de 1900). — Il ne faut pas confondre la transaction avec le compromis; les personnes administratives peuvent transiger; les ministres le peuvent au nom de l'État (Cons. d'Et., 24 déc. 1887, 17 mars 1893, *Comp. chem. de fer contre ministre de la Guerre*), les conseils généraux au nom du département (L. 10 août 1871, art. 46, n° 16), les conseils municipaux au nom de la commune (L. 5 avr. 1884, art. 68, n° 4).

Source : BIU Cujas

de la nature de la Puissance publique d'être déléguée directement par le souverain ? Faut-il au contraire considérer que les droits de Puissance publique sont une concession de l'État, et que par conséquent ils peuvent être concédés à toutes les personnes administratives, mais inégalement? La discussion approfondie de cette question très théorique serait déplacée ici, bornons-nous à constater que tout se passe pratiquement comme si ces droits étaient une concession de l'État.

Il y a des droits qui, en fait, n'appartiennent qu'à l'État, tel le droit de disposer de la force armée. La commune a des droits de police sur les citoyens. Les établissements publics ont tous le droit de faire des opérations de travaux publics, mais ils n'ont pas le droit d'exproprier. Il y a donc la plus grande bigarrure.

b) *De l'exercice des droits et de la capacité.* — Les personnes administratives n'exercent pas librement les droits dont elles ont la jouissance; à l'exception de l'État, toutes sont des incapables. La situation de toutes ces personnes se rapproche de celle du mineur émancipé. D'abord, le régime auquel elles sont soumises ressemble à celui de la curatelle, bien qu'on l'appelle dans la pratique tutelle administrative; en effet, les personnes administratives agissent par elles-mêmes comme le mineur émancipé, seulement elles ont besoin pour certains actes de l'autorisation d'un curateur qui est le plus souvent l'État. De plus, les actes pour lesquels il leur faut l'autorisation, sont à peu près les mêmes que pour le mineur émancipé. Elles ne peuvent ni aliéner leurs immeubles, ni emprunter, ni ester en justice sans autorisation, sauf de rares exceptions; elles jouissent de plus de liberté au point de vue des actes qui sont d'administration pure, ainsi le département peut passer des baux d'une durée indéterminée, la commune des baux de dix-huit ans, les hôpitaux et hospices de même, mais elles disposent de leurs revenus avec moins d'indépendance que le mineur émancipé, à cause de la nécessité de pourvoir dans leur budget aux dépenses obligatoires et d'une façon générale à cause des règles de la comptabilité publique (1).

(1) La théorie de l'incapacité en matière administrative est difficile à construire, parce qu'il y a des différences considérables entre la capacité des départements, celle des communes et celle des différents établissements publics. Certains détails seront donnés dans notre étude de l'organisation administrative, à propos des attributions des différents organes, conseil général, conseil municipal, etc.

Il est légitime d'étendre par analogie aux incapables du droit administratif, les règles du Code civil sur les incapacités, mais il faut procéder avec la plus grande circonspection. On ne saurait, par exemple, admettre au profit des départements ou des communes la règle de l'art. 2252 sur la suspension de la prescription au profit des mineurs. La minorité des départements ou des communes durant perpétuellement, cette suspension équivaudrait à une suppression de la prescription. Or, l'art. 2227 soumet formellement les personnes administratives à la prescription. On doit admettre, en revanche, que, lorsqu'une personne administrative incapable a été engagée en dehors des formes

Source : BIU Cujas

B. *Les personnes des administrés, leurs droits, leurs intérêts.* — Les administrés, ce ne sont pas seulement des individus physiques, ce sont aussi des personnes morales et même des administrations, car une administration locale, en tant qu'elle est soumise à la tutelle du pouvoir central, est administrée.

Les administrés ont des droits à faire valoir contre l'administration, ou bien ce sont des droits leur appartenant d'avance et qu'il faut que l'administration respecte, ou bien ce sont des droits qui procèdent de la gestion administrative elle-même, c'est-à-dire de la collaboration que l'administré a pu apporter au fonctionnement des services publics.

Les administrés, s'ils n'ont pas toujours des droits à faire valoir contre l'administration, ont au moins toujours des intérêts à ce que tel acte administratif ne soit pas fait ou soit rapporté; dans certains cas ces intérêts sont dits *légitimes* et ils rendent l'administré recevable à former un recours contentieux contre l'acte; dans d'autres cas ils ne sont pas légitimes et ne permettent qu'une réclamation administrative.

Cette matière des droits subjectifs et des intérêts des administrés à l'encontre de l'administration, l'une des plus importantes du droit administratif, sera étudiée à propos des actes d'administration et des recours.

et des autorisations requises, il existe à son profit une action en nullité, analogue à celle de l'art. 1305. Alors, par analogie, on doit exiger la preuve de la lésion, *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam læsus.* Rien ne s'oppose à l'application de cette maxime très sage. Même, on applique la prescription de dix ans de l'art. 1304, mais on est obligé de modifier le point de départ du délai, il est ici le jour de l'acte attaqué (Cons. d'Et., 15 juin 1877, *Ville de Chambéry* c. *Société du gaz;* Dijon, 5 juin 1884, *Gérard*, S. 86. 2. 196; Cass., 18 mai 1886, *Ville de Corte*, S. 90. 1. 514).

Source : BIU Cujas

LIVRE PREMIER

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES ACTES D'ADMINISTRATION

CHAPITRE I

DÉFINITION DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET DE SES DIFFÉRENTS MODES

L'administration publique est *l'exercice des pouvoirs et des droits des administrations publiques en vue de l'accomplissement de leur fonction* (1). — Cet exercice de pouvoirs et de droits se réalise pratiquement sous forme d'opérations et d'actes administratifs réglementés par le droit. L'étude de l'administration et des actes doit être placée avant tout autre objet, car seule, la façon dont les administrations publiques exercent leurs pouvoirs et leurs droits, donne leur véritable signification et à leur personnalité et à leurs pouvoirs juridiques.

L'administration publique se produit sous trois modes ou par trois voies, la *voie d'autorité*, la voie de *gestion publique* et la voie de *gestion privée*. Le sens général de cette division est le suivant : 1° La *voie d'autorité* est celle où la Puissance publique émet des commandements ou prend des décisions de principe qui ne sont encore conditionnées par aucun commencement d'exécution. La catégorie des décisions de principe est d'autant plus importante que l'administration publique se fait une règle de séparer autant que possible la décision et l'exécution ; il n'y a pas seulement des autorités très hautes qui prennent des décisions de principe ; les délibérations des conseils généraux ou des conseils municipaux présentent souvent ce caractère. Ce n'est pas non

(1) Sur la fonction administrative, V. p. 182.

Source : BIU Cujas

plus seulement dans les grandes affaires qu'il est pris des décisions de principe, mais dans les plus petites et même dans celles qui n'intéressent que la gestion du domaine privé; ainsi la délibération par laquelle le conseil municipal fixe les bases de la location d'une maison communale est une décision de principe qui sera exécutée ensuite par le bail signé du maire; 2° La voie de *gestion publique* et la voie de *gestion privée* présentent ceci de commun qu'elles sont toutes les deux des voies d'exécution, soit qu'il s'agisse d'exécuter des décisions de principe déjà prises par la voie d'autorité, soit qu'il s'agisse d'assurer l'exécution d'un service public ou la gérance d'un domaine privé. — Mais il y a entre ces deux modes une différence capitale : dans la voie de *gestion publique*, c'est la Puissance publique elle-même qui se charge de la besogne d'exécution et elle y conserve des prérogatives; dans la voie de *gestion privée* l'exécution s'opère par des moyens privés; il semble que la Puissance publique agisse par l'intermédiaire d'un intendant qui serait le fisc ou le domaine.

I. *De la voie d'autorité.* — C'est celle, avons-nous dit, où la Puissance publique procède par acte de commandement ou par décision de principe. Il y a au fond identité entre les deux cas en ce sens que la décision de principe est toujours un commandement; souvent, il est adressé par un organe administratif à un autre organe chargé de l'exécution, quelquefois c'est un commandement qu'un organe administratif s'adresse à lui-même, c'est-à-dire un programme qu'il se trace. En tout cas, la véritable nature de l'acte d'autorité s'affirme comme *réglementaire* (V. *infrà*, *Acte d'autorité*), et la décision réglementaire participe bien à la fois du pouvoir de commandement et de la règle de principe.

L'acte de commandement ou la décision de principe sont incompatibles avec la mesure d'exécution; tout ce qui est conditionné par les nécessités de l'exécution d'un service qui fonctionne déjà, d'une opération qui est déjà commencée, doit être placé hors de la catégorie qui nous occupe en ce moment. Dans la voie d'autorité, la Puissance publique est une force à l'état de tension qui agit par sa seule influence et par conséquent avec pleine liberté; dans la voie de gestion, c'est-à-dire dans l'exécution des services et des opérations, c'est une force en travail, engagée par cela même dans un certain mécanisme et liée dans une certaine mesure.

La voie d'autorité se caractérise par les traits suivants :

1° Dans la voie d'autorité, l'action de la Puissance publique produit des effets juridiques vis-à-vis des administrés; tantôt elle leur confère une situation avantageuse par la nomination à une fonction ou par une concession sur le domaine public, tantôt elle révoque ces situations avantageuses; mais tous ces effets juridiques n'intéressent pas des droits acquis et la volonté administrative n'est pas engagée comme elle le serait vis-à-vis de tiers. C'est-à-dire que dans la voie d'autorité *les administrés ne sont pas des tiers*, il n'y a pas de tiers, il n'y a que des

Source : BIU Cujas

sujets. Or, les intérêts des sujets ne sauraient conditionner l'action de l'autorité publique à l'état de commandement, car de deux choses l'une, ou bien les sujets sont des subordonnés qui doivent subir l'action de l'autorité, ou bien ils sont eux-mêmes (par la théorie de la souveraineté individuelle) des participants de l'autorité et ils doivent encore subir des décisions qu'ils s'imposent à eux-mêmes (1);

2° Mais si, dans la voie d'autorité, l'activité de la Puissance publique est inconditionnée vis-à-vis des tiers, elle est en revanche *conditionnée vis-à-vis d'elle-même*, par les exigences d'une sorte de moralité interne, et les préoccupations de cette moralité administrative conduisent à l'organisation de recours contentieux en annulation des actes, dont le plus important est le recours pour excès de pouvoir, et qui sont de très intéressants moyens d'*introspection* (V. *infrà*);

3° Dans la voie d'autorité on peut se demander jusqu'à quel point les actes sont l'œuvre des personnes morales administratives et jusqu'à quel point ils les intéressent ou éveillent leur responsabilité.

A mon avis, les actes d'autorité sont accomplis en partie au nom d'une Puissance publique impersonnelle et irresponsable, mais en partie aussi au nom des organes administratifs dans les attributions desquels ils rentrent et au nom des personnes administratives pour le compte desquelles ils sont faits; ils intéressent certainement les organes administratifs et les personnes morales administratives; ils n'engagent point d'une façon directe la responsabilité de celles-ci (2).

(1) Les administrés, en tant que sujets, ne peuvent tirer de droits acquis des actes d'autorité que si ceux-ci sont de ces actes réglementaires qui deviennent *sources du droit;* sur ce passage délicat de l'acte réglementaire à l'état de *source du droit*, V. p. 20, la note 1 qui, d'ailleurs, ne fait que poser la question.

(2) *a*) Que l'acte d'autorité soit en partie accompli au nom d'une puissance publique impersonnelle, c'est ce qui résulte des observations suivantes : lorsqu'un recours pour excès de pouvoir est dirigé contre l'acte, il n'y a pas de parties en causes dans l'instance, c'est l'acte en soi qui est attaqué; si l'acte est annulé, il est anéanti objectivement *ergâ omnes;* enfin le ministre a qualité pour présenter des observations sur tous les recours pour excès de pouvoir intentés contre les actes des agents soumis à sa surveillance (même si ce sont des autorités municipales), sans doute, parce qu'en sa qualité de chef de la hiérarchie, il représente la puissance publique dans son unité impersonnelle;

b) Que l'acte soit accompli en partie au nom de l'organe administratif qui prend la décision, en voici des preuves : les vices de l'acte sont considérés comme provenant de l'excès de pouvoir de l'organe; le pouvoir d'accomplir l'acte qui est dans ses attributions est considéré comme une prérogative de l'organe et si cette prérogative est lésée par une décision administrative, elle lui constitue intérêt légitime à intenter le recours pour excès de pouvoir (C. E. 6 avril 1900, *commune de Jargeau;* cfr. C. E. 8 août 1896, *Conseil général de la Guadeloupe;* 9 décembre 1898, *Saint-Léger des Fourches*); enfin la qualité de l'organe confère à l'acte une forme spéciale qui peut devenir un obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, c'est ainsi que les actes d'administration accomplis par le Parlement ont forme d'actes parlementaires et à ce titre échappent au recours (V. *infrà*); les responsabilités que les organes peu-

Source : BIU Cujas

II. *De la voie de gestion publique.* — La voie de gestion publique correspond d'une manière sensiblement exacte aux *mesures d'exécution des services publics et des opérations administratives* et aux *situations qu'engendre l'exécution*, avec cette observation essentielle que c'est la Puissance publique elle-même qui procède à l'exécution en conservant des prérogatives. Ainsi que nous l'avons dit plus haut, la Puissance publique y est envisagée comme une force en travail (en travail d'exécution), tandis que dans la voie d'autorité elle est envisagée comme un pouvoir ou acte; ou bien encore dans la voie de gestion, la Puissance publique est envisagée comme une volonté qui passe à l'exécution de ses décisions, qui les projette dans les difficultés du commerce juridique extérieur, les soumettant aux exigences de celui-ci et à la critique des droits des tiers, tandis que dans la voie d'autorité elle est envisagée comme une volonté qui retient encore en elle-même des résolutions exécutoires et ne les soumet qu'à sa propre introspection (1).

vent encourir à raison des actes qu'ils font sont de deux ordres : purement disciplinaires si les actes contiennent un fait de service, judiciaires et pécuniaires s'ils renferment un fait personnel (V. *infrà*);

c) Que l'acte d'autorité soit accompli en partie au nom de la personne morale administrative, c'est ce qui résulte de ce fait que si l'acte est attaqué par un recours pour excès de pouvoir, la personne administrative, dont l'organe a fait l'acte est admise à intervenir dans l'instance parce qu'elle a intérêt à ce qu'il soit maintenu. Cette matière de l'intervention des personnes administratives dans les instances sur recours pour excès de pouvoir est encore incomplètement étudiée et même incomplètement élaborée par le Conseil d'État; — C'est surtout à propos d'arrêtés municipaux de police que la question s'est posée : V. comme admettant l'intervention : C. E. 24 mars 1893, *Routiou;* C. E. 9 août 1893, *Chambre syndicale de voitures de place de Paris;* 22 mai 1896, *Carville;* 27 janvier 1899, *Tarral;* 8 août 1899, *Burgat;* 9 mars 1900, *Boucher d'Argis.* — Comme arrêts dissidents, V. C. E. 18 mars 1898, *Noualhier;* 27 janvier 1899, *Société des chemins de fer sur routes d'Algérie;* 5 mai 1899, *Cook;* 17 nov. 1899, *Cestier.* Le Conseil d'État cherche à élaborer une distinction entre les intérêts qui justifient l'intervention de la personne administrative et ceux qui ne la justifient pas. Mais si les actes d'autorité intéressent les personnes morales administratives c'est un principe qu'ils n'entraînent pas leur responsabilité pécuniaire (V. *infrà*, *Théorie des indemnités*).

(1) Présentée comme une opposition entre les résolutions internes qui ne relèvent que de l'autonomie de la conscience et les mesures d'exécution qui subissent forcément les exigences du commerce juridique extérieur, la distinction de la voie d'autorité et de la voie de gestion peut s'autoriser du patronage d'Ihering. En effet, dès le début de son ouvrage sur la *Doctrine des buts* (*Zweck im Recht*), le célèbre jurisconsulte, voulant établir que les actes des hommes obéissent à la loi de finalité (loi du but), est bien obligé cependant de concéder que la loi de causalité exerce aussi sur eux son empire. Pour concilier ces deux faits, dont l'un implique autonomie de la volonté, dont l'autre implique enchaînement de la volonté par un mécanisme, il a recours à cette distinction très heureuse entre la décision exécutoire et la mesure d'exécution (p. 15 de la traduction française). L'ouvrage d'Ihering contient d'ailleurs d'abondants développements sur le mécanisme du commerce juridique et sur ce fait qu'une volonté qui passe à l'exécution de ses décisions est *obligée d'accepter des concours*, de subir la loi de la réciprocité, du donnant donnant, la loi du titre onéreux. Voici le passage principal : « Le « travail interne de l'acte a pour conclusion la *résolution*, la volonté ne délibère plus,

Source : BIU Cujas

1° Le signe extérieur qu'une situation créée par l'activité de la Puissance publique est une situation de gestion publique, c'est que la Puissance publique y apparaît comme exécutant un service public ou une opération et qu'elle y accepte des concours. L'acceptation de concours par la Puissance publique, dès qu'elle procède à une mesure d'exécution, sera révélée par quelques analyses :

a) La situation de gestion s'établit en fait par l'exécution *régulière* des services publics et cela vis-à-vis de trois catégories de personnes : 1° vis-à-vis des fonctionnaires qui sont certainement des collaborateurs de la personne administrative dans l'œuvre commune de l'exécution des services; 2° vis-à-vis des entrepreneurs d'opérations administratives ou des concessionnaires de l'exploitation de certains services publics tels que compagnies de chemins de fer, de tramways, d'éclairage au gaz ou à l'électricité qui sont certainement aussi des collaborateurs, qui ont fourni leurs capitaux, leurs connaissances techniques, qui se sont chargés des risques, etc. (1); 3° vis-à-vis des administrés, qui sont eux aussi des

« l'irrésolution a cessé et à ce dernier état se rattache l'exécution de la décision prise, le « fait. Par le *fait*, la volonté fait irruption dans le domaine du monde extérieur et se place « *sous l'empire de ses lois*. A la loi de finalité se substitue désormais pour elle la loi « de causalité. Non seulement elle ne peut abolir cette loi, mais elle a besoin de son « *concours* pour se réaliser elle-même ». Et, plus loin, cette image saisissante : « Le fiancé qui prononce le oui à l'autel a besoin (pour que sa résolution s'exécute) que les vibrations de l'air le portent à l'oreille du prêtre », c'est-à-dire qu'il a besoin du concours du monde extérieur.

En 1899, au moment où j'ai organisé ma théorie de la gestion administrative, j'ignorais cette partie de la doctrine des buts qui n'avait pénétré en France par aucune analyse, sans cela je me serais immédiatement couvert de l'autorité d'Ihering. Celui-ci de son côté n'a pas connu le développement de notre droit administratif français, sans quoi il n'eût pas manqué de signaler l'admirable vérification de sa théorie qui s'y manifeste : d'un côté, l'acte d'autorité uniquement soumis à l'empire des buts et à la loi de la finalité administrative, donnant lieu à des recours qui ne sont que des moyens d'introspection, parce qu'il n'est qu'une décision exécutoire prise; d'un autre côté, l'acte de gestion soumis à la loi de causalité et aux exigences du commerce juridique, donnant lieu à des recours qui procèdent des droits des tiers parce qu'il est une mesure d'exécution projetée au dehors.

Au reste, tout en profitant des avantages que me fournit la rencontre de mes idées propres avec celles d'Ihering, et par exemple en m'emparant de l'expression de « commerce juridique » qui rend très heureusement l'espèce de servitude où tombe la puissance publique par cela seul que, pour l'exécution de ses opérations, elle est obligée d'accepter des concours, je tiens à faire une observation. Ce n'est pas ici le lieu de discuter la doctrine des buts, mais pour quiconque l'a étudiée d'un peu près, il est évident que son point faible est de n'avoir vu dans les droits que des *intérêts*, alors qu'ils sont essentiellement des *pouvoirs*. Je suis heureux de constater ici que la même doctrine qui m'avait conduit à établir la distinction de la voie d'autorité et de la voie de gestion (broch. *La gestion administrative*, 1899) m'avait conduit aussi à maintenir la notion que les droits sont des pouvoirs (*Leçons sur le mouvement social*, 1899), ce qui permet de comprendre que, même dans la voie de gestion, les droits de la Puissance publique conservent des *prérogatives*.

(1) V. apparaître la situation de gestion vis-à-vis d'un permissionnaire d'éclairage

Source : BIU Cujas

collaborateurs parce qu'une administration régulière serait impossible sans certains concours actifs des administrés (1) ;

b) Il y a acte de gestion dans des hypothèses tellement nombreuses qu'il faut procéder par catégories : 1° *gestion par contrat*. Les contrats administratifs passés pour le fonctionnement des services publics, tels que les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures de l'État, les marchés d'éclairage au gaz, etc., sont par eux-mêmes des actes de gestion publique parce qu'ils impliquent la collaboration spéciale d'un entrepreneur, d'un fournisseur (2); 2° *gestion par argent*. Toutes les décisions administratives qui statuent sur une dette d'argent contractée à l'occasion de l'exécution des services publics, sont par elles-mêmes signe d'une collaboration spéciale, il s'agit de quelque concours que la

électrique, justement parce qu'il assure un service public dans C. E. 10 juillet 1896, *Colette*, 2e espèce, et dans les conclusions de M. Romieu sous C. E. 30 mai 1902, *Ville de Bar-le-Duc*, *Gaz. Trib.*, 11 juin 1902.

(1) Il est vrai de dire que l'exécution des services publics est une entreprise coopérative à laquelle participe l'ensemble des administrés et dont la puissance publique n'est que le gérant : 1° les organes de l'administration publique n'administrent point dans leur propre intérêt, mais dans celui du pays; 2° Cette coopérative d'administration fonctionne grâce aux cotisations des administrés qui ne sont autres que les *contributions publiques*, c'est-à-dire des contributions à l'œuvre administrative; 3° Le budget alimenté par les contributions des administrés sert à son tour à procurer la collaboration des fonctionnaires, des entrepreneurs et concessionnaires de travaux publics, des fournisseurs et, grâce à ces collaborations spéciales, les services s'exécutent; 4° Enfin l'exécution même des services pour être régulière demande le concours constant des administrés. Il y a là un postulat dont il faut bien comprendre la force. Tout service public organisé dans une administration bien ordonnée doit s'exécuter *régulièrement*, or, cette régularité dans l'exécution n'est possible qu'avec le concours des administrés. Si le public ne venait pas aux guichets des bureaux, s'il ne faisait pas des kilomètres pour apporter au percepteur le montant des contributions, s'il ne venait pas de lui-même s'offrir aux formalités, aux recensements, aux prestations, à la conscription; si dans l'ensemble il se montrait un réfractaire au lieu d'être un auxiliaire, la régularité dans l'exécution des services serait impossible. Il y aurait encore une administration, mais elle serait désordonnée, chaotique, rudimentaire. Lorsque le sultan du Maroc, à la tête de ses troupes, va lever les impôts sur les tribus rebelles, c'est peut-être de l'administration qu'il fait, à coup sûr ce n'est pas de l'administration *régulière*. Il y a une différence entre l'administration qui procède par coups de force et celle qui s'exécute paisiblement et régulièrement, elle provient de ce que dans le premier cas il y a effort isolé du pouvoir, et dans le second cas effort combiné, coopération des administrés.

(2) Souvent même des services publics s'exécutent par des contrats passés avec des individualités prises dans le public, toute lettre jetée à la poste conclut un contrat de transport; tout versement à la caisse d'épargne postale conclut un contrat de dépôt; toute inscription d'un enfant dans un lycée conclut un contrat d'éducation, etc... J'ai étudié ces petits contrats que j'ai appelés *contrats de guichet* dans une note de Sirey, 1900. 3. 81. Ils sont en principe *administratifs* à titre de moyens de gestion, mais les textes ont établi de nombreuses exceptions au principe, par exemple en matière de postes, de chemins de fer de l'État... le transport des colis postaux est demeuré jusqu'ici sous l'empire du principe et donne lieu à un contentieux administratif (C. E. 28 déc. 1894, *Bourgeois*, S. 96. 3. 113),

Source : BIU Cujas

Puissance publique s'est procuré à prix d'argent. La gestion argent se rattache quelquefois à la gestion par contrat, mais elle peut aussi être relative à des situations qui se sont créées sans contrat, par exemple à la situation des fonctionnaires ou à la levée des impôts. Les actes de gestion argent sont des rôles d'impôt, des reconnaissances de dettes ou des liquidations de dettes, de traitements, de pensions, etc.; 3° *gestion par bons offices*. Dans cette hypothèse, les rôles ordinaires des collaborateurs sont renversés. En principe, la Puissance publique joue le rôle principal et les administrés fournissent un concours secondaire; mais il arrive aussi que le rôle principal appartienne aux administrés et que la Puissance publique prête ses bons offices. Les exemples de cette gestion sont nombreux. Le cas le plus intéressant est peut-être celui de l'élection; dans l'élection l'acteur principal est l'électeur, le souverain, l'administration ne fait que prêter ses bons offices pour assurer la régularité de l'opération (V. *infrà*, *Théorie des élections*). Je signalerai encore l'intervention de l'administration dans la matière des ateliers dangereux, insalubres, etc., dans celle des associations syndicales autorisées, etc.

2° Dans la voie de gestion l'action de la Puissance publique est essentiellement *conditionnée;* elle l'est *vis-à-vis d'elle-même* par des actes d'autorité antérieurs qui, étant réglementaires, ont posé le principe des opérations qui s'exécutent actuellement, car en fait l'administration commence toujours par poser des décisions de principe avant de procéder à l'exécution; mais elle est encore *conditionnée vis-à-vis des tiers*, car le fait qu'elle accepte des collaborations et des concours, la force à tenir compte des intérêts de ses collaborateurs qui apparaissent, non plus comme des sujets, mais comme des tiers.

Il suit de là que les actes de gestion pourraient donner lieu à un double contentieux : *a*) ils pourraient, comme les actes d'autorité, être examinés au point de vue de leur finalité propre (vice de formes, illégalité et autres variétés d'excès de pouvoir) et donner lieu à un contentieux de l'annulation (1); *b*) ils donnent lieu surtout à un contentieux de pleine juridiction où ils sont examinés au point de vue des droits acquis conférés aux tiers, c'est-à-dire où ils sont confrontés avec les nécessités du commerce juridique. — Dans la réalité des choses, le contentieux de l'annulation disparaît ici à raison de son caractère subsidiaire, et parce que les

(1) Ceci explique que le Conseil d'État admette des recours pour excès de pouvoir contre des actes qui sont en réalité des actes de gestion, mais contre lesquels il n'aperçoit pas de recours parallèle derrière lequel le recours pour excès de pouvoir doive disparaître (V. annulation de décisions de préfets rendues sur des litiges entre communes au sujet de redevances de permis de chasse, C. E. 24 mars 1899, *Messey-sur-Seine;* 17 nov. 1899, *commune de Marguerittes*. — Annulation de décisions de préfet rendues sur un litige pécuniaire entre communes récemment séparées, C. E. 15 déc. 1899, *commune de Gentilly*).

Source : BIU Cujas

moyens sur lesquels il repose peuvent être aussi bien invoqués dans le contentieux de la pleine juridiction ;

3° Dans leur nature intime, les situations résultant de la *gestion publique* sont l'expression d'un *commerce juridique spécial* établi entre la Puissance publique et ses collaborateurs, en vue de l'exécution des opérations administratives et fortement dominé par la préoccupation du but administratif. — Ce commerce juridique ne doit pas être confondu avec celui du droit privé dans lequel les parties en présence sont sur pied d'égalité et n'ont d'autre but commun que de réaliser la vie civile. — Le commerce juridique de la gestion administrative se caractérise, au contraire, par ce fait que les parties en présence sont sur pied d'inégalité, la Puissance publique jouissant pour la réalisation de ses droits de prérogatives exorbitantes (V. *infrà*, *Le privilège de l'exécution préalable*), et par cet autre fait que le but commun est la réalisation du service public ou du bien public. Son effet propre est de créer des situations favorables à l'éclosion de droits de nature administrative et de déterminer l'organisation d'un contentieux de pleine juridiction spécialement administratif, par application de cette loi historique que toute forme spéciale de commerce juridique engendre un contentieux spécial (1) ;

4° Mais si la situation de gestion crée une atmosphère favorable à l'éclosion de droits administratifs et une possibilité de contentieux, les droits acquis n'y sont engendrés que par des faits qui viennent s'y produire et qui sont les sources ordinaires des droits, d'après le droit commun. On peut classer ces sources en contractuelles et non contractuelles ;

Des contrats interviennent pour l'exécution des services publics, non seulement entre une administration publique et des collaborateurs privés, par exemple dans les marchés de travaux publics ou de fournitures ou dans les *contrats de guichet* signalés à la page 206, mais encore entre administrations publiques qui nouent des *ententes* ou des *accords* (2). Ces contrats reçoivent de leur but adminis-

(1) Sur cette loi historique, V. ma brochure *La gestion administrative*, p. 33 et s., p. 47. — Sur l'atmosphère favorable à l'éclosion des droits administratifs créée par la situation de gestion, V. l'exemple qui sera donné à propos de l'*opération de travaux publics*.

(2) Il ne faut pas se dissimuler que depuis la décentralisation administrative l'exécution des services publics est devenue souvent le résultat d'une coadministration, c'est-à-dire que beaucoup d'opérations sont faites et beaucoup de services sont organisés de compte à demi entre l'État et le département, l'État et la commune, le département et la commune, ou même par la participation des trois administrations, comme par exemple il en est du service de l'assistance médicale à domicile (V. p. 83). Cette coadministration a été souvent établie par la loi et alors elle se traduit par des contributions budgétaires dues par l'une des administrations à l'autre, mais elle peut aussi s'établir d'une façon volontaire, il se produit entre administrations des pourparlers et des tractations qui aboutissent à des accords. Pour les faciliter entre départements et entre communes

Source : BIU Cujas

tratif une empreinte très spéciale (V. *infrà*, *Concession de travaux publics*, principe d'interprétation).

Dans les situations non contractuelles il convient de sous-distinguer : 1° il est intervenu des *dispositions réglementaires* qui déterminent les droits et obligations des parties ; ces dispositions réglementaires sont elles-mêmes de deux espèces ; ou bien ce sont des lois ou des règlements généraux, véritables sources du droit (par exemple la loi du 9 février 1853, le R. du 9 novembre 1853 reconnaissant le droit à pension des fonctionnaires) ou bien ce sont des décisions réglementaires administratives de nature à n'obliger que l'administration, mais qui l'obligent en effet ici parce qu'elles interviennent dans une situation de gestion ; telles sont les allocations budgétaires votées, sur la foi desquelles il a été rendu des services à une

les lois ont autorisé des conférences interdépartementales et intercommunales. Il faut signaler aussi une institution de coadministration importante organisée par la loi du 22 mars 1890, le syndicat de communes. Les accords administratifs mériteraient d'être étudiés plus qu'ils ne l'ont été jusqu'à présent, seulement les documents de jurisprudence manquent parce que ces accords ont donné lieu à très peu de difficultés contentieuses. Voici quelques indications :

1° Les accords administratifs, étant passés entre administrations publiques pour la gestion des services publics, sont naturellement de la compétence des tribunaux administratifs et entraînent un contentieux de pleine juridiction (C. E. 11 février 1898, *Nouvelle-Calédonie*), d'ailleurs ils n'ont pas besoin d'être formels, le juge peut les induire de ce que certaines prestations sont la *contre-partie* l'une de l'autre et constituent ainsi un *do ut des* (*eod.*) ;

2° Il y a lieu de distinguer les accords qui se traduisent par une simple contribution pécuniaire et ceux qui entraînent la gestion en commun d'un service ; les premiers sont toujours possibles, les seconds ne le seraient peut-être pas toujours ;

3° Au point de vue de la forme, il est bon de savoir que les accords administratifs sont souvent annexés à des actes de l'autorité supérieure, par exemple à des décrets qui ont approuvé l'organisation du service ou l'exécution de l'opération faite en commun ; ces actes de l'autorité supérieure ont une vertu réglementaire et il peut arriver qu'ils contribuent, avec la situation de gestion créée, à soutenir l'organisation du service lorsque l'accord a cessé. Cela n'est pas douteux lorsque ces accords constituent des offres de concours à des travaux publics ; de même pour les contributions établies par la loi (C. E. 3 févr. 1893, *ville de Paris et consistoires*, indemnités de résidence aux ministres du culte ; — C. E. 20 avr. 1894, *département de la Seine*, *Id.*, 30 nov. 1894 ; avis C. E. 16 mars 1897, contributions et actions récursoires entre départements et communes pour le service des aliénés et celui de l'hospitalisation des malades). Cela doit évidemment être étendu à tous les accords administratifs, par exemple aux traités passés entre l'Etat et des villes à l'occasion de l'établissement d'une Université, d'une Faculté, de la fondation d'une chaire, etc.

La gestion en commun d'un service peut ne pas toujours être réalisable ou elle peut ne l'être que sous une certaine forme ; ainsi la gestion de services intercommunaux n'est possible que par le *syndicat de communes;* la gestion de services interdépartementaux serait-elle réalisable ? Cela est douteux, du moment que la loi n'a pas créé de syndicats de départements analogues aux syndicats de communes. Mais, par exemple, il existe des syndicats de fabriques et de consistoires pour la gestion du service des pompes funèbres V. C. E. 20 janvier 1899, *Pompes funèbres c. ville de Paris*, S. 99. 3. 113 et la note.

Source : BIU Cujas

administration par un tiers (1); 2° il n'est pas intervenu de disposition réglementaire, mais on trouve dans la situation les éléments de quasi-contrats tels que la *gestion d'affaire* ou le *paiement de l'indû* ou bien les éléments de l'*in rem versum* ou de l'enrichissement sans cause. Quelquefois ces éléments sont isolés, souvent ils sont combinés (2). Quelques développements sur le cas de la gestion d'affaire ne seront pas inutiles, d'autant que tantôt l'administration peut être considérée comme gérant l'affaire de ses administrés, tantôt, à l'inverse, un fonctionnaire ou un administré aura géré l'affaire de l'administration.

Des cas où l'administration sera considérée comme gérant d'affaires. — Toutes les fois que l'administration publique sera envisagée comme ayant pris la charge de l'exécution des services publics, elle sera le gérant d'une affaire commune, car, d'une part, l'exécution des services publics est une entreprise commune qui intéresse également tous les administrés (c'est la chose publique, c'est-à-dire la chose des administrés aussi bien que de l'administration); d'autre part, elle a assumé cette charge sans mandat, de sa propre initiative (3). Dans ces conditions, elle endosse l'obligation de continuer la gestion commencée et celle d'indemniser pour les dommages causés par sa faute. La combinaison de ces deux obligations aboutit à la responsabilité de l'administration pour les irrégularités et les accidents dans le service (l'irrégularité dans le service étant au fond un défaut de continuation du service), là est le fondement principal de la très importante théorie des indemnités pour faits de service (V. *infrà*, *Théorie des indemnités*).

Des cas où des individualités sans mandat ont géré l'affaire de l'administration (4). — Les affaires administratives sont gérées d'ordinaire par des

(1) C. E. 22 juin 1888, *Ville de Biarritz;* 26 février 1892, *Commune de Lion-sur-Mer;* 8 avril 1892, *Commune de Rennes*, 24 février 1896, *Ville de Narbonne;* cfr. 11 février 1898, *Nouvelle-Calédonie.* — Le Conseil d'État ne considère l'engagement comme valable que pour l'année budgétaire (*Ville de Biarritz*, précité et 1er juin 1900, *Dame Moreau*).

(2) Les réclamations en matière de contributions directes sont fondées sur le paiement de l'indû : de là cette règle singulière au premier abord que le contribuable indûment taxé doit payer avant de réclamer, de façon à créer l'indû. — Dans l'opération de travaux publics, il y a la combinaison de la gestion d'une affaire commune entreprise par l'administration et du principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, car les résultats de l'opération doivent être une plus-value également reversée sur tous; l'opération de travaux publics doit à cette combinaison de principes sa nature extraordinairement riche comme source de droits pour les administrés (V. *infrà*, *Opération de travaux publics*).

(3) On peut bien dire d'une certaine façon des administrateurs qu'ils sont des mandataires, mais on ne saurait le dire de l'administration publique; considérée comme organe de l'État accomplissant une fonction sociale primordiale, elle n'est pas un mandataire; elle prend réellement l'initiative de ses services, souvent il faut qu'elle les impose aux administrés. Particulièrement, dans un pays à Puissance publique comme le nôtre, cette Puissance publique revendique hautement ses initiatives et en accepte les responsabilités qui sont la contre-partie de ses prérogatives.

(4) Michoud, *De la gestion d'affaires appliquée aux services publics*, *Rev. d'adm.*, 1894,

Source : BIU Cujas

autorités agissant au nom des administrations publiques en vertu de délégations de la Puissance publique, suivant de certaines procédures, elles sont donc gérées par mandat. Cette organisation est logique dans un régime d'État où toute fonction publique est exercée par commission de la Puissance publique, mais ce régime a ses insuffisances et ses imperfections. D'une part, les délégués de la Puissance publique peuvent se trouver en fait, en de certaines occasions, notoirement inférieurs à leur tâche et laisser en souffrance des affaires administratives, d'autre part des affaires exceptionnelles et urgentes peuvent demander à être accomplies en dehors des formalités. Ne convient-il pas d'admettre que si, dans ces occasions exceptionnelles, des individualités sans mandat, c'est-à-dire sans délégation de la Puissance publique ou agissant en dehors de leur délégation, prennent l'initiative de gérer quelque affaire administrative, non seulement cette intervention ne constituera pas un délit, mais elle sera de nature à obliger l'administration à certains remboursements ?

A supposer que cette gestion d'affaire administrative paraisse admissible, il faudra déterminer exactement la nature de l'affaire gérée, afin d'en déduire la compétence de la juridiction qui sera chargée du contentieux. Cette affaire pourra être relative à l'administration d'un bien du domaine privé, auquel cas la gestion d'affaire paraît bien conserver son caractère de quasi-contrat du droit privé avec compétence des tribunaux civils. Mais l'affaire gérée pourra aussi être relative à l'exécution d'un service public (paiement d'une contribution de guerre ou d'une réquisition, passation d'un marché de fourniture, exécution d'un travail public, etc.), l'affaire gérée dès lors sera moins une propriété administrée que l'*exécution d'un service public assurée* à la décharge de la Puissance publique et la gestion d'affaire apparaîtra comme une variété de la gestion administrative, c'est-à-dire comme relative à cette entreprise d'administration dont la Puissance publique a la direction et dont le contentieux appartient, essentiellement, aux tribunaux administratifs (V. p. 206, note 1 et p. 210) (1).

Quelques exemples montreront combien cette matière de la gestion d'affaire est pratique et dans quelles hypothèses variées la question peut se poser : 1° l'hypothèse la plus simple est celle où un tiers, qui n'est en aucune façon une autorité administrative, fait une dépense qui sera utile à une administration publique et veut recouvrer sa dépense, par exemple un habitant de la commune a payé une contribution de guerre

t. II, p. 5 et 146 ; Marquès di Braga, *Traité de la comptabilité de fait*, nos 14 et s. ; note sous Cass., 6 juin 1893, S. 95. 1. 185.

(1) L'individu sans mandat aura fait l'affaire de l'administration en tant que celle-ci doit assurer l'exécution des services publics, c'est-à-dire une affaire dont l'administration *est chargée* (sur ce genre de gestion d'affaire, Cfr. Pothier, du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Sect. I, art. 1er, no 171). — Sur la question de compétence, V. Cass., 6 juin 1893, *Fabrique de Maroué*, S. 95. 1. 185 et la note.

Source : BIU Cujas

à la décharge de la commune, un usinier a fait construire à ses frais un pont sur un chemin vicinal et actionne la commune en remboursement; 2° Une hypothèse déjà plus compliquée, est celle où une autorité administrative a engagé seule une dépense qu'elle n'a pas le droit d'engager; par exemple, un maire a passé seul un marché pour lequel il eût dû y avoir décision du conseil municipal ; le fournisseur ou l'entrepreneur du travail pourra-t-il se faire payer par la commune? Ou bien s'il a poursuivi le maire, celui-ci, après avoir payé de ses deniers, pourra-t-il intenter une action récursoire contre la commune? 3° Voici une hypothèse plus compliquée encore, mais singulièrement pratique : un administrateur, un maire, par exemple ayant soustrait une certaine quantité de deniers à la comptabilité de la caisse municipale, emploie cette somme d'une façon utile pour la commune; sa gestion occulte est découverte, en vertu des principes sur la comptabilité de fait, il devient comptable des deniers dissimulés, c'est-à-dire, qu'il doit rendre intégralement la somme (V. *infrà*, v° *Comptabilité*); ne peut-il pas invoquer à titre d'exception, la gestion d'affaire, et se faire décharger de l'obligation de restituer dans la mesure où les deniers auront été utilement employés pour la commune? 4° Enfin, voici une hypothèse tout à fait intéressante, une autorité supérieure chargée de la tutelle d'une administration inférieure dépasse légèrement ses pouvoirs de tutelle, par exemple un préfet donne l'ordre de continuer des travaux communaux que la commune voulait arrêter (C. E. 12 mai 1892, *Commune de Longpré*. Cfr., C. E. 20 janvier 1899, *Pompes funèbres*, S. 99. 3. 113 et la note).

La doctrine est divisée sur la question de savoir si le principe de la gestion d'affaire doit être appliqué dans ces diverses hypothèses, la jurisprudence s'est aussi montrée un peu indécise. Ces hésitations proviennent en partie d'une confusion entre les *dettes administratives* et les *dépenses publiques;* il est clair que l'engagement qui résulte de la gestion d'affaire, se produisant en dehors des règles de la comptabilité, ne saurait se présenter *de plano* comme une dépense publique, mais il est source de dette, car nous verrons que des dettes peuvent parfaitement naître hors budget et que la dette peut ensuite être transformée en dépense (V. *infrà*, v° *Dépense publique*). En partie aussi les hésitations proviennent d'une préoccupation plus haute, qui se rattache aux plus graves problèmes du Droit public : le régime d'État, le système représentatif, le système des délégations de la Puissance publique, ne doivent-ils pas être fortifiés d'une présomption d'infaillibilité, ne serait-il pas dangereux d'admettre à ce mécanisme des suppléances? A mon avis, il n'est jamais dangereux de rentrer dans la vérité des faits, la fiction à outrance au contraire serait périlleuse, or, il est bien clair que le mécanisme du régime d'État n'est pas infaillible, cela peut être la moins mauvaise des organisations sociales, ce n'est pas une raison pour qu'elle soit parfaite. Par conséquent, même sous le régime d'État, il est bon de pré-

Source : BIU Cujas

voir des suppléances destinées à parer à l'insuffisance du mécanisme représentatif en face des besoins sociaux urgents. Dans ces dernières années, d'ailleurs, la jurisprudence semble s'être orientée vers l'application du principe de la gestion d'affaire. On peut invoquer en ce sens des décisions de toutes les juridictions intéressées : de la Cour de cassation (Cass. req., 15 juill. 1873, *Commune de Saint-Chinian*, conclusions, de M. Reverchon; Cass. req., 19 déc. 1877, *Commune de Bordeaux*, conclusions de M. Dareste); du Conseil d'État (16 mai 1879, *Lefèvre;* 19 mai 1882, *Commune de Berlancourt;* 13 avr. 1883, *Philippon;* 15 févr. 1889, *Lemaire;* 13 mai 1892, *Commune de Longpré;* 20 janv. 1899, *Pompes funèbres* c. *ville de Paris*, S. 99. 3. 113 et la note); enfin du Tribunal des conflits (26 juin 1880, *Valette;* 15 janv. 1881, *Dasque*) (1).

La doctrine et la jurisprudence hésitent aussi sur la question de savoir si, en admettant le principe d'une obligation pour les administrations publiques, on ne devrait pas baser cette obligation sur l'*in rem versum*, qui n'oblige à rembourser que ce dont le maître de la chose s'est enrichi, plutôt que sur la gestion d'affaire qui oblige au remboursement de tous les frais exposés par le gérant si en soi la gestion a été utile (V. surtout sur ce point, Michoud, *op. cit.*). Sans avoir de parti bien arrêté, il nous semble que l'on trouve réunies toutes les conditions de la gestion d'affaire et que l'on peut en appliquer les règles (2).

3° Dans la voie de gestion publique, la Puissance publique agit au nom d'une personnalité administrative, doit être considérée comme la volonté même de celle-ci, et engage sa responsabilité. En d'autres termes, dans la gestion des services publics, la Puissance publique est personnifiée, cela tient à ce qu'elle est entrée en commerce avec ses administrés, et à ce que la personnalité juridique fait partie de la technique obligatoire du commerce juridique. A la vérité, la Puissance publique est ici une personnalité privilégiée, dont les volontés sont plus efficaces que celles des simples particuliers; d'une part, ses décisions sont exécutoires par elles-mêmes et réalisent ses droits sans le concours des tribunaux plus que ne le peuvent les décisions de simples particuliers (V. *infrà*, *Privilège de l'exécution préalable*); d'autre part, en principe, elle ne peut être menée en justice qu'en vertu de ses propres décisions, c'est-à-dire que le contentieux ne peut être créé contre elle que par un

(1) Il est vrai qu'il pourrait y avoir là une cause de désorganisation pour les finances publiques, si la pratique des gestions d'affaire se généralisait, mais il y a deux sauvegardes, l'une la compétence de la juridiction administrative pour l'appréciation de l'utilité de la gestion, l'autre, la lenteur que l'administration met à payer ses dettes et qui est suffisante pour décourager les gestions imprudentes.

(2) Suivant une remarque très juste de M. Michoud (*op. cit.*, p. 115), l'*in rem versum*, n'intéresserait que la personne privée des administrations puisqu'il se limite à l'enrichissement, tandis que la gestion d'affaire qui implique appréciation de l'utilité de l'opération administrative, intéresse la puissance publique. — Cfr. pour l'*in rem versum*, C. E. 14 février 1873, *Cibille*.

Source : BIU Cujas

acte d'administration (V. *infrà*). Mais, ces réserves faites, et elles tiennent à ce que la procédure de l'administration est essentiellement une procédure d'actes juridiques, il convient de reconnaître franchement la personnification de la Puissance publique dans la voie de gestion publique, d'autant qu'elle entraîne sa responsabilité pécuniaire (1).

III. *La voie de gestion privée.* — Il existe un troisième mode d'administration dans lequel la préoccupation du service public n'apparaît plus au premier plan, mais disparaît au contraire derrière la gestion d'un domaine privé ou se transforme en la gestion d'une sorte d'entreprise privée. Cette sorte répond : 1° Au besoin qu'éprouvent les administrations publiques comme tous les organismes d'exister pour soi et non pas seulement pour le public; 2° au besoin qu'éprouvent les mêmes administrations de se procurer des ressources financières par tous les moyens possibles, même par des moyens privés, par l'exploitation d'un domaine privé ou par celle de monopoles fiscaux dont les produits viendront s'ajouter dans le Trésor public au produit des impôts. Dans cette voie, l'Administration tend à se personnifier sous le nom de fisc, qui symbolise bien en effet la double tendance au fonctionnement égoïste et à la fiscalité. Elle se conduit comme une personne privée, elle use des moyens du commerce juridique privé sans jouir en principe d'aucune prérogative ; spécialement elle est soumise à la juridiction des tribunaux ordinaires. Mais il faut bien noter que cette voie n'est comme la précédente qu'une voie d'exécution, les actes domaniaux ou fiscaux présupposant des décisions de principe qui sont des actes d'autorité.

IV. *Importance respective de la voie de « gestion publique » et de la voie de « gestion privée ».* — Actuellement et pour des raisons historiques, la gestion publique et la gestion privée se partagent d'une façon très peu rationnelle le vaste champ des opérations des services publics. Il convient de distinguer à cet égard les services d'État et les services locaux.

L'exécution des services d'État est obtenue, dans une très large mesure, par la voie de la gestion publique. L'exécution des services y crée par elle-même une situation de gestion dans laquelle naît une responsabilité de l'État, pécuniaire mais purement administrative ; la situation des fonctionnaires y est administrative, les principales opérations juridiques né-

(1) Il y a un intérêt majeur, il s'agit de fonder la responsabilité pécuniaire de l'administration dans l'exécution des services publics malgré ses prérogatives et comme contre-partie des prérogatives. Nous savons déjà que cette idée rencontre de vives résistances; beaucoup de gens ne conçoivent la personnalité juridique que si elle est ramenée à la mesure médiocre de la personnalité civile contemporaine. Ils oublient que la personnalité juridique d'un *paterfamilias* qui avait droit de vie et de mort sur ses esclaves, prison privée pour ses débiteurs, qui se faisait justice à lui-même par la *manus injectio*, était singulièrement plus haute que celle d'un citoyen français subordonné à la fois à la loi et au juge. Ne saurait-on admettre que la Puissance publique moderne a conservé quelques-uns des privilèges de la puissance privée des vieux Romains et que ces privilèges se rattachent à sa personnalité comme ils se rattachaient à la leur?

Source : BIU Cujas

cessaires à l'alimentation des services publics, marchés de travaux publics et marchés de fournitures, emprunts et paiements de dettes, y sont également administratives et entraînent un contentieux administratif. Le rôle de la gestion privée en ce qui concerne l'État est restreint, elle ne se hausse point à l'exécution des services publics, elle se borne à fournir des ressources budgétaires (par le domaine, les monopoles, les dons et legs).

Au contraire, dans l'administration départementale et communale, la gestion privée se hausse jusqu'à l'exécution des services publics. On se trouve en présence de cette contradiction que l'exécution des services publics y est en principe considérée comme une affaire privée, bien qu'il s'y révèle des prérogatives de la Puissance publique. Notamment la responsabilité du département ou de la commune pour les faits dommageables est privée du ressort des tribunaux judiciaires; les opérations qui alimentent les services publics sont en principe des opérations privées, ainsi en est-il des marchés de fournitures, des emprunts, du paiement des dettes. Les mêmes opérations sont donc *administratives* quand elles sont faites pour le compte de l'Etat, *privées* lorsqu'elles le sont pour le compte du département ou de la commune. Cette distribution irrégulière des deux modes d'administration, qui a pu se maintenir jusqu'ici pour des raisons historiques, ne saurait évidemment résister à une critique scientifique. Il se produira des phénomènes de régularisation. — On a proposé une combinaison à base hiérarchique et à puissance publique décroissante (1). Cette conception purement logique ne tient pas compte du jeu des forces en présence et par suite n'a aucune chance de se réaliser. Il y a en présence deux types d'administration, celle de l'État où la Puissance publique prédomine, celle de la commune où le caractère privé l'emporte, l'un de ces deux types d'administration triomphera de l'autre et se généralisera. Il est dès maintenant à prévoir que ce sera le type de l'administration d'État, avec la combinaison de la gestion publique et avec la compétence des tribunaux administratifs pour les opérations de cette gestion.

Déjà les administrations départementale et communale sont beaucoup plus entamées par la gestion publique qu'on ne se le figure. La décentralisation politique a fait descendre de la Puissance publique dans les conseils généraux et dans les conseils municipaux. Cela s'est fait sentir très vite dans les rapports des départements et des communes avec leurs employés, rapports qui ont été déclarés *administratifs* tout comme dans l'administration de l'État (Conflits 27 déc. 1879, *Guidet;* 4 juill. 1896, *Bergeon;* C. E. 13 déc. 1889, *Cadot;* cfr. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 620). Déjà depuis longtemps les travaux publics départementaux et communaux sont des opérations administratives au même titre que

(1) Jacquelin, *Une conception d'ensemble du Droit administratif.* Paris, Giard, 1899.

Source : BIU Cujas

ceux de l'État et cela est grave parce que les travaux publics sont le type de l'opération de gestion publique (V. *infrà*, v° *Travaux publics*); les impôts directs départementaux et communaux sont perçus administrativement comme ceux de l'État; les marchés de fournitures sont eux-mêmes entamés (1). La compétence judiciaire ne subsiste bien nettement que pour la responsabilité des administrations départementale et communale vis-à-vis de leurs administrés à raison des fautes de leurs agents, pour le contentieux des emprunts et pour celui du paiement des dettes parce que la liquidation et l'ordonnancement n'existent pas au même titre que dans la comptabilité de l'État; mais que la comptabilité départementale ou communale se modifie, qu'on y introduise par exemple la déchéance quinquennale, immédiatement la liquidation et l'ordonnancement acquerront valeur administrative; qu'on s'aperçoive de la ressemblance qu'il y a entre la dette départementale et communale et la dette de l'État, voilà compromis le caractère civil des emprunts; enfin que l'on se pénètre de la supériorité de la théorie de la responsabilité administrative de l'État, qui est une responsabilité pour l'accident, sur la théorie de la responsabilité des communes qui est une responsabilité pour fautes et sur ce point encore une évolution de jurisprudence est à prévoir (2).

(1) Voilà qu'ils ne seront plus des contrats privés s'ils sont passés pour des services en coadministration avec l'État (V. Conflits, 28 janv. 1899, *Lagauche;* 11 mai 1901, *Casadavant*, S. 1901. 3. 113 et la note); d'ailleurs, l'adjudication est en soi un acte administratif qui donne lieu à des décisions purement administratives dont la juridiction administrative peut connaître, même pour un marché de fournitures communal, et la juridiction ordinaire n'est guère compétente que pour l'exécution du marché (Cfr. C. E. 28 avr. 1899, *Barralis;* Aucoc, *Conf. adm.*, t. II, n° 637).

(2) Je ne vois pour ma part que des avantages au triomphe de la gestion publique : 1° Je suis d'abord frappé de ce fait que le culte de la puissance publique et l'existence d'une juridiction administrative sont dans notre tempérament national, répondent à des besoins spéciaux de notre race, que par une sorte d'effet du principe de contradiction, une autorité forte est condition de notre liberté; ce serait peine perdue de lutter contre des tendances aussi enracinées; il vaut infiniment mieux organiser rationnellement ces tendances de façon à en tirer l'effet le plus utile; 2° Or l'administration par la Puissance publique présente deux grands avantages : elle réalise le maximum des garanties, éveillant pour toute opération d'exécution des services publics, d'une part, la responsabilité politique des administrateurs, grâce à la préoccupation de tous pour la chose publique, d'autre part, la responsabilité pécuniaire des administrations, grâce à la théorie juridique de la gestion publique; 3° Enfin, si le type de l'administration publique ne triomphait pas, ce serait celui de l'administration privée ou fiscale qui remonterait des communes à l'État et qui se généraliserait; or, l'administration fiscale dans un pays aussi féru de domination et aussi centralisé que la France serait le pire des despotismes, car le fisc chez nous ne serait qu'une puissance publique déguisée, affranchie des sujétions de l'intérêt public et des responsabilités politiques.

Ne commettons pas la faute d'abandonner nos traditions nationales. La conception fiscale, qui pour un moment paraît séduisante, est pleine de danger si elle se développe. Elle suppose que l'État propriétaire, considéré comme gérant ses affaires privées, est chargé de fournir les ressources matérielles nécessaires aux services publics et de les employer; cet accouplement du privé et du public est contre-nature. L'administra-

Source : BIU Cujas

Remarquons que la juridiction administrative, très fortement organisée, qui vient même d'être fortifiée encore par la création de nouvelles sections du contentieux au Conseil d'État, a tout intérêt à conserver le contentieux de l'exécution des services et pour le conserver à en généraliser le caractère administratif. Consciente de sa force et pénétrée de sa mission, elle poursuit sa route avec persévérance. Je ne crois pas cependant qu'elle puisse éviter plus longtemps de consacrer le principe de la *gestion publique* à défaut duquel tout le contentieux de la pleine juridiction, c'est-à-dire celui de l'exécution des services publics et des opérations administratives, manque de base théorique (1).

tion véritable, ce n'est pas l'État faisant ses affaires privées, c'est l'État faisant les affaires publiques par gestion publique, c'est-à-dire par la coopération du public avec la Puissance publique. Avec la théorie du fisc, l'administration ne tarde pas à se désintéresser du service public, elle se considère comme un propriétaire exploitant l'État à son propre profit, et ce qu'il y a de redoutable c'est qu'elle ne tarde pas à opérer dans le même esprit la perception des impôts. Si l'on veut que la préoccupation de la chose publique subsiste, il faut que l'administration fasse les opérations courantes, non pas à titre privé, mais à titre public.

Il est des droits modernes qui inclinent vers la conception fiscale, tel le droit administratif allemand; selon la doctrine allemande, l'État se comporte comme fisc toutes les fois qu'il conclut des contrats, même administratifs, et qu'il fait les actes juridiques nécessaires à l'administration; par une conséquence logique, le Code d'organisation judiciaire allemand et la loi du 31 mars 1873 ont consacré la compétence des tribunaux judiciaires pour les marchés de travaux publics et les dommages causés par ces travaux, pour les marchés de fournitures, pour les demandes de traitements et de pensions formées par les fonctionnaires fédéraux, etc., etc., et la tendance de la doctrine allemande est à rapprocher du droit civil tout ce qui dans l'administration est relatif aux opérations pécuniaires, spécialement sous l'impulsion de Laband et de G. Meyer; V. G. Meyer, *Lehrbuch des deutsches Staatsrecht*, § 149. V. Cependant M. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895, 1er vol. En condamnant la conception fiscale, le droit administratif français profite des ressources qu'il possède pour soumettre la Puissance publique au Droit; il ne lui coûte rien de rejeter du côté de la Puissance publique les opérations administratives pécuniaires, parce que par sa juridiction administrative, par ses recours contentieux contre les actes d'administration, il est suffisamment armé ; la preuve en est dans son admirable théorie des indemnités par laquelle il atteindra fatalement tous les faits d'exécution des services publics. Il s'enrichit ainsi, car la substance juridique du droit administratif est bien plus riche et plus originale si l'on écarte la théorie fiscale; dans les matières qui restent rattachées à la Puissance publique il se crée des règles propres, tandis que si ces mêmes matières étaient rattachées à la personnalité fiscale de l'État, il suffirait d'appliquer les théories du droit civil. Si le droit allemand cherche à réduire la Puissance publique au profit de la personnalité fiscale, c'est qu'il est insuffisamment armé contre la Puissance publique, que ses juridictions administratives sont moins fortes, que les recours contentieux contre les actes d'administration sont moins développés.

(1) L'importance de la *gestion publique* m'engage à lui consacrer ici une courte notice :

I. J'ai proposé pour la première fois la théorie de la *gestion administrative* ou *gestion publique* dans un opuscule publié en 1899, je l'ai reprise dans la quatrième édition de ce précis en 1901, je m'efforce de la compléter et de la préciser dans la présente édition avec la conviction qu'elle est nécessaire pour dissiper des confusions qui pourraient être fatales au développement normal du droit administratif français. Tout le monde

Source : BIU Cujas

Déjà, sans doute, le Conseil d'État a consacré implicitement le principe de la *gestion publique*, car c'est le seul fondement rationnel d'une quantité

parle de gestion et d'actes de gestion, sans faire la distinction nécessaire entre une gestion publique et une gestion privée ; le résultat est une tendance consciente chez les uns, inconsciente chez les autres, à rapprocher toutes les matières de gestion des matières du droit civil, à dépouiller les juridictions administratives du contentieux de pleine juridiction au profit des juridictions civiles, en un mot à *civiliser le droit administratif*. J'ai pensé que cette tendance était funeste, qu'un droit administratif aussi caractérisé que le droit administratif français, aussi franchement établi sur le principe de la prérogative de l'administration, devait se développer selon son type et que dans les circonstances présentes il y avait lieu de le remettre dans sa voie qui est l'intervention de la Puissance publique dans les mesures d'exécution des services publics, sauf à l'humaniser en établissant quelque principe très large de responsabilité pécuniaire à la charge de cette même Puissance publique.

Il n'y avait, d'ailleurs, qu'à renouer des traditions à peine interrompues, car la théorie de la *gestion publique* a été préparée par un long travail antérieur qui a porté à la fois sur le principe de la séparation des pouvoirs et sur l'analyse des opérations administratives. Je n'insisterai pas sur le principe de la séparation des pouvoirs, il est bien clair qu'il a été entendu pendant tout le XIXe siècle, comme excluant l'autorité judiciaire de la connaissance des mesures d'exécution aussi bien que de celles des décisions de principe, pourvu que la Puissance publique y fût engagée. Mais justement sur la question de savoir si celle-ci y est engagée, il s'est produit un mouvement doctrinal important. Déjà en 1864, M. Bouchené-Lefer disait : « L'administration est, suivant les cas, autorité, *gérante*, ou juridiction » et par l'administration il entendait la Puissance publique (*Revue pratique*, 1864, p. 107). M. Aucoc en 1885 caractérisait l'œuvre de l'administration comme étant à la fois une œuvre de commandement et de police dans le sens large du mot et une œuvre de *gestion des services publics*, et dans un passage significatif il écrivait ceci : « On aurait pu dire que tout acte fait par l'autorité adminis-« trative, comme puissance publique, en vue de la gestion d'un service public ne peut « être discuté que devant la juridiction administrative. En effet, ce que l'Assemblée « constituante a voulu en posant le principe de la séparation des pouvoirs, c'est qu'un « service public ne pût pas être entravé par l'intervention de l'autorité judiciaire....., « mais cette pensée, *qui semble avoir été, à diverses reprises celle du Conseil d'État « jusqu'à une époque encore peu éloignée* n'a pas complètement prévalu » (*Conférences de droit administratif*, t. I, 1885, p. 485 ; cfr. article *sur les établissements publics* dans *Revue critique*, 1901, p. 165). M. Aucoc, qui a connu intimement M. Blanche, M. Boulatignier, M. Bouchené-Lefer, est très qualifié pour nous renseigner sur les tendances qui animaient le Conseil d'État avant que ne commençât d'y prévaloir l'influence de M. E. Laferrière, il la résume ainsi à la p. 486 : « Dans l'état actuel de la jurisprudence « du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, on admet..... que la juridiction adminis-« trative est compétente de plein droit pour reconnaître les droits et obligations qui « dérivent, soit pour l'administration, soit pour les particuliers, des *lois et règlements* qui « ont organisé les services publics et pour statuer sur les litiges que soulèvent les actes « faits par l'administration en exécution des *lois et règlements;* que s'il s'agit au contraire « des droits et obligations qui dérivent d'un contrat proprement dit passé par l'adminis-« tration, c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient en principe de les apprécier. » — La distinction des obligations résultant des *lois et règlements* et de celles résultant des contrats n'était pas très scientifique, il est clair que toutes ces obligations sont également influencées, quelle que soit leur source, par les rapports qui se nouent entre l'administration et les administrés à l'occasion de l'exécution des services publics et que c'est cette influence qui importe (V. *infrà*) ; mais cette distinction était un de ces prétextes commodes que la jurisprudence se donne pour faire un pas en avant. De fait, c'est

Source : BIU Cujas

de jurisprudences qu'il a fortement établies, sur le caractère administratif de la responsabilité de l'État pour faits de services, sur le caractère

sous prétexte que l'exécution des services est *réglementaire*, qu'à cette époque se fonda la compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité de l'État (Conflits, 6 août 1861, *Dekeister;* 9 août 1870, *Blangini*, etc...). C'est grâce à cette distinction encore, et sous prétexte que la situation du fonctionnaire est *réglementaire*, non point contractuelle, que se fonda la compétence de la juridiction administrative sur les réclamations des fonctionnaires (Conflits, 1er juin 1861, *Baudry;* 7 mai 1862, *Vincent*, etc... V. les citations dans Aucoc, *loc. cit.*, p. 487).

La véritable théorie de la gestion administrative était donc en bonne voie d'élaboration, vers 1885. — A partir de 1887, date où paraît le premier volume du *Traité de la juridiction administrative* de M. E. Laferrière, il se produit un temps d'arrêt. — M. Laferrière a bien la notion de la gestion administrative entendue comme gestion des services publics (t. I, p. 5), mais il a aussi cette idée, qu'en principe, tout ce qui est de la gestion relève des tribunaux judiciaires ; il a d'une façon générale, la préoccupation de la balance égale entre la juridiction administrative et la juridiction ordinaire, de l'interprétation bilatérale du principe de la séparation des pouvoirs, et, avec sa grande autorité, peu s'en est fallu qu'il ne lançât le Conseil d'État dans la voie d'un renoncement exagéré. Cependant, grâce à une question nouvelle qui surgit vers 1889, celle du Conseil d'État juge de droit commun, le conseil fut amené à affirmer sa compétence dans des hypothèses où les droits et obligations des parties, s'ils existaient, ne pouvaient être rattachés qu'à des situations de gestion. A cette question appartiennent la série des arrêts relatifs aux réclamations pécuniaires des employés municipaux révoqués, ouverte par l'affaire *Cadot* du 13 décembre 1889 ; la décision C. E. 3 février 1893, *ville de Paris*, relative à la réclamation d'une indemnité de résidence due par la commune à un ministre du culte ; les décisions C. E. 22 juin 1888, *ville de Biarritz;* 26 février 1892, *commune de Lion-sur-Mer;* 8 avril 1892, *commune de Rennes;* 24 février 1896, *ville de Narbonne*, relatives à l'exécution de promesses de subventions ou de promesses de traitements, etc. De la sorte, la progression de la jurisprudence, si elle a été ralentie, n'a pas été interrompue et, même, des décisions toutes récentes sembleraient indiquer l'intention de donner une nouvelle impulsion au contentieux de la pleine juridiction qui est spécialement le contentieux de la gestion administrative (C. E. 19 mai 1899, *Deane ;* 9 juin 1899, *Bergeon ;* 3 août 1900, *Vivien* ; 30 mai et 6 juin 1902, *ville de Bar-le-Duc ;* conclusions de M. Romieu, *Gaz. Trib.*, 11 juin 1902).

Beaucoup de mes collègues des Universités, semblent près d'adopter la théorie de la *gestion publique* ou du moins sentent vivement le besoin d'une théorie analogue ; M. Michoud (*De la responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents*, nos 4, 26, 44 ; *De la responsabilité des communes*, no 12). M. Brémond (*Traité de la compétence*, no 226) s'en rapprochent ; M. Artur range parmi les actes d'autorité tous ceux que j'appelle actes de gestion publique et par là même les sépare des actes privés, il insiste même sur les privilèges de Puissance publique qu'ils comportent (*Revue du droit public*, 1900, II, p. 264 et 266, *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*) ; quand il en sera à distinguer le recours en annulation du recours de pleine juridiction, il faudra bien qu'il distingue selon que ces actes ont été accomplis par la voie d'autorité ou par la voie de gestion publique ; M. Jacquelin a combattu la théorie de la gestion, mais il reconnaît la nécessité de combiner la Puissance publique avec la patrimonialité (*Une conception d'ensemble du droit administratif*, p. 28) ; enfin M. Moreau dans le compte rendu qu'il a bien voulu consacrer à la quatrième édition de ce précis, *Revue du droit public*, 1900, II, p. 559, se déclare convaincu.

II. On peut dire de la théorie de la *gestion publique*, d'ailleurs, qu'elle a été accueillie avec réserve plutôt que réfutée. On lui a fait d'abord deux reproches : celui de n'être pas assez juridique, je me suis efforcé d'y remédier ; celui d'être trop compréhensive et de

Source : BIU Cujas

administratif de la situation des fonctionnaires, sur le caractère administratif de la liquidation des dettes de l'État contractées pour l'exécution des services publics, etc...

tendre à absorber tout le contentieux de l'annulation dans le contentieux de la pleine juridiction (Jacquelin, *op. cit.*; Nézard, *Théorie de la fonction publique*, p. 441 et s.). Ce second reproche procède d'une étude incomplète de la question. Il y aura toujours des actes d'autorité juxtaposés aux actes ou aux situations de gestion qui appelleront un contentieux de l'annulation; mais il était bon de faire voir aussi qu'à côté des actes d'autorité, il y a presque toujours des situations de gestion qui appellent un contentieux de pleine juridiction; ce sont deux voies parallèles qu'il s'agit de démêler, mais un Droit n'est riche qu'à la condition de présenter une certaine complexité.

Je ne répondrai pas longuement à deux autres critiques qui, véritablement, ne sont pas sérieuses. La première consiste à dire que les administrés ne collaborent pas seulement à l'exécution des services publics, qu'ils collaborent aussi à l'ordre public par leur obéissance aux lois et règlements, que dès lors la collaboration des administrés n'est pas un signe particulier de la gestion administrative puisqu'aussi bien elle se retrouverait dans la voie d'autorité (Nézard, *op. cit.*, p. 446). Mais il y a là un évident abus des mots. Je vois dans la gestion administrative une collaboration de l'administré *active* et fournie en *qualité de tiers;* l'obéissance aux règlements ne serait jamais de la part des administrés qu'une collaboration *passive*, si elle en était une, mais j'ai montré plus haut que par rapport aux actes d'autorité les administrés ne sont pas dans la situation de tiers, qu'ils sont dans celle de sujets ou d'auteurs de l'acte qui s'en imposent à eux-mêmes l'observation (V. p. 202); donc, dans l'acte même de la réglementation, dans l'émission du règlement exécutoire qui est le type de l'acte d'autorité, on ne saurait éveiller l'idée d'une collaboration de l'administré. La seconde de ces objections repose sur une véritable erreur de droit administratif, on feint de croire qu'il serait dangereux de généraliser le recours contentieux ordinaire parce qu'il ne reposerait que sur l'intérêt lésé et non pas sur le droit violé (Nézard, *op. cit.*, p. 447).

M. Jean Appleton dans un compte rendu consacré au *Traité élémentaire de droit administratif* de M. H. Berthélémy (*Revue du droit public*, 1900, II, p. 555) a présenté une objection plus sérieuse, la seule qui pénètre jusqu'au fond des choses : « La nature de l'acte est déterminée, dit-il, non par le but poursuivi, mais par les moyens employés », peu importe qu'un acte soit accompli en vue de la gestion des services publics ou pour le domaine privé, si c'est un contrat, ce contrat conserve partout sa nature (Cfr. dans le même sens, Jacquelin, *Principes du contentieux*, p. 91; Artur dans *Revue du droit public*, 1900, II, p. 265). On voit par là que M. Appleton et M. Berthélémy dont il interprète les idées, MM. Jacquelin et Artur, seraient assez partisans de la transaction acceptée par le Conseil d'État en 1885, rapportée par M. Aucoc et signalée plus haut, consistant à distinguer entre ce qui peut être rattaché à la réglementation et ce qui se rattache au contrat. Seulement M. Berthélémy ajoute immédiatement au contrat le quasi-contrat comme étant également de nature civile, ce qui entraînerait la compétence des tribunaux civils pour la responsabilité de l'État du fait de ses agents.

Ainsi posée, la question devient un problème de la philosophie juridique que l'on peut ainsi formuler : quand il s'agit des directions pratiques du Droit (et les questions de compétence sont parmi ces directions pratiques), la qualité d'un acte juridique est-elle déterminée par le but poursuivi ou par le moyen employé? Déjà les moralistes nous avertiraient que si la fin ne justifie pas les moyens, du moins elle les qualifie; si nous pénétrons dans le Droit nous voyons que la même vérité y est reconnue; il y a des contrats commerciaux qui sont des actes de commerce malgré leur forme contractuelle parce qu'on ne se préoccupe que de leur but, l'acte d'entremise; il en est de même des contrats passés pour la gestion des services publics, ils sont administratifs par leur but et cela détermine leur nature malgré leur forme contractuelle. Au reste, ce qui

Source : BIU Cujas

Mais ces décisions implicites ne valent pas une bonne décision explicite, consacrant directement le principe lui-même; il y a là quelque

prouve bien que le but de l'acte le qualifie, c'est qu'il influe sur la forme elle-même; sous l'influence de leurs fins spéciales, tous les contrats spéciaux sont déformés. Par la procédure de leur négociation et de leur dénonciation, les traités internationaux se sont toujours distingués des contrats de la vie civile; les ventes du droit commercial, réglées par des usages spéciaux, ne ressemblent pas à celles du droit civil, elles ont leur forme et leurs règles de fond; de même, dès qu'on fait une étude un peu approfondie des contrats administratifs, fût-ce du plus vulgaire marché de travaux publics ou de fournitures, on est frappé de ce que le type du contrat ordinaire de droit civil y est dénaturé; il l'est par le fait de l'adjudication, par le fait que le cahier des charges constitue la loi complète des parties, par le fait que l'exécution en sera successive et scandée par des actes d'administration comme l'exécution d'un service public, etc... les marchés de travaux publics et de fournitures sont encore de ceux qui se rapprochent le plus des contrats de la vie civile, mais que dira-t-on des concessions de travaux publics où des droits de Puissance publique considérables sont délégués au concessionnaire, ou bien encore des conventions passées avec les compagnies de colonisation (Cfr. C. E. 5 mars 1897, *Verdier et Société du Haut-Ogooué*)? — Tout n'est pas vrai dans la théorie d'Ihering que le principe générateur du Droit est le but pratique (Zweck in recht); il convient de réserver énergiquement la part des moyens employés; mais si le but pratique n'est pas le seul principe générateur du Droit, il ne faut pas oublier qu'il est l'un de ces principes. Si les moyens employés réagissent souvent sur le but, le but réagit aussi sur les moyens. Quand il s'agit de distinguer les uns des autres les divers commerces juridiques et les divers contentieux qu'ils entraînent, la considération dominante est celle des buts particuliers de chaque commerce, parce qu'il s'agit en réalité de formes de vie ou de formes de société et que les formes de vie se caractérisent essentiellement par leur but. Encore une fois, l'acte de commerce du Code de commerce se caractérise par son but, l'acte d'entremise, et non par les moyens contractuels employés, de même l'acte administratif se caractérise par son but, la gestion du service public, et non par les moyens contractuels employés.

III. En réalité, le seul obstacle à l'adoption de la théorie de la gestion administrative gît dans l'idée que la Puissance publique ne saurait en aucun cas être envisagée comme une personne responsable participant aux opérations du commerce juridique, il est dans l'antithèse posée par M. Ducrocq, et qui a fait fortune, entre la Puissance publique et la personnalité juridique. — « L'État-Puissance n'est pas une per-« sonne, il n'a pas de droits, mais seulement des pouvoirs, des fonctions qui sont « l'exercice même de la souveraineté » dit M. Appleton, *loc. cit.*, après M. Ducrocq et M. Berthélémy. — Quelle réponse faire à pareille affirmation, si ce n'est que tous les droits sont des pouvoirs, les droits privés aussi bien que ceux de Puissance publique, que le droit de propriété lui-même est un pouvoir formidable; qu'il n'y a pas plus de difficulté à réduire en un droit le pouvoir d'exproprier que le pouvoir d'être propriétaire. — Que, d'ailleurs, la personne juridique qui s'appelle l'État-puissance, et qui dans la gestion des services publics exerce des droits de Puissance publique, n'est pas très différente de cette personne juridique incontestable qui, dans le vieux droit romain s'appelait *paterfamilias*, et qui, pour la gestion de sa maison, exerçait d'authentiques droits de puissance, dont on ne saurait dire s'ils étaient publics ou privés.

Peut-être bien faut-il creuser encore et chercher plus loin la racine de ces opinions divergentes. Les auteurs qui, à la suite de M. Ducrocq, refusent d'admettre la personnification de la Puissance publique et son intervention dans la voie de la gestion publique sont les prisonniers d'une certaine conception artificielle du droit, que M. Gény a bien mise en lumière dans son livre sur la *Méthode d'interprétation en droit privé;* parce qu'ils attachent une importance absolue à des constructions subjectives

Source : BIU Cujas

formule d'arrêt de principe à trouver que je n'aurai point la présomption d'essayer de construire, dont les considérants devront contenir la mention que le fait obligatoire pour l'administration se rattache à l'*exécution d'un service public* ou à *l'exécution d'une opération administrative*.

traditionnelles, ils ne voient pas qu'elles doivent être modifiées si le besoin s'en fait sentir; parce qu'ils croient qu'il n'y a qu'une personnalité juridique possible, ils n'admettent pas une personnalité de Puissance publique (limitée d'ailleurs) qui serait d'un type différent; parce qu'ils ont une idée exagérée de la codification et de l'importance de la loi, parce qu'ils voient dans la loi l'unique source du droit, ils ne sauraient admettre une jurisprudence prétorienne du Conseil d'Etat (ce qui est le principal avantage de la catégorie de la gestion administrative). Ils sont en un mot partisans d'une certaine immobilité rigide du Droit, d'une certaine logique ramenée au jeu de quelques principes absolus, la personnalité civile, la subordination du juge à la loi, le néant juridique au delà de la loi.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

THÉORIE DES ACTES D'ADMINISTRATION

Section préliminaire.

Quel que soit le mode d'administration employé, que ce soit la voie d'autorité, ou la voie de gestion publique, ou la voie de gestion privée, l'*administration publique se résout en « opérations » et en « actes »*. L'acte administratif est une décision ou une action isolée qui par elle-même aboutit à un résultat administratif; l'opération est une série d'actes qui concourent à un résultat administratif commun. Ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération administrative qui aboutit à un résultat déterminé, l'acquisition d'un terrain; elle se compose d'une quantité d'actes, d'enquêtes, déclaration d'utilité publique, arrêté de cessibilité du préfet, jugement d'expropriation, etc., qui concourent à ce résultat commun. De même, une élection est une opération administrative parce qu'elle aboutit à un résultat déterminé, la nomination d'un représentant, et qu'elle est composée de quantité d'actes qui concourent à cette nomination, convocation des électeurs, scrutin, recensement des votes, etc.(1).

Le droit administratif attache une certaine importance à l'opération administrative : 1° Les textes législatifs sont quelquefois rédigés en vue de telle ou telle opération (lois sur l'expropriation, lois sur les élections); 2° Au point de vue du contentieux, l'attribution de compétence est souvent faite pour tous les incidents d'une même opération administrative; ainsi tout le contentieux des travaux publics est attribué au conseil de préfecture, tout celui des élections municipales également; 3° Il y a une procédure, une marche à suivre pour chaque opération, et si l'administration agit en dehors de cette procédure réglementée, elle

(1) Observons, d'ailleurs, que tous les éléments d'une opération administrative ne sont pas nécessairement des actes administratifs. Ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique est une opération administrative et cependant il y intervient un jugement du tribunal civil et une décision du jury qui ne sont pas des actes d'administration.

Source : BIU Cujas

commet une voie de fait (V. *infrà*, p. 237); 4° Enfin à certains égards, l'exécution de tout service public est une opération administrative et de ce chef entraîne des responsabilités (V. p. 189, et *infrà*, *Théorie des indemnités*).

Le droit administratif attache plus d'importance encore à l'acte administratif isolé qu'à l'opération administrative; en cela il obéit à la tendance analytique qui est celle de tout droit, mais aussi à des besoins spéciaux de régularité et de contrôle : D'une part, les opérations administratives sont rigoureusement décomposées en actes successifs dont le second n'est posé que lorsque les conséquences du premier paraissent réglées, même et surtout les conséquences contentieuses; d'autre part et par là même, chacun des actes administratifs provoque la critique et l'examen : 1° Chaque acte administratif est soumis à un contrôle administratif; 2° Chaque acte administratif, pour peu qu'il produise quelque effet de droit, est soumis à des recours contentieux; 3° Chaque acte administratif jouit du privilège de la compétence administrative, ou du moins pour chacun des actes la question de compétence se pose; 4° A propos de chaque acte administratif, s'il a causé un préjudice, peut être soulevée la question des indemnités dues par l'administration ou celle de la responsabilité du fonctionnaire (1).

Il suit de là que la matière de l'administration publique devient une théorie des actes de l'administration qui doit être traitée de la façon suivante : 1° Elle doit être subdivisée en une théorie « formelle » et une théorie « matérielle », dans la théorie « formelle » l'acte administratif sera envisagé comme manifestation de la Puissance publique, dans la théorie « matérielle » il sera envisagé en tant que contenant des effets de droit; 2° Dans chacune de ces subdivisions fondamentales il doit être tenu compte des modes d'administration dont les actes portent l'empreinte, voie d'autorité, voie de gestion publique et voie de gestion privée.

(1) Cette procédure analytique et cette marche à pas comptés par actes successifs répondent à des nécessités administratives telles qu'elles s'imposent non seulement à l'exécution des services publics, mais même à l'exécution des marchés administratifs comme les marchés de travaux publics. Malgré qu'il soit dans la nature du contrat de laisser libre le jeu de toutes les clauses jusqu'au règlement définitif, de façon à permettre des combinaisons et des compensations, l'administration a réussi, grâce aux ordres de services, aux attachements et aux décomptes partiels, à décomposer l'exécution d'une entreprise de travaux publics en des étapes successives dont chacune consacre des résultats acquis, c'est-à-dire qu'elle a réussi à faire pénétrer la procédure des actes jusque dans l'exécution des contrats (V. *infrà*, *Marché de travaux publics*). — Sur la signification de cette procédure décomposée en actes juridiques, V. dans *Revue du droit public*, 1902, I, p. 362, le compte rendu du livre de M. Duguit, *L'État, le Droit objectif*, etc., par MM. Hauriou et Mestre.

Source : BIU Cujas

SECTION I. — THÉORIE DES ACTES ADMINISTRATIFS ENVISAGÉS COMME MANIFESTATION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE (théorie formelle de l'acte) (1).

§ 1. — De la Puissance publique.

N° 1. — Définition et prérogatives de la Puissance publique.

La Puissance publique est le pouvoir de l'État en tant qu'il s'applique à l'accomplissement de la fonction administrative; on peut l'analyser en une volonté exerçant par ses actes les pouvoirs propres des administrations publiques. Cette volonté est d'ailleurs conçue dans notre Droit comme douée d'une efficacité exceptionnelle et comme jouissant de larges *prérogatives*.

1° Rappelons-nous d'abord que les pouvoirs ou droits des administrations publiques, exercés par la Puissance publique, sont exorbitants du droit commun : ce sont, le droit de lever l'impôt, d'exproprier, d'exiger la conscription militaire, de donner des ordres de police, etc. Ces droits ont pour caractère commun de contenir le pouvoir de commander à des hommes libres et leurs effets spéciaux se justifient par les besoins des services publics; ainsi l'effet spécial du droit d'expropriation se justifie par la nécessité qu'il y a de se procurer des terrains pour l'installation des services; l'objet spécial du droit de conscription militaire se justifie par les nécessités de la défense nationale, etc.

2° Mais ce qui nous intéresse le plus en ce moment, c'est la *puissance de volonté* employée pour exercer par des actes ces pouvoirs des administrations publiques et les réaliser comme des droits. Cette puissance de volonté, infiniment plus efficace que celle des particuliers, se caractérise par deux prérogatives : le privilège de *l'exécution préalable des actes* et celui de la *création du contentieux*.

I. *Privilège de l'exécution préalable.* — Ce privilège a une double signification. — Il signifie, d'une part, que l'activité de la Puissance publique, dans les opérations qu'elle entreprend et dans les actes qu'elle fait, n'est commandée par aucune volonté étrangère et qu'ainsi elle a toujours la liberté préalable de ses initiatives; d'autre part, que les actes de la Puissance publique ont une vertu exécutoire qui obtient la réalisation complète du droit préalablement à toute intervention des tribunaux.

(1) On pourrait aussi bien dire, théorie des actes administratifs envisagés comme manifestation de la « fonction administrative ». Actuellement le Tribunal des conflits emploie l'expression « acte de la fonction », dans certaines occasions où il employait autrefois l'expression « acte administratif » (Conflits, 2 mars 1901, *Guériot*). Mais il faudrait toujours en arriver à constater que les actes de la fonction administrative sont accomplis au nom de la Puissance publique, ou du moins qu'il n'y a intérêt à relever un acte de la fonction administrative que lorsqu'il a été accompli au nom de la Puissance.

Source : BIU Cujas

a) Lorsqu'il s'agit d'actes à accomplir par la voie d'autorité, la Puissance publique a la liberté complète de ses initiatives, soit qu'elle agisse *proprio motu*, soit même qu'elle ait été sollicitée d'agir. Non seulement elle n'est pas tenue d'accomplir l'acte qu'on lui demande, par exemple d'organiser un service nouveau ou d'accorder une permission de voirie ou de conférer une décoration, mais elle n'est pas tenue de répondre à la sollicitation qu'on lui a adressée. Cependant il faut faire une distinction. La Puissance publique n'est pas tenue *vis-à-vis du solliciteur*, en ce sens que de son refus ne naîtra point pour celui-ci un droit à indemnité, mais elle peut être tenue *vis-à-vis d'elle-même*, par des préoccupations de bonne administration, de faire une réponse et, dès lors, son refus ou son silence peuvent donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir et quelquefois permettre à l'intéressé de passer outre (1).

Lorsqu'elle se trouve dans une situation de gestion, la Puissance publique n'a plus autant la liberté de ses initiatives, et il se peut que pour n'avoir pas accompli tel ou tel acte sur la demande d'un tiers, elle soit condamnée à indemnité envers celui-ci. C'est ainsi que le refus d'un alignement individuel ou d'une permission de bâtir, qui n'entraînerait

(1) Il y a une foule de cas où, pour l'exercice d'un droit, les administrés sont obligés de demander des autorisations ou des décisions ou des récépissés de déclarations ; il est évidemment ici *du devoir* de l'Administration d'accomplir l'acte qu'on lui demande ; si elle s'y refuse, sa décision doit être annulée, si elle garde le silence, la disposition de l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1900 permet de faire annuler son silence ; mais il faut avouer que le contentieux de l'annulation n'accorde pas toujours aux intéressés une satisfaction suffisante, en ce qu'il ne leur procure pas l'acte dont ils ont besoin ; après comme avant, ils sont obligés de l'attendre de la bonne volonté de l'Administration. — Cela est particulièrement inquiétant dans la matière des récépissés de déclaration. — Qu'adviendrait-il si les préfets refusaient arbitrairement les récépissés des déclarations de candidature pour les élections législatives, les déclarations d'associations qui veulent obtenir la personnalité, si les maires refusaient les déclarations de réunions publiques, etc...? On peut ici admettre que la réitération de la déclaration avec constat d'huissier, met l'intéressé à couvert et que celui-ci peut passer outre (Cfr. L. 30 juin 1881, art. 2, § 4 et 5, et C. E. 11 janv. 1866, *Chabannes*). — Mais la matière des récépissés de déclaration est la seule où l'intéressé puisse passer outre. Quand il s'agit de la délivrance d'un alignement ou d'un permis de chasse, ou de l'autorisation de construire un barrage en rivière, il ne le pourrait sans s'exposer à de graves contraventions, parce qu'il lui faut un document positif ; rien non plus ne peut remplacer la délivrance d'un certificat de résidence ou de bonne vie et mœurs.

Il y a là une situation mal réglée, mais c'est qu'en réalité elle est impossible à régler. Dans la plupart de ces hypothèses l'Administration doit avoir un certain pouvoir discrétionnaire qui paraît bien incompatible avec une contrainte quelconque exercée sur elle, quand il s'agit de la délivrance des certificats par exemple (tout au plus pourrait-on admettre que l'Administrateur devient personnellement responsable, s'il agit avec une coupable légèreté. Cfr. Sirey, 1901. 3. 129, la note). En matière de délivrance d'alignements individuels ou de permissions de voirie, la loi du 5 avril 1884 article 97, *in fine*, prévoit une substitution de l'action du préfet à celle du maire. D'une façon générale, contre les refus des autorités subalternes on peut user de la ressource du recours hiérarchique.

Source : BIU Cujas

en soi aucune indemnité, peut en entraîner s'il intervient à l'occasion d'une opération de travaux publics ou en vue d'une expropriation pour cause d'utilité publique (1).

Dans tous les cas, lorsque la Puissance publique agit, ses décisions ne sauraient être conditionnées par aucune décision émanant d'un autre pouvoir : elles peuvent l'être par la loi, ou par des faits, ou par d'autres décisions administratives, mais elles ne sauraient l'être par exemple par une décision judiciaire préjudicielle. C'est ainsi que l'inscription d'un contribuable au rôle de la contribution foncière ne saurait être subordonnée à la vérification par la justice de sa qualité de propriétaire (Laferrière, *op. cit.*, I, p. 502).

b) En principe, toutes les décisions de l'Administration sont exécutoires par elles-mêmes et, de plus, l'Administration a le droit d'aller par ses seules décisions et par l'exécution forcée de ces décisions jusqu'au bout des opérations légales qu'elle entreprend, pourvu, bien entendu, qu'elle observe les procédures légales. D'une part, la Puissance publique n'a point besoin de s'adresser au juge pour obtenir de celui-ci des ordonnances ou des titres exécutoires; d'autre part, les réclamations des intéressés lésés par cette exécution préalable ne sauraient arrêter l'exécution de l'opération. On peut rattacher à ce principe général :

1° Cette règle qu'il faut obéir aux ordres verbaux de la police lorsqu'un service d'ordre est organisé (ordres de circuler, de dissiper un rassemblement, de cesser une manifestation, de faire disparaître un drapeau ou un emblème), sauf à réclamer ensuite (2); 2° Cette autre règle que dans les perceptions d'impôt, alors même que le contribuable se croit lésé, il doit payer sauf à réclamer ensuite (V. not. pour les contrib. directes, art. 28, L. 21 avr. 1832, modifié par L. 6 déc. 1897, art. 12); 3° Ces règles des marchés de travaux publics de toute administration et des marchés de fournitures de l'État, d'après lesquelles le marché peut être résilié, l'entreprise mise en régie, par simple décision administrative, sans que l'Administration soit obligée de faire prononcer ces mesures par un tribunal et sauf réclamations ultérieures de l'intéressé; 4° Le droit qui appartient à l'Administration de délimiter elle-même son domaine public, sans faire procéder au bornage par un juge, sauf réclamations ultérieures des intéressés; de dresser des plans d'alignement qui produiront des effets immédiats sur les propriétés riveraines des voies publiques, sauf règlement ultérieur des indemnités; 5° Le droit qui appartient aux autorités chargées d'ordonnancer les dépenses budgétaires, de liquider elles-mêmes les dettes des administrations et de mettre ainsi les créanciers dans l'obligation de réclamer après coup;

(1) C. E. 3 août 1900, *Ville de Paris*, S. 1902. 3. 41, la note, et *infrà, Travaux publics.*

(2) Pour ce qui est des règlements écrits de la police, au contraire l'obéissance préalable n'est pas exigée, puisque poursuivi en contravention on peut être acquitté si l'on fait la preuve de l'illégalité du règlement.

Source : BIU Cujas

6° D'une façon générale, les privilèges financiers, celui qu'ont les administrations de rendre exécutoires elles-mêmes leurs titres de créance et, en sens inverse, ce privilège qui fait qu'elles ne peuvent pas être contraintes au paiement de leurs dettes par les voies d'exécution du droit commun, de telle sorte que la Puissance publique paie toujours spontanément (V. *infrà*, *Les finances publiques*); 7° Le droit d'exécuter les mesures administratives prescrites par la loi, sans tenir compte des résistances préalables opposées au nom de la propriété, et même d'opérer une dépossession provisoire, sauf aux intéressés à faire valoir après coup et au fond leurs droits de propriété devant les tribunaux judiciaires (1); 8° Enfin cette règle qu'en principe les recours contentieux contre les décisions administratives ne sont pas suspensifs de l'exécution.

Observation. — Le privilège de l'exécution préalable souffre une exception bien significative lorsqu'il s'agit de l'expropriation pour cause d'utilité publique, c'est-à-dire lorque l'Administration vise d'une façon directe la dépossession définitive de la propriété. De la procédure de l'expropriation telle qu'elle a été réglée par la loi du 3 mai 1841, il résulte : 1° que le transfert de propriété n'est pas l'effet d'une décision administrative, mais d'un jugement du tribunal civil; 2° que le paiement de l'indemnité doit être préalable à la prise de possession. — Sur la portée de cette législation qui fait passer le préalable du côté de la propriété privée (en tant qu'il s'agit de l'expropriation), V. p. 74.

II. *Privilège de la création du contentieux par des actes préalables.* — Il faut ici distinguer, d'une part, la voie d'autorité et la voie de gestion publique, d'autre part, la voie de gestion privée.

a) Dans les situations créées par la voie d'autorité ou par la voie de gestion publique, l'Administration jouit du privilège de ne pouvoir être attaquée devant un juge qu'à l'occasion d'actes, c'est-à-dire de décisions exécutoires qu'elle aura préalablement posées. Au point de vue de la procédure, ce privilège se présente de deux façons : 1° la Puissance publique a spontanément pris position par un acte qu'elle a posé, par exemple elle a délimité son domaine public, révoqué un fonctionnaire, liquidé un marché de fournitures : c'est cette décision qu'il faut attaquer dans certains délais, mais on n'a pas eu besoin de la provoquer; 2° les intéressés qui veulent actionner l'Administration sont obligés de provo-

(1) C'est-à-dire que l'autorité judiciaire ne peut pas, par la voie préalable du référé, maintenir ou rétablir en possession provisoire d'un local, l'occupant expulsé par l'Administration, alors même qu'il invoquerait un droit de propriété, d'usufruit ou d'habitation. La mesure administrative, si elle est légale, doit avoir le bénéfice de l'exécution provisoire.

Ces principes ont été établis par le Tribunal des conflits, tant à l'occasion de l'exécution des décrets du 29 mars 1880 (Conflits, 5 nov. 1880, *Marquigny* (1re espèce), *Bouffier* (2e espèce), qu'à l'occasion des laïcisations d'écoles publiques (Conflits, 14 janv. 1880, *frères de Brignoles, frères d'Alais;* 13 janv. 1883, *sœurs de la charité;* 14 avril 1883, *sœurs de la Providence;* 13 avr. 1889, *frères des écoles chrétiennes;* 26 mars 1898, *école de filles de Saint-Donan*). Cfr. note dans Sirey, 1899. 3. 33.

Source : BIU Cujas

quer au préalable une décision administrative en soumettant une réclamation gracieuse à l'autorité compétente, c'est seulement la décision intervenue sur leur réclamation qu'ils pourront ensuite attaquer au contentieux et qui, ainsi, créera le contentieux ; cela se produit dans les hypothèses assez nombreuses où les intéressés ont contre l'Administration des griefs qui ne résultent pas directement d'un acte de celle-ci (préjudices, dommages).

Il suit de là : 1° que dans ces matières le débat contentieux ne s'engage pas sous forme d'actions intentées contre les personnes morales administratives, mais sous forme de recours intentés contre des actes et qui tendent à l'annulation ou à la réformation de ceux-ci ; 2° qu'en principe le débat contentieux est limité soit à l'annulation, soit à la réformation de l'acte et que des conséquences pécuniaires ne peuvent se produire vis-à-vis de la personne morale administrative que lorsque l'acte attaqué statue déjà lui-même sur ces conséquences pécuniaires (1).

Ce privilège de l'Administration a soulevé beaucoup de critiques et, cependant, il présente de nombreux avantages pratiques : 1° Il facilite singulièrement la tâche du juge chargé du contentieux : celui-ci peut en toute liberté examiner les actes de l'Administration, justement parce qu'enfermé dans l'examen d'actes déjà posés, il ne sera pas arrêté par la préoccupation de ne pas empiéter sur les attributions de l'Administration active ; 2° Dans les rapports entre l'Administration et les tiers, ce système a l'avantage d'éviter beaucoup de procès et de provoquer beaucoup de règlements amiables. C'est, en effet, un moyen d'imposer à l'Administration un nouvel examen d'une affaire au point de vue spécial du litige qui va s'engager. Bien souvent le tort proviendra d'un agent subalterne, et ce nouvel examen sera fait par une autorité hiérarchique ; que si le grief provient d'une décision prise par une autorité supérieure, il est possible que celle-ci n'ait pas prévu les conséquences dommageables de sa décision et qu'elle ne demande qu'à y porter remède : ou bien elle donnera satisfaction entière à la réclamation, ou bien tout au moins, elle rectifiera la position de l'Administration.

Cette théorie de la création du contentieux administratif par les actes remonte fort loin (2), mais, pour s'organiser en un système logique, elle

(1) Soit un officier indûment mis à la retraite. En annulant la décision, le Conseil d'État se gardera bien de liquider le traitement d'activité dont l'intéressé a le droit de demander le rappel ; il renverra le fonctionnaire devant le ministre pour la liquidation de ce traitement, sauf nouveau contentieux qui pourra être provoqué par cette liquidation (V. S. 99. 3. 105 et la note) ; soit un préjudice causé par l'Administration et une décision du ministre rejetant la demande d'indemnité, le Conseil d'État saisi d'un recours contre cette décision en prononcera l'annulation et renverra l'intéressé devant le ministre pour être procédé à la liquidation de l'indemnité dont il se borne ainsi à poser le principe (C. E. 12 et 18 avr. 1902, *Levesque et Cie*).

(2) On trouvera des recherches intéressantes sur ce point dans deux articles de M. Bouchené-Lefer, publiés dans la *Revue pratique de droit français*, année 1864, t. 17,

Source : BIU Cujas

a eu à triompher d'un certain nombre d'obstacles. Il y eut d'abord, pendant près d'un demi-siècle, une cause de confusion provenant de la doctrine du ministre-juge, d'après laquelle les décisions exécutoires des ministres, au lieu de se borner à créer le contentieux, avaient la valeur de jugements en premier ressort. Cette cause de confusion écartée, et elle l'est depuis très peu de temps (V. *Contentieux, ministre-juge*), restait un gros inconvénient pratique provenant de ce que l'administrateur saisi de réclamations destinées à provoquer la création du contentieux n'était pas obligé de statuer et pouvait, par son silence ou son inaction, empêcher la création du contentieux. Le système risquait d'échouer dans cette impasse, il fallait un acte pour créer le contentieux et l'administrateur pouvait refuser l'acte ; rejeter la réclamation par une décision formelle créait le litige, mais garder le silence mettait le réclamant dans l'impossibilité d'organiser le litige. Vivement sentie dès 1864, cette lacune appelait une réforme législative ; après diverses mesures partielles, il a été posé un principe général par la loi du 17 juill. 1900, art. 3 ainsi conçue (1) :

« Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites de-
« vant le Conseil d'État que sous la forme de recours contre une décision
« administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé
« sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peu-
« vent considérer leur demande comme rejetée et se pourvoir devant le
« Conseil d'État. Si des pièces sont produites après le dépôt de la
« demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces.
« — La date du dépôt de la réclamation et des pièces s'il y a lieu, est
« constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de
« l'art. 5 du décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce réce-
« pissé doit, à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de

p. 433 et année 1865, t. 19, p. 145, sous ce titre : *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative ou du contentieux et du non-contentieux administratifs.*

(1) La principale des dispositions prises pour remédier à l'inconvénient du silence des administrateurs, avait été celle du décret du 2 nov. 1864, art. 7 : en vertu de cette disposition, lorsque des réclamations étaient portées devant le ministre contre des décisions d'autorités à lui subordonnées, la décision du ministre devait intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère ; après l'expiration de ce délai, s'il n'était intervenu aucune décision, les parties pouvaient considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État, en d'autres termes, *le silence gardé par le ministre pendant quatre mois équivalait à décision de rejet.* Mais la jurisprudence avait rigoureusement enfermé l'application de l'art. 7 du décret du 2 nov. 1864 dans l'hypothèse prévue par le texte, réclamation portée devant le ministre et uniquement dans le cas de recours hiérarchique, elle ne l'étendait ni aux réclamations portées devant les autres autorités administratives, ni même aux réclamations portées devant le ministre en dehors des recours hiérarchiques. — Beaucoup de dispositions de détail étaient intervenues depuis. V. à titre d'exemple, D. 16 mars 1880, art. 11 et 12; L. 5 avril 1884, art. 38, § 4, art. 69, § 3; L. 1er avril 1898, art. 16, § 3; L. 8 avril 1898, art. 48, *in fine.* — Cf. O. 12 mars 1831, art. 7 sur les conflits.

Source : BIU Cujas

« leur recours au Conseil d'État (1). — Si l'autorité administrative est « un corps délibérant, les délais ci-dessus seront prorogés, s'il y a lieu, « jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt « de la demande ou des pièces (2). »

Cette disposition s'annonce comme générale, sauf une restriction dont nous aurons à apprécier la portée dans un instant; elle est applicable croyons-nous aussi bien en matière de recours contentieux ordinaire qu'en matière de recours pour excès de pouvoir, en effet le Conseil d'État est juge de droit commun en matière contentieuse ordinaire aussi bien que pour les excès de pouvoir; la disposition est applicable aussi quelle que soit l'autorité qui ait gardé le silence sur la réclamation, puisque le texte prévoit même les corps délibérants; enfin elle l'est quelle que soit la nature de la réclamation, que ce soit un recours hiérarchique ou une réclamation directe. La seule condition exigée est qu'il s'agisse d'une affaire contentieuse *à introduire devant le Conseil d'État*. Cette restriction du texte pose la question de savoir si l'Administration conservera son privilège de silence quand la réclamation devra être introduite devant un autre tribunal, par exemple devant un conseil de préfecture. Ainsi dans le cas de dommages résultant de travaux publics, bien que la réclamation soit adressée au ministre, le recours contentieux contre la décision de celui-ci doit être portée au conseil de préfecture; cette règle de compétence permettra-t-elle donc au ministre de garder le silence impunément? Ce serait un résultat singulier et il est à souhaiter, ou bien que la jurisprudence du Conseil d'État par une interprétation large évite l'anomalie, ou bien que celle-ci soit supprimée par un nouveau texte de loi (3).

(1) Si l'autorité administrative refusait le récépissé, il serait valablement remplacé par un constat d'huissier (C. E., 11 janv. 1866, *Chabannes*).

(2) Par exemple, si une réclamation est adressée à un conseil général entre la session ordinaire d'août et celle d'avril qui sont séparées par un intervalle de huit mois et que l'on ne juge pas nécessaire de réunir le conseil général en session extraordinaire pour statuer sur la réclamation.

(3) Les rédacteurs de la loi du 17 juillet 1900, sont peut-être partis de cette idée que devant le conseil de préfecture, il n'y avait pas intérêt à parer au silence de l'Administration parce que, dans les affaires dont cette juridiction est saisie, l'acte contre les conséquences duquel il est réclamé est toujours posé d'avance par l'Administration. Ainsi, en matière de contributions directes, les réclamations des contribuables sont formées contre l'arrêté du préfet qui a rendu le rôle exécutoire; or, cet acte est posé d'avance. Ainsi, en matière électorale, les réclamations sont formées contre l'élection une fois faite. Ainsi encore, en matière de travaux publics, les réclamations de l'entrepreneur sont formées contre des conséquences du marché de travaux qui est lui aussi un acte antérieur. Mais cette opinion résulterait d'une analyse incomplète des choses, au moins en ce qui concerne les marchés de travaux publics. D'une part, l'exécution des marchés est devenue aussi analytique que celle des services publics, elle s'opère par des actes administratifs successifs, ordres de service, attachements, décomptes partiels auxquels les cahiers des charges attachent des effets définitifs, qui doivent être attaqués dans un certain délai et que les entrepreneurs doivent provoquer pour se mettre à couvert. D'au-

Source : BIU Cujas

b) Lorsque l'Administration agit par la voie de *gestion privée*, elle n'est pas couverte par le privilège de la création du contentieux par les actes. on peut *de plano* intenter contre la personne morale administrative des actions en justice; mais cependant il subsiste un privilège affaibli qui se caractérise par l'obligation du dépôt préalable d'un mémoire, destiné ici encore à prévenir l'Administration. Seulement, elle ne peut que plaider ou traiter à l'amiable, elle ne peut pas, comme dans les matières de Puissance publique délimiter elle-même le débat contentieux (sur cette obligation du mémoire dans les actions judiciaires, V. *infrà*, *Contentieux*).

N° 2. — *L'indépendance de la Puissance publique vis-à-vis du pouvoir judiciaire. L'institution d'une juridiction administrative et le privilège de juridiction qui en résulte pour les actes.*

L'institution d'une juridiction administrative compétente pour apprécier les actes de la Puissance publique accomplis, soit par la voie d'autorité soit par la voie de gestion publique, l'interdiction adressée aux tribunaux judiciaires de connaître de ces actes, l'institution des Conflits et d'un Tribunal des Conflits pour assurer l'observation des règles d'attribution, tout cet ensemble de prérogatives que l'on a l'habitude de désigner sous le nom de principe administratif de la séparation des pouvoirs, sera étudié à la fin de cet ouvrage, v° *Contentieux*.

N° 3. — *L'unité de la Puissance publique et ses conséquences au point de vue des actes. — Le contrôle hiérarchique et le recours hiérarchique. — La tutelle administrative.*

La Puissance publique est à certains égards une et centralisée. A cela il y a une raison, malgré le morcellement de l'Administration publique en administration centrale, administrations locales et administrations spéciales, il importe de maintenir dans cette Administration publique une certaine unité d'action, sous peine de briser l'unité de l'État lui-même.

tre part, l'opération de travaux publics produit vis-à-vis des tiers des effets dommageables qui se rattachent à des faits et non à des actes. — Il y a donc bien réellement une lacune dans la loi du 17 juillet 1900. Dans les rapports de l'entrepreneur et de l'Administration, les cahiers des charges peuvent y suppléer (art. 51, *Du cahier des clauses et conditions générales*). Mais pour les réclamations d'indemnités pour dommages la lacune subsiste. En fait, la jurisprudence admet jusqu'ici que ces réclamations peuvent être portées devant le conseil de préfecture *de plano* sans décision administrative préalable; mais cette pratique apparaît de plus en plus comme contraire à la théorie de la création du contentieux et il est à croire qu'elle ne sera pas maintenue. Déjà le procédé qui consiste à porter d'abord la réclamation devant le ministre est employé, et le Conseil d'État a pris soin que cette démarche préalable n'eût pas de fâcheux effets au point de vue de la déchéance quinquennale (C. E. 7 déc. 1900, *Madelain*). Cette évolution de jurisprudence (Cfr. C. E. 12 juill. 1894, héritiers Dufourcq et les conclusions de M. Romieu) est le prodrome de l'application à ce cas particulier de la théorie générale et alors, encore une fois, la lacune apparaîtra.

Source : BIU Cujas

Cette unité peut être obtenue ou par l'impulsion ou par le contrôle. Dans les régimes de centralisation excessive tous les rouages locaux reçoivent du centre l'impulsion et ne sont guère que des agents de transmission, les actes administratifs doivent presque tous être rapportés à l'Administration centrale ; sous les régimes de décentralisation au contraire, les rouages locaux ont conquis l'initiative, la centralisation ne se maintient plus que par un contrôle ; beaucoup d'actes administratifs doivent désormais être rapportés aux administrations locales ou spéciales, seulement ils sont l'objet d'un contrôle administratif qui a pour but d'assurer soit le maintien de la légalité et de la moralité administrative, soit une certaine unité de vues dans l'Administration (1). Le contrôle administratif des actes se dédouble d'ailleurs en un contrôle hiérarchique et un contrôle de tutelle.

I. *Le contrôle hiérarchique.* — Il s'exerce sur les actes des autorités administratives et des agents qui font partie de la hiérarchie. La hiérarchie est le personnel des agents de l'Administration d'État en tant que dépendant du ministre, chaque ministre est le chef de la hiérarchie dans son département ministériel :

a) Observons : 1° que les administrations locales, en tant qu'elles sont indépendantes de l'État et autonomes, ne sont pas comprises dans la hiérarchie (2) ; 2° qu'en principe tous les services de l'Administration d'État, quels qu'ils soient, sont compris dans la hiérarchie. Il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les actes purement ecclésiastiques des autorités ecclésiastiques ; 3° que le pouvoir hiérarchique appartient aux ministres et non pas au chef de l'État (3) ; 4° qu'on étudie ici le pouvoir hiérarchique, uniquement en tant qu'il s'applique aux actes administratifs, et non point en tant qu'il entraîne un pouvoir disciplinaire sur les administrateurs ;

b) Ainsi entendu, il faut encore faire sur le contrôle hiérarchique les observations suivantes : 1° Le contrôle s'exerce sur tous les actes admi-

(1) Dans les cas où il n'y a pas de légalité précise, celle-ci est remplacée par la centralisation elle-même, parce que le pouvoir central s'inspire davantage de l'esprit de la loi que les autorités locales. C'est dans ces hypothèses que les décisions des autorités locales peuvent être annulées sans cause déterminée ou pour simple inopportunité. De toute façon, le contrôle administratif est pour l'organisation sociale et constitue une matière essentiellement objective (nous verrons plus loin que c'est une sorte de police).

(2) Elles sont soumises à la tutelle qui sera étudiée ci-après ; cependant il y a telle autorité locale, par exemple le maire, qui pour certaines de ses attributions reste soumise à la hiérarchie.

(3) Il avait appartenu au chef de l'État en vertu de la Constitution du 3 sept. 1791, t. III, ch. IV, sect. 2, art. 5 et 6 ; dans la Constitution du 5 fructidor an III, art. 196, il appartenait encore au Directoire concurremment avec les ministres, chacun dans leur département (art. 193-194). La compétence exclusive du ministre s'affirme à partir de la Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 59 ; V. D. 25 mars 1852, art. 6 ; D. 13 avri 1861, art. 7.

Source : BIU Cujas

nistratifs de quelque espèce qu'ils soient, c'est-à-dire sur toute manifestation de l'activité d'un agent administratif dans l'exercice de ses fonctions, pourvu qu'il appartienne à la hiérarchie. Il s'exerce aussi bien sur les simples agissements qui ne sont pas susceptibles de produire par eux-mêmes d'effets juridiques, que sur de véritables actes d'administration qui produisent des effets juridiques. Ainsi, par exemple, si un agent voyer a arbitrairement fait détruire un pont jeté sur un fossé, le chef hiérarchique peut être saisi d'un recours ;

2° Le pouvoir de contrôle comporte en principe : α) des prescriptions ou instructions adressées par le supérieur à l'inférieur par lettre-circulaire, etc. ; β) des autorisations ou des approbations d'actes ; γ) des annulations et des réformations d'actes ; δ) des ordres donnés d'avoir à réparer les conséquences d'un acte ; ε) des substitutions d'action ; η) des confirmations d'actes ;

3° Le contrôle hiérarchique s'exerce par échelons en remontant les degrés de la hiérarchie depuis l'agent qui a fait l'acte jusqu'au ministre, mais les échelons sont constitués uniquement par les agents qui ont la qualité d'autorité administrative, c'est-à-dire qui ont le pouvoir de faire des actes d'administration produisant des effets de droit (maire, sous-préfet, préfet, ministre), parce que la hiérarchie étant un élément d'ordre, ce contrôle est déjà juridique ;

4° Les décisions par lesquelles les autorités administratives statuent par écrit pour exercer le pouvoir hiérarchique, soit qu'elles annulent ou réforment ou confirment l'acte du subordonné, constituent des actes d'administration produisant effet de droit et par suite susceptibles de recours contentieux.

Du recours hiérarchique. — Le contrôle hiérarchique s'exerce en principe spontanément et d'office, mais il peut aussi être provoqué par les réclamations des intéressés, ces réclamations portent le nom de recours hiérarchique (1). Le recours hiérarchique doit être distingué, d'une part du recours gracieux, et d'autre part du recours contentieux :

1° Il ne faut pas confondre *recours hiérarchique* avec *recours gracieux*, bien qu'on fasse presque toujours cette confusion. On doit entendre par recours gracieux ou réclamation gracieuse celle adressée à une autorité pour lui demander de faire un acte nouveau ou bien à l'autorité qui a fait un acte pour la prier de rapporter *elle-même* son acte ; contre les décisions des ministres, on ne peut formuler des réclamations adminis-

(1) Il peut arriver que le contrôle hiérarchique ait moins d'étendue quand il s'exerce d'office que lorsqu'il s'exerce sur recours. Ainsi en est-il d'après les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861, du contrôle du ministre sur les actes des préfets et de celui des préfets sur les actes des sous-préfets. — D'office, les actes des préfets ou sous-préfets ne peuvent être annulés ou réformés que s'ils sont contraires aux lois et règlements. Sur recours, ils peuvent être annulés ou réformés pour tous motifs (art. 6, D. 25 mars 1852 ; art. 7, D. 13 avril 1861).

Source : BIU Cujas

tratives que de cette façon, puisque les ministres n'ont point de supérieur hiérarchique, puisque le chef de l'État lui-même n'est pas leur supérieur hiérarchique; contre les décisions du chef de l'État également, puisque le chef de l'État n'a pas non plus de supérieur hiérarchique. La voie gracieuse ressemble à la voie hiérarchique en ce qu'elle est administrative, mais elle en diffère en ce qu'elle n'éveille pas l'idée d'un contrôle, elle ne donne pas lieu à un recours proprement dit mais plutôt à *une démarche* ou à une pétition (1);

2° Il ne faut pas confondre non plus *recours hiérarchique* avec *recours contentieux;* l'un met en mouvement la hiérarchie administrative, l'autre la juridiction administrative et ces deux organisations n'ont rien de commun (2) : α) Le juge est obligé de statuer sur un recours contentieux; le supérieur hiérarchique n'est pas obligé de statuer sur un recours hiérarchique; notons cependant que depuis la loi du 17 juillet 1900, art. 3, son silence au bout d'un délai de quatre mois est assimilé à une décision de rejet; β) Lorsque contre un acte d'administration il existe *de plano* un recours contentieux, le recours hiérarchique n'en subsiste pas moins à côté; les deux recours sont distincts et indépendants, la partie intéressée n'est point obligée d'intenter d'abord le recours hiérarchique, l'existence de celui-ci ne constitue point une fin de non recevoir pour le recours contentieux (C. E. 24 juin 1881, *Bougard;* 13 avril 1882, *Bansais*); si cependant on emploie au préalable le recours hiérarchique, il faut bien faire attention à ne pas perdre le droit au recours contentieux par expiration des délais (V. *infrà*, *Recours pour excès de pouvoir*, *fin de non recevoir tirée des délais*).

Les règles du recours hiérarchique font d'ailleurs ressortir les différences qui le séparent du recours contentieux : 1° Il peut être formé contre tous les actes de tous les agents qui font partie de la hiérarchie, il n'est pas suspensif de l'exécution de l'acte attaqué; 2° Il est formé devant l'autorité immédiatement supérieure, avec faculté de remonter par échelons jusqu'au ministre; 3° Il n'y a pas de délai (3); 4° Le recours est recevable

(1) Mais, bien entendu, depuis la loi du 17 juillet 1900, art. 3, la réclamation gracieuse, si elle se produit dans une matière contentieuse, peut servir de préalable pour créer le contentieux et le silence gardé par l'autorité pendant quatre mois équivaut à décision de rejet. Il convient de rattacher à la voie gracieuse proprement dite, le recours fondé sur l'art. 40 du décret du 22 juillet 1806, ainsi conçu : « Lorsqu'une partie se croira lésée dans ses droits ou dans ses propriétés par l'effet d'une décision de notre Conseil d'État rendue en matière non contentieuse (Décret en Conseil d'État) elle pourra nous présenter une requête pour, sur le rapport qui nous en sera fait, être l'affaire renvoyée s'il y a lieu, soit à une section du Conseil d'État, soit à une commission. » V. sur ce recours avis du C. E. 4 juin 1878 et Laferrière, *op. cit.*, II, 415.

(2) Cette confusion a été commise pendant longtemps à l'époque où régnait la doctrine du ministre-juge (V. *infrà*, *Contentieux*).

(3) Mais certaines circonstances ont pu rendre inattaquables certains actes (par exemple, un acte d'autorité a servi de point d'appui à un acte de gestion, l'Administration a le devoir de respecter cet acte comme irrévocable).

Source : BIU Cujas

pour simple intérêt froissé, et il peut être motivé au fond pour simple inopportunité de l'acte; 5° Aucune formalité de procédure, simple requête sur papier timbré; il est délivré aux parties qui le demandent un récépissé constatant la date de la réception de la réclamation; pour la décision, simple forme administrative (1); 6° Si l'autorité saisie du recours ne garde pas le silence, sa décision est, ou bien une confirmation, ou bien une annulation, ou bien une réformation de l'acte. Si elle garde le silence pendant plus de quatre mois, comme ce silence est assimilé à un rejet de la réclamation, il équivaut à confirmation de l'acte (2); 7° Tant que la décision sur recours hiérarchique n'a pas servi de fondement à un acte de gestion, elle peut être reprise et refaite.

II. *Le contrôle de Tutelle.* — Les administrations locales, et même certains établissements publics, depuis que la décentralisation leur a donné de l'autonomie, sont considérés comme ne faisant plus partie de la hiérarchie, parce qu'en somme ils ne dépendent plus de l'Administration de l'État, et qu'ils administrent en leur propre nom. Mais si le pouvoir hiérarchique a disparu en ce qui les concerne, il a été remplacé par un pouvoir de tutelle, car il faut bien que d'une façon ou de l'autre l'unité de l'administration publique soit maintenue. Il y a de grandes différences entre le contrôle de tutelle et l'autorité hiérarchique :

1° Tandis que l'autorité hiérarchique est de droit et se présume, sauf exception établie par texte (par exemple dans la matière des autorisations d'office), au contraire le contrôle de tutelle est d'exception et n'existe que dans la mesure où le texte le stipule (C. E. 8 avr. 1892, *maire de Rennes*, S. 94. 3. 17 et la note). C'est-à-dire que dans la hiérarchie la subordination est la règle, tandis que dans la tutelle c'est l'indépendance et l'autonomie; 2° Tandis que le pouvoir hiérarchique comporte des injonctions et des réformations d'actes, le pouvoir de tutelle ne comporte ni injonctions ni réformations, il comporte seulement des autorisations d'actes ou des annulations; 3° Tandis que le contrôle hiérarchique reste entièrement administratif, le contrôle de tutelle a une tendance à devenir juridictionnel (3).

(1) Lorsqu'un recours hiérarchique est formé devant le ministre, sur une affaire qui est susceptible de donner lieu à un recours contentieux, le ministre doit statuer par décision *spéciale* (D. 2 nov. 1864, art. 6); il y a discussion sur le point de savoir si cela veut dire décision motivée.

(2) Dans le cas d'annulation ou de réformation, il y a une décision de l'autorité supérieure qui détruit l'acte primitif. On se trouve donc en présence d'un nouvel acte d'administration qui peut à son tour être attaqué, soit encore par le recours hiérarchique si on n'a pas épuisé la hiérarchie, soit par le recours contentieux. Dans le cas de confirmation définitive par le ministre, l'acte primitif demeure intact, la décision confirmative s'il en est survenu une s'incorpore à lui, et c'est cet acte primitif qu'il faudra maintenant attaquer par la voie du recours contentieux, si l'on est encore dans les délais.

(3) Il est des cas où la décision prise par l'autorité administrative autonome ne devient exécutoire qu'après approbation expresse d'une autorité supérieure; c'est bien une forme

Source : BIU Cujas

§ 2. — **De l'obligation pour la Puissance publique de n'agir que pour exercer des pouvoirs légaux suivant des procédures légales : théorie de la voie de fait.**

L'Administration publique est évidemment l'exercice de *pouvoirs légaux ;* l'Administration n'a pas tous les pouvoirs, il y a des limites à sa compétence. Si dans une certaine mesure, pour la création de services nouveaux, l'Administration de l'État est juge de sa propre compétence (V. *suprà*, *La fonction administrative*), c'est à la condition que les organisations nouvelles qu'elle crée ne portent pas atteinte à des droits acquis ; de même, les opérations qu'elle fait pour assurer ses services publics ne peuvent dépasser la mesure des opérations du commerce juridique ordinaire, à moins qu'un pouvoir légal ne lui ait été conféré. Si, par exemple, l'Administration a pu procéder à des laïcisations d'écoles primaires, et pour cela pénétrer dans des domiciles, procéder à des expulsions et à des dépossessions provisoires, ce n'est évidemment que parce que le pouvoir lui en avait été conféré par la loi de 1886. — En dehors du droit d'expropriation ou du droit de réquisition militaire, l'Administration n'a aucun pouvoir de s'emparer d'une chose appartenant à un particulier, et spécialement, elle n'a point le droit de confiscation ;

énergique de contrôle, mais comme l'acte d'administration n'existe qu'après l'approbation, il devient plutôt l'œuvre de l'autorité supérieure. Le vrai cas de tutelle est celui où l'acte de l'autorité autonome est exécutoire par lui-même, mais peut être annulé par le pouvoir central. Il faut distinguer trois hypothèses :

1° *L'acte peut être annulé d'office sans cause déterminée.* — Par conséquent il peut être annulé, non seulement pour excès de pouvoir ou illégalité, mais simplement parce qu'il est jugé inopportun. Sont dans ce cas, par exemple : Les arrêtés réglementaires des maires (art. 95, L. 5 avr. 1884), qui peuvent être en tout temps suspendus ou annulés par arrêté du préfet ; Les délibérations du conseil général sur les objets énoncés à l'art. 48 de la loi du 10 août 1871 qui peuvent être suspendues par décret motivé du chef de l'État, mais à la condition que le décret intervienne dans les trois mois à partir de la clôture de la session (art. 49) ;

2° *L'acte peut être annulé d'office pour cause déterminée.* — Sont dans ce cas, par exemple : Les délibérations prises par les conseils généraux dans une réunion illégale, elles peuvent être à toute époque annulées par le préfet lui-même (art. 34) ; Les délibérations réglementaires des conseils municipaux qui constituent le droit commun, elles peuvent être annulées à toute époque par le préfet en conseil de préfecture dans le cas de réunion illégale, d'incompétence, de violation de la loi ou d'un règlement (art. 63, 65) ; les mêmes délibérations peuvent être annulées de la même manière mais seulement dans un certain délai dans le cas des art. 64 et 66, loi municipale. On remarquera que ce sont des cas d'illégalité ;

3° *L'acte peut être annulé sur recours et pour cause déterminée.* — Ces recours étant quasi-contentieux peuvent être rattachés aux vices internes de l'acte, ils seront étudiés à la section suivante. C'est un point où le contrôle administratif cède la place à un contrôle juridictionnel. D'ailleurs, logiquement, la décentralisation doit aboutir à ce résultat que dans certains cas le contrôle administratif de l'État sur les actes des personnes administratives inférieures disparaisse pour ne plus laisser qu'une surveillance du juge ; l'autonomie de ces personnes administratives le demande.

Source : BIU Cujas

elle n'a pas le droit de réquisitionner des hommes sous forme de corvée en dehors du service militaire et des prestations vicinales. Elle n'a pas le droit d'emprisonner un citoyen sans jugement, par mesure de police, ni d'expulser de France un Français par mesure administrative, etc., etc.

D'un autre côté, pour exercer les pouvoirs légaux de l'Administration, la Puissance publique est tenue d'observer des procédures légales, et si elle exerce des pouvoirs, même légaux, en dehors de toute espèce de procédure, c'est comme si elle agissait sans pouvoirs légaux.

Dans un cas comme dans l'autre, qu'il y ait opération en dehors des pouvoirs légaux ou opération en dehors des procédures légales, l'acte de la Puissance publique doit être qualifié de *voie de fait*, parce qu'il est en dehors du Droit. L'autorité judiciaire devient compétente pour restituer dans le droit et allouer des indemnités s'il y a lieu (Conflits, 2 juill. 1898 *Trani*), et même pour empêcher la voie de fait de s'accomplir par une décision en référé (Conflits, 28 janv. 1899, *maire de Périgueux*) (1).

La voie de fait par *manque de droit* ou *de pouvoir légal* de l'Administration a donné lieu à quelques décisions intéressantes, notamment à la décision C. E., 9 mai 1867, *Michel Lévy*, affaire de la saisie et de la confiscation de l'ouvrage du duc d'Aumale *Histoire des princes de Condé* (V. article Reverchon, *Revue pratique*, 1867, t. 24, p. 1, *De la saisie administrative;* Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 479).

La voie de fait par *manque de procédure* existe dans deux séries de cas : 1° Si l'acte a été accompli par un agent qui n'avait pas délégation régulière de la Puissance publique (2); 2° Si l'acte, quoique accompli par un agent administratif ayant délégation régulière, l'est en dehors des procédures légales de l'Administration (3); il ne suffirait pas qu'il y eût une irrégularité ou une omission dans une procédure, il faut qu'il y ait absence totale de toute procédure; ainsi l'illégalité contenue dans la voie de fait se distingue de celle qui est contenue dans l'excès de pouvoir en ce que, dans le premier cas, l'Administration commet l'illégalité d'agir en dehors des procédures consacrées, tandis que dans le second cas elle

(1) Dans le cas de la voie de fait, il y aura fréquemment *fait personnel* d'un fonctionnaire, mais la responsabilité de celui-ci ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé poursuive directement à l'encontre de l'Administration, le redressement de son droit.

D'autre part, la voie de fait ne saurait être confondue avec le *fait de service*, préjudice causé par un accident dans le service administratif, qui donne lieu à une réclamation devant les tribunaux administratifs (V. *infrà*); la voie de fait n'est pas un accident de service, puisqu'elle est totalement en dehors des pouvoirs de l'Administration ou de ses procédures, et par conséquent en dehors de l'exécution des services.

(2) Cas de l'entrepreneur de travaux publics qui s'empare d'un terrain en vue d'une occupation temporaire sans autorisation du préfet, L. 29 décembre 1892, art. 16.

(3) Par exemple si un entrepreneur de travaux publics départementaux commençait à construire sur la place publique d'une ville sans qu'il y ait eu entre les deux administrations entente amiable ou sans qu'il y ait eu procédure d'expropriation (espèce de la décision *maire de Périgueux*).

Source : BIU Cujas

commet des illégalités tout en agissant par les procédures consacrées (1).

§ 3. — Des indemnités pécuniaires dues par les personnes morales administratives à raison des préjudices occasionnés par les actes administratifs.

N° 1. — *Observations préliminaires.*

Voilà une matière d'un très grand intérêt. Pour bien des raisons de haute politique et d'équité il est désirable que les préjudices causés par l'Administration dans sa marche soient réparés par des indemnités pécuniaires. D'une part, c'est une contrepartie de ses prérogatives, l'Administration use de pouvoirs exorbitants et de contrainte, on est porté à se dire : « qu'elle fasse, mais qu'elle paye »; d'autre part, si l'Administration cause des préjudices à quelques-uns c'est pour l'exécution des services publics, c'est-à-dire pour le bien de tous, et il serait souverainement injuste que les uns pâtissent pour les autres. Mais si les raisons de convenance sociale ne manquent pas, les principes juridiques et les faits obligatoires sont moins faciles à trouver, du moins quand on veut respecter le régime de la Puissance publique qui demande une certaine irresponsabilité dans certaines attitudes de commandement. Aussi au point de vue juridique le problème des indemnités pécuniaires n'est-il pas susceptible d'une solution simple, et nécessite-t-il de nombreuses distinctions (2).

Il peut se faire que le droit de l'administré qui a été lésé par l'Administration se venge par lui-même de l'atteinte qui lui a été portée et poursuive par lui-même la réparation pécuniaire, cela ne se produit à mon avis que s'il s'agit d'un droit de propriété et cela donne lieu à la théorie de l'*atteinte au droit de propriété;* il peut se faire aussi que le droit lésé ne se venge pas par lui-même, alors c'est le *préjudice* causé à la personne qui doit être réparé, mais la réparation du préjudice n'est pas obtenue dans tous les cas ni par une théorie unique, elle l'est seulement en certains cas et par des théories différentes, celle des *dommages résultant des travaux publics*, celle des *faits de service*, celle de la *responsabilité pour faute*. Ces théories diverses n'entraînent pas toutes la compétence des mêmes juridictions : la théorie de l'*atteinte au droit de propriété* entraîne la compétence des tribunaux judiciaires, parce qu'elle n'est qu'une extension de l'expropriation indirecte; pour les théories reposant sur le *préjudice* il y a partage de compétence, la théo-

(1) Dans le premier cas on conçoit la compétenee judiciaire parce qu'il n'y a pas en réalité opération administrative; dans le second cas l'opération administrative subsiste et par conséquent la compétence administrative.

(2) L'idée de la « *contrepartie des prérogatives* », notamment, n'est pas un fondement juridique, puisque dans l'attitude du commandement où elle use le plus de ses prérogatives, l'Administration n'accepte pas la responsabilité. — V. sur ce point broch. *La gestion administrative,* p. 12; Michoud, *Responsabilité de l'État,* n° 49.

Source : BIU Cujas

rie des *dommages* et celle des *faits de service* relèvent de la compétence administrative, parce qu'il s'agit de matières de *gestion publique;* celle de la *responsabilité pour faute* relève de la compétence judiciaire, parce qu'elle n'est appliquée et ne le sera de plus en plus que dans les matières de gestion privée.

N° 2. — *Théorie des indemnités pécuniaires dues pour atteinte au droit de propriété résultant d'actes administratifs.*

La théorie de l'*atteinte au droit* doit être restreinte au cas de *dépossession définitive d'un objet de propriété* par le fait de l'Administration. D'une part, la théorie a une base juridique précise dans le fait de la dépossession définitive qui se rapproche de l'expropriation indirecte, qui elle-même ressemble à l'expropriation directe; c'est par analogie avec les régles de l'expropriation pour cause d'utilité publique que le principe de l'indemnité et la compétence judiciaire ont été étendus à tous les cas de dépossession définitive, mais l'analogie ne permet pas de dépasser cet ordre de faits (1). D'autre part, le droit de propriété est le seul qui puisse subir ce préjudice spécial qui s'appelle la *dépossession*, préjudice qui est suffisamment *injuste* par lui-même pour justifier la réparation juridique. Sans doute les atteintes à tous nos autres droits constituent aussi des préjudices, mais qui ne suffisent pas à justifier la réparation juridique, car ils ne sont pas *injustes* par eux-mêmes et le principe de la réparation devra être cherché en outre soit dans une faute de l'agent (art. 1382, C. civ.), soit dans un accident imputable à l'entreprise (L. 9 avril 1898 sur les accidents industriels; théorie administrative du fait de service), c'est-à-dire dans un élément qui ne sera pas nécessairement séparable de l'acte administratif. — Le droit de propriété est donc bien à part des autres; grâce à son caractère réel il est le seul au sujet duquel puisse se produire un préjudice injuste par lui-même et par conséquent *séparable* de l'acte administratif et c'est cette particularité qui permet à la compétence judiciaire de s'affirmer (2).

(1) V. l'excellent traité de M. Ferdinand Sanlaville, *De l'occupation définitive sans expropriation*, Paris, 1890; Cass. 12 février 1901, *Martel* : « Attendu que toute violation du droit de propriété rentre en principe dans le domaine exclusif de l'autorité judiciaire. »

(2) Par exemple, dans l'hypothèse de la dépossession définitive résultant d'un décret de délimitation du rivage de la mer (V. *infrà*, *Délimitation*).

En restreignant à la dépossession définitive d'un objet de propriété la théorie de l'atteinte au droit avec la compétence judiciaire qu'elle entraîne, je me sépare de beaucoup d'auteurs considérables qui ont manifesté l'intention de l'étendre à toutes les atteintes portées à tous les droits individuels et d'établir ainsi pour tous les cas de préjudice causé par l'Administration, soit la voie de l'action judiciaire seule, soit des voies parallèles. (M. Ducrocq, 7e éd., t. II, p. 13; M. Aucoc, *Conf. de droit adm.*, I, n° 289; M. Laferrière, *Traité de la juridict. adm.*, I, 478 et s., 529, 544). Mais, outre les raisons données au texte et qui me paraissent très probantes pour limiter au fait de la dépossession la vertu de produire par soi-même le droit à indemnité, il n'est pas douteux que l'extension parallèle de la compétence judiciaire dans toutes les matières d'indemnité serait la ruine

Source : BIU Cujas

On doit considérer comme des applications de cette théorie : 1° En ce qui concerne la propriété immobilière, le règlement de l'indemnité en matière d'expropriation directe, ce qui est le cas type, et les actions en indemnité en matière d'expropriation indirecte, par exemple en matière d'emprise (V. *infrà*, *Expropriation indirecte*, *emprise*) ; 2° En ce qui concerne la propriété mobilière le règlement de l'indemnité en matière de réquisitions militaires (V. *infrà*) ; 3° En ce qui concerne la propriété industrielle, le règlement de l'indemnité pour atteinte portée à un brevet (C. E. 31 juill. 1896, *Carré*) (1).

Observations. — 1° Par la théorie de l'atteinte au droit, le droit de propriété violé poursuit par lui-même la réparation sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la nature de l'acte administratif qui a entraîné la dépossession définitive, par cela même que la conséquence est détachable; peu importe que ce soit un acte de gestion comme dans le cas de la réquisition militaire, ou un acte d'autorité, comme dans le cas de l'emprise résultant d'une délimitation du domaine public (2) ; 2° La théorie de l'*atteinte au droit de propriété* est tellement indépendante de celles qui re-

du contentieux administratif. Sans doute, l'interprétation bilatérale du principe de la séparation des pouvoirs est raisonnable, l'autorité judiciaire doit avoir un certain domaine propre, mais poursuivre trop loin cette interprétation serait la destruction du principe.

D'ailleurs, qu'on le remarque bien, à côté de la théorie des atteintes au droit par des actes administratifs, il subsiste la théorie de la voie de fait qui est toute différente et que l'on confond trop souvent. Il n'est pas douteux que si l'atteinte au droit résulte d'une voie de fait, c'est-à-dire d'un acte qui n'a rien d'administratif, quelle que soit l'espèce du droit, il existera une action judiciaire, soit pour obtenir la restitution de l'état de fait, soit pour obtenir tout au moins une indemnité (V. p. 237) mais lorsque l'atteinte au droit résulte d'un acte qui est administratif et qui reste *administratif* malgré l'illégalité dont il peut être entaché, malgré le fait de service dont il peut porter la marque, je dis que le droit de propriété seul a le privilège de se défendre par lui-même et que l'autorité judiciaire n'est gardienne que du droit de propriété, parce que pour la propriété privée seule la dépossession est par elle-même injuste. Je serais bien étonné si sur ces points je n'étais pas d'accord avec M. Ferdinand Sanlaville, dont l'excellent traité sur la *Dépossession définitive* me semble contenir une doctrine qui conduit implicitement à ces conclusions.

(1) Cette décision très intéressante vise un cas de concurrence déloyale de l'Administration de la guerre postérieur à la délivrance d'un brevet, ce qui peut être considéré comme une dépossession définitive partielle ; elle admet les deux voies parallèles, la voie judiciaire de l'atteinte au droit, la voie administrative de l'indemnité pour fait de service.

(2) S'il s'agit d'un acte de gouvernement la question me paraît assez douteuse; on pourrait citer comme admettant une action judiciaire des décisions comme celle du C. E. 11 août 1866, *Hamilton*, saisie de l'histoire des princes de Condé; mais tout le monde reconnaît aujourd'hui que la saisie administrative d'un livre ou d'un journal n'est pas un acte de gouvernement ; quand il s'agit d'actes de gouvernement indiscutables comme les faits de guerre et lorsque la propriété a été totalement détruite, comme dans l'hypothèse où des ballots de laine avaient été mis sur des épaulements pour amortir les projectiles (C. E. 8 août 1873, *Faglin*), la question se poserait véritablement.

Source : BIU Cujas

posent sur le *préjudice* que lorsque l'atteinte au droit de propriété est réalisée, c'est-à-dire lorsqu'il y a dépossession définitive par suite d'un acte de l'Administration qui constitue en même temps un *fait de service*, deux voies parallèles s'ouvrent devant l'intéressé, l'action judiciaire en indemnité de dépossession et le recours administratif en indemnité pour fait de service (C. E. 31 juill. 1896, *Carré*).

N° 3. — *Théorie des dommages.*

Le *dommage* est un préjudice qui se présente comme la conséquence inévitable d'une opération administrative *spéciale*, laquelle étant entreprise pour l'avantage de tous ne doit pas tourner au détriment de tel ou tel administré. Le fondement de l'indemnité peut ici être tiré de l'idée de la gestion publique; les administrés, dont les propriétés subissent des dépréciations ou des servitudes d'utilité publique par suite d'opérations spéciales accomplies par l'Administration, doivent être considérés comme ayant concouru par ce sacrifice à l'œuvre commune et comme ayant acquis par là des droits à l'indemnité.

Le principal cas d'application de la théorie des dommages fut d'abord celui de l'expropriation, mais l'expropriation ayant donné lieu à une législation particulière qui lui a fait perdre son caractère primitif, actuellement le principal cas est celui des dommages résultant des travaux publics, du moins lorsqu'ils sont causés à la propriété et lorsqu'ils ne vont pas jusqu'à entraîner la dépossession définitive (1); ils seront étudiés à propos de l'opération de travaux publics (*infrà*). Ce cas n'est pas le seul, on doit en rapprocher celui de l'établissement des servitudes d'utilité publique au profit de certaines dépendances du domaine public, qui participe, soit des dommages résultant de travaux, soit même de l'expropriation. Des textes nombreux ont posé le principe de l'indemnité pour l'établissement de ces servitudes et la jurisprudence du Conseil d'Etat paraît disposée à l'étendre (C. E. 24 mars 1899, *Favril et Flacon*) (2).

N° 4. — *Théorie des indemnités pour « faits de service ».*

L'hypothèse des « faits de service » se distingue de celle des « dommages », en ce qu'il ne s'agit plus de conséquences inévitables de cer-

(1) Les dommages aux personnes occasionnés par les travaux publics sont au contraire des accidents (V. *infrà*).

(2) Les servitudes militaires qui pèsent sur certaines zones autour des places fortes ou des magasins à poudre (indemnité prévue par les lois du 10 juill. 1791, du 17 juill. 1819, par le décret du 10 août 1853, la loi du 22 juin 1854); la servitude d'appui pour les lignes télégraphiques ou téléphoniques (indemnité prévue par la loi du 28 juill. 1885, art. 9 et 10); la servitude de chemin de halage lorsqu'elle est établie sur la rive d'un fleuve où elle n'existait pas anciennement, indemnité prévue par le décret du 22 janvier 1808, art. 3 et par la loi du 8 avril 1898, art. 48; les servitudes résultant de l'alignement qui entraînent indemnité lorsqu'elles aboutissent à l'incorporation du terrain à la voie publique (L. 16 sept. 1807, art. 50; L. 21 mai 1836, art. 15 etc.

Source : BIU Cujas

taines opérations administratives, mais au contraire *d'accidents* qui se sont produits soit au cours d'une opération, soit pendant l'exécution d'un service public. L'accident résultant du « fait de service » ne consiste pas seulement en un dommage physique causé à une personne ou à une chose, il peut consister aussi en un préjudice pécuniaire, par exemple dans le fait que la perte d'un dossier confié à une administration a fait manquer une affaire importante. La théorie du « fait de service » donne lieu aux observations suivantes (1) :

1° C'est une théorie entièrement administrative (2). Les recours en indemnité sont des recours contentieux ordinaires qui exigent le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat (C. E. 7 juill. 1899, *Seytre*) ; ils ne peuvent être formés qu'après décision rendue sur une réclamation administrative laquelle, s'il s'agit de l'administration de l'Etat, doit avoir été adressée au ministre compétent (C. E. 31 juill. 1896, *Carré ;* 6 janv. 1899, *Hœgestrand;* 15 févr. 1901, *Koszelik*) ;

2° C'est une théorie de responsabilité pour *accident* et non pas de responsabilité pour faute des préposés. On ne peut pas dire que l'Administration soit responsable à raison de la faute de tel ou tel de ses agents, car on ne se préoccupe pas nécessairement de rechercher l'agent qui a commis le « fait de service » ou, si cet agent est connu, sa responsabilité ne se cumule point avec celle de l'Administration, les fonctionnaires n'étant pas responsables de leurs faits de service (V. *infrà*, p. 250). Les choses se passent comme si la Puissance publique était le gérant d'une entreprise industrielle, que l'exécution des services publics fût cette entreprise et que les administrés y fussent employés. C'est-à-dire que la notion de

(1) *Bibliographie.* Laferrière, *Traité de la juridict. adm.*, I, p. 674 et s.; II, p. 155 et s.; Michoud, *La responsabilité de l'État à raison des fautes de ses agents, Revue du droit public*, 1895, I, p. 401 ; II, p. 1 et 251 ; Jacquelin, *Principes du contentieux administratif*, p. 260 et s.

(2) La compétence est administrative pour les accidents aux personnes dans les travaux publics qui sont improprement appelés « dommages aux personnes », avec cette observation que le tribunal compétent est le conseil de préfecture ; elle l'est également pour toute autre espèce d'accident survenu dans l'exécution d'un service public quelconque, accidents aux personnes dans les manufactures de l'État ou dans l'exécution des exercices de tir, préjudices pécuniaires occasionnés par des erreurs, des pertes de documents, etc... avec cette observation que le tribunal compétent sera le Conseil d'État. — La compétence administrative pour la responsabilité du fait de service est admise par toutes les juridictions, par le Tribunal des conflits (Confl., 30 mai 1850, *Manoury;* 1er févr. 1873, *Blanco;* 8 déc. 1893, *Gessler*); par le Conseil d'Etat (C. E. 6 déc. 1855, *Rothschild;* 15 avr. 1868, *Bourdet*, etc.); par la Cour de cassation (cass. 4 avr. 1876, *Larre-Brusset;* 19 nov. 1883, *ministre de la marine*). Voici les considérants de la décision *Blanco* qui est fondamentale :

« Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour des dommages « causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, « ne peut être régie par les principes du droit civil..., que cette responsabilité n'est ni « générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du « service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. »

Source : BIU Cujas

l'accident administratif paraît se rapprocher de celle de l'accident industriel telle que l'a posée la loi du 9 avril 1898 (1).

Il faut bien cependant que l'accident soit *imputable à l'entreprise*, c'est-à-dire à l'Administration, et c'est en ce sens que quelques arrêts parlent d'une faute de l'Administration ou d'une *faute administrative* qui n'a plus rien de commun avec la théorie civile des fautes et qui signifie simplement le mauvais fonctionnement d'un service (C. E. 6 janv. 1900, *Hœgestrand*). A ce point de vue on doit observer que « le fait de service » n'entraîne indemnité que lorsqu'il provient d'une erreur ou d'une négligence qui dépassent celles qui se produisent dans le fonctionnement *habituel* des services, et qu'à l'inverse il n'y a plus responsabilité de l'administration lorsque le fait est devenu *personnel à l'agent* par une faute trop lourde ou un dol (2) ;

3° La théorie de la responsabilité pour « faits de service » n'est appliquée que dans les matières de *gestion publique*, c'est-à-dire dans les hypothèses où l'exécution des services publics et des opérations administratives, est accompagnée de « prérogatives de gestion ». Elle n'est pas appliquée lorsque l'Administration agit par la voie de gestion privée sans prérogatives, on y substitue alors la théorie des fautes qui aboutit à peu près aux mêmes résultats pratiques, mais qui entraîne compétence des tribunaux judiciaires. Elle n'est pas appliquée non plus lorsque l'Administration agit par la voie d'autorité et se trouve dans l'attitude du commandement, dans cette dernière hypothèse l'irresponsabilité de la Puissance publique est considérée comme un principe (3). En fait, comme l'exécution des services départementaux et communaux s'obtient, nous le savons, par la voie de la gestion privée (V. p. 215),

(1) Mais elle est antérieure et la jurisprudence administrative a joué ici le rôle de précurseur, V. note dans Sirey, 97. 3. 33, sous C. E. 21 juin 1895, *Cames* et les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Romieu. — Ses solutions sont aussi parfois plus sages, par exemple, en matière de faute inexcusable ou de fait personnel de l'agent. Il paraît conforme à la logique de la théorie de l'accident que l'entreprise n'ait pas la charge de la faute inexcusable d'un agent, parce que cette faute où apparaissent les passions individuelles n'est pas imputable à l'entreprise ; or, dans cette hypothèse, la loi du 9 avril 1898, art. 20, § 2, majore l'indemnité pour accident, tandis que la jurisprudence administrative, avec infiniment de raison, substitue la responsabilité personnelle de l'agent à celle de l'entreprise.

(2) V. note précédente. En résumé, le « fait de service » se place dans la région intermédiaire entre la faute légère appréciée *in concreto* et la faute lourde. Ainsi compris il constitue si peu une faute au sens civil du mot, qu'il n'est pas séparable de l'acte administratif, c'est-à-dire que l'acte entaché de fait de service ou de faute administrative n'en conserve pas moins la qualité d'acte administratif (V. *infrà*, p. 251).

(3) On en peut donner une raison pratique et une théorique. La raison pratique est que le commandement serait impossible si l'administré pouvait discuter une question d'indemnité. La raison théorique est que dans la voie d'autorité, il n'y a pas de tiers, les administrés sont considérés comme s'adressant à eux-mêmes le commandemen (V. p. 203).

Source : BIU Cujas

le domaine propre de la la responsabilité pour faits de service est l'exécution des services publics et des opérations administratives entrepris pour le compte de l'Etat (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 186 et 187) (1);

4° La responsabilité pour faits de service ne peut que se développer dans le domaine de l'exécution des services publics, car elle est une conséquence naturelle de la conception du droit administratif français sur cette matière. Nous savons que l'exécution des services publics de l'Etat est considérée comme une entreprise administrative qui s'opère sous la direction de la Puissance publique ; nous avons remarqué, d'autre part, que cette œuvre est coopérative, d'abord, parce que l'Administration y gère non pas sa propre chose mais la chose publique, ensuite parce que tous les administrés y participent; particulièrement, la régularité des services n'est obtenue que par le concours des administrés (V. p. 206). Il est naturel que la Puissance publique, qui a pris de sa propre initiative

(1) Dans certains services la responsabilité est consacrée par des textes, ce sont : 1° le service des douanes (L. 22 août 1791, titre XIII, art. 19) ; 2° le service des contributions indirectes en matière de saisie mal fondée (D. 1er germ. an XIII, art. 29); 3° le service des postes et des télégraphes (L. 24 juill. 1793, art. 37 ; L. 5 niv. an V, art. 14 et 15 ; L. 29 nov. 1850, art. 6 ; L. 4 juin 1859, art. 3 ; L. 4 juill. 1868 ; D. 25 mai 1870 ; L. 25 janv. 1873, art. 4 ; Conv. 15 janv. 1892), tantôt, en cas de de lettres ou dépêches ordinaires, les textes exemptent complètement l'Etat de la responsabilité, tantôt en cas de lettres ou d'objets recommandés ou de colis postaux, ils fixent l'indemnité à forfait, tantôt en cas de valeurs déclarées ou de mandats télégraphiques, ils la fixent au montant de la valeur perdue, sauf certaines limitations.

En dehors des textes, la jurisprudence étend progressivement la règle de l'indemnité. La responsabilité pécuniaire de l'Etat est largement admise dans le service des ports maritimes pour les accidents arrivés par la faute des officiers de port (C. E. 6 mai 1881, *Tysack;* 21 juill. 1882, *Turnbull;* 27 juin 1890, *Chedru et Craquelin*, etc.) ; dans le service militaire pour les accidents arrivés en service commandé (C. E. 31 mars 1882, *Devaux;* 7 juill. 1893, *Jamonet*; 11 mai 1883, *Dusart;* 15 mai 1878, *Gauchen;* 3 mars 1899, *Coste;* 3 août 1900, *dame Gillet;* dans les abordages des transports (C. E. 16 mars 1900, *Brown et autres*) ; dans les dommages résultant des champs de tir (C. E. 29 juin 1888, *Larboulette;* 29 janvier 1892, *Robert*, etc.; 6 avr. 1900, commune de *Sennecé-les-Mâcon;* 3 août 1900, *Leclère*) ; dans le service de ses ateliers, manufactures, arsenaux pour les accidents survenus à ses ouvriers ou à des tiers (C. E. 8 mai 1874, *Blanco;* 4 avr. 1879, *Guérin;* 27 juill. 1883, *Suremain;* 25 mai 1900, *dame Guignet;* 21 déc. 1900, *Voilard*) ; dans le service des expositions universelles pour perte d'objets (C. E. 24 avr. 1885, *Miramont*, conclusions de M. Levavasseur de Précourt; 17 déc. 1897, *Portier*) ; dans les cas de concurrence déloyale d'une administration (C. E. 31 juill. 1896, *Carré* ; cfr. 23 nov. 1894, *Société la Panclastite*) ; dans le cas d'insuffisance du service de surveillance des crues (C. E. 13 janv. 1899, *Société des produits céramiques de Boulogne*) ; pour retards considérables infligés à des paquebots par la faute de l'État (C. E. 16 déc. 1898, *Comp. des chargeurs réunis*) ; pour détournements commis par un fonctionnaire au détriment d'un particulier (C. E. 7 mai 1897, *Lafaix*), etc... etc... observons que pour l'exécution du service des chemins de fer de l'Etat, en vertu d'une disposition particulière de la loi, la responsabilité reste soumise aux règles du droit civil (L. 15 juill. 1845, art. 22) — de même pour les accidents arrivés à l'école, pendant les heures de service, il y a responsabilité civile de l'Etat et compétence des tribunaux civils, seulement la responsabilité de l'Etat exclut celle des membres de l'enseignement (L. 20 juill. 1899).

Source : BIU Cujas

la direction de l'entreprise commune en qualité de gérant d'affaires, contracte l'obligation d'assurer ses collaborateurs contre les accidents qui, portant atteinte à la régularité des services, entraînent des préjudices. Elle est réellement comme un patron qui assure ses collaborateurs contre les accidents industriels (1).

Mais ce qu'il y a de très intéressant, c'est que dans bien des hypothèses où l'on se croirait au premier abord uniquement dans une situation d'*autorité*, en face d'une Puissance publique irresponsable, on découvre que le fait dommageable peut se rattacher à l'exécution d'un service public ou à l'exécution d'une opération administrative qui accompagnent l'acte d'autorité; et dès lors, à ce point de vue de l'exécution d'un service public, l'indemnité apparaît possible, car on se trouve dans une situation de gestion publique :

a) Cette juxtaposition continuelle de la voie de gestion à la voie d'autorité doit être observée avec soin dans les matières de police. Sans doute, les dispositions d'un règlement de police, même illégales ou imprudentes, ou au contraire le défaut de dispositions réglementaires qui auraient dû être prises, ne sauraient jamais engager la responsabilité de l'État, car dans le fait de prendre ou de ne pas prendre un règlement de police

(1) Je crois fermement que la nouvelle conception de la responsabilité pour les accidents, tant en matière administrative qu'en matière industrielle, repose sur l'idée que toute entreprise dont l'exécution requiert des concours est, dans une certaine mesure, coopérative et que le patron qui en assure la direction est le gérant d'une affaire commune, c'est-à-dire d'une affaire qui n'est pas entièrement la sienne, qui est pour partie *l'affaire d'autrui*. C'est pour cela qu'il est obligé vis-à-vis de tous ses collaborateurs à assurer la régularité du fonctionnement. Cela se ramène bien facilement aux principes de la gestion d'affaires, article 1372, C. civ. : « Lorsque volontairement on gère « l'affaire d'autrui... celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion « qu'il a commencée ». Ainsi, par le seul fait que la Puissance publique s'est volontairement faite le gérant de l'entreprise coopérative des services publics, elle a contracté l'engagement tacite d'assurer la régularité de ces services. — Art. 1374, C. civ. : « Le « gérant est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de « famille. Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peu- « vent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou « de la négligence du gérant. » On croirait lire les considérants de l'arrêt *Blanco*.

Je suis heureux de me trouver ici d'accord avec M. J. Cabouat, qui a si soigneusement étudié le principe sur lequel repose la loi du 9 avr. 1888 (*Traité des accidents du travail*, I, p. 153 et s.). J'indique seulement cette réserve : la nouvelle théorie ne me paraît fondée que s'il s'agit d'une entreprise dont l'exécution dépasse évidemment les forces d'un seul homme, qui requiert des concours permanents et où apparaît par suite la solidarité dans le travail. La théorie du fait de service considéré comme accident administratif m'a été suggérée par une courte note de M. Larnaude dans le *Bulletin de la société générale des prisons*, séance du 18 décembre 1895, à propos de la loi du 8 juin 1895 sur la réparation des erreurs judiciaires. En même temps par une phrase de M. Laferrière, interprète si fidèle de la jurisprudence administrative : « Ici l'État assume lui-même certains risques des fonctions publiques » (*op. cit.*, II, p. 188). Je l'avais construite pour la première fois dans la troisième édition de ce précis.

Source : BIU Cujas

la Puissance publique agit par voie d'autorité (1). Mais il y a autre chose dans les matières de police que l'exercice du pouvoir réglementaire, il y a aussi l'exécution de services d'ordre, c'est-à-dire qu'il y a de la gestion et déjà des décisions sont venues reconnaître la responsabilité de l'Etat dans ces hypothèses (2). — Il faut donc bien se garder de dire d'une façon absolue : « l'Etat n'est pas responsable des mesures de police », ou bien « l'Etat n'est pas responsable en tant que Puissance publique ». Cela dépend des mesures de police, il y en a qui sont relatives à l'exécution d'un service d'ordre et qui doivent entraîner responsabilité ; cela dépend du mode par lequel s'exerce la police, si c'est par la voie d'autorité, c'est-à-dire par la voie réglementaire, il n'y a pas responsabilité, si c'est par la voie de gestion des services publics (et la gestion se glisse même dans les services de police), il y a responsabilité (3) ;

b) La même juxtaposition de la voie de gestion à la voie d'autorité justifie les pensions accordées aux officiers et soldats blessés en service de guerre ou en service commandé (L. 11 avr. 1831, art. 12 à 14). Le service de guerre et le service commandé donnent lieu à des actes d'autorité, mais on y peut voir aussi l'exécution d'un service public.

La juxtaposition de la voie de gestion à la voie d'autorité doit encore être observée avec soin dans le fonctionnement de la carrière des fonctionnaires. La situation au point de vue des indemnités pour préjudices causés aux fonctionnaires par le fait des supérieurs hiérarchiques est assez singulière, les recours sont déclarés recevables (4), mais au fond ils ne réussissent pas (5). Pourtant le fonctionnaire étant un collaborateur constant de l'Administration dans l'exécution des services publics est vis-

(1) C. E. 23 juin 1882, *Larbaud*, Cfr. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 187.

(2) C. E. 6 mai 1881, *Tysack* ; 21 juill. 1882, *Turnbull* ; 27 juin 1890, *Chédru et Craquelin;* 6 janv. 1899, *Hœgestrand.* — Il s'agit d'accidents arrivés dans les ports maritimes à des navires du fait de l'officier de port ou pour insuffisance de balisage ; ou encore d'accident arrivés en rivière par suite d'insuffisance du service des crues (C. E. 13 janv. 1899, *Société des produits céramiques de Boulogne*) ; il y a évidemment là exécution de services d'ordre.

(3) V. à ce point de vue la critique d'une décision récente du Conseil d'État 13 juill. 1899, *Lepreux*, dans Sirey, 1900. 3. 1. Il s'agissait justement d'un accident occasionné par l'insuffisance d'un service d'ordre.

(4) C. E. 13 décembre 1889, *Cadot;* C. E. 20 juillet 1877, *Garnier;* 28 juillet 1882, *Rampant.*

(5) « Les erreurs ou les fautes commises par le supérieur hiérarchique à l'égard de « l'inférieur, dit M. Laferrière (*op. cit.*, II, p. 186), ne donnent lieu à aucune action en « indemnité contre l'Etat, et cela non seulement quand le supérieur abuse de ses pouvoirs « discrétionnaires de discipline ou de révocation, mais encore lorsqu'il porte illégale- « ment atteinte à un droit acquis. Dans ce dernier cas, l'agent lésé peut le plus souvent « poursuivre l'annulation de la décision illégale par la voie du recours pour excès de « pouvoir, il peut aussi en certains cas, obtenir un rappel de solde ou de traitement ; il « peut enfin s'il a été frappé d'une destitution illégale se faire relever par la voie con- « tentieuse de la déchéance du droit à pension qui serait résultée de cette mesure ; mais « il ne peut réclamer aucune indemnité à l'Etat. »

Source : BIU Cujas

à-vis d'elle dans une situation de gestion ; elle explique déjà le droit à un traitement, le droit à pension, ne saurait-elle fournir la base d'un droit à indemnité? Ne pourrait-on pas admettre qu'il y a pour régir la situation personnelle des fonctionnaires un véritable service organisé, n'y a t-il pas dans tous les ministères une direction du personnel, des règles pour le classement et l'avancement, etc. ? Dès lors, les erreurs qui fréquemment sont commises au détriment des fonctionnaire ne peuvent-elles pas être rapportées, non pas aux décisions de révocation ou de mise à la retraite qui sont incontestablement des actes d'autorité, mais à la mauvaise gestion d'un service (1) ?

Une jurisprudence persévérante qui s'appliquerait à relever ainsi fermement tous les cas d'exécution de service ou d'exécution d'opération qui se cachent derrière la façade des actes d'autorité, arriverait à neutraliser tous les effets fâcheux de l'irresponsabilité de la Puissance publique agissant par voie d'autorité ; on est obligé de poser le principe de cette irresponsabilité, mais on a le devoir de le tourner toutes les fois que la théorie de la gestion des services publics s'y prête. Finalement il ne resterait guère comme irréductibles que les actes réglementaires (2).

N° 5. — *Théorie des indemnités pour faute ou pour responsabilité du commettant.*

On peut appliquer aux administrations la théorie des fautes, c'est-à-dire la responsabilité du commettant, toutes les fois qu'elles administrent vraiment leur propre chose ; le fonctionnaire est le préposé, la personne morale administrative, le commettant. Cette théorie entraîne : 1° la compétence judiciaire ; 2° le cumul de la responsabilité de l'agent et de celle de l'Administration ; elle est admise dans trois séries d'hypothèses :

1° *Pour les préjudices occasionnés dans l'administration du domaine privé.* Cela est unanimement accepté même pour le domaine privé de l'Etat (Conflits, 30 mai 1884, *Linas ;* cfr. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 687 ; II, p. 191), à plus forte raison pour l'Administration du domaine privé départemental ou communal (Cfr. Michoud, *Resp. des comm., op. cit.*) ; 2° *Pour les préjudices occasionnés dans l'exécution de certains services d'État ;* administration des chemins de fer de l'Etat en tant que

(1) Il est commis au détriment des fonctionnaires des erreurs plus fréquentes qu'on ne le croit. On cite des préfets admis à faire valoir leurs droits à la retraite, alors qu'en fait ils n'avaient pas les conditions requises pour la pension et l'on n'avait pas du tout l'intention de leur faire perdre le droit à pension.

(2) Cfr. *Rép.*, Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaires*, n° 285. — L'opération de travaux publics est ici très intéressante à observer. Telle mesure de l'Administration prise par la voie d'autorité, qui n'entraîne aucune responsabilité pécuniaire en des circonstances ordinaires, peut en entraîner si elle intervient dans une opération de travaux publics et si elle peut être considérée comme ayant été le point de départ de dommages résultant de travaux publics. Tel est le cas du retard dans la délivrance des alignements de voirie ou du refus d'alignement (C. E. 3 août 1900, *Ville de Paris*, S. 1902. 3. 41, la note).

Source : BIU Cujas

faisant œuvre industrielle et commerciale (Cass. crim., 8 févr. 1901, *Brulon*) ; depuis la loi du 9 avril 1898, accidents industriels survenus dans les ateliers et manufactures de l'Etat ; depuis la loi du 20 juillet 1899, accidents survenus dans les écoles publiques (sauf non cumul des responsabilités) ; 3° *pour les préjudices occasionnés dans l'exécution des services départementaux et communaux* (V. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 686 ; Michoud, *De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents Rev. du droit public*, 1897, I. 41). Il y a ici une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation (Cass., 17 déc. 1895, *Gratian ;* 23 juin 1898, *Doux*), mais elle ne résistera peut-être pas très longtemps à la poussée qui tend à appliquer aux services départementaux et communaux les mêmes règles qu'aux services d'Etat (V. p. 215 ; cf. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 686 ; Michoud, *op. cit.;* Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaire*, n° 287) (1).

De la responsabilité spéciale des communes en cas de dommages causés par des attroupements et rassemblements (L. 10 vend. an IV ; L. 5 avr. 1884, art. 106 et s.). Cette responsabilité est toute spéciale en ce qu'elle frappe bien moins la personne morale de la commune que la collectivité des habitants actuels qui sont ainsi invités à assurer par eux-mêmes l'ordre public ; en effet l'indemnité à laquelle la commune est condamnée est répartie immédiatement entre tous les habitants domiciliés dans la commune, en vertu d'un rôle spécial comprenant les quatre contributions directes (art. 106, L. 5 avr. 1884). Cette responsabilité est apparue comme un expédient dans des temps troublés et il a paru bon de la maintenir en prévision de leur retour possible (2).

(1) Pour l'administration coloniale on peut conclure de la compétence générale des conseils du contentieux, que la matière des demandes d'indemnité est administrative et par conséquent que la théorie du fait de service doit s'appliquer (C. E. 20 juill. 1877, *Garnier ;* 28 juill. 1882, *Rampant*).

(2) Cette responsabilité obéit aux règles suivantes :

Conditions de la responsabilité. — 1° Dégâts et dommages, même moraux, pourvu qu'ils soient appréciables, envers les personnes ou les propriétés publiques et privées ; 2° résultant de crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence ; 3° sur le territoire de la commune ; 4° par des attroupements armés ou non armés. Peu importe le motif du mouvement ; aurait-il un motif politique, cela ne décharge pas la commune de sa responsabilité, et c'est le bon moyen pour arrêter dès le début les émeutes ; 5° si les attroupements ou rassemblements ont été formés d'habitants de plusieurs communes, chacune d'elles est responsable des dégâts et dommages causés dans la proportion qui sera fixée par les tribunaux. Dans ce cas, une commune peut être responsable de dégâts qui n'ont pas été commis sur son territoire. Il y a solidarité (art. 106-107).

Nature de la responsabilité. — Responsabilité purement pécuniaire, fixée par les tribunaux, à moins qu'il n'y ait transaction, car la transaction est reconnue possible par la majorité des auteurs. La somme est recouvrée en une seule fois sur *tous les habitants domiciliés*, en vertu d'un rôle spécial comprenant les quatre contributions directes.

Durée de la responsabilité. — L'action en responsabilité contre la commune est liée, quant à sa durée, aux actions criminelles ou correctionnelles dirigées contre les auteurs des crimes ou des délits ; par conséquent, prescription de trois ou de dix ans.

Compétence. — Les tribunaux civils sont compétents.

Source : BIU Cujas

N° 6. — *De la responsabilité des fonctionnaires à raison des préjudices causés par leur « fait personnel » à l'occasion des actes administratifs* (1).

I. *Principe de la responsabilité des fonctionnaires.* — A côté de la responsabilité de l'entreprise administrative pour les « faits de service » (V. p. 242), il y a place pour la responsabilité personnelle des fonctionnaires à raison des préjudices causés par leur « fait personnel » à l'occasion des actes administratifs. Il y a donc lieu de distinguer soigneusement, parmi les faits dommageables qui se produisent dans l'exécution des services publics, des « faits de service » et des « faits personnels », les premiers entraînent la responsabilité de l'Administration, les seconds la responsabilité des fonctionnaires et les deux responsabilités ne se cumulent pas (2).

Le principe de la responsabilité du fonctionnaire se trouve dans la théorie des fautes limitée à la faute lourde (*culpa lata*), car le « fait personnel » correspond à cette faute lourde qui confine au dol. On demande donc seulement au fonctionnaire de ne pas commettre dans l'exercice de ses fonctions de ces fautes que ne commet pas l'homme le moins intelligent ou le moins consciencieux dans la conduite de ses propres affaires; on ne lui demande pas d'être un fonctionnaire modèle, mais seulement un homme ordinaire, on ne fait pas état de sa dignité de fonctionnaire pour lui imposer une responsabilité en rapport avec cette dignité; au contraire, on le considère comme écrasé par le poids de sa fonction et on ne lui impute pas les négligences ou les erreurs légères; sous le

Exceptions au principe de la responsabilité. — « Les dispositions des art. 106 et 107 ne sont pas applicables : 1° lorsque la commune peut prouver que toutes les mesures qui étaient en son pouvoir ont été prises, à l'effet de prévenir les attroupements ou rassemblements et d'en faire connaître les auteurs; 2° dans les communes où la municipalité n'a pas la disposition de la police locale ou de la force armée; 3° lorsque les dommages causés sont le résultat d'un fait de guerre » (art. 108). Ces trois exceptions sont fondées sur la même idée, à savoir que là où il n'y a pas faute de la municipalité, il ne saurait y avoir responsabilité. « La commune déclarée responsable peut exercer son recours contre les auteurs ou complices du désordre » (art. 109).

(1) *Bibliographie.* Laferrière, *Traité de la juridict. adm.*, 2e édit., I, p. 647 et s.; Jacquelin, *principes du contentieux*, p. 113 et s.; Depaule, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics* (thèse Toulouse, 1902) : *Répertoire* Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaire*, n°s 269 et s.

(2) Du moins quand il s'agit de responsabilité de l'Etat, car s'il s'agit de responsabilité des communes et des départements, comme on applique alors à l'administration et au fonctionnaire la même théorie des fautes, c'est-à-dire les principes de la responsabilité du commettant, on doit admettre le cumul, tout en limitant la responsabilité du préposé au cas de « fait personnel », c'est-à-dire de faute lourde.

Le non-cumul dans la responsabilité de l'Etat provient de ce que la responsabilité de l'Administration et celle du fonctionnaire n'ont plus la même base; pour le fonctionnaire c'est bien toujours la théorie des fautes limitée à la faute lourde, mais pour l'Administration c'est la théorie de l'accident; or le « fait de service » seul est considéré comme accident imputable à l'entreprise, le « fait personnel » reste pour compte à l'agent.

Source : BIU Cujas

nom de « faits de service », elles passent au compte de l'entreprise administrative; on ne demande donc finalement au fonctionnaire que de ne pas sortir par une faute excessive des traditions de la fonction et, comme le dit M. Laferrière, « de ne pas, dans le fonctionnaire, faire apparaître l'homme avec ses passions ou ses défaillances ».

Ce qu'il faut bien comprendre tout de suite, c'est que le « fait personnel » par cela même qu'il est en dehors des traditions de l'Administration, même des mauvaises, doit consister en quelque circonstance ayant accompagné l'acte administratif mais *détachable* de cet acte, suivant l'expression consacrée par le Tribunal des conflits; au contraire le « fait de service » peut bien contenir des circonstances d'erreur ou de négligence, mais par cela même que l'erreur ou la négligence ne dépassent pas ce qui est l'extrême limite du fonctionnement médiocre des services, la circonstance n'est pas détachable de l'acte, elle reste incorporée à l'acte, elle peut constituer ou un vice de l'acte entraînant son annulation, ou un accident entraînant la responsabilité de l'Administration, comme aussi elle peut n'entraîner aucune sanction (1).

La différence qu'il y a entre « le fait personnel » et le « fait de service » sera, je crois, mise en évidence par les deux espèces suivantes où il s'agit d'un même acte administratif : avant toute élection, le maire a le devoir d'afficher un tableau rectificatif de la liste électorale où il doit faire figurer la radiation des électeurs privés de leurs droits civils et politiques depuis la clôture de la liste, par jugement ayant force de chose jugée (D. R. 2 févr. 1852, art. 8); des instructions de l'administration centrale prescrivent au maire, à tort ou à raison, d'inscrire la mention du jugement cause de l'incapacité en regard du nom; or, cette mention constitue à certains égards une diffamation. Dans une première espèce (Confl. 26 juin 1897, *Daure*), le maire s'était borné strictement à mentionner le jugement de condamnation sur le tableau, il ne pouvait tout au plus y avoir qu'un fait de service non détachable de l'acte administratif, puisque cette mention était dans les traditions de l'Administration et même puisqu'elle était prescrite par des instructions ministérielles, l'Administration seule aurait pu être responsable; dans une deuxième espèce (Confl., 4 déc. 1897, *Peynaud*), le maire, jugeant insuffisante la mention sur le tableau rectificatif, avait trouvé bon de faire placarder un avis spécial aux électeurs de la commune pour leur annoncer la déclaration de faillite d'un électeur qui évidemment n'était pas de ses amis; voilà bien la circonstance détachable de l'acte administratif, en dehors

(1) De ce que le « fait de service » n'est pas détachable de l'acte administratif nous avons déjà tiré une première conséquence qui est sa nature d'accident imputable à l'entreprise administrative, on va voir que le Tribunal des conflits a tiré une seconde conséquence au point de vue de la compétence, lorsque la question de savoir s'il y a « fait personnel » du fonctionnaire ou « fait de service » devient douteuse.

Source : BIU Cujas

de toutes les traditions administratives, où apparaît l'homme avec ses passions personnelles et qui constitue le « fait personnel » (1).

De ce que le fait personnel est *détachable* de l'acte administratif, il s'ensuit qu'il ne se confond pas nécessairement avec l'excès de pouvoir qui entraîne nullité de l'acte, car l'excès de pouvoir est un vice de l'acte et par conséquent n'est pas détachable de celui-ci ; en principe donc la responsabilité personnelle du fonctionnaire n'est pas encourue par cela seul qu'il a fait un acte illégal ou entaché d'excès de pouvoir, il faut qu'il ait ajouté à l'illégalité la circonstance qui devient le fait personnel (2).

La responsabilité civile des fonctionnaires pour *fait personnel* existe d'ailleurs, soit à l'égard des particuliers, soit à l'égard des personnes morales administratives dont ils sont les préposés (3).

II. *Garantie des fonctionnaires contre les poursuites.* — Si la responsabilité des fonctionnaires pour leurs « faits personnels » est légitime, d'autant plus qu'elle est fort atténuée, il reste une question grave à régler qui est celle de la procédure des poursuites. D'une part, il est naturel que la victime du préjudice puisse poursuivre librement le fonctionnaire coupable, d'autre part, il y a lieu de craindre des poursuites téméraires, une certaine persécution des fonctionnaires, en un mot un certain abus du droit de poursuite qui risquerait de désorganiser l'admi-

(1) La circonstance détachable de l'acte administratif ne se montre pas toujours avec une évidence aussi matérielle, elle peut consister en une erreur ou une inadvertance grossière qui ne s'extériorisent pas ; le fait « personnel » est donc parfois difficile à définir, mais ainsi que l'observe fort justement M. Laferrière, t. I, p. 637, la loi et la jurisprudence font depuis longtemps la distinction du fait personnel et de la faute de service en matière de prise à partie des magistrats de l'ordre judiciaire (C. proc. civ., art. 505), et on peut ajouter qu'en matière administrative toutes les législations tendent à la faire ; p. 649 et s., il rapporte un certain nombre de décisions dans lesquelles le tribunal des conflits a vu un fait personnel : (Confl., 11 déc. 1880, *de Rebelles*), un préfet par une lettre rendue publique accuse des personnes ayant pris des permis de chasse hors de leur commune, d'avoir voulu frustrer cette commune d'une ressource dont elle avait besoin pour venir en aide aux malheureux : (Confl., 7 juin 1873, *Godart*), un facteur par inadvertance donne une fausse direction à une lettre ; (Confl., 19 nov. 1881, *Bouhier*), un ingénieur des ponts et chaussées par imprévoyance a construit un pont qui s'écroule et causé la mort de plusieurs ouvriers ; (Confl., 15 déc. 1883, *Dézétrée*), un maire, au lieu de faire déclarer démissionnaire dans les formes de droit un conseiller municipal qui avait manqué à plusieurs convocations, l'a expulsé lui-même de la salle des séances, etc., etc.

(2) Conflits, 15 décembre 1877, *de Roussen et About :* « L'illégalité ou l'excès de pouvoir n'aurait pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui aurait été « commise en une faute personnelle de laquelle seule peut résulter la responsabilité « civile » Cfr. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 652. D'ailleurs, la théorie du fait personnel est *subjective*, puisqu'il s'agit d'une responsabilité pour faute ; la théorie de l'illégalité et de l'excès de pouvoir est *objective*, car il s'agit de la validité de l'acte d'administration considéré en soi ; or, il ne faut pas sur une même question passer d'un point de vue à l'autre.

(3) Sur la responsabilité civile des fonctionnaires à l'égard des personnes morales administratives (V. *Rép.*, Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaires*, n° 279).

Source : BIU Cujas

nistration. Il y a des précautions à prendre. Dans les pays où l'autorité judiciaire est très forte et pénétrée de sa responsabilité, il semble qu'elle ait su d'elle-même décourager les poursuites téméraires et l'Administration n'a pas senti le besoin de protéger ses fonctionnaires (1). Mais dans les pays centralisés comme la France, où il faut bien le dire l'Administration est plus forte que la Justice, elle a toujours revendiqué pour ses fonctionnaires une garantie qu'elle put appliquer elle-même et qui lui permît d'enlever à l'autorité judiciaire la compétence pour l'appréciation de leurs fautes (2).

Il n'est pas dit que l'Administration n'abandonnera pas le fonctionnaire aux poursuites judiciaires lorsqu'il sera démontré qu'il a commis un « fait personnel »; mais, s'il y a doute sur la question de savoir si c'est un « fait personnel » ou un « fait de service », elle tient à prononcer elle-même sur cette question dont dépend le succès de la poursuite (3). La garantie des fonctionnaires consiste donc en ceci que, s'ils sont poursuivis et s'il y a doute sur le « fait personnel », l'appréciation du fait appartiendra à une juridiction administrative. Il y a eu sur ce point deux systèmes successifs, celui de l'autorisation préalable aux poursuites judiciaires, qui datait de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, et celui de l'arrêté de conflit postérieur aux poursuites, qui date du décret du 19 septembre 1870; dans le premier système, l'appréciation dépendait du Conseil d'Etat, dans le second, elle dépend du Tribunal des conflits.

Système de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. — Cet article était ainsi conçu : « Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, « ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en « vertu d'une décision du Conseil d'Etat, en ce cas, la poursuite a lieu « devant les tribunaux ordinaires» (4). Le conseil d'Etat, saisi préalablement, était donc juge de la question de savoir s'il y avait fait personnel du fonctionnaire ou seulement faute de service et il n'accordait l'autorisation de poursuivre que dans le cas de fait personnel. Mais la nécessité de demander l'autorisation préalable était pour les parties intéressées une gêne considérable (5); en outre, dans le cas de crime ou délit évident,

(1) C'est ce qui s'est produit jusqu'ici dans les pays anglo-saxons. Cfr. Laferrière, *op. cit.*, I, p. 113 et 129; Dicey, introduct. *au Droit constitutionnel*, p. 303, trad. franç.

(2) La situation est analogue en Allemagne, en Espagne, en Italie — Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 36, 41, 83.

(3) Cependant, en Belgique, où les tribunaux ordinaires ont été chargés d'appliquer cette distinction depuis l'abrogation de l'art. 75, elle a été tout aussi bien maintenue. Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 94.

(4) Et l'art. 129 du Code pénal punissait d'amende le juge qui, avant l'autorisation des poursuites, décernait le mandat, et le ministère public qui le requérait en cas de crime ou délit commis dans l'exercice des fonctions.

(5) Il est cependant remarquable que les particuliers n'avaient à demander l'autorisation préalable du Conseil d'Etat que si le tribunal judiciaire se refusait spontanément à

Source : BIU Cujas

l'impossibilité d'agir où se trouvait le ministère public, avant que l'autorisation ne fût donnée, avait quelque chose de scandaleux. L'abrogation de l'art. 75 avait été bien souvent demandée.

Système du décret du 19 septembre 1870. — L'un des premiers actes du Gouvernement de la Défense nationale fut, en effet, d'abroger l'art. 75, par le décret du 19 septembre 1870 (1).

On crut d'abord que les tribunaux ordinaires allaient être chargés d'apprécier la nature de la faute, et qu'il allait dépendre d'eux de retenir le fonctionnaire ou de le renvoyer des fins de la plainte, mais il surgit bientôt une question. L'autorisation préalable était supprimée, cela était certain, les tribunaux ordinaires pouvaient être saisis *de plano*, et cela faisait toujours bien cesser le scandale de ces poursuites qui, en cas de crime ou de délit, ne pouvaient pas être commencées, mais l'examen de la cause n'allait-il pas amener le tribunal judiciaire saisi à apprécier un acte administratif? Si le *fait personnel* constitué par une faute lourde ou par un délit caractérisé est détachable de l'acte administratif, au contraire le fait de service est incorporé à l'acte administratif lui-même; et dès lors, l'examen du tribunal, en tant que portant sur l'appréciation du fait, va devenir une appréciation de l'acte administratif si le fait n'est qu'une faute de service non détachable de l'acte.

Or, il est de principe, en vertu de la séparation des pouvoirs, que les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent pas connaître des actes administratifs. Le décret de 1870, avait-il été jusqu'à déroger au principe de la séparation des pouvoirs? entraînait-il attribution de compétence? La question étant ainsi posée, il y eut d'abord hésitation. La Cour de cassation se prononça pour la compétence des tribunaux judiciaires sur l'appréciation de la faute et par conséquent de l'acte administratif (Cass., 3 juin 1872, *Meyère*); le Conseil d'Etat faisant fonction de Tribunal des conflits sembla aussi se rallier à ce système (Arr. 7 mai 1871, *de Cumont et Stofflet*); mais lorsque le Tribunal des conflits fut réorganisé à la suite de la loi du 24 mai 1872, il se prononça immédiatement en sens opposé; il déclara que le principe de la séparation des pouvoirs n'avait

connaître de la plainte tant que cette formalité n'était pas remplie. Mais le tribunal pouvait se déclarer valablement saisi et le Gouvernement n'avait aucun moyen de procédure pour l'obliger à surseoir jusqu'à l'autorisation du Conseil d'État. Cela prouve que l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII avait été conçu en vue des poursuites du ministère public et non en vue des poursuites privées et qu'en somme il constituait une garantie moins complète et moins souple que celle trouvée plus tard dans la procédure des conflits.

(1) Art. 1er. — L'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, est abrogé. Sont également abrogées, toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales, ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre.

Art. 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires.

Source : BIU Cujas

point reçu d'atteinte du decret de 1870, que par conséquent le tribunal judiciaire devait être dessaisi lorsqu'il y avait dans l'affaire une appréciation à faire de la faute, parce que c'était en réalité une appréciation de l'acte administratif (Confl. 26 juill. 1873, *Pelletier*).

Et, dès lors, il suffit que le préfet prétende que l'acte accompli par l'agent ne renferme pas un *fait personnel*, mais reste un acte administratif ordinaire contenant tout au plus un *fait de service*, pour qu'un arrêté de conflit puisse être pris. L'affaire est alors portée devant le Tribunal des conflits qui décide souverainement. Si le conflit est validé, le tribunal judiciaire est dessaisi et il ne reste d'autre ressource que de poursuivre l'Etat en responsabilité pour fait de service. Si l'arrêté de conflit est annulé, le tribunal ordinaire peut reprendre l'examen de l'affaire, car il est décidé par là même qu'il n'y a pas de véritable acte administratif en cause et que le fonctionnaire avait commis un fait personnel détachable (1).

(1) On n'a point cessé dans la doctrine d'attaquer la jurisprudence du Tribunal des conflits. M. Jacquelin dans ses *Principes dominants du contentieux administratif* la traite fort durement. Il cherche à établir que le décret du 19 septembre 1870 avait eu l'intention certaine de supprimer le privilège de juridiction des fonctionnaires, fallût-il pour cela déroger au principe de la séparation des pouvoirs, que, par conséquent, il y a fausse interprétation de ce décret. La démonstration de M. Jacquelin serait peut-être probante si le principe d'interprétation qui consiste à compléter le texte des lois par l'intention du législateur et par les travaux préparatoires était lui-même universellement reçu, mais il n'en est rien et je crois au contraire que le principe admis pratiquement est celui de l'interprétation purement objective, c'est-à-dire le rapprochement du texte de la loi et de la situation qu'il est appelé à régler. Or, il n'est pas douteux que le texte du décret puisse très littéralement s'interpréter sans aller jusqu'à dire qu'il a abrogé les lois sur lesquelles est fondé le principe de la séparation des pouvoirs, d'autant mieux que ces lois ne contiennent justement pas de disposition destinée à entraver les poursuites contre les fonctionnaires ; comme on l'a fait très justement observer, l'abrogation ne peut s'appliquer qu'à certaines dispositions, or des dispositions sur la garantie des fonctionnaires il n'y en avait que dans l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII et dans des textes relatifs à des fonctionnaires spéciaux ; ces dispositions seules sont abrogées ; s'il avait visé les textes relatifs à la séparation des pouvoirs, le décret de 1870 les eût donc abrogés complètement ! ou bien il aurait dû dire simplement qu'il y *dérogeait !* Si maintenant nous examinons la situation, il paraît bien, ainsi que cela est expliqué au texte, qu'elle comporte une atteinte possible à la séparation des pouvoirs.

A la vérité, on pourrait objecter la jurisprudence des compétences parallèles dans la délimitation du domaine public ; là, bien que le décret de délimitation soit un acte administratif, le tribunal civil alloue une indemnité au propriétaire pour l'emprise de son terrain ; il ignore l'acte, il ne s'attache qu'au fait de la dépossession définitive d'un terrain, et c'est ce fait séparable de l'acte administratif, qui par lui-même entraîne l'indemnité (Confl., 11 janv. 1873, *Paris-Labrosse* ; 1er mars 1873, *Guillié* ; Laferrière, I, p. 551). — Eh ! bien, pourrait-on dire, dans notre matière de la responsabilité des fonctionnaires, le tribunal civil n'est-il pas en droit de suivre la même marche parallèle et de chercher un fait séparable de l'acte sur lequel il puisse appuyer la responsabilité du fonctionnaire ? ce faisant il n'aura aucunement l'intention de condamner le fonctionnaire *à raison d'un acte administratif ;* au contraire, il prétendra toujours que la faute à raison de laquelle il le condamne *est détachable de l'acte et constitue un fait personnel*, par con-

Source : BIU Cujas

Des fonctionnaires au profit desquels existe la garantie du conflit. — Sous l'empire de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, il était entendu que la garantie ne s'appliquait qu'aux *agents du Gouvernement*, c'est-à-dire aux fonctionnaires du pouvoir exécutif, dépositaires d'une parcelle de la puissance publique, si petite fût-elle; et encore il fallait mettre à part les ministres formellement exceptés par le texte (*infrà*, *Organisation administrative*, *ministres*). La garantie n'existait, ni au profit des agents de l'ordre judiciaire, magistrats des cours et tribunaux, officiers de police judiciaire, pour lesquels ont été organisés une protection spéciale résultant des formalités de la prise à partie (art. 505, C. proc. civ.) et un privilège de juridiction en cas de crime ou délit (art. 483, C. instr. crim.); ni au profit des membres des assemblées délibérantes administratives, conseillers généraux, conseillers municipaux, lesquels ne sont point agents du pouvoir exécutif, ni au profit des ministres du culte qui ne tiennent point leurs pouvoirs religieux du pouvoir exécutif, bien qu'ils ne puissent être institués sans son agrément, qui d'ailleurs se trouvaient protégés autrement, parce que la poursuite contre eux n'était admise devant les tribunaux de droit commun que lorsqu'au préalable ils avaient été déclarés comme d'abus par le Conseil d'Etat (V. p. 174). Finalement, la garantie de l'art. 75 protégeait les préfets, sous-préfets, conseillers de préfecture, commissaires de police, les maires en tant qu'agents du Gouvernement, les agents d'ordre exécutif de toute espèce jusqu'aux employés des régies financières, les ministres plénipotentiaires, agents diplomatiques, consuls, les conseillers d'Etat.

Depuis l'abolition de l'art. 75 la situation s'est modifiée, les mêmes agents se trouvent protégés, mais il convient d'en ajouter d'autres, le maire agissant comme représentant de la commune, les conseillers généraux ou les conseillers municipaux dans l'exercice de leurs fonctions. Il n'y a plus en effet à tenir compte de l'expression limitative « agents du Gouvernement » qui se trouvait dans l'art. 75, puisque cet article est abrogé; la garantie n'est plus fondée aujourd'hui sur un texte, mais sur le principe de la séparation des pouvoirs qui s'applique également aux actes administratifs de tous les agents; or, les agents des administrations locales, par exemple les conseillers municipaux quand ils délibèrent, participent à un acte administratif (1).

séquent il respectera entièrement l'acte administratif. — Cette argumentation semble avoir été celle de la Cour de cassation dans un arrêt *Haas contre Valentin*, 3 août 1874, affaire d'arrestation illégale où la Cour de cassation voulait s'appuyer sur le fait de la détention prolongée, qui aurait été séparable de l'acte d'arrestation; cela est spécieux, mais non pas sans réplique, la détention prolongée est un acte administratif aussi bien que l'ordre d'arrestation, et cet acte n'a pas comme la *dépossession définitive* reçu de la loi une nature spéciale qui le place sous la compétence de l'autorité judiciaire (V. p. 240 et *infrà*, délimitation, recours parallèles).

(1) Conflits, 13 décembre 1879, *Anduze :* des conseillers municipaux étaient poursuivis

Source : BIU Cujas

Des cas où la garantie du conflit peut être mise en mouvement. — Elle ne peut l'être que dans les cas où la procédure du conflit est possible, et de ce chef il y a des restrictions intéressantes à la garantie, ainsi le conflit ne pourrait pas être élevé en matière criminelle (O. 1er juin 1828, art. 1er); on n'assistera plus à ce scandale de fonctionnaires accusés de crimes et couverts par l'Administration, à moins que le ministère public ne poursuive pas, car s'il poursuit, d'une part, il n'y a plus besoin d'autorisation préalable et, d'autre part, le conflit ne peut pas arrêter la poursuite. — La procédure du conflit n'est possible que devant les tribunaux civils et correctionnels.

Section II. — Théorie des « décisions exécutoires », c'est-à-dire des actes d'administration envisagés au point de vue de leurs effets de droit et des recours contentieux (1).

(théorie matérielle de l'acte).

§ 1. — Définitions.

A. *Définition de la décision exécutoire.* — Tous les actes de l'Administration sont juridiques en ce sens que tous sont astreints à des conditions extérieures de validité et de légalité, mais il en est parmi eux qui sont juridiques en cet autre sens qu'ils produisent par eux-mêmes un effet de droit. On comprend que ces actes soient les plus importants de tous, ce sont ceux par lesquels s'exercent les pouvoirs ou les droits des administrations en vue du fonctionnement des services publics et de l'application des lois, et tous les autres actes qui ne produisent pas par eux-mêmes effet de droit ne sont que des mesures de préparation ou des mesures d'exécution de ceux-là (2).

Ces actes d'administration produisant effet juridique ont en outre

individuellement pour avoir inséré des accusations diffamatoires dans une délibération; arrêté de conflit fut pris par le préfet, il fut annulé par le Tribunal des conflits qui se déclara très valablement saisi, mais estima dans l'espèce que les conseillers municipaux avaient commis un fait personnel.

(1) *Bibliographie* : Laferrière, *Traité de la juridict. adm.* II, 420; Borsi, *l'esecutorieta degli atti amministrativi*, Turin, 1901.

(2) C'est-à-dire qu'il s'est établi une hiérarchie entre les actes de l'Administration qui correspond à la hiérarchie des agents et à la différenciation des fonctions. On ne pouvait pas donner à tous les agents administratifs le droit d'engager juridiquement les administrations par leurs décisions, d'un autre côté, les agents ayant ce pouvoir ne pouvaient pas faire par eux-mêmes toute la besogne; on a donc distingué des agents ayant l'exercice des droits et prenant des décisions exécutoires, d'autres agents qui ne sont que pour la préparation ou pour l'exécution des décisions exécutoires (V. *infrà, règles générales d'organisation.* Cfr. art. 51 du cahier des clauses et conditions générales des travaux des ponts et chaussées, opposition établie entre l'ingénieur et l'*administration* : l'administration c'est le Préfet ou le Ministre, c'est-à-dire l'autorité chargée de l'exercice des droits.

Source : BIU Cujas

cette conséquence d'une importance considérable pour les administrés *de créer un contentieux contre eux-mêmes*, non seulement quand ils sont complètement accomplis et que l'effet de droit qu'ils tendent à produire s'est réalisé, mais dès qu'ils existent à titre de décision exécutoire et non encore exécutée. Ils donnent naissance à un recours contentieux qui est porté devant un juge administratif et qui peut aboutir, suivant les cas, soit à leur annulation, soit à leur réformation.

C'est une originalité incontestable du droit administratif d'admettre ainsi la discussion contentieuse de simples résolutions arrêtées par la puissance publique avant qu'elles ne soient exécutées.. Cette règle est la conséquence logique de deux principes : 1° d'une part, le privilège du *préalable* assure à la puissance publique le pouvoir d'aller d'une façon unilatérale et par ses seuls actes juridiques jusqu'à l'extrême limite de l'exercice de ses droits (V. p. 225), il était bien juste que l'Administration ayant le droit de prendre toutes ses décisions d'une façon préalable, les soumit à discussion une fois prises avant leur exécution, afin de ne pas créer des situations irréparables, c'est encore une contrepartie; 2° d'autre part, l'Administration ayant admis la publicité à la base de tous ses actes, il est possible de saisir ses décisions dès qu'elles sont formées, parce qu'en effet elles ont une existence extérieure qui se prête à un examen (1).

Etant données les conséquences contentieuses de l'acte d'administration qui contient effet de droit, on comprend l'importance d'une bonne définition de cet acte, c'est *toute décision en vue de produire un effet de droit prise par une autorité administrative dans une forme exécutoire* ou, plus brièvement, c'est toute *décision exécutoire*. Il y a dans cette définition des éléments de forme et des éléments de fond :

I. Les éléments de forme de la décision exécutoire sont qu'elle doit émaner d'une *autorité administrative* et être *dans une forme exécutoire* :

1° *Émaner d'une autorité administrative;* par *autorité administrative* il faut entendre un agent de l'administration ayant reçu dans ses attributions le pouvoir de prendre des décisions produisant effet juridique et il faut opposer l'*autorité administrative* à l'agent d'exécution ou à l'employé de bureau qui prépare la décision (2). Les agents ayant la qualité d'autorité administrative ne sont pas nombreux : *a*) ou bien ce sont les organes administratifs délibérants et exécutifs tels qu'ils sont constitués par les lois organiques (Pour l'État : le Parlement, le

(1) Il est clair que si les décisions administratives étaient tenues secrètes, elles ne pourraient pas plus donner lieu à un contentieux que les décisions arrêtées par les particuliers dans le secret de leur conscience.

(2) V. la note de la p. 257. C'est en ce sens qu'on dit : les *autorités locales*, l'*autorité centrale*, les *autorités du pouvoir central*, l'*autorité supérieure*, etc... Cette terminologie se trouve manifestement consacrée par la loi du 24 mai 1872, art. 9, et par celle du 17 juillet 1900, art. 3.

Source : BIU Cujas

chef de l'État, les ministres, les préfets, sous-préfets et maires ; pour le département : le conseil général, la commission départementale, le préfet ; pour la commune : le conseil municipal, le maire, etc.) ; *b*) ou bien ce sont des agents délégués par ces organes pour statuer à leur place ; en principe les pouvoirs de la Puissance publique ne se délèguent que par la loi, mais celle-ci autorise parfois des délégations individuelles, c'est ainsi que le maire délègue à ses adjoints telle ou telle catégorie d'affaires, que le conseil général peut déléguer à sa commission départementale la décision de telle ou telle affaire, que le chef de l'État ou les ministres peuvent également faire certaines délégations aux directeurs des ministères ou à des grands chefs régionaux de la hiérarchie, cette délégation doit être à la fois expresse et légale (V. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 500 et s.). En résumé, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, pour savoir quels sont les agents qui ont l'exercice des droits, et par conséquent peuvent prendre des décisions exécutoires, il faut en référer à la loi qui joue ici le rôle de statuts des administrations (1) ;

2° *Être dans une forme exécutoire.* — Pour produire l'effet de droit qu'elle tend à réaliser et pour être susceptible de recours contentieux, la décision administrative doit être *exécutoire*, c'est-à-dire *tendre désormais à l'exécution par sa seule vertu,* et affirmer par là que la volonté administrative est source de droit.

Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que la vertu exécutoire est attachée à la forme de la décision et que dans son fond elle est purement réglementaire ; cela se marque dans certains actes doués de force exécutoire sans qu'il y ait en eux décision en vue de produire un effet de droit du commerce juridique (2) ; donc les deux éléments sont séparables et, même lorsqu'ils se trouvent réunis en des actes du commerce juridique, il faut reconnaître que la force exécutoire est un élément de forme, tandis que la vertu de produire effet de droit est proprement l'élément de fond. D'ailleurs, on sait bien que les actes juridiques en général peuvent être

(1) Dans les sociétés et associations, pour savoir quels sont les agents ayant l'exercice des droits, il faut se référer aux statuts ; ici, les lois organiques administratives jouent, par rapport aux administrations personnifiées, le même rôle que les statuts par rapport aux sociétés et associations (V. *infrà, Règles générales de l'organisation administrative*).

(2) Si toutes les délibérations des conseils généraux et des conseils municipaux prises hors des sessions légales sont annulées sans qu'on se préoccupe de leur contenu (art. 33-34, L. 10 août 1871 ; art. 63, L. 5 avr. 1884) ; si les délibérations de ces mêmes assemblées contenant simplement des vœux politiques, des proclamations ou des adresses sont annulées bien qu'elles ne soient susceptibles de produire aucun effet juridique (art. 51, L. 10 août 1871 ; art. 63, L. 5 avr. 1884), c'est sans doute qu'elles ont quand même une force exécutoire, car si elles ne produisaient absolument aucun effet à quoi bon les annuler ? Et, de fait, elles tendent par elles-mêmes à obliger le préfet ou le maire à transmettre le vœu, à faire afficher la proclamation ou l'adresse, par conséquent à une exécution.

Source : BIU Cujas

revêtus d'une formule exécutoire qui est un élément de forme extérieure, telle la formule exécutoire des jugements et celle des actes notariés; la loi elle-même reçoit formule exécutoire par la promulgation du chef de l'Etat.

Dans un grand nombre de décisions administratives la forme exécutoire n'a rien de sacramentel : par exemple, bien que les ministres et les préfets statuent en général en la forme d'*arrêtés*, c'est-à-dire par des actes qui contiennent le visa des textes législatifs, des considérants et un dispositif rédigé par articles, il est admis qu'ils peuvent statuer aussi par *simple décision*, c'est-à-dire en la forme d'une lettre missive; mais dans tous les cas il existe une forme exécutoire minima qui est *la forme écrite*; en principe, aucune décision administrative n'est exécutoire si elle n'est écrite, datée et signée (1). D'ailleurs, dans beaucoup de décisions administratives la forme exécutoire est arrêtée d'une façon plus précise. C'est ainsi que le chef de l'État ne peut statuer qu'en la forme du *décret* qui ressemble à celle de l'*arrêté* et les assemblées délibérantes ne peuvent statuer qu'en la forme de la *délibération*, qui en un certain sens est solennelle et qui sera soigneusement étudiée plus loin (*Règles générales d'organisation adm.*). — Les délibérations des assemblées locales régulières en la forme n'ont même pas toujours force exécutoire, du moins immédiatement; souvent il faut attendre l'expiration de certains délais, quelquefois il faut l'approbation de l'autorité supérieure (2); les arrêtés réglementaires des maires ne sont exécutoires qu'après un certain délai (art. 95, L. 5 avr. 1884); au contraire les actes des préfets, lorsqu'ils ont pouvoir propre de décision, des ministres, du chef de l'État, sont exécutoires immédiatement. On voit par ces détails que pour savoir si un acte est en forme exécutoire, il faut se reporter aux règles de l'organisation administrative.

La force exécutoire que la formule confère à la décision doit être considérée comme un pouvoir propre qui compte parmi les *attributions* de

(1) V. cependant C. E. 1er juin 1900, *Cuisinier*, un cas de fonctionnaire nommé et révoqué verbalement, mais le Conseil d'État reconnaît qu'il est de principe que les actes de nomination et de révocation ont lieu par écrit.

(2) Ce qui prouve bien que l'approbation de l'autorité supérieure est donnée au point de vue de la force exécutoire, plutôt qu'au point de vue de la décision au fond, c'est que les approbations budgétaires, qui sont les plus importantes, impliquent de moins en moins pour l'autorité centrale le pouvoir de modifier le budget (V. *infrà*, *département*, *commune*). Il est vrai que lorsqu'une délibération d'assemblée locale approuvée par l'autorité supérieure est attaquée par le recours pour excès de pouvoir, le recours doit être dirigé contre l'acte d'approbation qui semble ainsi devenir l'acte véritable; mais je montrerai plus loin que le recours pour excès de pouvoir, simple recours en annulation, tend uniquement à briser la force exécutoire de l'acte, puisqu'il n'est pas interdit à l'Administration de le refaire au fond identiquement dans les mêmes conditions; dès lors, il n'est pas étonnant qu'il soit dirigé contre l'acte qui a conféré à la délibération la force exécutoire.

Source : BIU Cujas

l'organe administratif; ainsi nous verrons que les conseils généraux ou les conseils municipaux ont ou n'ont pas dans tel cas le pouvoir de rendre exécutoires leurs délibérations. — Les organes administratifs tiennent cette attribution d'une délégation de la puissance publique réglée par la loi. Le pouvoir de décision exécutoire existe d'ailleurs suivant les hypothèses, soit vis-à-vis du public des administrés, soit vis-à-vis d'un autre organe administratif chargé de l'exécution (1).

II. Outre les éléments de forme qui viennent d'être étudiés, il y a dans l'acte d'administration qui nous occupe un élément de fond qui constitue sa matière propre, cet élément est *une décision en vue de produire un effet de droit :*

1° Une *décision*, c'est-à-dire une manifestation de volonté. Jusqu'à la Loi du 17 juillet 1900, art. 3, il fallait que cette manifestation de volonté fût positive, le silence opposé par l'Administration à une réclamation n'étant pas assimilé à une décision de rejet. Désormais cette assimilation

(1) La notion de la décision exécutoire s'est quelque peu modifiée depuis que les délibérations des assemblées locales figurent parmi ces décisions. On se rendra compte de cette modification si l'on se pose cette question : vis-à-vis de qui un acte d'administration devient-il exécutoire? La réponse naturelle est celle-ci : vis-à-vis des administrés. Cette réponse a suffi tant que les délibérations des conseils généraux et des conseils municipaux n'ont pas été exécutoires par elles-mêmes, mais du jour où elles sont devenues exécutoires, il a été évident que, le plus souvent, ce n'était pas vis-à-vis des administrés, mais vis-à-vis du préfet ou du maire qui se trouvaient obligés à procéder à l'exécution. Il faut donc désormais s'exprimer ainsi : *en principe, l'acte d'administration est exécutoire vis-à-vis des administrés; cependant les délibérations des assemblées locales ne sont exécutoires (le plus souvent) que vis-à-vis de l'organe exécutif.* — M. Borsi, *op. cit.*, p. 66 critique cette doctrine en faisant observer que l'obéissance aux décisions exécutoires de l'Administration ne procède pas du même principe chez les fonctionnaires et chez les administrés; les administrés obéissant en vertu d'un devoir de sujétion (*Unterthanenpflicht*), tandis que les fonctionnaires obéissent en vertu d'un devoir d'office (*amtlichen Dienstpflicht*). Cfr. Laband, *staatsrecht*, 2e édit., I, § 65, p. 697; — Mais, à supposer que cette différence entre les deux espèces de force exécutoire dût être transportée dans le droit admnistratif français, ce qu'il serait trop long d'examiner ici et ce qui est peut-être douteux (notamment en ce qui concerne la force réglementaire des budgets), cela n'empêcherait point qu'il y eût dans les deux cas force exécutoire et qu'elle n'y produisit le même effet réglementaire qui est de tendre à l'exécution jusqu'à ce qu'elle soit brisée par une voie de nullité. Tout de suite je crois devoir signaler que si le préfet ou le maire, organes exécutifs, ne paraissent pas être, en cette qualité, recevables dans tous les cas à former recours pour excès de pouvoir contre les délibérations d'un conseil général ou d'un conseil municipal qu'ils sont chargés d'exécuter, cependant le recours que l'art. 47, L. 10 août 1871, confère au préfet pour critiquer les décisions définitives du conseil général n'est pas bien sensiblement différent d'un recours pour excès de pouvoir et qu'on ne saura bientôt plus si le préfet l'intente comme représentant de l'État chargé de la tutelle ou comme organe exécutif du département. Il est bien impossible d'affirmer que par une évolution naturelle de sa jurisprudence, le Conseil d'État n'admettra pas tout organe chargé de l'exécution d'une délibération d'assemblée à user, pour briser la force exécutoire de cette délibération, des mêmes voies de nullité dont usent les administrés!

Source : BIU Cujas

est faite : la décision peut donc résulter du silence gardé pendant quatre mois au sujet d'une réclamation (V. p. 230) ;

2° *En vue de produire un effet de droit : a*) La caractéristique de la décision exécutoire est de tendre à produire un effet de droit, soit pour l'Administration seule, soit à la fois pour l'Administration et pour les administrés, mais il n'est pas très facile de définir cet effet de droit. Il faut partir, je crois, de ce fait que l'Administration se meut au milieu de situations juridiques déjà établies, de sorte que tout acte juridique nouveau émané d'elle aura pour but de modifier une situation antérieure. De ce point de vue, la définition est peut-être plus aisée, car *toute décision exécutoire qui tendra à modifier par elle-même une situation juridique antérieure*, tendra par là même à produire effet de droit (1) ; *b*) Donc il s'agit de distinguer les actes qui *par eux-mêmes* tendent à modifier les situations juridiques antérieures, de ceux qui par eux-mêmes n'y tendent pas. De ce chef on ne saurait considérer comme des décisions exécutoires :

— Les instructions données par les supérieurs hiérarchiques à leurs inférieurs, parce que si elles tendent à faire prendre par ceux-ci des décisions, en elles-mêmes elles ne modifient pas encore les situations (C. E. 16 janv. 1880, *fabrique d'Astaffort ;* 9 juin 1893, *Delhomme*) ;

— Les mises en demeure qui précèdent et qui font pressentir les décisions, mais qui en elles-mêmes ne modifient pas encore la situation ancienne (C. E. 10 déc. 1875, *Béhic ;* 5 févr. 1892, *Courmont ;* 18 janvier 1901, *tramways du Nord*) ;

— Les mesures préparatoires qui ne font pas encore grief ; ainsi le

(1) Il y a ici un certain nombre d'erreurs à éviter : 1° il ne faudrait pas croire que l'effet de droit produit par la décision exécutoire se ramène uniquement à ce qu'elle devient exécutoire ; on peut bien voir là un effet de droit qui est proprement réglementaire, surtout lorsque la délibération d'un conseil général devient exécutoire vis-à-vis du préfet et qu'il se pose une question de rapports entre ces deux organes, mais il ne s'agit pas uniquement de cet effet ; 2° il ne faudrait pas croire non plus que l'effet de droit produit par la décision exécutoire se ramène uniquement à la création du contentieux ; la création d'un contentieux n'est jamais qu'une conséquence indirecte, la conséquence directe est toujours une situation juridique nouvelle. On peut signaler à ce sujet un cas bien intéressant qui est celui des décisions rendues sur recours hiérarchique. Ces décisions créent un contentieux qui n'existait pas le plus souvent contre l'acte de l'agent primitif ; le recours hiérarchique est un moyen employé pour transformer l'acte d'un agent d'exécution quelconque, non susceptible de recours contentieux, en une décision exécutoire susceptible de recours, en le faisant endosser pour ainsi dire par le supérieur hiérarchique. En quoi consiste ici l'effet de droit ? faut-il le ramener uniquement à celui de créer le contentieux ? je ne le crois pas ; il y a bien réellement modification d'une situation antérieure en ce que l'acte qui émanait d'un agent inférieur de la hiérarchie, émane maintenant d'un agent supérieur, *en ce que l'Administration a exercé sur cet acte son contrôle au point de vue du droit*, en ce que par là elle *a élevé le fait qu'il contenait forcément à la dignité d'une décision juridique ;* la preuve en est que si l'acte du subordonné est confirmé par le supérieur hiérarchique, il devient en effet une décision de fond ; ce n'était peut-être auparavant qu'une mesure d'exécution, c'est maintenant une décision de fond.

Source : BIU Cujas

classement des sous-officiers rengagés en vue de l'obtention d'un emploi civil ne leur fait pas grief tant qu'il n'y a pas eu de nomination contraire à leurs droits (C. E. 7 août 1896, *Say*);

— Pour la même raison les délibérations non approuvées de l'autorité supérieure qui ne sont pas encore exécutoires (C. E. 1er février 1901, *Ville du Blanc*);

— Les délibérations d'assemblées locales qui ne contiennent que des vœux, des réclamations et des propositions;

— Les actes d'exécution qui n'ajoutent aucune prétention de droit aux décisions antérieures en vertu desquelles ils interviennent. Ainsi l'avertissement envoyé par le percepteur des contributions au contribuable n'est qu'une mesure d'exécution; l'acte d'administration en la matière est le rôle annuel rendu exécutoire par arrêté du préfet, l'avertissement n'en est qu'une copie et n'y ajoute aucune prétention de droit (1).

La décision en vue de produire un effet de droit suppose chez l'autorité administrative un *pouvoir propre de décision* qu'il convient d'examiner dans chaque cas d'après les règles d'organisation administrative, et qu'il faut bien se garder de confondre avec la force exécutoire (2). Ainsi toutes les délibérations que le conseil général prend sur des objets d'intérêt départemental deviennent exécutoires après un délai de trois mois (art. 48, *in fine*, L. 10 août 1871), mais il n'est pas dit que le conseil général ait pouvoir propre de décision sur tous les objets d'intérêt départemental; cela signifie que tous les intérêts départementaux ne constituent pas des droits. Il faut en effet tenir grand compte de ceci que le *pouvoir propre de décision en vue de produire un effet de droit*, là où il existe, *a par lui-même la vertu de transformer en un droit l'intérêt de l'administration que l'organe cherche à faire valoir*. A ce point de vue, le pouvoir propre de décision, révèle le droit propre, tandis que la force exécutoire révèle plutôt un pouvoir réglementaire. La liste des droits des administrations départementales et communales se trouve dans les dis-

(1) Ainsi en est-il encore de l'ordre d'un agent voyer, intimé à un propriétaire, d'avoir à couper une haie au bord d'un chemin; cet ordre est pris en vertu d'arrêtés préfectoraux sur la police de la voirie des chemins vicinaux; il n'est qu'une mesure d'exécution. Ce n'est pas lui qui modifie la situation juridique de la haie, c'est l'arrêté préfectoral. On ne saurait trop se pénétrer de cette idée que les prétentions émises par les nombreux agents d'exécution avec lesquels le public se trouve en contact, agents des régies financières, agents voyers, agents de la police même, ne sont pas des décisions exécutoires, ne sont que des mesures d'exécution. L'acte d'administration est caché derrière, c'est l'acte *en vertu duquel* ces prétentions se manifestent. Dans les cas douteux on peut provoquer un acte d'administration incontestable, en formant contre les agissements des agents d'exécution un recours hiérarchique devant l'autorité la plus proche.

(2) C'est ainsi que les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861 ont conféré aux préfets et aux sous-préfets dans un certain nombre de cas un pouvoir propre de décision; que les lois du 10 août 1871 et du 5 avril 1884 énumèrent soigneusement tous les cas où les autorités locales ont pouvoir propre de décision.

Source : BIU Cujas

positions de lois qui reconnaissent au conseil général ou au conseil municipal le pouvoir de décider ou de statuer dans telle ou telle catégorie d'affaires; il en résulte par là même que dans ces affaires les pouvoirs ou les intérêts du département et de la commune sont des droits; au contraire, dans les affaires où les autorités locales ont seulement le pouvoir d'émettre des vœux ou des propositions ou des avis, c'est que dans ces affaires le département ou la commune ont peut-être des intérêts mais pas de droits; c'est donc bien que le pouvoir de décision tend par lui-même à créer le droit. On doit considérer le pouvoir propre de décision comme un effet de la Puissance publique en tant que celle-ci est une volonté administrative et le rattacher au privilège du préalable qui signifie surtout réalisation des droits par des actes juridiques (V. p. 227) (1).

B. *Du contentieux créé par la « décision exécutoire »*. — La décision exécutoire crée par elle-même une possibilité de contentieux, c'est-à-dire qu'elle rend possible un litige organisé devant un juge, c'est un contentieux contre elle-même :

a) Souvent la décision exécutoire intervient dans une situation juridique qui ne présentait d'avance aucun germe de contentieux, c'est-à-dire alors que ni l'administration, ni les administrés, n'avaient émis de prétentions ni de réclamations antérieures sur l'objet de la décision (tel est le cas par exemple de l'arrêté de police qu'un maire prend de son propre mouvement sur une matière nouvelle); l'acte n'en crée pas moins immédiatement un contentieux contre lui-même;

b) Souvent aussi la décision exécutoire intervient dans une situation juridique qui, d'avance, tendait au contentieux en ce sens que des prétentions avaient été émises ou des réclamations avaient été faites antérieurement touchant l'objet de la décision (tel est le cas de la décision rendue par le ministre sur un recours hiérarchique porté devant lui, ou de la décision par laquelle le ministre liquide la créance d'un fournisseur, etc.). Dans ces hypothèses, non seulement la décision exécutoire crée immédiatement contre elle-même un contentieux, mais on peut dire : 1° qu'elle absorbe dans ce contentieux pour les spécifier toutes les tendances qui s'étaient manifestées auparavant; 2° que, si elle n'était

(1) C'est-à-dire que le pouvoir propre de décision des autorités administratives est cette *puissance de la volonté sur le droit* que les Allemands appellent *Willensmacht*. La théorie des actes d'administration est une illustration et une vérification très intéressante de la *Willensmacht*. Il faut songer que par exemple les arrondissements ont un organe, le conseil d'arrondissement, mais comme ce conseil n'a aucun pouvoir de décision, il s'ensuit que l'arrondissement n'a aucun droit, et comme il n'a aucun droit, il s'ensuit qu'il n'est pas une personne morale; cela n'empêche pas que l'arrondissement n'ait des intérêts que le conseil d'arrondissement défend par des vœux, mais ces intérêts ne deviennent pas des droits parce qu'il n'y a pas pouvoir de décision et tout le reste en découle. — Sur la signification de cette théorie de la puissance de volonté dans les actes juridiques. — V. Duguit, *L'Etat et le Droit objectif* et le compte-rendu de MM. Hauriou et Mestre dans *Revue du Droit public*, 1902, I, p. 360.

Source : BIU Cujas

pas intervenue, ces tendances au contentieux n'auraient pu aboutir, parce qu'en principe *toutes les fois que l'administration a agi par voie d'autorité ou par voie de gestion publique, le contentieux ne peut être créé que par des décisions exécutoires* (V. p. 228) ;

c) Il n'y a point contre les actes de l'Administration un droit général d'action ; il y a un certain nombre de recours dont la physionomie est déterminée, qui ont leur individualité, comme les actions du droit romain (1). Il y a deux grandes catégories de recours, que nous connaissons déjà et qui sont caractérisés à la fois par les pouvoirs du juge et par la façon dont s'y envisage la décision exécutoire, ce sont : 1° les recours en annulation, qui ne donnent au juge qu'une juridiction limitée à l'annulation et qui, envisageant les décisions exécutoires comme des actes d'autorité, les critiquent par la voie de l'introspection au point de vue de la moralité administrative ; 2° les recours contentieux ordinaires qui donnent au juge la pleine juridiction et qui, envisageant les décisions exécutoires comme des actes de gestion publique, les critiquent du dehors au point de vue des exigences du commerce juridique et des droits prétendus par les tiers ;

d) Dans une certaine mesure ces recours sont accordés par le juge sur requête. La preuve en est qu'il y a un examen de la recevabilité du recours, distinct de l'examen au fond (2).

§ 2. — Les décisions exécutoires prises par la voie d'autorité et les recours contentieux en annulation.

Article I. — Des décisions exécutoires prises par la voie d'autorité.

Les décisions exécutoires peuvent être prises soit dans la voie d'autorité, soit dans la voie de gestion publique, soit dans la voie de gestion privée (V. p. 201), il importe de distinguer soigneusement ces voies car les décisions exécutoires n'y produisent pas les mêmes effets et n'y donnent pas lieu aux mêmes contentieux ; l'attitude réglementaire que la puissance publique garde dans la voie d'autorité ne permet qu'un contentieux de l'annulation, les collaborations qu'elle accepte dans la voie de gestion publique justifient un contentieux de pleine juridiction ; la voie de gestion privée entraîne la compétence judiciaire ;

I. D'après des définitions qui ont déjà été données, les décisions exécu-

(1) Rien ne le prouve mieux que la création du recours *en la forme du recours pour excès de pouvoir* dans l'hypothèse de l'art. 67, L. 5 avr. 1884.

(2) Seulement dans la procédure, l'examen de la recevabilité ne constitue pas une phase distincte de l'examen au fond, c'est la décision qui prononce tantôt sur la recevabilité tantôt sur le fond. Il n'est même pas dit que la décision doive prononcer d'abord sur la recevabilité. Il arrive que le Conseil d'État rejette un pourvoi pour des motifs tirés du fond, afin d'éviter de statuer sur une question de recevabilité. Cfr. C. E. 20 mai 1898, *Gaillarde et Massol.*

Source : BIU Cujas

toires prises par la voie d'autorité sont celles qui contiennent *commandement ou décision de principe non encore conditionnée par des faits d'exécution* (V. p. 202).

Nous savons déjà que tous les actes d'autorité présentent le double caractère d'être *inconditionnés vis-à-vis des tiers*, *conditionnés vis-à-vis de l'administration elle-même par une sorte de moralité interne* (*eod.*). Il est inutile de revenir sur ces notions, d'autant que nous les retrouverons encore à propos du recours pour excès de pouvoir qui est la voie d'introspection destinée à assurer l'observation de cette moralité; mais les décisions exécutoires prises par la voie d'autorité, présentent encore un autre caractère qu'elles doivent à la rencontre de leur nature de décision exécutoire avec ce fait qu'elles sont prises par la voie d'autorité, elles sont essentiellement *réglementaires*, c'est-à-dire qu'elles posent des règles obligatoires.

Ce caractère réglementaire ne se présente pas toujours sous le même aspect, mais toujours il existe à quelques égards. Il convient de faire une distinction : 1° Il y a des décisions contenant règles générales qui sont les règlements proprement dits et dont les uns sont obligatoires pour le public comme les règlements de police, les autres pour l'administration elle-même comme le budget, les plans d'alignement, les règlements organiques des services publics; 2° Il y a aussi des décisions contenant acte individuel; elles sont également réglementaires en ce qu'elles s'imposent à l'obéissance et au respect du public, bien qu'elles ne contiennent pas de règles générales; en ce sens une nomination de fonctionnaire, une concession sur le domaine public, une autorisation de tutelle donnée à un contrat, sont des actes réglementaires parce qu'ils deviennent obligatoires *ergâ omnes* et créent des situations qui s'imposent au public; désormais le fonctionnaire nommé aura droit à l'obéissance de tous, le concessionnaire du domaine public jouira de sa concession envers et contre tous (sauf précarité vis-à-vis de l'Administration), l'entrepreneur de travaux publics déclaré adjudicataire, lorsque l'adjudication aura été approuvée, aura cette qualité *ergâ omnes;* l'acte d'autorité dégage ce qu'il y a d'objectif dans les situations administratives, et en somme, ce qu'il y a de public (1).

(1) De là vient que dans les contrats administratifs tels que les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures où l'Administration et les entrepreneurs ou fournisseurs vont être parties contractantes, ce qu'il y a de public dans l'opération et ce qui ne doit pas être enfermé dans un contrat tend à se fixer sur l'acte de l'adjudication publique ou plus exactement sur l'acte d'approbation de cette adjudication; c'est parce que cet acte exprime l'intérêt du public à la réalisation économique de l'opération qu'il est séparable de l'opération proprement dite, et peut être considéré comme pris par la voie d'autorité; c'est pour cela que les adjudicataires évincés sont recevables à l'attaquer par le recours pour excès de pouvoir (Cfr. Aucoc, *Conférences*, II, n° 637 et C. E. 28 avr. 1899, *Barralis*). — C'est pour cela aussi que dans des circonstances exceptionnelles, l'acte d'approbation suffit à maintenir des organisations de service fondées

Source : BIU Cujas

II. *Effets de la décision exécutoire prise par la voie d'autorité.* — Du moment que dans cette décision la Puissance publique affirme sa propre volonté par voie réglementaire, il en résulte une situation juridique qui, vis-à-vis des administrés, présente les caractères suivants :

1° La situation juridique créée par l'acte d'autorité est « objective » : *a*) Si donc des avantages ont été directement concédés à des administrés, ils ne deviendront pas des droits acquis au profit des concessionnaires parce que la situation, malgré les avantages privatifs qu'en tirent les bénéficiaires, n'est censé établie que pour la bonne administration ou pour la bonne utilisation de la chose publique ; c'est ainsi que la concession de force motrice faite à un usinier sur un fleuve navigable dépendant du domaine public ne lui confère aucun droit à la conservation de la concession ; c'est ainsi encore que la nomination d'un fonctionnaire ne lui confère en principe aucun droit à la conservation de sa fonction (1) ; *b*) à plus forte raison, si de l'organisation administrative, telle qu'elle est *réglée* par les actes d'autorité, il résulte pour les administrés, des avantages indirects qui ne leur ont point été concédés, mais qui existent par le fait même, ces avantages ne constituent point des droits ; ainsi de ce que les habitants de la banlieue d'une ville sont en fait en dehors du périmètre de l'octroi, tel qu'il a été réglé, il ne s'ensuit pas qu'ils aient droit acquis à conserver indéfiniment cet avantage (2) ;

2° La situation juridique créée par l'acte d'autorité est *une situation d'état* par cela même qu'elle est créée par l'Administration de l'Etat en vue de l'établissement du régime d'Etat ; or, la situation d'Etat est en soi stable et durable en ce qu'elle ne doit être modifiée que dans le sens du bien public, du progrès de la chose publique (et non pas arbitrairement) ; il suit de là que si les administrés qui profitent de la situation créée n'ont pas un droit véritable à ce qu'elle soit maintenue, ils ont cependant *un intérêt légitime* à ce qu'elle ne soit pas modifiée par des actes viciés ; cet intérêt légitime leur donnera qualité pour attaquer les

sur des accords primitifs qui ont disparu (C. E. 20 janv. 1898, *Pompes funèbres c. ville de Paris*, S. 99. 3. 113 et la note). — J'avais enseigné déjà dans ma quatrième édition que toute décision rendue par la voie d'autorité est réglementaire. Je suis heureux de voir cette même doctrine adoptée par M. Moreau dans son ouvrage sur le règlement administratif.

(1) Si certains arrêts emploient cependant le mot *droit*, pour caractériser les avantages que les permissionnaires ou les concessionnaires retirent des actes d'autorité (comme par exemple l'arrêt *Colette*, 10 juill. 1896, 2e esp.), c'est par un abus de langage et pour marquer que la moralité administrative interdit de leur enlever arbitrairement ces avantages (V. le *Secundo*).

(2) Il ne faut pas confondre les avantages qui résultent pour l'administré des situations *réglées* par la Puissance publique avec ceux qui résultent pour lui de l'exécution des services publics ; l'exécution des services publics crée une situation de gestion et par conséquent engendre au moins des droits à indemnité au profit de l'administré lorsque des préjudices lui ont été causés (V. *ces théories*, p. 239 et s.).

Source : BIU Cujas

actes entachés d'excès de pouvoir qui tendraient à modifier la situation dont ils bénéficient (1);

3° La situation juridique créée par l'acte d'autorité est ou doit être *conforme à la moralité administrative* et spécialement *à la légalité* qu'il faut considérer comme l'expression même de cette moralité; il suit de là que toute violation de la loi devrait en principe constituer un vice de l'acte permettant à tous ceux qui ont intérêt légitime à son annulation d'obtenir cette annulation (2).

Article II. — Les recours contentieux en annulation. Le recours pour excès de pouvoir (3).

Le jugement des requêtes tendant à l'annulation des actes administratifs est réservé au Conseil d'État, il n'appartient ni aux conseils de préfecture, ni aux conseils du contentieux des colonies (C. E. 2 avr. 1897, *Bonnet*) (4). Le principal des recours contentieux en annulation est le recours pour excès de pouvoir (5).

(1) Ainsi, reprenant un exemple donné plus haut, celui des habitants primitivement placés hors du périmètre de l'octroi, nous dirons que ces habitants avaient un intérêt légitime à conserver cette situation et que par conséquent ils ont qualité pour contester la légalité de la décision par laquelle ils sont englobés dans un périmètre nouveau (C. E. 27 déc. 1854, *Rousset*).

(2) Ce résultat est loin d'être obtenu, il n'existe pas de moyen de nullité général contre les décisions exécutoires prises par voie d'autorité d'une façon illégale, il n'y a au contraire que des voies de nullité spéciales. A la vérité, la réunion de tous ces moyens forme un ensemble assez satisfaisant, cependant il subsiste des lacunes et d'ailleurs un moyen de nullité unique serait d'un maniement plus commode, qu'on en juge : 1° contre les délibérations des assemblées locales, il existe des moyens de nullité dont la procédure est très variée, qui tantôt s'appliquent à toute violation de la loi (conseils municipaux), tantôt seulement à certaines violations (conseils généraux); 2° contre les actes des agents exécutifs il existe en principe le *recours pour excès de pouvoir*, mais ce recours n'est pas donné pour toute espèce d'illégalité, il n'est ouvert que dans les cas d'incompétence, de vice de forme, de détournement de pouvoir; pour les autres cas d'illégalité, notamment, pour la fausse application de la loi, il n'existe que si le réclamant peut invoquer un droit acquis; 3° enfin dans des cas spéciaux d'autres voies de nullité se substituent au recours pour excès de pouvoir, par exemple, *le recours pour abus* toutes les fois que l'acte constitue un empiètement de l'autorité civile sur l'autorité ecclésiastique, etc. (V. d'ailleurs, note 5).

(3) *Bibliographie* : Aucoc, *Étude sur les recours pour excès de pouvoir*, comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques, 1878; E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., t. II, p. 394-560; Brémond, *Traité de la compétence*.

(4) C'est-à-dire que ce contentieux de l'introspection au point de vue de la moralité administrative est confié exclusivement au plus grand corps administratif de l'Etat. Comme juge du contentieux de l'annulation des actes, le Conseil d'Etat joue le rôle d'une haute conscience morale administrative.

(5) Il y en a quelques autres dont les uns sont vraiment contentieux, les autres quasi-contentieux.

I. *Recours en annulation véritablement contentieux :*

1° Le recours *en la forme du recours pour excès de pouvoir*, il est donné par l'art. 67

Source : BIU Cujas

Le recours pour excès de pouvoir est *une voie de nullité spéciale conférant au Conseil d'État le pouvoir d'annuler une décision exécutoire si elle contient un excès de pouvoir caractérisé de l'autorité qui a pris la décision* (*incompétence*, *violation des formes*, *détournement de pouvoir*, *violation de la loi et des droits acquis*).

de la loi du 5 avril 1884, contre la décision du préfet, statuant sur les recours formés contre des délibérations de conseils municipaux nulles ou annulables. Ce recours est en effet en la forme du recours pour excès de pouvoir, en ce qu'il est jugé au contentieux, qu'il tend à l'annulation et qu'il est dispensé du ministère de l'avocat (C. E. 26 janv., 1er févr. 1901, *Delcroix*) ; l'existence de cette voie de nullité s'oppose d'ailleurs à ce que l'on puisse intenter le véritable recours pour excès de pouvoir (C. E. 1er avr. 1898, *Pillon de Saint-Philbert ;* la différence avec le véritable recours pour excès de pouvoir est dans les ouvertures qui sont celles des art. 63 et 64, L. 5 avr. 1884 ; à noter qu'ici toute violation de la loi ou du règlement d'administration publique, est une ouverture au recours, sans qu'on exige la condition du droit acquis. — Sur le parallèle avec le recours pour excès de pouvoir, V. note dans Sirey, 1901. 3. 41. — Cette voie de nullité est destinée à se rapprocher du recours pour excès de pouvoir et en attendant elle influe sur lui ; c'est à son occasion qu'a été rendue la décision *Casanova*, 29 mars 1901, admettant le recours du simple contribuable ;

2° Le recours *en appréciation de validité* des actes d'administration. La validité d'un acte d'administration peut être contestée pendant trente ans, non pas par une voie de nullité complètement libre, mais seulement lorsque la question de validité se pose soit dans un litige né et actuel pendant devant un tribunal quelconque, soit dans une procédure administrative devant aboutir à une décision (par exemple la question de la validité d'une première concession de mines se pose soit dans un procès entre concessionnaires, soit dans une seconde procédure en concession). La validité ne peut être appréciée que par les tribunaux administratifs. Le recours est formé en principe devant le Conseil d'État (C. E. 28 avr. 1882, *ville de Cannes*), cependant la compétence du Conseil d'État n'est pas exclusive. C'est un recours qui peut aboutir à l'annulation ou à la déclaration d'illégalité de l'acte ; toute espèce de cause d'illégalité peut être invoquée, mais l'annulation n'anéantit pas l'acte, elle ne produit son effet qu'*inter partes*. Ce recours n'est pas dispensé du ministère de l'avocat (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 604) ;

3° Les *recours contentieux spéciaux en annulation*. Tel est le cas du recours contentieux prévu par la loi du 27 avril 1838, art. 6, contre la décision ministérielle prononçant le retrait de la concession d'une mine. Ce n'est pas un recours pour excès de pouvoir et il n'est pas dispensé du ministère de l'avocat (C. E. 13 nov. 1896, *Salarmier*).

II. *Recours quasi-contentieux*. Ce sont :

1° les recours contre les délibérations des conseils généraux ;

— Les délibérations des conseils généraux sur les objets énoncés dans les art. 42, 43 et 46, de la loi du 10 août 1871, peuvent être annulées pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de la loi ou d'un règlement d'administration publique, par décret en Conseil d'État sur recours du préfet intentés dans les vingt jours à partir de la clôture de la session (art. 47). Bien que ces recours soient appelés *administratifs*, et qu'ils soient jugés par l'assemblée générale du Conseil d'État, non pas par la section du contentieux (D. 2 août 1879, art. 7, n° 8), il est bien difficile de ne pas avouer qu'ils sont au fond contentieux, que c'est si l'on veut du contentieux de *justice retenue*, mais enfin du contentieux ; la meilleure preuve, c'est que le conseil général ne peut pas ensuite former un recours pour excès de pouvoir contre le décret d'annulation, la nature quasi-contentieuse de cette décision s'y oppose (C. E. 2 avr. 1897, *Côtes-du-Nord*) ;

2° Des *recours spéciaux en annulation*, tels que :

— Le recours pour abus qui en certains cas aboutit à des annulations d'actes et qui,

Source : BIU Cujas

Ce recours, qui est contentieux parce qu'il est porté devant la section du contentieux et l'assemblée du contentieux du Conseil d'État et qu'il aboutit à une décision juridictionnelle, est en soi une voie d'introspection par laquelle l'administration elle-même examine au point de vue de sa moralité interne un de ses actes; il n'a pu revêtir des formes contentieuses que grâce à l'existence d'un juge administratif aussi haut placé et tenant d'aussi près à l'administration active que le Conseil d'État. C'est donc une création très originale de notre droit administratif français. Son grand mérite est d'avoir soumis au Droit les actes de la Puissance publique, il a accompli cette œuvre avec une autorité plus grande que n'en eussent eu de simples recours administratifs et avec plus de facilité que n'en eût eu une voie de nullité générale visant toute espèce d'illégalité. Au début du siècle, presque tous les actes de la Puissance publique étaient en fait discrétionnaires; aujourd'hui on cite ceux qui le sont restés parce que la grande masse a été soumise tout au moins à des conditions étroites de compétence et de forme. La juridiction de l'excès de pouvoir, œuvre de la jurisprudence du Conseil d'État, est une sorte de juridiction prétorienne qui crée le droit en le faisant pénétrer dans des régions nouvelles (1).

bien que rendu en assemblée générale du Conseil d'État, exclut aussi le recours pour excès de pouvoir (C. E. 22 déc. 1876, *abbé Badaroux*);

— Le recours formé en vertu de l'art. 13 de la loi du 21 juin 1865, contre l'arrêté du préfet autorisant une association syndicale. Même observation que dessus.

(1) Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 411, *in fine*. C'est une voie de nullité *objective* qui est uniquement pour assurer la bonne administration; elle n'est pas pour faire valoir des droits des administrés (même dans la quatrième ouverture, violation de la loi et des droits acquis, nous verrons que le droit acquis de l'administré n'intervient que comme condition de recevabilité, l'ouverture du recours est, même dans ce cas, la violation de la loi considérée objectivement dans ses rapports avec la bonne administration). Sans doute, le recours est dans l'intérêt des administrés et il le faut bien puisqu'il doit être mis en mouvement par eux, mais l'intérêt qu'ils ont à l'annulation de l'acte se ramène lui-même à l'intérêt de la bonne administration et ils jouent le rôle d'un ministère public. La tradition est en ce sens. Notre recours a été considéré dès le début comme un moyen de bonne administration et comme un contentieux très spécial; c'est à ce titre que l'administration impériale l'a développé par le décret du 2 novembre 1864 (V. Aucoc, *Conférences*, I, p. 510; Dareste, *Justice administrat.*, 2e édit., p. 222; Laferrière, *op. cit.*, II, p. 558).

— Bien des gens répugnent à l'idée que le recours pour excès de pouvoir engendre un véritable contentieux. C'est peut être qu'ils ont du contentieux administratif une idée un peu étroite, modelée sur celui des procès civils. Examinons donc brièvement la question. On peut dans le contentieux distinguer deux éléments, la forme et le fond. Il y a forme contentieuse dès que le litige est soumis à un juge et jugé suivant une procédure. De ce chef il n'y a pas de difficulté, le jugement des excès de pouvoir est en forme contentieuse, puisqu'il relève d'un juge; sans doute ce n'est pas le juge de droit commun, mais on irait loin si l'on devait révoquer en doute la valeur de toutes les juridictions spéciales. S'il y a difficulté, ce n'est donc que relativement au fond du litige, qui ne contiendrait pas de matière contentieuse. Or, qu'est-ce qu'une matière contentieuse? A mon avis, simplement une contestation qui peut être tranchée par une solution de

Source : BIU Cujas

Histoire du développement du recours pour excès de pouvoir (1). — La juridiction du recours pour excès de pouvoir est aujourd'hui considérée comme fondée sur la loi des 7-14 octobre 1790 ainsi conçue : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en « aucun cas du ressort des tribunaux, elles doivent être portées au roi, « chef de l'administration générale » et sur la loi du 24 mai 1872, art. 9, ainsi conçue : « Le Conseil d'État statue souverainement..... sur « les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les « actes des diverses autorités administratives »; ce sont les deux textes actuellement visés dans les arrêts, mais au début aucun texte ne fut visé, la loi des 7-14 octobre 1790 n'eut pas l'importance qu'on lui a attribuée depuis (2). La vérité est que le Conseil d'État s'inspira d'abord simplement des traditions de l'ancien conseil du roi, de l'esprit général de la législation de l'an VIII, et aussi, il faut bien le dire, de la nature des choses, car, dans une organisation administrative où les pouvoirs sont délégués et séparés, où des formes légales sont imposées aux actes, de toute nécessité, il faut une autorité qui assure le respect des compétences et des conditions de la délégation (3). On peut diviser l'histoire du développement du recours pour excès de pouvoir en deux périodes, avant le décret du 2 novembre 1864, et depuis ce décret :

a) La première application du recours pour excès de pouvoir a été le cas d'incompétence, et c'est à cela même que le recours doit son nom, car « excéder ses pouvoirs » c'est avant tout empiéter sur les pouvoirs des autorités voisines et, par conséquent, sortir de sa compétence. Mais on ne tarda pas à s'apercevoir que la notion de l'excès de pouvoir, ainsi introduite pour le cas particulier de l'incompétence, était susceptible de s'étendre à d'autres hypothèses, notamment au cas de violation des formes, car les formes légales imposées aux actes sont des bornes pour les pouvoirs de l'administrateur et il excède ses pouvoirs s'il n'observe pas ces formes (4). Jusque-là, l'excès de pouvoir dans les actes d'adminis-

droit. Or, soutiendra-t-on que le Conseil d'État, dans les excès de pouvoir, ne solutionne pas les litiges par des décisions de droit, alors que la jurisprudence des excès de pouvoir a posé tant de règles de droit! Il y a donc aussi matière contentieuse. A la vérité, la solution de droit n'est pas de même nature que dans les procès civils, le Conseil d'Etat ne reconnait pas le droit des parties, il pose une règle objective de droit; il ne dit pas *le droit subjectif du réclamant*, il dit *le droit* d'une façon absolue, mais il faudrait être singulièrement enfermé dans des catégories juridiques *a priori* pour s'arrêter à cette objection, car, après tout, il s'agit uniquement de savoir si le recours pour excès de pouvoir est un moyen de droit.

(1) V. cette histoire pour le détail dans Laferrière, t. II, p. 396 et s.

(2) Elle est visée pour la première fois dans un arrêt du 15 juillet 1832, *Garde nationale de Paris*, au rapport de Macarel.

(3) La théorie de l'excès de pouvoir me paraît avoir son point de départ dans celle qui fait reposer toute l'organisation administrative sur des délégations de la Puissance publique.

(4) Conseil d'Etat, 28 mars 1807. *Dupuy-Briacé;* 22 janvier 1808, *Hours.* Ces décisions

Source : BIU Cujas

tration, avec ces deux cas, l'incompétence et la violation des formes, ressemblait à l'excès de pouvoir dans les jugements, tel qu'il est réprimé soit par le recours en cassation en matière civile, soit par le recours en cassation en matière administrative ; le recours pour excès de pouvoir s'était simplement modelé sur le recours en cassation, et cela d'autant plus facilement que les actes d'administration n'étaient point séparés bien nettement des décisions contentieuses (1).

b) Cette situation se prolongea jusqu'au décret du 2 novembre 1864, mais ce décret ayant dispensé le recours pour excès de pouvoir du ministère de l'avocat et de tous frais autres que les droits de timbre et d'enregistrement, dans le but ouvertement avoué de le développer, le Conseil d'État entra dans ces vues :

D'une part, il observa que les pouvoirs des administrateurs ont un certain but ou que les actes de l'administration ont une certaine cause finale qui est l'intérêt public et que si un *détournement de pouvoir* est commis, si l'administrateur, au lieu d'agir dans l'intérêt général, a pris sa décision, soit sous l'influence d'un intérêt particulier à satisfaire, soit même sous l'influence d'un intérêt fiscal, il y a cause illicite et l'acte doit être annulé ; la théorie du détournement de pouvoir, d'autant plus intéressante qu'elle dépasse l'idée de la délégation de Puissance publique pour atteindre celle de la fonction administrative et de son but, constitue une troisième ouverture ;

D'autre part, une quatrième ouverture fut admise dans des conditions bien curieuses. Il avait toujours existé un recours contentieux en annulation pour violation de la loi lorsque le réclamant pouvait invoquer un droit acquis ; afin de le faire bénéficier de la dispense des frais et de celle du ministère de l'avocat, le Conseil d'État eut l'idée de l'incorporer au recours pour excès de pouvoir et de faire de la violation de la loi et des droits acquis une quatrième ouverture. Cette quatrième ouverture dépasse la notion de l'excès de pouvoir (2), elle tend incontestablement à faire de notre recours une voie de nullité générale s'appliquant à toute illégalité, au moins dans le cas où le réclamant peut invoquer un droit acquis, elle a par là même rendu plus difficile la théorie de notre recours ; nous examinerons plus loin les difficultés qu'elle a fait naître.

Le développement du recours pour excès de pouvoir paraît momentanément arrêté du côté des ouvertures (3) ; mais depuis la loi du 24 no-

annulent des arrêtés préfectoraux qui empiétaient sur les attributions de l'autorité judiciaire et qui par conséquent contenaient plutôt *usurpation de pouvoir*.

(1) Conseil d'Etat, 2 juillet 1820, *Biberon ;* 10 août 1828, *Rodier*.

(2) V. sur cette question du passage de l'excès de pouvoir à la violation de la loi, Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 409.

(3) Le recours serait cependant encore susceptible de développement du côté des ouvertures, on pourrait admettre l'*erreur de fait*. Les erreurs de fait sont plus fréquentes qu'on ne le croit. Bien des fonctionnaires ont été admis à faire valoir leurs droits à

Source : BIU Cujas

vembre 1872, le Conseil d'État s'est attaché à développer la recevabilité; soit du côté des actes : 1° en réduisant progressivement le nombre des actes discrétionnaires; 2° en admettant le recours *omisso medio* contre les actes des autorités inférieures, sans obliger le réclamant à se servir au préalable du recours hiérarchique, pour provoquer une décision du ministre (1); soit du côté des réclamants en élargissant de plus en plus les catégories de gens ayant intérêt légitime à attaquer l'acte et finalement en admettant le recours du simple contribuable (C. É. 29 mars 1901, *Casanova*, V. *infrà*, p. 284).

Il y a lieu d'étudier : A. les conditions de recevabilité du recours; B. les ouvertures à recours; C. la procédure; D. la nature et les effets de la décision.

A. *La recevabilité du recours.* — Il y a un examen de la recevabilité et un examen au fond. Il y a un examen sur la recevabilité en ce sens qu'il existe un certain nombre de *fins de non recevoir* et que lorsque l'existence de l'une de ces fins de non recevoir est constatée dans une espèce, le recours peut être rejeté sans être examiné au fond. Le débat sur la recevabilité est la preuve que dans une certaine mesure c'est le juge qui accorde le recours (Cfr. p. 271).

Il y a quatre catégories de fins de non recevoir, elles peuvent être tirées de la nature de l'acte, du défaut de qualité des parties, de l'inobservation des formes et délais, de l'existence d'un recours parallèle.

I. *Fins de non recevoir à raison de la nature de l'acte.* — Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre une *décision administrative exécutoire et susceptible de faire grief, prise par une autorité contenue dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative.* Par conséquent, échappent au recours :

a) Les actes qui ne seraient pas des décisions exécutoires (V. p. 257), ou qui ne seraient pas *susceptibles de faire grief*, c'est-à-dire qui ne sont que de simples constatations ou de simples projets dont l'Administration n'entend pour le moment tirer aucune conséquence, et qu'il faudrait vivifier par de nouvelles décisions pour les rendre opposables à qui que ce soit. L'Administration fait en effet des constatations qui ne sont que pour elle-même, ainsi en est-il des statistiques du recensement (2);

la retraite parce que le ministre croyait à tort qu'ils remplissaient les conditions requises pour la pension de retraite. Une décision, 22 juin 1900, *Ville de Saint-Gaudens*, repousse formellement l'ouverture de l'erreur de fait.

(1) Primitivement, on ne pouvait pas recourir directement contre les actes des autorités inférieures, le recours préalable au ministre était un intermédiaire obligatoire. Cette réforme fut réalisée par les arrêts *Bougard*, 24 juin 1881; *Bansais*, 13 avril 1882, etc... Mais jusqu'à la loi du 17 juillet 1900, il resta qu'on ne pouvait pas recourir contre le silence gardé par les autorités inférieures sans passer par l'intermédiaire du ministre.

(2) Il est vrai que se basant sur les résultats du recensement elle pourra ensuite tirer certaines conséquences, par exemple, dans une ville dont la population a dépassé un

Source : BIU Cujas

b) Les actes qui n'ont pas le caractère administratif, même s'ils émanent d'autorités comprises dans la hiérarchie : actes d'instruction criminelle faits par le préfet en vertu de l'art. 10 du Code d'instruction criminelle, actes faits par le maire en qualité d'officier de police judiciaire ou d'officier de l'état civil, décisions rendues par le chef de l'État en Conseil d'État, à la suite de recours quasi-contentieux (1), etc... ;

c) Les actes émanant d'autorités qui ne sont pas comprises dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative : actes du Parlement, lois administratives contenant des déclarations d'utilité publique, des autorisations et concessions de travaux publics, etc... ; Décisions prises par les assemblées parlementaires, par leurs commissions ou par leurs bureaux à l'égard des membres de ces assemblées, de leurs auxiliaires ou même des tiers ; — Actes d'administration accomplis par les autorités ecclésiastiques même en vue du temporel des établissements religieux. Ces autorités en effet ne font pas partie de la hiérarchie (V. p. 149) ;

d) Les décisions exécutoires qui ne sont pas prises par la voie d'autorité, parce qu'il existe contre elles d'autres voies de recours (V. *infrà*, *fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle*).

Des actes de Gouvernement (2). — Il y a des actes qui, accomplis par des autorités administratives dans l'exercice de leurs fonctions exécutives, ne sont cependant pas des actes d'administration et contre lesquels le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable. Ce sont les actes dits

certain chiffre, elle modifiera le tarif de l'impôt des portes et fenêtres ou celui des patentes ; mais pourront seuls être attaqués les actes qui auront déduit ces conséquences, non point le décret qui se borne à rectifier le tableau de la population (C. É. 22 juin 1900, *Ville de Saint-Gaudens*). De même, l'Administration fait des projets qui ne sont que pour elle-même ; par exemple un conseil municipal arrête un plan de grands travaux de voirie, cette délibération ne peut être attaquée par personne parce qu'elle ne fait encore grief à personne (C. E. 16 déc. 1881, *Desbordes*, Cfr. les indications données p. 262).

(1) Par exemple, les décisions rendues sur recours pour abus (V. p. 269). Par exemple encore les décrets d'annulation des conseils généraux rendus sur le recours du préfet en vertu de l'art. 47, L. 10 août 1871 ; C. E. 2 avril 1897, *Conseil général des Côtes-du-Nord ;* M. Laferrière, *op. cit.*, 2e édit., t. II, p. 445, examine ces décrets d'annulation à propos de la fin de non recevoir tirée de la qualité de la partie (les conseils généraux ont-ils qualité pour se pourvoir contre les décisions annulant leurs délibérations), mais cela l'entraîne à des solutions différentes, suivant que les conseils généraux recourent contre des décisions du préfet ou contre des décrets d'annulation. Cela prouve que la question est mal posée. Les conseils généraux sont recevables en ce sens qu'ils ont qualité, mais si le recours est dirigé contre un décret d'annulation régulier en la forme, c'est-à-dire constituant vraiment une décision quasi-contentieuse, *la nature de l'acte* s'oppose au recours (V. p. 269).

(2) *Bibliographie :* Laferrière, *Juridict. adm.*, 2e édit., t. II, p. 32 et s. ; Aucoc, *Conférences*, 3e édit., t. I, n° 289 ; Ducrocq, *Cours de dr. adm.*, 7e édit., t. I, n° 64 ; Batbie, *Dr. adm.*, t. VII, nos 389 et s. ; Michoud, *Des actes de Gouvernement*, br. Grenoble, 1889 ; Brémond, *Des actes de Gouvernement, Revue du droit public*, 1896, t. I, p. 23 ; R. Jacquelin, *Principes du contentieux administratif*, p. 297 et s. ; Maurice Le Courtois, *Théorie des actes de Gouvernement*, 1899. Cet ouvrage contient une bibliographie complète

Source : BIU Cujas

de Gouvernement. — Le Conseil d'État saisi d'un recours contre l'un de ces actes déclare « Qu'il ne lui appartient pas d'en connaître » (C. É. 28 févr. 1896, *Rosat*); s'il ne faisait pas spontanément cette déclaration, l'opinion générale est que l'art. 26, L. 24 mai 1872, permettrait au Gouvernement d'élever le conflit et de porter devant le Tribunal des conflits la question de savoir si le Conseil d'État ne doit pas être dessaisi (1).

Il faut bien observer que c'est à raison de la nature de l'acte que le recours n'est pas recevable. La fin de non recevoir existe alors même que le requérant a qualité pour agir, c'est-à-dire alors même qu'il invoque un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'acte, bien mieux alors même qu'il invoque un droit acquis (décision *Rosat*, précitée) (2).

La théorie des actes du Gouvernement est fort embrouillée, faute d'y avoir appliqué une méthode suffisamment sévère; il y a trois questions, celle du *critérium* de l'acte de Gouvernement, celle de l'utilité qu'il y a à mette cet acte hors du contentieux, celle des effets qu'entraîne la mise hors du contentieux :

a) L'acte de Gouvernement n'est pas aisé à distinguer, le *critérium* est difficile à trouver, on peut le chercher soit du côté de la forme de l'acte, soit du côté de sa nature ou de sa matière.

1° On a beaucoup cherché un élément de forme qui permît de distinguer l'acte de Gouvernement de l'acte administratif ordinaire, on n'a rien trouvé de ce côté. Les efforts ne pouvaient pas aboutir parce que, si en soi la fonction gouvernementale est distincte de la fonction administrative (V. *infrà*), en revanche il apparaît au simple examen de notre constitution que les mêmes organes sont chargés indifféremment des deux fonctions et qu'il n'y a pas d'organe spécialement gouvernemental, ni même de procédure spéciale qui s'appliquerait uniquement à des actes gouvernementaux. C'est ainsi notamment qu'on ne saurait qualifier actes de Gouvernement tous les actes délibérés en conseil des ministres ou tous les actes du pouvoir exécutif approuvés par un ordre du jour des Chambres (3). On ne saurait à l'inverse prétendre qu'il ne faut chercher d'actes de Gouvernement que parmi les actes du chef de

(1) Cet article est ainsi conçu : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et *qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif* ». Il est la reproduction de l'art. 47, L. 3 mars 1849 et a toujours été interprété en ce sens. V. Le Courtois, *op. cit.*, p. 56-76.

(2) « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de connaître d'un débat *fondé sur les droits qui résulteraient d'une convention diplomatique.* »

(3) Confl. 5 novembre 1880, *Marquigny;* 20 mars 1887, *Princes d'Orléans et prince Murat;* 25 mars 1889, *Dufeuille;* Cfr. Laferrière, *Jurid. adm.*, t. II, p. 28 et p. 33; Le Courtois, *Op. cit.*, p. 96. Au reste, si d'ordinaire le *critérium* tiré de la forme des actes est le meilleur parce qu'il est le plus commode, ici il serait extrêmement dangereux parce qu'il dépendrait du Gouvernement, en donnant à des actes quelconques la forme gouvernementale consacrée, de les soustraire au recours contentieux. Il n'y aurait plus aucune garantie.

Source : BIU Cujas

l'État et ceux des ministres; à la vérité le chef de l'État et les ministres constituent *le Gouvernement*, mais les préfets et les gouverneurs des colonies agissent sous leur autorité (V. C. É. 18 mars 1898, *Conseil général du Sénégal*, reconnaissant la qualité d'acte de Gouvernement à un arrêté de gouverneur de colonie).

2° Ayant échoué du côté de la forme de l'acte on s'est rejeté sur sa nature; n'y a-t-il pas dans l'acte de Gouvernement une matière spéciale? N'est-ce point un acte de la fonction gouvernementale et cette fonction n'est-elle point distincte de l'administrative? De ce côté il y a plus de chances d'aboutir, mais à la condition de procéder avec une extrême prudence, car c'est chose grave que de soustraire des actes au contentieux, et par là même à l'observation de la légalité.

D'abord en quoi consiste la fonction gouvernementale et en quoi se distingue-t-elle de la fonction administrative? On ne compte pas ici moins de trois opinions : pour certains auteurs le Gouvernement est le principe et le ressort de l'Administration, il est le moteur, tandis que l'Administration n'est que l'agent de transmission et d'exécution (1); pour d'autres le Gouvernement est ce pouvoir qui donne des ordres en dehors de la légalité (2); pour d'autres enfin, le Gouvernement a pour fonction d'assurer le salut de l'unité politique, tandis que l'Administration a pour fonction d'exécuter les services publics (3). Je m'attache en ce qui me concerne à cette dernière formule; je la crois d'autant plus exacte que, historiquement, il apparaît des gouvernements bien longtemps avant qu'il ne s'organise des administrations et des services publics et que la fonction primordiale de ces gouvernements rudimentaires est d'assurer la vie politique du groupe. Mais je reconnais, d'une part, que les autres formules ne sont pas inexactes, elles vont seulement moins au fond des choses, d'autre part, que toutes ces formules ont le même inconvénient qui est de ne pas fournir de critérium précis, car où s'arrête le moteur de la puissance exécutive et où commence l'organe de transmission? dans quels actes assure-t-on le salut de l'unité politique, dans quels autres assure-t-on seulement l'exécution des services publics? La formule à laquelle nous nous sommes arrêtés serait la plus dangereuse de toutes si nous la laissions dans son imprécision, car elle aboutirait à la fameuse théorie du *mobile* qui, en effet, fut appliquée pendant longtemps par la jurisprudence. Si l'acte de Gouvernement est celui qui assure le salut de l'unité politique, ou autrement dit celui qui suppose *raison d'État*, ne

(1) Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, introd. p. 14; Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, p. 461; Vivien, *Études administratives*, t. I, p. 29 et s.; Ducrocq, t. I, n° 32.

(2) Duguit, *Des fonctions de l'État moderne*, *Rev. internat. de sociologie*, 1894, p. 161.

(3) M. Aucoc, *Confér. admin.*, t. I, n° 4; M. R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 310; et même M. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 33 « ce qui domine dans l'acte de Gouvernement c'est donc son caractère politique ».

Source : BIU Cujas

faut-il pas aller jusqu'à dire que tout acte du pouvoir exécutif, s'il prend en fait une importance politique à raison des circonstances du moment, est acte de gouvernement? Or, cette conséquence beaucoup trop dangereuse est aujourd'hui universellement condamnée (1).

Si les formules par lesquelles on peut définir la fonction gouvernementale sont insuffisantes, il n'y a plus qu'un moyen de sortir d'embarras qui est de procéder à une énumération. Il y aura certains actes, dont on connaîtra la liste, qui seront par nature des actes de Gouvernement et qui le seront dans tous les cas. Cette liste sera limitative. L'établissement de cette liste est le parti auquel on s'est arrêté; on peut dire que la doctrine y travaille de concert avec la jurisprudence, mais si l'on va au fond des choses, l'autorité qui doit être considérée comme chargée de la dresser est le Tribunal des conflits, puisque d'après l'art. 26, L. 24 mai 1872, le Gouvernement « peut revendiquer devant lui les affaires portées devant la section du contentieux qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ».

Finalement, l'acte de Gouvernement est *celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des conflits* (2).

(1) Il n'est pas contestable que jusqu'en 1872 le Conseil d'État a appliqué la théorie du *mobile politique;* en cela il voyait avec une grande justesse que la fonction gouvermentale est essentiellement politique, mais il suivait une pente inquiétante ; les arrêts par lesquels il a rompu avec cette doctrine sont ceux du 19 février 1875, *prince Napoléon* et du 20 mai 1887 *duc d'Aumale* et *prince Joachim Murat.*

(2) Cette définition est la traduction exacte de la solution admise dans la pratique (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, p. 33). Mais en France, nous sommes si peu habitués à reconnaître à la jurisprudence un pouvoir propre, que certains auteurs se sont ingéniés à trouver dans la loi elle-même l'énumération des actes de gouvernement *afin que la jurisprudence n'eût qu'à appliquer la loi.* Ils ont songé qu'il existe des lois constitutionnelles distinctes des lois ordinaires et ils ont eu l'idée de chercher dans ces lois constitutionnelles la liste des actes de gouvernement, ce seraient tous les actes et seulement les actes qui sont *l'exécution directe d'une disposition formelle de la constitution.* Cette formule est de M. Ducrocq, 6e édit., I, p. 88. Elle a été reprise et suivie dans le détail avec beaucoup de patience par M. Le Courtois, *op. cit.*, p. 112 et s. — Elle est cependant inacceptable. Sans doute la liste à laquelle elle conduit concorde en fait à peu près avec celle établie par la jurisprudence, mais il y a des désaccords fâcheux ; ainsi sous le prétexte que la loi du 25 février 1875, art. 3, dit du chef de l'État qu'il « nomme à tous les emplois civils et militaires », il en faudrait conclure que les nominations et les révocations de fonctionnaires opérées par décrets sont des actes de gouvernement; cela arrêterait le développement du recours pour excès de pouvoir contre les décrets de révocation qui est si intéressant, cela mettrait hors du droit la situation des fonctionnaires, ce qui est tout à fait inacceptable. Puis, à regarder les choses de plus haut, cette doctrine procède d'une fâcheuse méprise sur le rôle des constitutions écrites; elles sont pour la garantie de la liberté; à cause de cela, dans certains pays, on écrit dans la constitution beaucoup de règles étrangères aux rapports des pouvoirs publics, afin d'assurer des libertés, et il se trouverait par une singulière ironie que, si nous en usions de même, nous ne ferions par là qu'augmenter la liste des actes de gouvernement ! — Est-il donc si difficile d'admettre que la jurisprudence aura un pouvoir propre, que sans doute elle sera tenue

Source : BIU Cujas

Voici la liste généralement admise :

1° Actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec les Chambres, décrets de convocation et d'ajournement des deux Chambres, décrets de dissolution de la Chambre des députés, décrets de promulgation des lois; 2° certaines mesures de sûreté intérieure de l'État, les décrets établissant l'état de siège (1), les décrets rendus en matière de police sanitaire (2); 3° les actes relatifs à la sûreté extérieure de l'État et d'une manière générale, aux relations diplomatiques (3); 4° les faits de

d'obéir aux dispositions formelles de la loi, mais qu'en l'absence de dispositions formelles elle s'inspirera directement de la nature des choses?

(1) *L'état de siège.* — Une des plus grandes garanties des libertés individuelles est la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil et la prépondérance donnée à ce dernier. Mais le régime civil ne peut être établi ainsi sans inconvénient qu'en temps de paix. En temps de guerre avec l'étranger, ou bien en cas de troubles intérieurs, le salut de l'État exige, au risque de diminuer momentanément les garanties des citoyens, que l'on établisse, au contraire, le régime militaire. Le régime militaire peut être établi, soit pour le pays tout entier, soit pour une région déterminée. Il est essentiellement transitoire. On l'appelle *état de siège* parce que le type est le régime auquel est soumise une place réellement assiégée. On distingue : 1° L'état de siège réel (L. 10 juillet 1791; D. 24 décembre 1811 et 10 août 1853); 2° l'état de siège fictif ou politique (L. 9 août 1849; 3 avril 1878).

Effets. — Les effets sont les mêmes dans les deux cas. Les pouvoirs dont l'autorité civile était revêtue, pour le maintien de l'ordre et de la police, passent à l'autorité militaire, au moins ceux que celle-ci veut prendre : 1° Les tribunaux militaires peuvent être saisis des crimes et des délits contre la sûreté de la République, contre la constitution, contre l'ordre et la paix publique; 2° l'autorité militaire a le droit de faire des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens; 3° elle a le droit d'interdire les publications et les réunions qu'elle juge de nature à causer des désordres.

Ainsi : sûreté individuelle, inviolabilité du domicile, liberté de la presse, liberté de réunion sont suspendues.

Déclaration et levée (art. 1er, L. 3 avr. 1878). L'état de siège fictif ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée, une loi peut seule le déclarer. Cette loi désigne les communes, les arrondissements ou départements auxquels il s'applique, elle fixe le temps de sa durée. A l'expiration de ce temps, l'état de siège cesse de plein droit, à moins qu'une nouvelle loi n'en prolonge les effets. Suivent des règles qui, en l'absence des Chambres, permettent au pouvoir exécutif de déclarer l'état de siège sous certaines conditions; ce sont ces décrets établissant l'état de siège qui ont le caractère d'actes de Gouvernement.

Quant à l'état de siège réel, il résulte des faits de guerre.

(2) On ne doit pas reconnaître le caractère d'acte de Gouvernement à d'autres mesures de sûreté intérieure, sous peine de tomber dans l'arbitraire. — Ni aux mesures de police individuelle qui pourraient être prises contre tels ou tels (c'est ce qui résulte du dernier état de la jurisprudence en ce qui concerne les mesures prises contre les membres des dynasties déchues, C. É. 19 févr. 1875, *prince Napoléon;* 20 mai 1887, *princes d'Orléans et prince Murat;* Confl., 25 mars 1889, *Dufeuille*) — ni aux mesures générales de haute police qui présenteraient un caractère exceptionnel (c'est ce qui résulte des décisions rendues à propos d'arrêtés préfectoraux qui avaient interdit l'affichage de manifestes séditeux, C. É. 2 avr. 1886, *Fontenaud,* et à propos de lacérations d'affiches électorales opérées sur l'ordre du sous-préfet et du ministre, Confl. 15 févr. 1890, *Vincent*).

(3) Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 46 et s.

Source : BIU Cujas

guerre, à condition qu'ils soient imposés par les nécessités immédiates de la lutte (1) ; 5° les décrets de grâce (2) ; 6° les arrêtés de gouverneurs de colonies modifiant la situation légale des territoires coloniaux, transformant par exemple une portion de colonie en un territoire de protectorat (C. É. 18 mars 1898, *Conseil général du Sénégal*).

De tous ces actes, ceux qui ont le plus énergiquement le caractère d'actes de Gouvernement sont les actes relatifs à la sûreté extérieure, et cela se conçoit aisément, aussi n'y a-t-il point à distinguer entre les actes généraux et les actes particuliers ou mesures d'exécution (3).

Au contraire, quand il s'agit de la sûreté intérieure de l'État, on peut se montrer moins sévère. Ici, on peut distinguer entre les mesures de principe et les mesures d'exécution (4).

b) Ainsi conçue, avec cette interprétation modérée, il semblerait que la théorie des actes de Gouvernement dût échapper à toute critique. Outre, qu'elle répond à une idée juste, à savoir qu'il y a des nécessités politiques qui s'imposent à l'État lui-même et sur lesquelles il ne doit pas être contraint de s'expliquer, elle présente encore de grands avantages au point de vue du libre développement du contentieux administratif.

Ce qui a créé la théorie des actes de Gouvernement, c'est le besoin d'élever une barrière devant la juridiction administrative depuis qu'elle s'est séparée du Gouvernement en devenant une justice déléguée (L. 24 mai 1872 ; Cfr. Le Courtois, *op. cit.*, p. 84). Cette barrière a été placée dans la distinction de ce qui est gouvernement et de ce qui est administration. Moyennant cette garantie d'indépendance bien modeste, le Gou-

(1) Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 53 et s.

(2) C. É. 30 juin 1893, *Gugel*, S. 95, II, 41 et la note. On a objecté que les décrets de grâce n'avaient point d'importance politique, à quoi les événements n'ont pas tardé à fournir la réponse ; la grâce a d'ailleurs autant d'importance politique que l'amnistie qui en a certainement.

(3) Par conséquent, ont la qualité d'actes de Gouvernement, non seulement la conclusion d'un traité diplomatique, mais encore les actes particuliers par lesquels le traité est exécuté à la condition qu'ils soient eux-mêmes diplomatiques ; spécialement, la répartition entre les intéressés d'une somme versée par une puissance étrangère, en vertu d'accords diplomatiques, à titre de réparation de dommages (C. É. 5 janv. 1847, *Courson ;* 20 avr. 1867, *Dubois ;* 12 févr. 1860, *Limantour*). Par conséquent, encore, les faits de guerre les plus particuliers, l'occupation d'un domaine, la démolition d'une maison, etc., peuvent avoir la qualité d'actes de Gouvernement.

(4) C'est pourquoi, en matière d'état de siège, nous n'avons fait figurer sur la liste que les décrets établissant ledit état de siège, et non point les arrêtés de police ou les mesures individuelles de police qui ont pu être prises pendant l'état de siège par l'autorité militaire (Confl. 28 juill. 1873, *Pelletier ;* C. É. 24 déc. 1875, *Mémorial des Vosges ;* Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 37). Même solution en matière de police sanitaire, les décrets prenant des mesures générales sont seuls des actes de Gouvernement, les mesures d'exécution n'en sont pas (C. É. 26 févr. 1863, *Guilbaud ;* Cfr. Laferrière, t. II, p. 42).

Source : BIU Cujas

vernement laisse au Conseil d'État pleine liberté pour faire pénétrer les recours et avec eux la régularité dans toute l'administration ; il lui abandonne même les actes les plus discrétionnaires pourvu qu'ils soient administratifs et non pas gouvernementaux. Ceci est la condition de cela. On peut affirmer que si le Gouvernement n'avait pas pleine sécurité pour une certaine catégorie d'actes, il disputerait à la juridiction administrative tous les actes d'administration discrétionnaire. Il se mettrait sur la défensive. La théorie des actes de Gouvernement est le résultat d'un compromis. On a mis certains actes hors de la légalité, moyennant ce sacrifice, tous les autres actes pourront être soumis progressivement à la légalité. Ce compromis avantageux donne au contentieux administratif, et par là au droit public, un vaste champ de développement (V. ces considérations dans Sirey, 1893, 3, 129 en note) (1).

(1) La théorie des actes de Gouvernement a cependant été vivement et habilement attaquée comme inutile par M. Michoud, *Des actes de Gouvernement*, br., Grenoble, 1889, et M. Brémond, *Des actes de Gouvernement, Revue du droit public*, 1896, t. I, p. 23. La tactique de ces auteurs a consisté à prétendre que pour tous les actes qui figurent dans la liste des actes de Gouvernement, il n'était nullement besoin d'invoquer cette qualité spéciale pour les faire échapper aux recours contentieux ; déjà, pour des motifs variés, chacun d'eux y échapperait, de sorte que la catégorie des actes de Gouvernement aurait le pire des défauts, celui d'être inutile. En somme, les actes de Gouvernement ne seraient que des actes d'administration très objectifs, plus objectifs encore que les actes discrétionnaires, mais de même nature. Prenons, par exemple, les décrets de convocation ou d'ajournement des Chambres ; est-il utile de déclarer que ce sont des actes de Gouvernement pour que les recours contentieux soient irrecevables ? nullement, dit-on. D'abord, devant quelle juridiction porterait-on ces recours ? il n'en est aucune qui soit organisée pour ce débat constitutionnel entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Ensuite, qui serait qualifié pour intenter les recours ? Seraient-ce les Chambres ? mais ce ne sont pas des personnes morales, elles ne peuvent pas ester en justice. Donc, par la seule force des choses, et en vertu des seuls principes juridiques existants, les décrets de convocation et d'ajournement des Chambres échappent au recours, et il est inutile d'aller en chercher la raison dans une prétendue qualité d'acte de Gouvernement. Voilà l'argumentation.

Voici maintenant la réponse : 1° l'argumentation précédente n'est pas toujours de mise ; quand par exemple il s'agit de mesures d'exécution relatives à des traités diplomatiques, il y a des intéressés qui ont qualité pour former des recours, qui même ont des droits à faire valoir, il y a une juridiction compétente qui est le Conseil d'État ; ces recours seraient parfaitement recevables, s'il n'y avait pas la fin de non recevoir spéciale tirée de leur qualité d'actes de Gouvernement. On peut protester contre le résultat, on ne peut nier que là la théorie des actes de Gouvernement ne fonctionne (C. É. 28 févr. 1896, *Rosat*, décision du ministre retirant à un médecin étranger l'autorisation d'exercer la médecine en France : celui-ci forme recours et invoque les droits qu'il tiendrait d'une convention diplomatique : « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de connaître d'un débat fondé sur les droits qui résulteraient d'une convention diplomatique etc. ») ; 2° même dans les hypothèses où actuellement les recours sont écartés par les seuls principes juridiques existants, ce serait s'opposer au développement de ces principes que de ne pas mettre franchement hors du droit les actes de Gouvernement. Reprenons l'exemple des décrets de convocation et d'ajournement des Chambres. On prétend d'abord qu'il n'y aurait point de tribunal compétent et pourquoi ? Ce sont des décrets, en

Source : BIU Cujas

c) On observe généralement d'une façon un peu sommaire que la théorie des actes de Gouvernement met ces actes hors du contentieux et hors de la légalité, il est bon d'examiner d'un peu près ces effets de la théorie : 1° Il est certain que les actes de Gouvernement sont soustraits au recours contentieux en annulation, notamment au recours pour excès de pouvoir et que de ce chef il y a fin de non recevoir absolue; 2° Y a-t-il également fin de non recevoir au recours contentieux ordinaire, notamment au recours en indemnité? La question des indemnités s'est posée à l'occasion de faits de guerre, à l'occasion aussi de mesures diplomatiques (C. É. 18 déc. 1891, *Vandelet et Faraud*, S. 93. 3. 129 et la note); elle a toujours été résolue dans le sens de la fin de non recevoir (1); 3° enfin, si par un acte de Gouvernement il est porté atteinte à une propriété privée, la nature de l'acte s'oppose-t-elle à ce que devant les tribunaux judiciaires une indemnité soit accordée pour dépossession définitive? Je ne crois pas que la question ait été jamais posée bien nettement sur le fait de la dépossession définitive, mais si elle se posait, je ne verrais pas d'obstacle à l'indemnité, parce que le fait de la dépossession est en lui-même indépendant de la nature de l'acte (V. p. 241) (2).

principe, le recours pour excès de pouvoir est recevable contre tous les décrets, il serait pour le moins dangereux de restreindre ici la compétence du Conseil d'État sous prétexte qu'il n'est pas une juridiction constitutionnelle, parce que ce prétexte pourrait être invoqué à propos d'autres actes (d'ailleurs, les conflits sont matière constitutionnelle et pendant longtemps le Conseil d'État les a jugés). Mais alors on prétend que personne n'aurait qualité pour intenter le recours, que les Chambres n'ont point la capacité d'ester en justice. Pourquoi pose-t-on ce principe? Le Conseil d'État reconnaît bien à d'autres corps élus capacité d'ester en justice lorsqu'il s'agit de défendre leurs prérogatives, par exemple aux conseils généraux (C. É. 8 août 1872, *Laget*). Ainsi, pour justifier l'irrecevabilité du recours contre certains décrets très particuliers, on arrêterait le développement de ce principe général, à savoir que les assemblées élues peuvent ester en justice (sur la personnalité des Chambres législatives, V. C. É., 3 févr. 1899, *Joly*, S. 99. 3. 121, la note). On pourrait multiplier les exemples, on constaterait que l'évolution de nombre de principes juridiques intéressants se trouverait ainsi arrêtée si l'on supprimait la catégorie des actes de Gouvernement.

Sans doute, il est fâcheux qu'il y ait des actes hors du droit, mais ce n'est pas la seule occasion où l'on constate que le droit est pratiquement limité par les faits; lorsque cela est pour éviter un plus grand mal, il faut bien l'accepter.

(1) On n'a pas toujours bien compris la portée de cette jurisprudence. Elle ne se confond pas avec celle qui établit l'irresponsabilité de la Puissance publique agissant par voie d'autorité; elle est un obstacle à ce que dans de certaines matières on puisse admettre la voie de gestion. Ainsi dans la matière des faits de guerre, les dégâts et dommages causés par l'ennemi pourraient être rattachés, non pas à la déclaration de guerre, fait initial, acte accompli certainement par la voie d'autorité, mais à la mauvaise gestion de la guerre, au mauvais fonctionnement du service de l'état-major par exemple, la théorie de l'acte de Gouvernement sera un obstacle à cette voie détournée.

(2) La question de la compétence judiciaire en matière d'actes de Gouvernement a été posée au début d'une façon beaucoup plus large : elle a peut-être été le point de départ du mouvement d'idées en faveur de la voie parallèle, mais on sait que je restreins

Source : BIU Cujas

II. *Fin de non recevoir à raison de la qualité de la partie.* — Il faut que le réclamant ait qualité pour intenter le recours :

a) Il faut d'abord qu'il ait la capacité d'ester en justice ; ont cette capacité, les particuliers, les personnes morales privées (1), les personnes morales administratives, communes, départements, etc... même les assemblées électives prises en corps, conseils généraux, conseils municipaux, lorsqu'il s'agit pour elles de se pourvoir contre l'annulation de certaines de leurs décisions (2) ;

b) Il faut en second lieu que le réclamant ait à l'annulation de l'acte un *intérêt*, cet intérêt n'est pas nécessairement pécuniaire, ni nécessairement important, ce peut être un simple intérêt moral (par exemple celui qu'a un corps constitué à faire respecter ses prérogatives) ou un intérêt pécuniaire faible, *de minimis curat prætor.*

Mais cet intérêt doit présenter une qualité essentielle qui est d'être *direct et personnel au réclamant ;*

Direct, cela signifie que l'annulation de l'acte doit procurer une satisfaction immédiate au réclamant, non pas une satisfaction éloignée ;

Personnel au réclamant, cela signifie que l'intérêt *doit procéder d'une situation légale particulière dans laquelle se trouve le réclamant par rapport à l'acte attaqué*, il ne suffit pas en effet que le réclamant invoque sa qualité de sujet français, *la situation de sujet français ou d'administré ne donne pas à elle seule intérêt à contester la légalité des actes de l'Administration ;* s'il en était autrement, tout administré pourrait critiquer indifféremment tout acte de l'Administration ; il faut qu'il existe une situation *plus particulière* qui crée une relation entre un certain réclamant et un certain acte. D'autre part, il faut que cette situation soit *légale*, c'est-à-dire résulte soit de droits acquis de l'administré opposables à l'Administration (3), soit de décisions antérieures de l'Administra-

quant à moi la voie parallèle, au cas de dépossession définitive d'une propriété (V. p. 240), on trouvera dans M. Le Courtois, *op. cit.*, p. 118 et s., tous les renseignements désirables sur ce mouvement d'idées.

(1) Par exemple les syndicats professionnels (C. E. 25 mars 1887, *propriétaire des bains de Paris*) ; 24 mars 1899, *Syndicat des bouchers de Bolbec.*

(2) Conseils généraux de département (C. E. 8 août 1872, *Gard ;* 11 et 12 nov. 1887, *Hérault*) ; conseils généraux des colonies (C. E. 8 août 1896, *Guadeloupe*) ; 18 mars 1898, *Sénégal*) ; conseils municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 67 ; C. E. 16 juill. 1897, *Poncet et autres ;* 9 déc. 1898, *Saint-Léger des Fourches*) ; 22 juin 1900, *Ville de Saint-Gaudens.*

(3) Le réclamant a un intérêt personnel toutes les fois que cet intérêt est tiré d'un droit acquis que l'Administration est obligée de respecter en sa personne ; par exemple, si un décret de délimitation du rivage de la mer a commis une emprise sur une propriété privée, le propriétaire puise dans son droit de propriété un intérêt légitime à demander l'annulation du décret ; il est vis-à-vis de l'Administration dans la situation de propriétaire, cette situation juridique s'impose à l'Administration ; tous les droits individuels fournissent de même des intérêts légitimes, de sorte que dans la quatrième ouverture du recours pour excès de pouvoir (violation de la loi et des droits acquis), le réclamant a toujours un intérêt personnel tiré de son droit (V. *infrà*).

Source : BIU Cujas

tion elle-même dont l'administré a pu tirer des avantages légitimes (1); *une simple situation de fait qui ne serait pas due à des décisions administratives antérieures ne conférerait pas à elle seule intérêt à contester la légalité des actes de l'Administration.*

En fait, il intervient des actes de l'Administration dans des conditions telles qu'aucun administré ne se trouve dans une catégorie légale antérieure lui donnant intérêt à les attaquer; tels sont les actes organisant des services nouveaux ou des institutions nouvelles (2). On appelle assez souvent ces actes *discrétionnaires* et l'on remarque qu'ils échappent au recours pour excès de pouvoir. Il ne faudrait pas croire qu'ils y échappent toujours par leur nature propre *comme n'étant pas de nature à faire grief* (V. p. 273); souvent c'est uniquement à raison des circonstances extérieures dans lesquelles ils interviennent (3).

(1) Le réclamant a encore un intérêt personnel, bien que cet intérêt ne soit pas tiré d'un droit acquis, lorsqu'il fait partie d'une catégorie de gens déterminée par l'Administration elle-même comme ayant un intérêt spécial au maintien d'une certaine situation ou au résultat d'une certaine opération. Ainsi des concessionnaires du domaine public ont qualité pour se pourvoir contre l'acte qui leur retire leur concession, par cela même que l'Administration les avait mis elle-même dans la situation de concessionnaires; cette situation ne leur conférait pas de droits acquis, mais étant juridique elle leur conférait un intérêt légitime à conserver le bénéfice de la concession; au contraire, des individus qui, par une simple tolérance de fait jouissent de certains avantages du domaine public, n'ont pas qualité pour se pourvoir contre l'acte qui leur retire directement ou indirectement ces avantages, car ils n'étaient pas vis-à-vis de l'Administration dans une situation juridique. Autre exemple : lorsqu'à l'entrée d'une fonction publique, l'Administration organise un concours ou un examen avec des conditions d'inscription, elle crée par là-même une catégorie spéciale de gens ayant un intérêt légitime à contester les nominations qui sont faites à l'issue du concours ou à réclamer contre les éliminations (Arg. C. É., 10 nov. 1887, *Lefebvre*), ce sont les candidats ayant pris part audit concours; au contraire si l'Administration n'organise pas elle-même de concours à l'entrée de la carrière, les candidats ne se trouvent plus dans une situation juridique spéciale, ils ne sont plus que des candidats de fait et ils n'ont plus intérêt légitime à critiquer les nominations.

Dans le même ordre d'idées, la loi du 18 mars 1899 sur les emplois civils réservés aux sous-officiers rengagés, fait de ces sous-officiers une catégorie de gens ayant intérêt légitime à critiquer les nominations aux emplois civils qui seraient faites au mépris des règles (art. 24 de la loi).

(2) Cfr. C. É., 19 novembre 1885, *Sévigny*, décision du ministre réglant l'uniforme et les insignes d'un grade nouveau; C. É., 17 juillet 1896, *compagnie des tramways de Paris*, décret autorisant la création d'un syndicat de communes, Laferrière, *op. cit.*, II, p. 425.

(3) V. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 423 et s., spécialement, p. 425. On remarquera le rapport étroit qui existe entre cette théorie de l'intérêt personnel et celle des situations créées par l'acte d'autorité développée à la p. 267. D'une manière générale, toutes ces règles sont en harmonie avec le principe fondamental que la voie d'autorité est essentiellement objective, que l'Administration n'y statue que pour elle-même. Cette objectivité est susceptible de degrés. Elle est absolue si en fait aucun administré ne profite d'une manière spéciale des situations créées par la Puissance publique, alors la matière est véritablement discrétionnaire; l'objectivité est moins absolue si en fait des administrés profitent d'une manière spéciale des situations créées par la Puissance publique,

Source : BIU Cujas

Du moment que le réclamant a un intérêt spécial à attaquer un certain acte, peu importe que des catégories entières de gens aient le même intérêt à attaquer le même acte ; cela ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours de celui d'entre eux qui réclame. Ainsi contre un arrêté de police qui fait grief à tous les propriétaires de la commune, l'un quelconque des propriétaires peut réclamer (C. É. 29 nov. 1872, *Baillergeau ;* 20 déc. 1872, *Billette ;* 28 mars 1885, *Languellier*) ; contre une décision qui fait grief à tous les habitants de la commune, l'un quelconque des habitants est recevable à réclamer (C. É. 27 mars 1896, *Binot de Villiers*, en sens contraire C. É. 8 août 1873, *Delucq*) ; contre une décision illégale d'un conseil municipal qui engage les finances de la commune et qui fait ainsi grief à tous les contribuables, l'un quelconque de ceux-ci est recevable à réclamer (C. É. 29 mars 1901, *Casanova*). — A la vérité lorsqu'une décision d'une administration locale fait grief à tous les habitants ou à tous les contribuables de la circonscription, on pouvait objecter que ceux-ci devaient être considérés comme ayant pris la décision eux-mêmes par l'intermédiaire de leurs représentants élus et qu'ainsi ils n'avaient pas qualité pour réclamer ; qu'ils devaient se contenter des moyens politiques et électoraux ou des garanties que leur offrait la tutelle de l'administration supérieure. Ce raisonnement détermina le Conseil d'État pendant longtemps à rejeter le recours du *contribuable* ou de l'*habitant*, d'autant qu'il ne voulait aller sur les brisées, ni de l'administration supérieure, ni du corps électoral. Mais peu à peu les idées se sont modifiées. D'une part, les garanties de bonne administration que peuvent fournir soit le mécanisme électoral, soit la tutelle de l'administration supérieure, ont paru trop faibles et il n'a point semblé superflu de les renforcer par celles d'un contrôle du Conseil d'État, particulièrement important pour le ménagement des finances. D'autre part, on s'est souvenu que les recours en annulation sont des moyens d'introspection, que c'est l'Administration elle-même qui fait son examen de conscience et qu'il n'y a que des avantages à augmenter le nombre des intéressés qualifiés pour provoquer cet examen de conscience ; qu'il n'y a pas dès lors à argumenter de ce que les réclamants sont en un certain sens participants de l'acte.

Très délibérément, dans l'arrêt *Casanova* précité, le Conseil d'État s'est décidé à un revirement de jurisprudence qui était vivement désiré et dont il convient de le féliciter (1).

alors la matière reste bien objective en ce sens que les administrés n'obtiennent point contre l'Administration de droits acquis, mais ils acquièrent l'intérêt légitime qui leur permet de contester la légalité de tout acte nouveau venant modifier leur situation (du moins par les trois premières ouvertures du recours, incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir.)

(1) On trouvera l'histoire détaillée de ce revirement de jurisprudence, avec l'indication des étapes par où s'est produite l'évolution et des conséquences probables qu'elle aura dans l'avenir, dans Sirey 1901. 3. 73, note sous l'arrêt *Casanova*, et aussi dans

Source : BIU Cujas

A plus forte raison, des habitants d'une commune qui n'ont pas le même intérêt que tous les autres habitants ont-ils qualité pour attaquer une décision (1); on peut soutenir aussi que les membres de la minorité d'une assemblée administrative ont qualité pour former recours contre les décisions prises au nom de l'assemblée par la majorité (2).

III. *Fin de non recevoir à raison des formes et des délais.* — Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable s'il n'est pas introduit dans les formes et dans les délais déterminés par la loi.

Formes. — Jusqu'au décret du 2 novembre 1864, il fallait suivre les formes du recours ordinaire, c'est-à-dire employer le ministère d'un avocat au Conseil d'État; depuis ce décret, il y a dispense du ministère de l'avocat, la requête peut être présentée directement par la partie, elle doit seulement être sur timbre et enregistrée (coût : 46 fr. 88 c.). Dans certains cas même, il y a dispense du timbre et de l'enregistrement (art. 88, L. 10 août 1871, art. 58, L. 3 mai 1841).

Délais. — Aucun texte spécial n'ayant jamais déterminé le délai dans lequel devait être formé le recours, on appliquait la règle générale posée par l'article 11 du décret du 22 juillet 1806 (trois mois à compter du jour de la notification de la décision). Il y a maintenant un texte (L. 13 avr. 1900, art. 24, § 4), qui fixe à *deux mois* le délai de tous les recours au Conseil d'État et qui abroge l'article 11 du décret du 22 juillet 1806; cette nouvelle règle générale doit évidemment être appliquée au recours pour excès de pouvoir.

Pour déterminer le point de départ du délai, il faut distinguer entre les actes qui sont susceptibles d'une *notification* individuelle, et ceux qui ne sont susceptibles que d'une *publicité* plus ou moins étendue, parce qu'ils s'adressent à un ensemble d'intéressés, comme par exemple les actes réglementaires; c'est donc soit à partir de la notification, soit à partir de la publication, suivant les cas. A défaut de publication, la jurisprudence admet que le délai court de l'exécution de la décision

Sirey 1900. 3. 65, note sous l'arrêt *Merlin.* — Il est à remarquer que la décision *Casanova* a été rendue à propos de ce recours en *forme de recours pour excès de pouvoir* qui est dirigé contre les délibérations de conseils municipaux (V. p. 269). Mais nul doute que le cas échéant, le Conseil n'applique la même solution au véritable recours pour excès de pouvoir.

(1) C'est ainsi que des habitants non compris dans le périmètre primitif de l'octroi ont qualité pour attaquer la décision qui les englobe dans un nouveau périmètre (C. É. 28 déc. 1854, *Rousset*); ainsi encore des habitants d'une section de commune ont qualité pour attaquer la décision qui déplace le chef-lieu de la commune (C. É. 13 juill. 1892, *Samuel*); l'intérêt de ces habitants est certainement distinct de celui des autres habitants.

(2) Les membres de la minorité ont un intérêt électoral évidemment opposé à celui des membres de la majorité, par conséquent un intérêt personnel; la jurisprudence est incertaine (V. pour la négative, Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 443, et les arrêts qu'il cite; *Adde*, C. É. 26 mars 1897, *Rochette;* mais on peut citer pour l'affirmative, C. É. 16 juill. 1875, *Billot*, et discuter très sérieusement les arrêts opposés).

Source : BIU Cujas

attaquée, à la condition que cette exécution ait atteint le requérant.

Les deux mois sont comptés de quantième à quantième. On ne compte pas le *dies a quo*, on ne compte pas non plus celui de l'enregistrement du pourvoi, de sorte que, pour une décision notifiée le 15, le pourvoi peut être reçu jusqu'au 16 à minuit.

Lorsque le recours a été précédé d'un recours hiérarchique au ministre, il y a une difficulté spéciale (1) ; lorsque la conversation administrative se prolonge entre l'Administration et le réclamant et donne lieu à des décisions répétées, cela soulève une autre difficulté (2).

4° *Fin de non recevoir résultant de l'existence d'un recours parallèle.* — Le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable lorsque le requérant a à sa disposition une autre voie pour briser la force exécutoire de l'acte. Le recours pour excès de pouvoir est une voie de nullité qui confère au Conseil d'État une juridiction spéciale; le Conseil d'État n'entend pas qu'on l'accuse d'user de cette compétence spéciale pour empiéter sur le

(1) Dans les matières contentieuses, le recours hiérarchique et le recours contentieux existent tous les deux à la fois, l'emploi successif de ces deux recours donne lieu aux règles suivantes :

1° Le recours hiérarchique n'est pas le préalable obligé du recours contentieux, soit du recours pour excès de pouvoir, soit du recours contentieux ordinaire. De telle sorte que l'on peut immédiatement former un recours pour excès de pouvoir contre l'acte d'une autorité inférieure, on n'est pas obligé de commencer par forcer le ministre à se prononcer administrativement; on peut former dans les mêmes conditions un recours contentieux ordinaire. C'est là le sens de la règle *que l'on peut recourir au Conseil d'État omisso medio*. Ainsi, contre un arrêté préfectoral fixant une pension d'agent communal, matière où le préfet a un pouvoir propre, on peut recourir au Conseil d'État sans avoir au préalable formé recours hiérarchique devant le ministre (C. É. 24 juin 1881, *Bougard;* 13 avr. 1882, *Bansais*) ;

2° Si cependant on emploie au préalable le recours hiérarchique, il faut bien faire attention à ne pas perdre le droit au recours contentieux par expiration des délais. On sait que les recours contentieux sont enfermés dans des délais très brefs, en principe deux mois; le recours hiérarchique ne conserve le droit de former plus tard un recours contentieux, que s'il est intenté dans le délai où le recours contentieux lui-même devrait être intenté. Cette question, qui a été très discutée, est tranchée maintenant par de nombreux arrêts du Conseil d'État (13 avr. 1882, *Bansais;* 14 janv. 1887, *Union des gaz;* 29 juin 1888, *Ponsard;* 14 mars 1890, *Ville de Constantine;* 11 nov. 1898, *Labro;* 19 mai 1899, *Rémy*). Ces arrêts ne statuent expressément que pour le cas du recours pour excès de pouvoir, mais il ne semble pas qu'il y ait lieu de faire de distinction, et en effet cela a été appliqué à un recours contentieux ordinaire, par arrêt du 3 février 1893, *Ville de Paris*. Il est donc toujours prudent, bien qu'en lui-même le recours hiérarchique ne soit soumis à aucun délai, de l'intenter dans les deux mois, surtout pour le cas où il aboutirait à une confirmation ; quand il n'aboutit pas à une confirmation, il y a décision nouvelle du ministre à partir de laquelle court un nouveau délai pour le recours contentieux, mais dans le cas de confirmation où il ne se produit pas de décision nouvelle que l'on puisse attaquer, tout recours contentieux serait perdu.

(2) Lorsque les décisions successives sont confirmatives le point de départ du délai semble être la première décision, ce qui entraîne inévitablement la forclusion du réclamant (C. É. 1er févr. 1895, *Ville de Nantes;* 11 nov. 1898, *Labro, in fine*), Cfr. pour le recours contentieux ordinaire (C. É. 22 déc. 1899, *Sâtre*, p. 774).

Source : BIU Cujas

domaine des autres juridictions, pour ressusciter les *évocations* de l'ancien conseil du roi.

Il faut, pour que l'existence d'un recours parallèle fasse obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, qu'il s'agisse d'une action contentieuse ayant pour objet direct de briser la force exécutoire de l'acte ou tout au moins d'en paralyser les effets, par suite : 1° Il ne suffit pas qu'il existe un *moyen de défense*, ainsi dans l'hypothèse d'un règlement de police argué d'illégalité, à la rigueur les intéressés pourraient commettre la contravention, attendre d'être poursuivis et opposer devant le tribunal de simple police l'exception d'illégalité que ce tribunal est compétent pour apprécier, mais comme ce ne serait qu'une exception, le Conseil d'État après certaines hésitations a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (C. É. 29 nov. 1872, *Baillergeau ;* 20 déc. 1872, *Billette*, etc.) ; 2° Il ne suffit pas non plus de l'existence du recours hiérarchique, il faut un recours contentieux ou tout au moins quasi-contentieux (C. É. 6 juin 1879, *de Vilar*) ; 3° Enfin il faut que l'action contentieuse ait pour objet de paralyser les effets de l'acte, sinon de l'anéantir ; il ne suffirait pas de l'existence d'une action en indemnité pour le préjudice causé par l'acte. Nous constaterons en diverses matières, par exemple dans la matière de la délimitation du domaine public, qu'au contraire l'existence parallèle du recours pour excès de pouvoir et de l'action en indemnité est formellement affirmée.

Il y a des cas nombreux où un recours parallèle existe et fait obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir : tantôt c'est un recours de pleine juridiction devant le conseil de préfecture ou devant le Conseil d'État lui-même, tantôt c'est une action devant les tribunaux judiciaires, tantôt c'est un autre recours en annulation. Si l'on se place au point de vue des combinaisons d'actes qui amènent l'existence du recours parallèle, on distingue trois hypothèses principales :

1° Un acte d'autorité est lié à un acte de gestion publique qui donne lieu à un recours contentieux de pleine juridiction ou à un acte de gestion privée qui donne lieu à une action judiciaire, c'est le cas des décisions approbatives des contrats ou des marchés administratifs rendues par des autorités supérieures en vertu de la tutelle. En principe, ces décisions ne peuvent point être attaquées isolément par le recours pour excès de pouvoir (C. É., 30 juin 1893, *Bloquel ;* Cf. *infrà, Marchés de travaux publics, adjudication, approbation préfectorale*) (1) ;

2° Un acte d'autorité est partie intégrante d'une opération de gestion dont tout le contentieux est attribué soit à un tribunal administratif déterminé, soit aux tribunaux judiciaires. Par exemple, tout le conten-

(1) Il pourra seulement y avoir, si les événements l'exigent, un recours en appréciation de validité de ces actes, qui est très différent du recours pour excès de pouvoir. V. p. 269.

Source : BIU Cujas

tieux de l'opération de travaux publics, tout celui de l'opération des contributions directes, tout celui des élections est attribué au conseil de préfecture; on ne saurait donc former un recours pour excès de pouvoir contre un acte constituant un incident de ces opérations (V. *infrà*, v° *Sectionnement électoral*). Ainsi encore, le contentieux des contributions indirectes et taxes assimilées est attribué aux tribunaux judiciaires; on ne peut donc pas porter devant le Conseil d'État d'une façon principale la question de la légalité d'un acte relatif à cette perception (C. É., 25 févr. 1898, *Tuzé*, taxe d'abatage; 3 févr. 1899, *Botella*) (1);

3° Un acte de Puissance publique est isolé, mais il existe contre lui une autre voie de nullité contentieuse ou quasi-contentieuse. Ainsi contre les décisions illégales des conseils municipaux il existe une voie de nullité contentieuse organisée par les articles 63 et s., L. 5 avril 1884; elle constitue un recours parallèle et fait obstacle à la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (C. É., 1er avr. 1898, *Pillon de Saint-Philbert*). On en doit dire autant du recours pour abus dans le cas où il est intenté contre des actes des autorités civiles et tend à en obtenir l'annulation, bien que cependant il ne soit que quasi-contentieux (C. É., 22 déc. 1876, *abbé Badaroux*; 23 mai 1879, *évêque de Fréjus*) (2).

B. *Les ouvertures à recours pour excès de pouvoir.* — On appelle ainsi les diverses manifestations caractérisées de l'excès de pouvoir, constituant vice de l'acte d'administration, et par conséquent donnant ouverture au recours. Nous savons qu'il y en a quatre : les trois premières (incompétence, vice de forme, détournement de pouvoir) et la quatrième (violation de la loi et des droits acquis) qui mérite d'être examinée à part (3).

I. *Les trois premières ouvertures. — Première ouverture. — L'incompétence.* — Cette forme de l'excès de pouvoir résulte de l'empiètement d'une autorité administrative sur les pouvoirs d'une autre autorité administrative, à la différence de l'usurpation de pouvoir qui suppose une décision prise par une personne dépourvue de toute autorité et qui

(1) Mais il faut, bien entendu, que le juge chargé de ce contentieux de pleine juridiction ait le pouvoir d'apprécier la qualité des actes d'administration. Le conseil de préfecture, juge administratif, a toujours ce pouvoir, les tribunaux judiciaires ne l'ont pas toujours. S'ils l'ont en matière de contribution directe et en matière de règlements administratifs, ils ne l'ont pas en revanche en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Aussi, très logiquement, est-il admis que les actes d'administration qui interviennent dans la procédure de l'expropriation, acte déclaratif de l'utilité publique, arrêté de cessibilité du préfet, peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir.

(2) Pour plus amples détails sur toute cette matière, V. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 474-495.

(3) L'existence de l'une au moins des ouvertures à recours doit être établie aux débats, mais la décision du conseil ne mentionne pas nécessairement celle qui a entraîné l'annulation de l'acte, l'acte est annulé *pour excès de pouvoir*.

Source : BIU Cujas

entraîne une inexistence absolue de l'acte (V. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 497 et *suprà*, p. 253) (1) :

a) Il peut y avoir empiètement d'une autorité inférieure sur une autorité supérieure, c'est assez rare; en général quand un inférieur agira dans ces conditions, ce sera en vertu d'une délégation, la question portera alors sur la portée de la délégation (2); *b*) Il peut y avoir empiètement d'une autorité supérieure sur une autorité inférieure, ministre qui voudrait se substituer au préfet dans les cas où celui-ci a reçu un pouvoir propre de décision, conseil général qui voudrait se substituer à sa commission départementale pour les attributions propres de celle-ci, par exemple, en classant un chemin vicinal ordinaire, préfet qui dépasse ses pouvoirs de tutelle vis-à-vis des autorités municipales ; il faut faire attention que, d'après la loi municipale nouvelle, le préfet peut, dans des cas nombreux, se substituer au maire (art. 85, 98, § 4, 99); *c*) Il peut y avoir enfin empiètement entre autorités égales, questions de compétence territoriale, très rares à cause de la netteté de nos divisions administratives; cependant elles peuvent se produire dans les communes suburbaines de Paris et de l'agglomération lyonnaise, à raison du partage de la police entre le préfet et les maires (V. *Organ. municipale*).

Deuxième ouverture. — Le vice de forme. — Il y a vice de forme, lorsqu'il y a omission complète ou partielle des formalités auxquelles un acte administratif est assujetti par les lois ou règlements (3). Il est bon de distinguer entre l'omission complète et l'omission partielle :

a) En cas d'omission complète d'une formalité prescrite pour un acte, par exemple d'une enquête, il y a nullité; il ne faut pas appliquer la règle en vigueur dans certaines matières de droit civil et de procédure, d'après laquelle les nullités ne se suppléent pas et doivent être expressément prononcées par la loi. Jamais il n'y en aurait alors, ce qui est inadmissible, les lois administratives ne se préoccupant pas d'en prononcer. Il n'y a pas à distinguer entre les formalités substantielles et celles qui

(1) Il y a une autre espèce d'incompétence qui n'a guère été envisagée jusqu'ici dans la théorie de l'excès de pouvoir et qui est l'incompétence à raison de ce que l'autorité administrative est sortie des bornes de la fonction administrative. Il se peut que ce cas constitue une *voie de fait* (V. p. 237), mais il se peut aussi que les éléments de la voie de fait manquent parce qu'un préjudice n'a pas été causé à un particulier par la violation d'un droit. Il s'agit par exemple d'une organisation de services nouveaux ou d'une subvention. La question commence à se poser pour les délibérations d'assemblées communales ou départementales au sujet desquelles le vice d'incompétence a dès le début été envisagé par rapport à la fonction administrative (V. C. É. 26 janv.-1er févr. 1901, *Delcroix*, S. 1901. 3. 41 et la note; 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901. 3. 73 et la note).

(2) Sur les questions de délégation, V. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 500 et s.

(3) Le vice de forme est relatif à l'acte, à la décision exécutoire, la voie de fait étudiée à la p. 237 résulte de l'*exécution* d'une mesure en dehors de toutes les formes administratives, et même le plus souvent en dehors de toute décision exécutoire.

Source : BIU Cujas

ne le sont pas, toutes les formalités doivent être présumées substantielles. L'urgence d'une décision ne l'affranchit même pas de la nécessité des formes, la loi établit elle-même, lorsqu'elle le croit nécessaire, une procédure d'urgence ;

b) La simple irrégularité ou omission partielle entraîne aussi en général la nullité. La jurisprudence se montre sévère, cependant on pourrait peut-être ici faire la distinction entre les formes substantielles ou non, notamment dans les détails d'une enquête (1).

Troisième ouverture. — Le détournement de pouvoir. — C'est le fait d'un agent de l'Administration qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence et en suivant les formes prescrites, use de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué, c'est-à-dire qui, tout en restant fidèle à la lettre, sort *de l'esprit de sa fonction*. On peut dire qu'ici l'acte est vicié dans sa cause (2). Voici des exemples tirés de la police :

a) L'esprit des fonctions de la police, par exemple, étant d'assurer l'ordre public indépendamment de toute idée de lucre pour l'Administration, on ne peut pas faire servir aux intérêts financiers ou fiscaux la police de la circulation dans les rues, ainsi des arrêtés municipaux ordonnant que toutes les denrées seraient transportées au marché, uniquement pour y acquitter des droits de place, ont été annulés (C. É., 15 févr. 1895, *Tostain*), etc. ; (3). On ne peut pas non plus user de la police des alignements de voirie dans le but de réaliser des économies sur des expropriations futures (C. É., 23 janv. 1868, *Terravalien ;* 17 avr. 1869, *Tabardel*) ;

b) La police, même locale, étant dans l'intérêt général on ne peut pas la faire servir à la protection du commerce local. A été annulé un arrêté d'un maire interdisant l'introduction dans la commune de viande d'animaux abattus ailleurs que dans l'abattoir municipal (C. E., 22 mai 1896, *Carville*, S. 97, III, 121 et la note), ou y apportant des entraves par une réglementation excessive (C. E., 24 mars 1899, *Bouchers de Bolbec*) ;

c) On ne peut pas user de la police du domaine public de façon à favoriser des entreprises particulières et à créer de véritables monopoles de fait. Ainsi a été annulé un arrêté refusant le droit de stationnement

(1) Pour plus amples détails (V. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 520-532).

(2) Aussi l'annulation pour détournement de pouvoir entraîne un examen des motifs de l'acte et est considérée comme très délicate (V. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 548 et s.). Il faut que le détournement de pouvoir résulte des documents versés au dossier ou de l'aveu de l'Administration (C. É., 16 nov. 1900, *Maugras ;* 22 mars 1901, *Roz*), car le Conseil d'État ne peut ni mander l'administrateur à sa barre, ni procéder à des enquêtes en dehors de l'Administration.

(3) Mais la police du domaine public ne fait pas obstacle à ce que l'Administration considérée comme propriétaire tire profit par des redevances des concessions qu'elle fait sur le domaine public ; il y a là une nuance délicate sur laquelle nous reviendrons (*infrà, domaine public, concessions*).

Source : BIU Cujas

sur la voie publique, à toutes voitures autres que celle d'un certain entrepreneur (C. É., 2 août 1870, *Bouchardon*) (1);

d) La police n'est pas faite non plus pour être mise au service des querelles politiques ni de l'esprit de parti, ni des animosités privées. L'Administration doit se dégager des animosités politiques ou privées aussi bien que des préoccupations fiscales. Dans cet ordre d'idées beaucoup d'arrêtés municipaux pourraient être annulés et quelques-uns l'ont été, par exemple l'arrêté d'un maire interdisant à une société musicale déterminée, et à elle seule, de sortir sur la voie publique (C. É. 1er juill. 1898, *Gay*) (2); l'arrêté d'un maire suspendant un agent de la police parce qu'il avait trop fait son devoir (C. É. 16 nov. 1900, *Maugras*, S. 1901. 3. 57 et la note).

Il n'y a pas d'acte de l'Administration en principe que l'on ne puisse atteindre par le détournement de pouvoir, si la preuve en peut être administrée. Le détournement de pouvoir est à l'heure actuelle l'ouverture dont le développement est le plus à prévoir et le plus à souhaiter (V. note sous l'affaire *Maugras*).

II. *La quatrième ouverture. — La violation de la loi et des droits acquis.* — Cette quatrième ouverture a été créée, nous le savons, par l'annexion au recours pour excès de pouvoir de l'ancien recours contentieux en annulation, opérée assez artificiellement après le décret du 2 novembre 1864 (V. p. 272). Cette annexion n'a pas été sans causer un grand trouble dans la théorie du recours pour excès de pouvoir. Jusque-là, disait-on, dans les trois premières ouvertures, le recours était donné pour intérêt lésé, dans la quatrième il est donné pour droit violé; dans les trois premières ouvertures il se distinguait nettement du recours contentieux ordinaire, dans la quatrième il s'en rapproche au point qu'on ne sait plus comment l'en séparer. On s'est exagéré la portée de cette perturbation. L'essentiel est que l'unité de la théorie du recours pour excès de pouvoir soit assurée quand on envisage celui-ci dans ses ouvertures au fond; il importe en effet qu'il soit dans tous les cas *un moyen d'assurer la légalité dans l'intérêt de la bonne administration*, il ne faut pas qu'il apparaisse dans sa quatrième ouverture comme un moyen par lequel s'exercent les droits des administrés. En réalité ce résultat est obtenu si l'on veut bien observer que dans la « violation de la

(1) Mais par une clause du traité, la commune qui traite avec un entrepreneur d'éclairage ou de transports, peut s'interdire de favoriser des entreprises concurrentes, ce qui équivaut à créer un monopole de fait, parce qu'alors ce n'est pas par une mesure de police, mais par une mesure financière (C. E., 17 nov. 1882, *Comp. génér. des eaux*) (V. *infrà*, *Domaine public*, *Concessions*).

(2) « Considérant que s'il appartenait au maire en vertu des pouvoirs de police qui lui « sont conférés par la loi, d'interdire par mesure générale, aux sociétés musicales de « sortir en corps sur la voie publique, il n'a pu sans excéder ses pouvoirs prononcer, « en dehors de tout motif spécial mentionné à son arrêté, cette interdiction contre la « seule société « la Seynoise ».

Source : BIU Cujas

loi et des droits acquis » la violation de la loi est seule l'ouverture au fond et que la violation du droit acquis est une condition de recevabilité. De telle sorte que dans cette quatrième ouverture le recours est fondé en effet sur la violation d'un droit, mais exactement dans le même sens qu'il est fondé sur la lésion d'un intérêt dans les trois premières, c'est-à-dire uniquement au point de vue de la recevabilité. Au fond il est uniquement pour corriger le vice de l'acte qui s'appelle « fausse application de la loi », de même que dans les trois premières ouvertures il est pour corriger les vices de l'acte qui s'appellent, incompétence, violation des formes, détournement de pouvoir (1).

(1) En un mot, le recours pour excès de pouvoir, même dans la quatrième ouverture, reste une voie de nullité *objective;* il ne devient pas l'exercice d'un droit subjectif. Sans doute le droit violé figure dans la recevabilité, mais ce n'est pas ce droit violé qui s'exerce par lui-même, c'est l'intérêt tiré de ce droit qui devient condition de la recevabilité ; notre quatrième ouverture devrait s'appeler *violation de la loi « dans le cas de droit acquis »*. Cela revient à dire que la Puissance publique agissant par voie d'autorité ne trouve point sa limite dans les droits acquis des administrés considérés en eux-mêmes, mais seulement dans la légalité; dans ce mode d'activité, tantôt elle lèse nos intérêts, tantôt elle viole nos droits, le résultat est le même dans les deux cas : elle doit être rappelée à l'observation de la loi, les droits des administrés ne sauraient être protégés contre la voie d'autorité autrement que par ce détour (V. p. 267). On se demandera alors quelle est l'utilité de la condition « du droit acquis » ; on aurait aussi bien fait, semble-t-il, d'appeler tout uniment notre ouverture « violation de la loi » ou « fausse application de la loi » ; mais en réalité la condition du droit acquis est pour limiter la portée de notre ouverture, elle signifie que la fausse application de la loi ne sera prise en considération que si l'intérêt du réclamant est tiré d'un droit acquis ; en ce point la théorie de l'excès de pouvoir est plus étroite que celle des voies de nullité organisées contre les délibérations des conseils municipaux qui font valoir toute espèce de violation de la loi au profit de tout intéressé (art. 63 et s., L. 5 avr. 1884), mais on a annexé l'ancien recours en annulation tel qu'il était constitué.

Ce sont les conclusions de M. Aucoc, alors commissaire du gouvernement, dans l'affaire *Bizet*, C. É. 13 mars 1867, affaire où se marqua justement la nouvelle jurisprudence introduisant la violation de la loi et des droits acquis parmi les ouvertures du recours pour excès de pouvoir. — M. Laferrière n'admet pas cette façon de raisonner (*op. cit.*, II, p. 534); il ne voit, quant à lui, aucun inconvénient à ce que dans sa quatrième ouverture le recours pour excès de pouvoir apparaisse comme un moyen par lequel s'exercent les droits des administrés car, dit-il, il restera cette particularité que les droits des administrés exercés contre un acte d'autorité ne peuvent aboutir qu'à l'annulation. L'inconvénient est justement que si les droits des administrés venaient contester par eux-mêmes l'acte d'autorité, il n'y aurait pas de bonne raison pour restreindre les pouvoirs du juge à l'annulation, cette particularité ne s'expliquerait plus. Le système de M. Laferrière paraît très cohérent, mais il ne va pas jusqu'au fond des choses; il consiste à s'appuyer sur cette vérité de fait, *contre l'acte d'autorité le juge n'a que des pouvoirs d'annulation;* malheureusement, pour les esprits épris de théorie, cette vérité de fait demande elle-même explication; or, si l'acte d'autorité ne peut jamais qu'être annulé, c'est sans doute à cause de sa nature objective et cette nature une fois admise entraîne une série de conséquences logiques, parmi lesquelles l'impossibilité pour les droits subjectifs des administrés d'être admis à le critiquer.

D'ailleurs, l'interprétation que nous donnons de la quatrième ouverture est le seul moyen de salut pour la théorie traditionnelle du recours pour excès de pouvoir : si on

Source : BIU Cujas

1° *De la violation des droits acquis entendue comme condition de recevabilité du recours dans la quatrième ouverture.* — Il faut que l'intérêt du réclamant soit tiré d'un droit acquis qui se trouve violé par l'acte de l'administration. D'après la jurisprudence, il y a droit acquis vis-à-vis de l'Administration dans trois catégories de cas :

a) Tous les droits individuels reconnus aux hommes par le régime d'état, du moins lorsqu'ils ont été organisés par des dispositions de loi ou de règlement, *et lorsqu'ils sont réellement posés au regard de l'administration, c'est-à-dire lorsqu'ils peuvent être exercés par des actes ne demandant aucune autorisation administrative*, constituent des droits acquis vis-à-vis de l'Administration (V. p. 40) (1);

laisse entamer cette théorie pour la quatrième ouverture, tout y passe. Si en considérant la violation du droit acquis comme un moyen de fond, on arrive à cette conclusion que la quatrième ouverture est devenue une voie de droit subjective, un moyen par lequel s'exerce le droit de l'administré, pour rétablir l'unité dans la théorie, on est tenté d'interpréter les trois autres ouvertures comme étant elles-mêmes des voies de droit subjectives; elles serviraient à faire valoir le droit des administrés au respect des compétences, leur droit au respect des formes, leur droit à ce que les pouvoirs administratifs ne soient pas détournés de leur but. M. J. Barthélemy dans son *essai d'une théorie sur les droits subjectifs des administrés*, Paris, Larose 1899, a construit en ce sens une théorie extrêmement ingénieuse. J'estime qu'elle ne doit pas être admise pour les raisons suivantes : 1° c'est le renversement de toutes les idées reçues sur la Puissance publique agissant par voie d'autorité et sur le contentieux de l'annulation que d'admettre que les droits des administrés puissent entrer en discussion par eux-mêmes avec ceux de la Puissance publique, cela est réservé au contentieux de la pleine juridiction; le Conseil d'État vient d'affirmer ces principes une fois de plus dans l'arrêt *ville d'Avignon* du 8 décembre 1899, par lequel il déclare la tierce-opposition non recevable contre la décision sur recours pour excès de pouvoir, parce que l'instance *n'a pas le caractère de litige entre des parties* et par conséquent ne sert pas à faire valoir des droits; 2° les prétendus droits aux compétences, aux formes, etc., qui existeraient dans les trois premières ouvertures n'auraient aucun rapport avec les droits dont il s'agit dans la quatrième; ceux-ci ont un contenu positif comme le droit de propriété, la liberté du commerce ou de l'industrie; les autres seraient des droits à l'observation de la légalité, c'est là que gît l'erreur, le droit à l'observation de la légalité ne se conçoit pas parce que la légalité est une chose objective qui subsiste par elle-même en dehors des droits des sujets, comme une sorte de force de la nature; tout ce que peuvent les administrés c'est d'y ajuster leurs intérêts positifs quand ils en ont (V. sur ce point Duguit, l'*État*, le *droit objectif*, etc., p. 503 et s.). — Mais il vaut beaucoup mieux n'avoir point à entrer dans toutes ces subtilités.

(1) En conséquence, constituent des violations de droits acquis et rendent recevable le recours pour excès de pouvoir dans notre quatrième ouverture : les atteintes à la propriété et aux droits qui en dérivent par des décrets ou des arrêtés de délimitation du domaine public (C. É., 27 mai 1863, *Drillet de Lanigou;* 9 janvier 1868, *Archambault*, etc.), par des retraits de concession de mines (C. É., 28 juillet 1852, *Péron;* id., *Girard;* id., *Talabot*), par l'établissement indû d'une servitude de halage ou de marchepied (C. É., 15 décembre 1853, *Biennais*, etc...), par des règlements de police prétendant soumettre les propriétaires à des travaux d'assainissement qui excèdent les obligations légales (C. É., 12 mai 1882, *Palazzi*); les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie (C. É., 28 mars 1885, *Languellier;* 3 juin 1892, *bouchers de Bolbec*); les atteintes aux droits résultant de fonctions, grades ou titres; nous verrons en effet

Source : BIU Cujas

b) Toutes les fois que l'Administration est spécialement tenue de par la loi d'accomplir un acte en faveur d'un administré, on doit admettre qu'à cette obligation précise de l'Administration correspond un droit acquis de l'administré, avec cette observation que l'obligation doit être posée *par rapport à l'administré* (1);

c) C'est un principe que l'acte d'autorité, essentiellement révocable en lui-même, ne peut plus cependant être retiré lorsqu'il a servi de point d'appui à un acte de gestion publique ou à un contrat de droit commun qui a conféré un droit acquis à un tiers, ce principe a besoin d'une sanction, elle se trouve dans notre ouverture à recours (2).

Il n'est pas nécessaire que le droit acquis soit rigoureusement personnel au réclamant; un industriel peut former recours contre un règlement de police qui viole la liberté du travail au détriment de toute une catégorie d'industriels (C. É., 28 mars 1885, *Languellier;* 2 juin 1892, *bouchers de Bolbec*).

Lorsque l'Administration ne se trouve pas en présence de droits

plus tard que le fonctionnaire n'est qu'un citoyen spécial et que les droits qui constituent son état sont analogues aux droits individuels; spécialement, atteinte portée à l'état des officiers (C. É., 13 mars 1852, *Mercier*), aux droits des avocats (C. É., 28 décembre 1894, *avocats de Philippeville*). Si le Conseil d'État s'appliquait à rechercher toutes les atteintes à des droits individuels, peu d'actes de l'Administration échapperaient à notre recours, car la liste des droits individuels est considérable. Lorsque certaines facultés contenues dans un droit individuel, même dans le droit de propriété, ne peuvent être exercées que sous réserve d'une autorisation administrative, elles ne constituent pas des droits acquis *au regard de l'administration;* il en est ainsi, par exemple, de la faculté de bâtir en tant qu'elle est subordonnée à la délivrance d'un alignement ou d'un permis de bâtir (V. note dans Sirey, 1902. 3. 41).

(1) Ainsi contiennent violation des droits acquis et entraînent recevabilité du recours dans notre quatrième ouverture, les décisions refusant la délivrance de permis de chasse (C. É., 13 mars 1867, *Bizet*); les décisions refusant communication de pièces, comme les listes électorales (C. É., 19 juin 1863, *de Sonnier;* 2 mars 1888, *Despetis*), etc.

Mais il faut que l'obligation de l'Administration soit posée par le texte comme relative à l'administré; si elle est posée uniquement comme s'imposant à l'administration, l'administré n'en tire aucun droit : ainsi par exemple, on peut considérer comme une obligation pour le préfet l'inscription d'office au budget d'une commune de la dépense nécessaire pour acquitter une dette exigible de celle-ci (L. 5 avr. 1884, art. 136, n° 17, et art. 149, n° 1 combinés); mais comme ces textes posent la règle d'une façon *objective* et non pas *relativement au créancier*, le Conseil d'État en a conclu que celui-ci n'a pas droit acquis à cette inscription d'office et ne peut pas attaquer la décision par laquelle le préfet refuserait cette inscription, alors même que le préfet, commettant une erreur de droit, invoquerait à tort le caractère non obligatoire de la dépense (C. É., 15 janv. 1875, *Larralde;* 4 août 1876, *ville de Besançon;* 17 avril 1885, *consistoire de Nimes*; cfr. Laferrière, *op. cit.*, p. 533). Il y a cependant là une interprétation délicate de textes qui en certains cas permettrait au Conseil d'État d'augmenter la liste des droits subjectifs des administrés.

(2) Pratiquement, ces retraits de décision se produisent le plus souvent de la part de l'autorité supérieure approuvant les décisions d'une autorité inférieure; après avoir approuvé, il arrive que l'autorité supérieure retire son approbation, mais trop tard parce que des droits acquis ont été créés (C. É., 2 août 1877, *Institut catholique de Lille*).

Source : BIU Cujas

acquis des administrés elle est incontestablement plus libre dans ses allures et elle peut user davantage de son pouvoir discrétionnaire, elle est toujours obligée, sans doute, d'observer les compétences, les formes établies et les fins d'utilité publique, mais elle n'est pas astreinte aussi étroitement à l'observation des lois et règlements et, par exemple, elle peut impunément ajouter des prescriptions nouvelles en violation des textes existants (1).

2° *De la violation de la loi entendue comme condition de fond dans la quatrième ouverture.* — Il s'agit de la violation de toute disposition légalement obligatoire pour l'administration; non pas seulement des dispositions de lois proprement dites, mais des dispositions réglementaires obligatoires pour l'ensemble de l'administration. En effet, d'une part ces dispositions réglementaires sont obligatoires pour l'administration aussi bien que la loi, elles présentent *le même caractère d'universalité que la loi* et méritent par là la qualification de *sources du droit;* d'autre part un certain nombre de textes prévoient des recours formés pour « violation de règlements d'administration publique » (L. 10 août 1871, art. 47-48; L. 5 avril 1884, art. 63) (2).

(1) Cela crée en fait une seconde catégorie d'actes discrétionnaires qu'il convient de rapprocher de celle signalée à la p. 283 et qui a tout à fait la même signification. A la p. 283 il s'agissait de circonstances telles qu'aucun administré n'a intérêt personnel à attaquer l'acte; ici, l'administré aurait peut-être un intérêt personnel, mais il n'a pas de droit et la condition du droit violé est indispensable pour la recevabilité; dans les deux cas c'est le défaut de qualité de la partie et non pas la nature de l'acte qui constitue la fin de non-recevoir. Voici un exemple de notre seconde catégorie d'actes discrétionnaires, il est tiré de C. E. 10 nov. 1887. *Lefebvre*, cité par Laferrière, II, p. 534; il s'agit de l'examen imposé aux engagés conditionnels d'un an dont les épreuves avaient été réglées par le D. 10 mai 1880; une décision du ministre de la Guerre avait ajouté des épreuves non prévues par le décret, il y avait donc violation du décret, mais le recours des candidats refusés à cet examen était-il recevable? Remarquons que s'il se fût agi de toute autre ouverture, si, par exemple, il y avait eu vice de forme, le recours était recevable parce que les candidats à un examen d'Etat sont placés par l'Administration elle-même dans une situation juridique spéciale qui leur confère intérêt personnel (V. p. 282); mais il s'agissait d'une violation de la loi qui exige comme condition de recevabilité la violation d'un droit acquis; or le Conseil d'État a considéré que la situation de candidat à un examen n'implique par elle-même aucun droit acquis; en fait l'acte a été discrétionnaire. — Cette catégorie d'actes discrétionnaires créée par le fait que l'Administration ne rencontre devant elle dans la sphère où elle se meut aucun droit acquis des administrés, est la plus nombreuse, elle comprend aussi les décisions par lesquelles l'administration supérieure exerce sa tutelle sur les administrations locales; ces décisions peuvent impunément violer la loi parce que les administrations locales ne sont pas considérées comme ayant des droits individuels opposables à l'administration supérieure (C. É. 2 avril 1897, *Côtes-du-Nord;* cfr. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 445).

(2) Il ne faut pas entendre ici par *règlements d'administration publique* les seuls décrets réglementaires délibérés en assemblée générale du Conseil d'État et prescrits par une disposition de loi, il s'agit de toute disposition réglementaire émanée du pouvoir central et présentant le même caractère d'universalité que la loi; cela exclut les règlements

Source : BIU Cujas

C. *La procédure du recours pour excès de pouvoir* (D. 2 nov. 1864; L. 13 avr. 1900, art. 24; D. 16 juill. 1900). — On a vu comment s'introduit l'instance : une requête est déposée au secrétariat du Conseil d'État, l'instruction est dirigée par une section du contentieux, un rapporteur est nommé et communication est immédiatement donnée de la requête au ministre que la matière concerne. Un délai lui est en même temps indiqué pour produire sa réponse, ses observations, et toutes les pièces nécessaires au jugement de l'affaire. A l'expiration du délai, le Conseil d'État peut statuer (D. 16 juill. 1900, art. 6 et 10, § 2).

Il faut remarquer : 1° que c'est toujours à un ministre que la communication est faite, de quelque autorité que l'acte attaqué émane, et il n'y a pas à distinguer entre les autorités subordonnées, comme le préfet, et les autorités simplement soumises à tutelle, conseil général ou conseil municipal, parce qu'en effet c'est une affaire de surveillance et que le recours est *dans l'intérêt de la bonne administration;* 2° que le ministre n'est pas véritable partie en cause, *il n'y a pas litige entre des parties* (C. É. 8 déc. 1899, *Ville d'Avignon*); c'est une instance dans laquelle il n'y a pas de véritable défendeur, l'acte lui-même est attaqué *in rem.*

D'autres personnes peuvent être appelées en cause, d'ailleurs, si l'acte les intéresse et si la section du contentieux le juge à propos.

Il peut aussi y avoir intervention spontanée, et même sont recevables à intervenir ceux qui n'auraient pas un intérêt absolument direct et personnel. On reconnaît plus facilement qualité pour intervenir que pour former le pourvoi. L'autorité administrative qui a fait l'acte ne peut pas intervenir, puisqu'elle est représentée par le ministre (1).

L'affaire pourrait être retenue par la *section du contentieux* comme toutes celles qui sont dispensées du ministère de l'avocat, mais en fait, à raison de l'importance du recours, elle est jugée par l'*assemblée du Conseil d'État statuant au contentieux.*

D. *La nature et les effets de la décision.* — 1° La décision ne peut que rejeter le recours ou prononcer l'annulation de l'acte attaqué; elle ne

locaux faits par les préfets et les maires ; les règlements internes des assemblées locales (C. É. 7 août 1892, *Nouveau, Dupin et autres*), et aussi les circulaires ministérielles. Ainsi pour écarter de notre ouverture à recours la violation des circulaires ministérielles, je ne me fonderai pas sur ce qu'elles ne sont pas opposables aux administrés, mais plutôt sur ce qu'elles ne sont pas *universelles comme la loi*, étant au contraire essentiellement relatives à un département ministériel (Cfr. sur ce point, J. Barthélemy, *op. cit.*, p. 169).

(1) Le ministre est le défenseur de l'acte au nom de la Puissance publique, c'est une des formes de l'unité de la puissance publique établie par la hiérarchie et la tutelle, par conséquent l'autorité qui a fait l'acte n'est pas admise à intervenir (C. É. 11 janv. 1878, *Badaroux*); quant à la personne administrative au nom de laquelle a été fait l'acte, le Conseil d'État l'admet à intervenir si elle a intérêt, mais la nature de cet intérêt n'est pas encore bien déterminée. Cfr. Laferrière, II, p. 563 et la note de ce précis, p. 204.

Source : BIU Cujas

peut ni réformer cet acte, ni ordonner aucune des mesures qui pourraient être la conséquence de l'annulation (art. 9, L. 24 mai 1872) ; en réalité elle ne fait que *briser la force exécutoire de l'acte :*

a) Le Conseil d'État ne peut ni modifier ni amender l'acte, car ce serait faire un acte administratif nouveau ; mais l'annulation peut n'être que partielle, ainsi, dans un règlement de police on peut n'annuler que certains articles, ou même certaines prescriptions divisibles d'un même article. Il faut reconnaître que l'annulation partielle ressemble à une réformation ; il subsiste cette différence cependant qu'il n'y a pas d'élément nouveau introduit ;

b) Il n'appartient pas au Conseil d'État de prescrire les mesures qui devront être prises par l'Administration comme conséquence de l'annulation prononcée, d'ordonner par exemple la réintégration de fonctionnaires indûment révoqués (C. É., 16 janv. 1874, *Frères de la Doctrine chrétienne*), d'ordonner la destruction de travaux exécutés en vertu d'une décision reconnue illégale (C. É., 20 avr. 1883, *de Bastard*). Il ne lui appartient pas non plus de statuer sur les réclamations pécuniaires que le demandeur joindrait à son recours, soit qu'il réclame le remboursement de dépenses faites à l'occasion de l'acte annulé (C. É., 28 juill. 1876, *commune de Géry* ; 30 avr. 1880, *commune de Philippeville ;* 27 janv. 1899, *commune de Blanzac*) ; soit qu'il demande des dommages-intérêts à raison de tout autre préjudice (C. É., 29 juin 1883, *Archevêque de Sens*). C'est une nouvelle question à débattre au contentieux ordinaire ;

2° La décision est soumise à la règle de l'autorité de la chose jugée sous les distinctions suivantes : *a*) Si le recours est rejeté, il n'est pas dérogé aux règles ordinaires de l'article 1351. Le rejet ne fera donc obstacle à une nouvelle demande que si celle-ci émane de la même partie agissant dans la même qualité, si la demande a le même objet et si elle est fondée sur le même moyen d'annulation ;

b) Si l'acte a été annulé, l'annulation produit ses effets *ergâ omnes* « objectivement », elle fait disparaître l'acte aussi complètement que s'il était rapporté par son auteur. Si donc l'acte attaqué était un règlement de police municipale, l'annulation profite à tous les habitants de la commune et, même, toutes les poursuites engagées pour contravention tombent de plein droit (Cass., 25 mars 1882, *Darsy*) (1) ;

3° La décision rendue sur le recours pour excès de pouvoir est susceptible d'un recours en révision (art. 32, D. 22 juill. 1806 et art. 23, § 2, L. 24 mai 1872), mais la tierce-opposition n'est pas recevable contre elle, même de la part des intéressés qui dans l'instance auraient pu intervenir spontanément (C. É. 8 déc. 1899, *ville d'Avignon*) : « Considé-

(1) Ainsi s'affirme le caractère « objectif » du recours pour excès de pouvoir, même quand il est intenté pour violation de la loi et des droits acquis.

Source : BIU Cujas

« rant que les instances engagées par application des dispositions des « lois des 7-14 oct. 1790 et 24 mai 1872 *n'ont pas le caractère de litiges « entre parties*... qu'on ne saurait ouvrir à des intéressés la voie de la « tierce-opposition pour remettre en discussion des décisions d'annu- « lation rendues définitivement par le Conseil d'État à l'égard de « tous (1). »

§ 3. — Les décisions exécutoires prises par la voie de gestion publique et les recours contentieux de pleine juridiction.

Les actes de gestion sont ceux en qui se réalise la « gestion publique », c'est-à-dire la collaboration de la Puissance publique avec les administrés dans l'exécution des services publics. En ces actes, la Puissance publique ne disparaît point ainsi qu'on l'a trop souvent prétendu, elle conserve au contraire de considérables « prérogatives de gestion », mais par cela même qu'elle entre en un travail d'exécution où elle consent à des collaborations, son indépendance est diminuée et elle se trouve engagée vis-à-vis de ses collaborateurs. Tout a été dit plus haut sur le caractère des actes de gestion et des situations de gestion (V. p. 204). Le fait que ces actes constituent en certains cas des décisions exécutoires nous rappelle simplement que dans la voie de gestion publique la Puissance publique conserve la prérogative essentielle qui est de réaliser elle-même ses droits par ses propres actes (liquidation de dettes, liquidation de pensions, décomptes, rôles d'impôts, etc. V. *suprà*, p. 227) ; il nous rappelle en outre que ces décisions exécutoires créent par elles-mêmes des situations contentieuses d'où naissent des recours.

Les recours contentieux de pleine juridiction. — Ces recours sont des voies de droit qui existent soit contre des actes de gestion publique, soit contre des personnes administratives à l'occasion d'actes de gestion publique et qui tendent soit à la réformation des actes, soit à des condamnations pécuniaires, soit même à des restitutions ou prestations (2).

(1) Cette décision très importante constitue un changement de jurisprudence, car l'arrêt du 28 avril 1882, *ville de Cannes*, avait déclaré la tierce-opposition recevable de la part des intéressés qui auraient pu intervenir; elle indique chez le Conseil d'État l'intention de conserver rigoureusement au recours pour excès de pouvoir le caractère de voie de nullité *objective* que nous lui reconnaissons ; il n'y a pas, dit notre arrêt, *litige entre des parties ;* cela revient à dire il n'y a pas de parties *faisant valoir des droits* et c'est pour cela que la tierce-opposition n'est pas recevable, parce qu'elle suppose une condition qui ne saurait être remplie ici, elle suppose que l'arrêt préjudicie à des droits (Laferrière, II, p. 565). Cfr. *Revue d'administration*, 1900, I, p. 158, les observations de M. Le Gouix).

(2) Les effets du recours contentieux ordinaire varient suivant la nature de l'acte ou suivant la situation, car les situations de gestion retiennent plus ou moins de puissance publique ; le minimum est la réformation de l'acte, le maximum est la condamnation de l'administration à des prestations ; le résultat le plus habituel est la condamnation de l'Administration à une indemnité, si bien qu'on peut dire du contentieux de la pleine

Source : BIU Cujas

L'existence légale de ces recours s'appuie sur l'institution même des tribunaux administratifs et sur les textes qui ont délégué à ces tribunaux la juridiction contentieuse ; le plus général de ces textes est actuellement l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ainsi conçu : « Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative. » L'histoire de l'établissement de ces recours ne serait autre que celle de la juridiction administrative elle-même (1). Il importe seulement d'observer que, contrairement à une opinion trop généralement répandue, il n'est pas besoin que ces recours soient formellement accordés par des textes, ils existent de plein droit dès que le contentieux est créé par un acte de gestion publique et par là méritent leur nom de recours *ordinaires* (2).

Il y a lieu de se préoccuper : A. de la recevabilité des recours ; B. de l'ouverture au fond ; C. de la procédure et des effets :

A. *De la recevabilité des recours contentieux de pleine juridiction.* — Bien que la question ne soit pas classique, il y a lieu de se préoccuper de la recevabilité de ces recours et de la distinguer du débat au fond, on ne donnera ici que de brèves indications :

1° Recevabilité à raison de la nature de l'acte. — Le recours contentieux de pleine juridiction n'est recevable que contre l'acte de gestion publique, il n'est recevable ni contre l'acte d'autorité ni contre l'acte de gestion privée. D'autre part, en principe, il n'est recevable que s'il est dirigé contre un acte de gestion publique, alors même qu'il serait au fond une action contre la personne, c'est-à-dire qu'il faut toujours un acte pour organiser le contentieux, alors même qu'on se trouverait déjà par avance dans une situation contentieuse (V. p. 228) ;

juridiction qu'il est essentiellement *pécuniaire ;* les volontés de l'Administration sont respectées, seulement le juge dit : « Qu'elle fasse, mais qu'elle paye » (V. p. 239 et *infrà*, contentieux des marchés de travaux publics, des marchés de fournitures).

(1) V. pour cette histoire, Dareste, *La justice administrative*, 2e édit. ; Laferrière, *Jurid. adm.*, t. I.

(2) Cette proposition est indiscutable depuis que des décisions nombreuses du Conseil d'État ont admis la recevabilité de recours dans des hypothèses où il n'existait aucun texte : 1° recours contre des délibérations de conseils municipaux refusant une indemnité à des employés municipaux révoqués (13 décembre 1889, *Cadot ;* 23 mars 1890, *Drancey* ; 29 avril 1892, *Wottling*) ; contre des délibérations de conseil général supprimant un supplément de pension à un employé départemental (9 déc. 1892, *Bories*) ; contre des délibérations de conseil municipal refusant de payer l'indemnité de résidence à des ministres du culte (3 févr. 1893, *Ville de Paris*) ; 2° contestations entre départements pour frais de séjour des aliénés dans un asile public (C. É., 20 avr. et 30 nov. 1894, *département de la Seine*) ; id. pour frais de traitement des indigents assistés (avis C. É., 16 mars 1897 ; *Rev. adm.*, 1899, t. III, p. 432 ; C. É. 8 août 1899, *dép. de la Mayenne*). Il est donc certain aujourd'hui qu'il existe un contentieux *de nature* déterminé par la gestion publique et non pas seulement un contentieux d'énumération légale. Sur la portée considérable de ce progrès réalisé par le droit administratif grâce à la théorie des actes d'administration, V. mon ouvrage, *La gestion administrative*, p. 33 et s.

Source : BIU Cujas

2° Recevabilité à raison de la qualité de la partie. — Le recours de pleine juridiction est recevable de la part de toute partie ayant qualité pour ester en justice et ayant d'autre part *intérêt à ce qu'une certaine situation de gestion publique soit réglée conformément à ses droits*. Observons que le réclamant puise sa qualité dans la situation de gestion publique, en tant que celle-ci est susceptible de produire des droits à son profit, beaucoup plus que dans ces droits eux-mêmes, car on ne lui demande point de produire au préalable la preuve de son droit et bien des fois des recours contentieux ordinaires ont été déclarés recevables à raison de la situation que les réclamants occupaient vis-à-vis de l'Administration, alors qu'ensuite au fond leur droit n'a pas été reconnu (1).

La question de savoir jusqu'à quel point l'intérêt doit être « personnel au réclamant » serait intéressante à examiner, étant donné par exemple qu'en matière d'élection, les réclamations électorales sont recevables de la part de tous les électeurs de la circonscription (2).

3° Recevabilité à raison de la compétence, des formes et des délais. — Sur la compétence et sur la question du juge de droit commun, V. *Contentieux*. Disons seulement ici que les recours contentieux ordinaires ne sont pas toujours portés au Conseil d'État en première instance. Si celui-ci est le juge de droit commun, il n'en est pas moins vrai que des textes ont attribué compétence dans des cas nombreux aux conseils de préfecture, que les conseils du contentieux des colonies sont compétents pour tout le contentieux créé contre la colonie, qu'il y a des tribunaux spéciaux, comme les conseils de guerre, les juges des comptes, les conseils de l'instruction publique, etc.

Pour ce qui est des délais, il faut distinguer, je crois, le délai du recours et le délai dans lequel peut être utilement provoqué l'acte contre lequel recours est formé. Contre l'acte, le délai du recours est en principe de deux mois par application de la loi du 17 juillet 1900 (C. É., 30 nov. 1900, *Drouet;* 8 et 14 févr. 1902, *Durand*) et sauf à tenir compte de nombreux textes spéciaux. Quant au délai dans lequel doit être provoqué l'acte afin d'organiser le contentieux, il est en principe de trente ans à partir du moment où est née la situation contentieuse, mais il faut tenir compte de la déchéance quinquennale, s'il s'agit d'une gestion administrative de l'État (V. *infrà*, *Déchéance quinquennale*).

Sur les formes, V. *Contentieux;* observons seulement qu'à la différence du recours pour excès de pouvoir, le recours ordinaire *n'est pas dispensé du ministère de l'avocat*.

4° Il n'y a pas de fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle, et cependant le recours parallèle peut exister; notamment

(1) Par exemple dans les affaires *Cadot*, 13 décembre 1889, *Drancey*, *Wottling*, etc... V. sur ce point mon ouvrage, *La gestion administrative*, p. 45 et s.

(2) V. une question de qualité du réclamant dans C. É., 20 mai 1898, *Gaillarde et Massot*.

Source : BIU Cujas

dans les cas d'atteinte à un droit de propriété occasionnée par un acte de gestion, il peut exister à la fois l'action devant le tribunal civil et le recours contentieux ordinaire pour fait de service (V. C. É., 31 juill. 1896, *Carré* et *suprà*, p. 254).

B. *De l'ouverture à recours contentieux de pleine juridiction.* — Il y a une ouverture unique, *la violation du droit du réclamant.* Le débat au fond évoque donc ici, non pas comme dans le recours pour excès de pouvoir la question objective d'un vice de l'acte d'Administration, mais la question subjective d'un droit du réclamant. Le réclamant avait-il un droit et ce droit a-t-il été violé?

Dans bien des hypothèses, c'est la question de l'existence du droit du réclamant qui est en jeu et par conséquent le juge par sa jurisprudence, par son interprétation des textes ou de la nature des actes de l'Administration, peut faire évoluer et progresser les droits acquis des administrés (1).

Dans d'autres hypothèses, le droit du réclamant n'est pas en discussion mais seulement sa violation. Cette violation du droit peut résulter, soit d'excès de pouvoir ou d'illégalités commises par l'Administration, soit d'erreurs de fait, quelquefois même, comme dans les élections, ce sont des illégalités ou des manœuvres dont les électeurs eux-mêmes ou les candidats sont les auteurs, mais que la surveillance de l'Administration n'a pas su empêcher.

C. *Procédure des recours contentieux de pleine juridiction.* — Renvoi au *contentieux*. Notons seulement : 1° que ces recours peuvent être portés devant des juridictions variées : Conseil d'État, conseil de préfecture, etc... ; 2° que les effets de la décision sont en principe limités aux parties en cause suivant les principes de l'autorité de la chose jugée, sauf, toutefois, en matière électorale où l'effet de la décision opère *ergâ omnes*.

§ 4. — Des décisions exécutoires prises par la voie de gestion privée.

Ces décisions que l'on peut aussi appeler *actes de personne privée* ou *actes de la vie civile* ou *actes judiciaires*, sont celles contenues dans les

(1) Dans l'exemple déjà tant de fois cité des réclamations en indemnité d'employés municipaux révoqués, les recours, quoique déclarés recevables parce qu'ils étaient dirigés contre un acte de gestion publique (la délibération du conseil municipal refusant l'indemnité), ont été rejetés au fond, parce qu'il n'a pas été reconnu au profit de ces employés des droits sur leur fonction qui eussent été violés par cet acte de gestion « considérant que le sieur X... n'est pas fondé à se prévaloir de cette nomination pour soutenir qu'il avait le *droit* de conserver ses fonctions pendant un temps déterminé...? » (Affaires *Cadot*, *Wottling*, *Drancey*, etc.).

Source : BIU Cujas

actes et contrats que passent les administrations pour leur domaine privé ou même pour ceux de leurs services qui sont gérés d'une façon domaniale; ces actes et contrats tels que ventes, achats, baux à ferme, dons et legs, emprunts des départements et des communes, marchés de fournitures des mêmes, etc... sont traités en principe d'après les règles du droit civil (1); ils donnent lieu à des situations contentieuses civiles d'où naissent, non point des recours contentieux administratifs, mais des actions judiciaires portées devant les tribunaux civils. Les décisions exécutoires contenues dans ces contrats n'ont donc plus grand'chose d'administratif et cependant il convient de faire deux réserves :

1° Les actes de la vie civile des administrations sont *conditionnés* par des décisions exécutoires prises par la voie d'autorité, absolument comme le sont les actes de la gestion publique; beaucoup sont précédés de décisions d'assemblées délibérantes, conseils municipaux, conseils généraux; beaucoup doivent être approuvés par des décisions de l'autorité supérieure, de telle sorte que leur validité dépend souvent de celle de l'acte d'autorité auquel ils sont subordonnés (validité qui ne saurait être appré-

(1) Encore faut-il observer qu'il y a une *forme administrative* pour passer ces contrats, et qu'au fond la pratique administrative modifie singulièrement les règles du droit civil, par exemple dans la matière des dons et legs.

Forme dite administrative. — Les contrats de gré à gré peuvent être passés dans la forme notariée ou dans la forme dite administrative. La forme dite administrative confère l'authenticité sans qu'on ait besoin de recourir au ministère d'un notaire. Les actes sont simplement dressés sur papier libre ou sur imprimé, et signés par l'administrateur compétent et les parties, si elles savent le faire; si elles ne savent signer, il faut l'attestation de deux témoins. La question de savoir si ces actes doivent être ensuite timbrés et enregistrés est réglée par les art. 78 à 80, L. 15 mai 1818. Les actes portant transmission de propriété et d'usufruit, les adjudications ou marchés de toute nature, les cautionnements relatifs à ces actes, sont soumis à l'enregistrement et au timbre, les autres en sont dispensés. Passés au nom de l'État et des départements ces actes entraînent exécution parée; au nom des communes ils ont tous les caractères des actes authentiques, sauf l'exécution parée (Circ. min. du 19 déc. 1840, et jurisprudence); même chose *a fortiori* pour les établissements publics. Ils peuvent contenir constitution d'hypothèque conventionnelle. Un décret du 12 août 1807 recommandait aux hospices l'acte notarié, mais des instructions récentes prescrivent au contraire l'acte en la forme administrative.

Timbre et enregistrement. — L. 15 mai 1818, art. 80 : « Tous les actes, arrêtés, décisions des autorités administratives non dénommés dans l'art. 78, sont exempts de timbre sur la minute et de l'enregistrement, tant sur la minute que sur l'expédition. Toutefois, aucune *expédition* ne pourra être délivrée aux parties que sur papier timbré, si ce n'est à des individus indigents, à la charge d'en faire mention dans l'expédition. » Les actes dénommés dans l'art. 78 sont des actes de gestion translatifs de droits réels; ils sont soumis au timbre et à l'enregistrement. De même, toutes les demandes faites à l'Administration sont assujetties au timbre (L. 19 brum. an VII), sauf les pétitions au corps législatif, demandes de secours, lettres de rappel, communications dans l'intérêt de la chose publique.

Source : BIU Cujas

ciée que par un juge administratif tant que l'acte d'autorité n'est pas incorporé à l'acte domanial) (Conflits, 12 juill. 1890, *ville de Paris*);

2° Les actes de la vie civile sont conditionnés encore au point de vue de leur exécution par les règles de la comptabilité publique qui s'appliquent absolument à toutes les opérations des administrations; de telle sorte que l'*exécution financière des contrats de la vie civile* est subordonnée à des décisions prises par la voie d'autorité (inscription au budget, inscription d'office, ordonnancement, etc.) absolument comme l'exécution des actes de la gestion publique.

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

LIVRE II

L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LES RÈGLES GÉNÉRALES D'ORGANISATION

SECTION I. — LE MANDAT PUBLIC.

§ 1. — Les limites du mandat public.

L'organisation administrative dans les États modernes repose, au point de vue juridique, sur la théorie du mandat public ou de la délégation de la Puissance publique; c'est-à-dire que les diverses autorités administratives qui assurent la direction des services se présentent au nom de la Puissance publique de l'État, avec un mandat de l'État. Nous verrons dans un instant que cette théorie de la délégation ou du mandat est en soi assez difficile à construire et qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer le pouvoir déléguant; mais il y a une autre observation à faire qui est que cette théorie juridique ne suffit pas, tant s'en faut, à exprimer toute la réalité contenue dans l'organisation administrative et qu'il y faut joindre la théorie sociale de l'autonomie de la fonction.

I. *Théorie de l'autonomie de la fonction.* — Les services publics que les administrateurs et fonctionnaires se proposent de gérer au nom de la Puissance publique ne sont au fond que des fonctions sociales à remplir et, avant d'appartenir à la Puissance publique, ces fonctions sont au milieu social dont elles expriment des besoins; si la Puissance publique fournit l'organe, c'est le milieu social qui crée la fonction, or la fonction à son tour réagit sur l'organe. L'administrateur envoyé dans un district par le Gouvernement avec certaines instructions, soit pour assurer la police, soit pour percevoir les impôts, soit pour surveiller l'enseigne-

Source : BIU Cujas

ment, va bientôt se trouver aux prises avec les *exigences de sa fonction* et percevoir un désaccord entre les suggestions logiques de celle-ci et les instructions qu'il a reçues de ses chefs hiérarchiques. En même temps, à mesure qu'il exercera sa fonction, il s'apercevra qu'elle lui donne une autorité et un pouvoir propres, qui ne proviennent pas de la délégation de Puissance publique, qui sont une production sociale spontanée et comme la récompense du service à rendre ou du service rendu. Nous appellerons *pouvoir de magistrature* cette autorité non déléguée que donne la fonction.

Tout organe administratif, tout fonctionnaire se trouve donc dans une situation complexe, sollicité tantôt par les instructions de ses chefs et tantôt par les inspirations de sa fonction, fort de la délégation de la Puissance publique, mais fort aussi du pouvoir propre que lui communique l'autonomie de sa fonction. Sauf aux époques de conquête ou de lutte politique violente où le ressort de la Puissance publique se tend, les règles de l'organisation administrative donnent satisfaction à la réalité des choses en laissant un certain jeu à l'autonomie de la fonction. Il s'établit un compromis dont le principe est le suivant : la Puissance publique a le choix de l'administrateur ou du fonctionnaire, c'est elle qui le nomme (soit par le suffrage, soit par la voie hiérarchique), il lui appartient ainsi par la nomination et par les liens puissants qu'elle crée; mais, une fois nommé, l'administrateur ou fonctionnaire doit appartenir à sa fonction, et dans une certaine mesure sa fonction doit lui appartenir de façon à lui créer une indépendance. A ce compromis fondamental se rattachent en effet certaines particularités de notre organisation administrative :

1° Le mandat public apparaît comme naturellement irrévocable : *a*) Le mandat électif n'est pas révocable; les électeurs ont épuisé leur pouvoir par la nomination du représentant élu, ils ne peuvent le révoquer ni directement ni indirectement, une fois élu le représentant appartient à sa fonction (1); le mandat électif ne peut pas être impératif (L. 30 nov. 1875, art. 13), toujours pour la même raison, parce que le représentant élu appartient autant à sa fonction qu'à son mandat (2); *b*) Pour les fonctions non électives il y avait une difficulté spéciale à poser en principe l'irrévocabilité du mandat; elle provenait de ce que ces

(1) Non seulement les électeurs d'une circonscription ne peuvent pas révoquer leur député, leur conseiller général, leur conseiller municipal, mais le conseil municipal qui a élu le maire ne peut pas le révoquer, le congrès qui a élu le Président de la République ne peut pas le révoquer.

(2) Le mandat impératif est nul et de nul effet; l'acceptation d'un mandat impératif par le candidat ne vicie pas l'élection. V. cependant Cons. d'Ét., 26 déc. 1891, mais il s'agissait d'élections au conseil des prud'hommes, autorité juridictionnelle, l'acceptation par des juges d'un mandat impératif équivalait à déni de justice. Pour les autres élections, le Conseil d'État a toujours jusqu'ici esquivé la question (V. notamment 9 juin 1894, *élection de Pantin*).

Source : BIU Cujas

fonctions n'étant point temporaires, mais en fait viagères, il y avait à redouter que le fonctionnaire ne finît par usurper la fonction à son profit personnel; *utilitatis causa*, on a donc posé le principe inverse de la révocabilité, mais il faut considérer comme un progrès du droit toutes les garanties données aux fonctionnaires contre la révocation, tendant à leur constituer un état et à ne laisser subsister qu'une *destitution* pour manquement aux devoirs de la fonction (1);

2° L'administrateur ou le fonctionnaire, soumis à un chef hiérarchique, apparaît cependant comme pouvant recevoir de la loi des pouvoirs propres de décision, ce qui s'appuie certainement sur l'autonomie de la fonction (Tels les préfets depuis le décret du 26 mars 1852);

3° Les administrateurs et les fonctionnaires, même lorsqu'ils sont subordonnés à la Puissance publique, ne le sont que jusqu'à un certain point; à quelques égards, grâce à ce qu'il y a d'autonomie dans leur fonction, ils sont considérés comme les collaborateurs de la Puissance publique et se trouvent par là même dans une situation de gestion; il en résulte que des droits peuvent facilement naître à leur profit, par exemple le droit à un traitement, à une pension; de ce point de vue il n'y a point à distinguer entre le mandataire élu et le fonctionnaire nommé et il n'est pas vrai de dire que le mandat électif soit naturellement gratuit (2).

(1) Cela est d'autant plus nécessaire que, pratiquement, l'autorité qui nomme est un certain parti politique actuellement au pouvoir, qui représente des passions et des préjugés. Que ce parti au pouvoir nomme les agents de l'Administration cela est inévitable, mais au moins qu'une fois nommés ces agents ne dépendent plus de leur parti, qu'ils puissent peu à peu se dépouiller de leurs passions, se laisser pénétrer par l'influence pacificatrice de la fonction; que, nommés par quelques-uns, ils puissent administrer pour tous! C'est d'ailleurs, ce que signifie l'abolition du serment *politique* des fonctionnaires tant réclamée jadis et prononcée par le décret du 5 septembre 1870, alors que subsiste le serment *professionnel*.

(2) Pour les conseils généraux, il n'a jamais été question, même en 1871, de salarier les conseillers (D. 3 févr. 1896, *conseil général de la Seine*; D. 9 mars 1886, *conseil général des Bouches-du-Rhône*). Il n'en a pas été de même pour la commission départementale, le projet comportait une indemnité, on faisait observer qu'il y avait des déplacements fréquents; malgré cela (art. 75), le principe de la gratuité l'emporta. Cf. Roussel, *De l'indemnité des conseillers généraux*, *Rev. de droit public*, 1900, II. 5.

Pour les conseils municipaux, ce fut assez vivement discuté, mais le principe de la gratuité l'emporta, sauf l'exception de l'article 74, de la loi de 1884, pour les frais de missions spéciales. Ces frais ne peuvent pas être réglés par abonnement, car ils deviendraient en fait de véritables traitements, mais chaque fois sur état (Av. minist. Int., 29 juill. 1892).

A l'inverse, les membres de la Chambre des députés et du Sénat touchent une *indemnité* (L. 30 nov. 1875, art. 17; L. 2 août 1875, art. 26). Cette indemnité est réglée par les articles 96 et 97 de la loi du 15 mars 1849 et par les dispositions de loi du 16 février 1872 : « L'indemnité est fixée à 9.000 francs par an. Les représentants envoyés des colonies reçoivent, en outre, l'indemnité de passage pour l'aller et le retour. L'indemnité fixée pour les représentants pourra être saisie même en totalité. La loi du 16 février 1872 règle, au point de vue de l'indemnité, la situation des fonctionnaires nom-

Source : BIU Cujas

II. *Théorie de la délégation de la Puissance publique.* — Cette théorie est, avons-nous dit, assez difficile à construire. D'une façon approximative, elle signifie que les pouvoirs exercés par les autorités administratives et les fonctionnaires dans l'accomplissement de leurs fonctions sont une émanation de l'État envisagé comme Pouvoir de domination. Mais, quand on veut serrer de près cette notion et la ramener à celle d'une délégation, on a quelque peine à localiser le pouvoir délégant. Voici je crois comment il convient de construire la théorie :

1° Il faut se souvenir d'abord que la Puissance publique est rattachée à des individualités administratives telles que l'État, les départements, les communes; si elle n'est pas complètement absorbée en leur personnalité juridique, du moins elle est une force à la disposition de leur individualité (V. p. 225) :

2° Il faut ensuite distinguer deux catégories d'agents, par lesquels se manifeste l'activité des administrations publiques : les organes administratifs et les préposés. Les organes administratifs sont des éléments de l'individualité et de la personnalité des administrations publiques, cela se marque en ce qu'ils ont l'exercice des droits et prennent pour cela des décisions exécutoires. Les simples préposés ou simples fonctionnaires, ne sont pas des éléments de l'individualité administrative mais des préposés de celle-ci une fois qu'elle est instituée. Cela posé, la délégation de la Puissance publique aux simples fonctionnaires s'explique assez aisément, elle est faite au nom de telle ou telle administration publique déjà constituée, par les organes de celle-ci : la Puissance publique déléguée est celle déjà mise à la disposition de cette administration publique, par exemple un inspecteur des halles et marchés dans une commune recevra du maire délégation d'une partie de la Puissance publique qui appartient à la commune.

Le point délicat est d'expliquer le mécanisme de la délégation en ce qui concerne les organes administratifs constitutifs de la personnalité des administrations publiques. Il faut ici avoir recours au principe de la souveraineté nationale et à une certaine conception du corps électoral et de son rôle. Observons, en effet, que sauf l'exception du préfet du département, tous les organes administratifs importants sont constitués à l'élection (chambres législatives, chef de l'État, conseil général, conseil municipal, maire). C'est donc le corps électoral souverain, en qui se trouve le dépôt de la Puissance publique, qui par une sorte d'acte créateur met à la disposition d'une administration publique du pouvoir et en même temps délègue ce pouvoir à un organe déterminé (1).

més députés, et *vice versa*. Il y a interdiction du cumul du traitement et de l'indemnité; cette règle ne s'applique pas au Sénat (C. É. 26 janv. 1877, Leb., p. 84).

(1) Il suit de là que le corps électoral d'une circonscription n'est pas un organe propre de celle-ci, mais seulement un corps intermédiaire destiné à constituer ses organes.

Source : BIU Cujas

Dans la réalité des choses cette délégation par le corps électoral ne se renouvelle pas entièrement à chaque élection. Ce qui se renouvelle c'est la délégation des pouvoirs à tel ou tel personnage élu; mais quant au pouvoir mis à la disposition d'une administration publique pour être exercé par ses organes, la délégation en est permanente et réglée par la loi. Ce dédoublement est rendu possible par la distinction du poste et du titulaire du poste : on règle par la loi une fois pour toutes les attributions du poste ou de la fonction et ensuite on délègue quelqu'un dans le poste (1).

Parmi les organes administratifs, c'est-à-dire parmi les agents qui ont l'exercice des droits, une distinction s'est faite entre des *organes délibérants* et des *organes exécutifs* (2) : l'organe délibérant prend des décisions qui sont l'objet d'une délibération extérieure et qui sont séparées de leur exécution, l'organe exécutif exécute les décisions de l'organe délibérant et prend lui-même des décisions qui ne sont pas l'objet d'une délibération extérieure (3). Les affaires sont partagées entre ces deux sortes d'organes, suivant leur degré d'urgence ou d'importance et aussi suivant qu'elles peuvent être tranchées par voie de mesure générale ou par voie de décision individuelle (4).

Les organes délibérants sont forcément des assemblées, des agences

(1) A ce point de vue, les lois d'organisation administrative, comme les lois constitutionnelles, sont des actes par lesquels est réglée la délégation permanente de pouvoir faite par le corps électoral souverain aux administrations publiques et à leurs différents rouages, les délégations de la loi ne peuvent point être modifiées par de simples actes administratifs. Les pouvoirs confiés par la loi à chaque autorité administrative ou à chaque agent ne peuvent pas en principe être délégués par lui à d'autres, le mandat public ne comporte pas la faculté de constituer un sous-mandataire. La loi organise elle-même en certains cas des « suppléances » pour le cas où l'autorité administrative serait empêchée; quelquefois elle autorise des délégations, mais exceptionnellement. Nous rencontrerons ces cas exceptionnels dans le détail de l'organisation administrative (V. sur la délégation de la Puissance publique et sur les suppléances, des pages excellentes de M. E. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. II, p. 500 et s.).

(2) Sur les organes, éléments constitutifs de la personne morale, V. p. 193.

(3) Ce n'est pas que les décisions de l'organe exécutif ne puissent être réfléchies elles aussi, mais la réflexion ne s'y extériorise pas, tandis que dans l'assemblée délibérante, elle s'extériorise en une délibération.

(4) On peut dire qu'il est de la nature de l'organe délibérant de ne prendre que des décisions générales, tandis qu'il est de la nature de l'organe exécutif de prendre des décisions individuelles.

Ce principe tend à s'affirmer d'une façon positive en administration départementale. Là, en effet, le conseil général et le préfet n'ayant pas la même origine, il était à prévoir que des conflits se produiraient qui feraient préciser leurs pouvoirs. Il résulte, par exemple, de nombreux décrets d'annulation de décisions des conseils généraux, que ceux-ci, s'ils peuvent voter des fonds pour subvention, doivent réserver au préfet la répartition individuelle ; qu'en matière de pension, ils ne peuvent pas prendre de décision spéciale à un employé déterminé, etc. (V. D. C. É. 15 mars 1873, 15 avr. 1873, 8 nov. 1873, 18 mars 1874, etc.; Av. C. É. 17 nov. 1891). Le même principe pourrait être invoqué en cas de conflit entre le conseil municipal et le maire.

Source : BIU Cujas

collectives. D'après un axiome dû en grande partie aux expériences faites sous la Révolution, *Si la délibération est le fait de plusieurs, l'action est le fait d'un seul*, aussi les organes exécutifs sont-ils des hommes agissant seuls, le chef de l'État, le préfet, le maire, etc. (1).

Au point de vue de la délégation de la Puissance publique il convient de remarquer qu'elle est faite plus directement par le corps électoral à l'organe délibérant et plus indirectement à l'organe exécutif. Ainsi le corps électoral de la commune nomme le conseil municipal et celui-ci ensuite nomme le maire, la nomination du maire émane bien du corps électoral, mais indirectement.

La séparation des pouvoirs accomplie dans l'organisation de l'État, des départements, des communes, des colonies, ne l'est pas dans celle de tous les établissements publics, beaucoup ont une organisation plus rudimentaire, une seule agence collective qui délibère et exécute elle-même.

§ 2. — L'organisation élective (2).

Article I. — Le droit de suffrage.

Le droit de suffrage est le droit qu'a l'individu de formuler sa volonté impérieuse touchant la constitution, la direction politique et la direction administrative de l'État. C'est le mode sous lequel se manifeste la souveraineté de l'individu pris en nom collectif (3), le droit de suffrage apparaît pratiquement sous forme de deux droits corrélatifs l'un de l'autre, le *droit de vote* ou droit de nommer un représentant, le *droit d'éligibilité* ou droit d'être nommé représentant, le tout par le moyen de l'opération que l'on appelle *élection* (4). Ces deux droits sont également des manifestations de la souveraineté individuelle, le premier parce qu'il sert à déléguer la souveraineté, le second parce qu'il sert à exercer la souveraineté reçue par délégation, et que le mandat impératif n'étant pas admis dans notre droit, le représentant élu introduit dans l'exercice

(1) Il ne faudrait cependant pas exagérer ce point de vue, il y a fréquemment en fait des assesseurs; à côté du chef de l'État, il y a le conseil des ministres; à côté du maire, dans les grandes villes, le bureau municipal; de plus il faut tenir compte des conseils qui émettent des avis, de ce qu'on appelle l'administration consultative, le Conseil d'État à côté du chef de l'État, le conseil de préfecture à côté du préfet.

(2) *Bibliographie :* E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, 1893; Esmein, *op. cit.*, p. 605 et s.; Villey, *Législation électorale comparée des principaux pays d'Europe*, Paris, 1900.

(3) Nous avons vu, p. 49, que le droit de suffrage est un droit véritable en même temps qu'une fonction sociale.

(4) Le droit de suffrage pourrait s'exercer aussi par le plébiscite ou le *referendum*, sans qu'au fond l'organisation cessât d'être représentative; mais, comme là les électeurs votent directement sur des propositions de résolution, l'assemblée des électeurs deviendrait un organe propre de la personne administrative. Sur le *referendum* en matière administrative, V. Ramalho, *Revue d'administration*, 1892, t. III, p. 129-287.

Source : BIU Cujas

qu'il fait de la souveraineté une part de volonté personnelle et une collaboration (V. p. 307) (1).

Il est indispensable d'étudier séparément le droit de vote et le droit d'éligibilité.

N° 1. — *Le droit de vote.*

1. — La capacité électorale.

La capacité électorale, c'est-à-dire la qualité d'*électeur* se compose : 1° de la jouissance du droit de vote ; 2° de l'âge requis pour l'exercice de ce droit qui est en principe vingt et un ans.

La jouissance du droit de vote n'appartient qu'au *citoyen français*, or tout sujet de la France n'est pas sujet français et tout sujet français n'est pas citoyen. Le citoyen est le *sujet français du sexe masculin*. (En principe il n'y a pas lieu de distinguer, pour le droit de vote, selon que la qualité de Français est due à l'origine, au bénéfice de la loi ou à la naturalisation). Le droit de vote n'appartient par conséquent, ni à l'étranger, ni à la femme française (2), ni à l'indigène des colonies et de l'Algérie non naturalisé.

I. L'exclusion de l'étranger se comprend, l'État qui représente l'unité politique doit avoir une vie propre, il ne doit pas être, même pour une part minime, exposé à subir l'influence d'un membre d'un État étranger.

II. L'exclusion de la femme prête à plus de discussions. Ce n'est pas que la femme ait jamais eu dans le passé le droit de suffrage, mais la question se pose pour l'avenir. Déjà la loi du 27 février 1880 a conféré aux femmes fonctionnaires dans l'enseignement primaire l'électorat pour la constitution des conseils de l'instruction publique, la loi du 28 janvier

(1) Un certain nombre d'auteurs estiment que l'éligibilité n'est pas un droit individuel au même titre que le droit de vote ou électorat, que c'est une simple aptitude d'ordre administratif conférée par la loi ; la raison en serait que le droit de vote est placé sous la sauvegarde des tribunaux judiciaires (contentieux de la liste électorale), tandis que l'éligibilité appartient au juge de l'élection, c'est-à-dire donne lieu à un contentieux administratif (E. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. II, p. 332). Mais cette raison est insuffisante, le contentieux administratif sert très souvent à protéger de véritables droits individuels. Le contentieux des impôts directs protège les droits du contribuable, les juridictions administratives spéciales de l'instruction publique garantissent la liberté de l'enseignement qui est cependant un droit individuel. Ainsi que nous l'avons dit, p. 40, tous les droits individuels n'ont pas la même substance individualiste et cela se marque en effet dans la façon dont ils sont protégés. L'éligibilité n'est peut-être pas un droit individuel aussi accusé que l'électorat, mais elle l'est cependant et surtout elle a toujours été réclamée et voulue comme un droit par la démocratie, à telles enseignes qu'elle est constamment associée à l'électorat, qu'en principe tout électeur est éligible.

(2) Cass., 5 mars 1885, *Barberousse;* 21 mars 1893, *Vincent.* — Cependant la femme française tend à prendre peu à peu la qualité de citoyenne, elle conquiert des droits civiques ; L. 9 décembre 1897, lui conférant le droit d'être témoin dans les actes instrumentaires ; L. 28 janvier 1898, lui conférant l'électorat dans les élections consulaires ; avis Conseil d'État, 28 janvier 1898, l'admettant aux commissions administratives des établissements charitables ; Loi 1er décembre 1900, l'admettant à la profession d'avocat.

Source : BIU Cujas

1898 confère aux femmes commerçantes l'électorat pour les élections consulaires. L'extension du suffrage aux femmes pour les élections politiques et administratives apparaît comme un de ces événements possibles qui viendraient diminuer la valeur du suffrage universel des hommes et lui faire contrepoids. Il convient en effet de noter l'extrême différence qui existe entre l'homme et la femme au point de vue social ; le même droit, étendu de l'un à l'autre, ne tarderait pas à produire des effets opposés ; ainsi qu'il arive souvent, la dernière extension logique de cette grande force du suffrage serait le signal de son affaiblissement. C'est dans les pays où l'évolution démocratique est la plus avancée que les partisans du suffrage des femmes sont les plus nombreux (1).

III. L'exclusion des indigènes de l'Algérie et des colonies non naturalisés n'est pas absolue, il faut distinguer :

a) *Algérie.* — 1° *Élections législatives.* — Les indigènes israélites qui sont descendants de ceux résidant en Algérie lors de la conquête, en 1830, ont été naturalisés collectivement par le décret Crémieux du 24 octobre 1870 combiné avec le décret restrictif du 7 octobre 1871, ils jouissent donc du droit de suffrage ; les autres indigènes israélites n'en jouissent pas (Cass., Ch. civile, 18 avr. 1896), ni les indigènes musulmans à moins d'être naturalisés individuellement ; 2° *Elections locales aux conseils municipaux des communes de plein exercice.* Pour les conseils municipaux des communes de plein exercice, les indigènes musulmans et israélites non naturalisés sont électeurs et éligibles sous de certaines conditions (2) ; 3° *Pour les délégations financières algériennes créées par le décret du 22 août 1898*, il y a trois catégories : *a*) les colons, pourvu qu'ils soient âgés de 25 ans, Français depuis douze ans au moins ; *b*) les contribuables autres que les colons (mêmes conditions) ; *c*) les indigènes musulmans qui sont délégués par les conseillers municipaux au titre indigène des communes de plein exercice, etc... mais qui ne sont pas directement élus par le peuple indigène (V. D. complém., 4 janv. 1900) ;

b) *Colonies.* — Il y a des colonies dont tous les habitants, même de couleur, ont le droit de cité française et par conséquent le droit de vote,

(1) Cfr. Turgeon, *Le féminisme Français.* — Paris, 1902.

(2) Les conditions pour être électeurs sont : d'être âgé de vingt-cinq ans ; d'avoir une résidence de deux années consécutives ; de se trouver en outre dans l'une des situations suivantes : Être propriétaire foncier ou fermier d'une propriété rurale ; être employé de l'Etat, du département ou de la commune ; être membre de la Légion d'honneur, décoré de la médaille militaire, d'une médaille d'honneur, d'une médaille commémorative ou autorisée par le Gouvernement français, ou titulaire d'une pension de retraite (autrefois il y avait des patentés, ce qui était logique). Les conditions de l'éligibilité sont : d'être inscrit sur la liste des électeurs municipaux (ce qui suppose 25 ans) ; d'être domicilié dans la commune depuis trois ans au moins (D. du 28 déc. 1884).

Les indigènes musulmans avaient des représentants élus au conseil général du département. L'élection a été supprimée malencontreusement par un D. 28 déc. 1870.

Source : BIU Cujas

telles sont la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion et les établissements de l'Inde. Dans l'Inde, les indigènes sont unanimement considérés comme citoyens, même les non-renonçants, ils jouissent donc des droits politiques. Seulement, au moins pour les élections locales, ils sont inscrits sur des listes différentes selon qu'ils sont renonçants ou non-renonçants (1), et ils élisent des mandataires séparés. Il y a au contraire des colonies et des possessions dans lesquelles les habitants indigènes n'ont aucun droit de cité. Enfin il y a des colonies où les indigènes ont un droit de cité indigène. Ainsi en Cochinchine, les indigènes sont électeurs et éligibles aux fonctions municipales des villages annamites, au conseil d'arrondissement, au conseil colonial. Ce suffrage est à base censitaire. Les communes de Saïgon et de Cholon sont organisées d'une façon particulière.

II. — Les incapacités électorales.

Tous les sujets français qui ont la jouissance du droit de vote en ont l'exercice à 21 ans, à ce moment ils sont *électeurs :* seulement il faut se préoccuper des incapacités dont ils peuvent être frappés.

L'incapacité électorale résulte soit de la privation de la jouissance du droit de vote, soit de la privation de l'exercice de ce droit. L'effet de l'incapacité est le même dans les deux cas, il consiste en ce que l'incapable ne doit pas être inscrit sur la liste électorale ou doit être rayé s'il a été inscrit, ou s'il a été inscrit et s'il a voté, en ce que son vote peut être en certains cas défalqué des suffrages exprimés, ce qui, en modifiant la majorité, peut entraîner après coup l'annulation de l'élection (V. *infrà, Contentieux électoral*).

A. *Incapacité électorale résultant de la privation de la jouissance du droit de vote.* — Il est des événements qui font perdre la jouissance du droit de vote, ce sont des sentences judiciaires : 1° toutes les condamnations criminelles et certaines condamnations correctionnelles; 2° la déclaration de faillite; 3° la destitution d'emploi. En somme, des faits qui portent atteinte à l'honorabilité de l'individu. Les droits publics, quels qu'ils soient, ne doivent appartenir qu'à ceux qui ont un minimum de moralité, à plus forte raison le droit du suffrage qui est un pouvoir dans l'État. Le texte fondamental en la matière est le décret organique du 2 février 1852 modifié par un certain nombre de lois postérieures, notamment les lois du 24 janvier 1889, du 4 mars 1889, du 15 juillet 1889, du 10 mai 1898, par sa nature même, d'ailleurs, cette matière est exposée à des remaniements fréquents :

a) *Condamnations criminelles et correctionnelles.* — L'énumération de ces condamnations se trouve dans un tableau inséré au *Bulletin du ministère de l'intérieur*, 1885, p. 288, mais quelques observations générales sont nécessaires : 1° Les condamnations criminelles, quelles qu'elles

(1) A leur statut personnel, V. D. 10 septembre 1899,

Source : BIU Cujas

soient, emportent privation du droit de vote, qu'elles soient prononcées pour crime politique ou pour crime de droit commun, par un tribunal d'exception ou par une juridiction ordinaire. La privation est toujours perpétuelle. Il n'y a, au contraire, que certaines condamnations correctionnelles qui entraînent perte du droit; tantôt c'est à raison de la nature du délit, quelle que soit la peine, tantôt la gravité du délit se mesure à la peine. Enfin, bien qu'en principe la privation soit perpétuelle, il est des cas où elle est temporaire et ne dure que cinq ans à partir de l'expiration de la peine; ce dernier système semble même avoir une tendance à se généraliser; 2° Les complices sont frappés aussi bien que les auteurs; 3° Les condamnations encourues pendant la minorité enlèvent le droit, les condamnations encourues à l'étranger ne l'enlèvent pas; 4° La réhabilitation et l'amnistie restituent le droit en principe; 5° Si le condamné ne subit pas la peine, la déchéance commence du jour où il a acquis la prescription ou a été gracié (Cass., 16 mai 1865);

b) *Déclaration de faillite.* — D'après l'art. 15, n° 17, du décret du 2 février 1852, la déclaration de faillite entraîne perte du droit de vote, tandis que la liquidation judiciaire instituée par la loi du 4 mars 1889 ne l'entraîne pas. Des dispositions transitoires inscrites dans l'art. 25 de la loi du 4 mars 1889 ont permis de conserver le droit de vote à certains faillis antérieurs à cette loi qui étaient concordataires ou qui avaient été reconnus excusables;

c) *Destitution d'emploi* (art. 15, n° 8) *modifié par la loi* du 10 mai 1898. Perdent le droit de vote, les notaires et officiers ministériels destitués lorsqu'une disposition formelle du jugement ou arrêt de destitution les aura déclarés déchus des droits de vote, d'élection et d'éligibilité; les greffiers destitués lorsque cette déchéance aura été expressément provoquée en même temps que la destitution par un jugement ou une décision judiciaire (1).

Mesure d'ordre. — Un casier judiciaire spécial est tenu à jour dans toutes les sous-préfectures pour les condamnations entraînant perte du droit de vote pour tous les individus nés dans l'arrondissement. Les renseignements sont fournis par les ministères de la justice, de l'intérieur, de la guerre et de la marine. Les maires, pour l'établissement de la liste électorale, peuvent demander communication de ce casier.

B. *Incapacités électorales entraînant la privation de l'exercice du droit de vote.* — Certains faits entraînent privation de l'exercice du droit de vote et par conséquent incapacité électorale, ce sont la minorité et l'interdiction :

(1) La différence de rédaction entre le cas des greffiers et celui des autres officiers ministériels provient de ce qu'en vertu de la même loi du 10 mai 1898, combinée avec les textes antérieurs, tous les autres officiers ministériels sont destitués par jugement du tribunal civil, tandis que les greffiers sont destitués par décision du chef de l'État; sur la situation antérieure à la loi du 10 mai 1898, V. cass., 20 juin 1890, *Bouyssou.*

Source : BIU Cujas

La *majorité* est de 21 ans pour les élections politiques et administratives, dans beaucoup de pays elle est de 24 ou 25 ans, dans certains de 17. La majorité est encore de 21 ans pour les élections consulaires, elle est de 25 ans pour les élections au conseil des prud'hommes (L. 1er juin 1853).

La *minorité* est bien une cause d'incapacité qui n'atteint que l'exercice du droit, le droit lui-même existe pendant la minorité. Il est vrai que le mineur ne peut pas exercer son droit par représentant, mais si en fait un mineur a été inscrit sur une liste électorale, le bureau ne peut pas refuser de recevoir son vote et le juge de l'élection ne doit point retrancher des voies obtenues par les candidats élus son suffrage (C. É. 1er juillet 1893, *commune de Criquebœuf* et 8 février 1896 *élection de Masseubes*) (1). Mêmes réflexions à propos de l'*interdiction*. Le décret de 1852 l'a fait figurer parmi les faits qui privent du droit, mais elle n'atteint que l'exercice du droit (2).

III. — Des conditions d'exercice du droit de vote.

Le droit de vote s'exerce dans les élections, il ne suffit pas au citoyen pour voter d'avoir la capacité électorale, il lui faut encore remplir au moins deux conditions : la première est positive, il faut être inscrit sur la liste électorale de la commune où l'on vote ; la seconde est négative, il faut n'être pas soldat présent au corps, ni interné dans un asile d'aliénés, car il y a impossibilité de fait à voter dans ces conditions.

A. *Inscription sur la liste électorale. — Législation de la liste électorale* (L. 17 juill. 1874 ; 30 nov. 1875 ; 5 avr. 1884) (3) (4). — L'élection est une opération communale en principe, du moins dans la métropole.

(1) D'ailleurs, les condamnations encourues pendant la minorité entraînent perte du droit de vote, c'est donc qu'il existait (V. *suprà*).

(2) Ne devrait-on pas ajouter d'autres causes de privation d'exercice du droit de vote ? 1° Le fait d'être pourvu d'un conseil judiciaire, celui qui ne sait pas diriger ses propres affaires ne doit pas être admis à diriger celles des autres, déjà la loi du 10 août 1871 en fait une cause d'inéligibilité, de même la loi du 5 avril 1884 ; 2° Le fait d'être indigent assisté, même raison, n'a pas su faire ses affaires (Autriche, Prusse) ; 3° Le fait de ne pas savoir lire ou écrire, présomption d'ignorance, dans quelques années, cette incapacité paraîtra une conséquence logique de l'obligation et de la gratuité de l'instruction primaire, en même temps ce sera un stimulant ; 4° Le fait d'être au service d'autrui, cette cause d'incapacité existe dans beaucoup de législations étrangères (Cfr. Villey, *op. cit.*, p. 69 et s.).

(3) *Bibliographie.* Daure, *Manuel pratique de la révision des listes électorales*, 1898, et pour la législation comparée Villey, *op. cit.*, p. 203 et s.

(4) Il s'agit uniquement de la liste électorale pour les élections politiques et administratives, il y a des listes spéciales pour les élections des juges consulaires et des membres des conseils de prud'hommes (V. L. 8 déc. 1883 et L. 1er juin 1853) ; pour celles des délégués mineurs (L. 8 juill. 1890) ; pour celles des membres du conseil d'administration des caisses de secours des mineurs (L. 29 juin 1894) ; pour celles des membres des consistoires protestants et israélites, etc., etc...

Source : BIU Cujas

Les élections à la Chambre des députés, au conseil général, au conseil d'arrondissement se font par communes ou par sections électorales de communes. Cette opération importante a besoin d'être conduite avec beaucoup de méthode. Une des premières mesures d'ordre prises a été la liste électorale. La liste électorale est le *catalogue par ordre alphabétique des électeurs d'une commune ou d'une section électorale de commune.* Elle sert : 1° au moment où elle est dressée ou revisée, à faire parmi les habitants de la commune le triage de ceux qui sont électeurs et de ceux qui, pour une cause quelconque, ne le sont pas. Il y a là une sorte de censure qui s'exerce facilement à l'intérieur de chaque commune par des relations de voisinage, et qui serait beaucoup plus difficile si la liste devait être dressée pour une circonscription plus vaste; 2° au moment du scrutin, à constater l'identité de l'individu qui se présente pour voter, elle est en effet déposée sur le bureau et le nom de chaque votant y est émargé; 3° à déterminer le nombre des électeurs inscrits, ce qui est indispensable pour le calcul de la majorité au premier tour. Il faut, en effet, pour être élu, entre autres conditions, que le candidat réunisse les voix du quart des électeurs inscrits.

Il n'y a à l'heure actuelle, depuis la loi du 5 avril 1884, qu'une seule liste électorale dans chaque commune ou section électorale de commune qui sert à toutes les élections politiques ou locales (1). Cette liste est permanente une fois dressée dans une commune ou une section électorale de commune (2). Elle est soumise à une revision annuelle. La liste revisée sert de base aux élections depuis le 31 mars d'une année jusqu'au 31 mars de l'année suivante (3).

Il y a lieu d'étudier : 1° les conditions requises pour être inscrit sur la liste; 2° l'établissement et la revision annuelle de la liste :

1° *Conditions requises pour être inscrit sur la liste électorale d'une*

(1) Pendant une certaine période, depuis la loi du 14 avr. 1871 jusqu'à celle du 5 avr. 1884, il y eut deux listes, une pour les élections législatives, l'autre pour les élections locales (conseil municipal, d'arrondissement, conseil général)... La seconde liste exigeait des conditions plus sévères de domicile. On était parti pour établir cette dualité d'une idée assez logique, c'est que quand il s'agit des affaires de la France, peu importe en somme qu'on soit depuis longtemps dans une commune déterminée, tandis que cela importe pour les affaires locales. Seulement, il faut se défier de la logique dans les affaires humaines... Il est arrivé que l'établissement de ces deux listes créait de grands ennuis aux municipalités, et une statistique a démontré que sur 10.171.000 électeurs, elle n'écartait des élections locales que 257.566. Le besoin de simplicité, dont il faut tenir plus de compte que de la logique, fit supprimer la dualité de liste (L. 5 avr. 1884).

(2) Le principe de la liste permanente a été posé dans la loi du 2 juill. 1828; jusque-là les listes étaient dressées à l'occasion de chaque élection, ce qui donnait lieu aux plus grands abus. Le progrès de la permanence des listes n'est pas réalisé encore dans tous les pays, ni même en France pour toutes les élections, ainsi pour les élections des prud'hommes, l'Administration fait encore dresser la liste à la veille de l'élection et elle estime par là se conformer au droit commun.

(3) Au 31 mars 1901 il y avait 10.863.421 électeurs en diminution de 21.309 sur 1900.

Source : BIU Cujas

commune. — Ces conditions sont : 1° d'avoir la capacité électorale, d'être *électeur*, c'est un délit de réclamer son inscription en dissimulant une incapacité (art. 31, D. O. 2 févr. 1852) ; 2° d'avoir avec la commune une *attache légale* résultant de l'un ou ou l'autre des faits suivants qui se ramènent presque tous au fait de l'habitation (L. 5 avr. 1884, art. 14) : *a*) Domicile réel établi dans la commune avant le 31 mars ; *b*) Résidence de six mois accomplie dans la commune avant le 31 mars ; *c*) Résidence établie avant le 31 mars des fonctionnaires publics et des ministres des cultes reconnus par l'État, lorsque cette résidence est obligatoire dans la commune. La résidence est censée établie du jour de la nomination (1) ; *d*) Résidence établie dans la commune avant le 31 mars, d'un contribuable inscrit au rôle de l'année pour l'une des contributions directes ou pour la prestation en nature (2) ; — *e*) Demande d'inscription sur la liste faite par un contribuable non résidant, lorsqu'il est inscrit au rôle de l'année dans la commune pour l'une des quatre contributions directes ou pour la prestation en nature (3).

Tous ces faits, d'où résulte l'attache à la commune, opèrent de plein droit et doivent entraîner l'inscription d'office, à l'exception de celui indiqué sous la lettre *e* qui suppose une demande de l'intéressé (4).

Il est facile de voir qu'un même électeur peut avoir une attache légale avec plusieurs communes. Il peut avoir son domicile dans l'une, une résidence de six mois dans une autre, payer des impôts directs dans une troisième ; il ne doit pas cependant exercer son droit de vote pour une même élection dans plus d'une commune (5).

(1) La qualification de fonctionnaire public comprend ici tous les citoyens investis d'un caractère public et chargés d'un service permanent d'utilité publique, qu'ils soient ou non rétribués sur les fonds de l'État. La jurisprudence est très large.

(2) Ou d'un habitant qui, sans être inscrit personnellement au rôle, compte dans la cote du chef de famille pour la prestation en nature, ou d'un habitant que son âge ou son état de santé dispensent de la prestation en nature.

(3) Ou demande faite par un membre de la famille qui compte dans la cote pour la prestation, sans être inscrit personnellement au rôle. Il suffit d'être propriétaire indivis, surtout lorsqu'on est nominativement inscrit au rôle (Cass., 1er mai 1893, *Chatard*).

(4) Lorsque ces faits sont connus ou prévus avant le 4 février, époque où expire le délai pour les réclamations contre l'opération de revision, l'inscription se fait normalement soit d'office, soit sur réclamation. Lorsque le fait se produit entre le 4 février et le 31 mars, l'électeur a encore le droit de se faire inscrire, l'art. 14 est formel ; bien que la commission municipale ait terminé l'examen des réclamations, il doit s'adresser à elle, car elle subsiste jusqu'au 31 mars ; si elle refuse ou néglige de répondre, il peut faire appel devant le juge de paix. Le juge de paix est seulement juge d'appel des décisions de la commission, mais on admet que l'omission de statuer *même involontaire* de la commission équivaut à décision de rejet et autorise l'appel (Cass., 30 juin 1885, *Leonetti*, S. 86. 1. 318 ; 2 mai 1892, S. 93. 1. 206).

(5) Il y a lieu de poser les règles suivantes : 1° C'est un délit de *réclamer* son inscription dans plusieurs communes (D. O. 1901, art. 21), mais on peut se trouver inscrit d'office dans plusieurs, l'électeur inscrit dans deux communes doit être maintenu si les inscriptions ont eu lieu sans sa participation (Cass., 13 mai 1885, S. 86. 1. 181 ; 28 mars

Source : BIU Cujas

2° *Établissement et revision annuelle de la liste électorale.* — L'établissement pour la première fois de la liste électorale dans une commune ou dans une section électorale de commune, est un fait assez exceptionnel désormais, on se reportera au texte (L. 7 juill. 1874, art. 1er). Au contraire, la revision annuelle est un fait d'importance capitale qui demande des développements. La revision de la liste électorale commence dans chaque commune le 1er janvier de chaque année et se termine le 31 mars. Elle suppose trois opérations : une opération administrative de revision accomplie par une commission ; des réclamations formées par les intéressés contre cette opération et le jugement de ces réclamations ; la clôture de la revision de la liste par la commission administrative.

a) *Opération administrative de revision.* — Une commission dite *administrative* est organisée dans chaque commune ou section électorale de commune, elle est composée de trois membres : le maire, un délégué du préfet, un délégué du conseil municipal (1).

Du 1er au 10 janvier, cette commission procède aux inscriptions et aux radiations d'office. Elle ajoute les électeurs qui ont acquis ou qui acquerront les conditions requises avant le 31 mars, et retranche les décédés, les incapables, les indûment inscrits ; l'électeur dont l'inscription a été discutée est averti sans frais par le maire et convoqué pour présenter ses observations. — Un tableau indiquant les inscriptions et les retranchements opérés est déposé le 15 janvier au secrétariat de la mairie et affiché le même jour, il est transmis au préfet (D. O. 1852, art. 2 et 3) (2). — Un délai de vingt jours à partir de l'affichage du tableau est ouvert pour les réclamations, ce délai expire le 4 février.

b) *Réclamations.* — Elles peuvent être faites, soit par l'électeur intéressé, soit par des tiers électeurs qui représentent ici la collectivité du

1889, S. 90. 1. 79). Il suffit, pour pouvoir réclamer son inscription dans une nouvelle commune, de justifier que l'on a fait des diligences pour être rayé sur la liste de la commune où l'on était précédemment inscrit (Cass., 23 mai 1882, 26 mars 1890) ; 2° C'est un délit de voter dans plusieurs communes pour des élections de même nature et la même année (D. O., 1852, art. 34 ; Cass., 8 juill. 1881, S. 81. 1. 437, rapport de M. le conseiller Sallantin ; conf., Cass., 28 mars 1892, S. 93. 1. 95 et 13 janv. 1900, *Nicolini*), et même au second tour de scrutin dans une commune alors que le 1er tour dans l'autre n'a donné aucun résultat (Cass. crim., 21 janv. 1897) ; Mais on peut voter la même année dans deux communes différentes pour des élections différentes (C. É. 10 mars 1899, *élect. de Saint-Pé*).

(1) Pour une section électorale, le maire peut être remplacé par un adjoint ou un conseiller municipal ; pour Paris et Lyon, règles spéciales (L. 7 juill. 1874, art. 1er).

(2) Si le préfet estime que les formalités et les délais prescrits par la loi n'ont pas été observés, il devra, dans les deux jours de la réception du tableau, déférer les opérations de la *commission administrative* au conseil de préfecture du département qui statuera dans les trois jours et fixera, s'il y a lieu, le délai dans lequel les opérations annulées devront être refaites (art. 4). Cette décision est contentieuse et appel dévolutif peut être porté au conseil d'État (C. É. 22 mai 1887, *Ville de Lyon*).

Source : BIU Cujas

corps électoral, soit par le préfet ou le sous-préfet (D. O. 1852, art. 19) (1). Elles doivent être formées dans les vingt jours à compter de la publication des listes (D. R. 1852, art. 5; D. 13 janv. 1866; L. 7 juill. 1874, art. 2). — La demande en inscription ou en radiation n'est soumise à aucune forme particulière, il suffit d'une lettre missive adressée au maire. Celui-ci doit donner récépissé. S'il s'y refusait, le réclamant réitérerait sa demande par exploit d'huissier, ce qui suffirait à constater le refus et ce refus étant assimilé à une décision de rejet de la commission donne droit à l'appel devant le juge de paix (Cass., 25 juin 1884, *Sahut et de Fulcrand*; 28 mai 1895, *Ciavatti*). L'électeur intéressé peut donner mandat à un tiers de faire la réclamation en son nom, et il n'est pas nécessaire que le mandataire soit lui-même électeur, ce peut être une femme ou un mineur.

Jugement des réclamations. — Le contentieux des réclamations est organisé d'une façon moitié administrative, moitié judiciaire, mais plutôt judiciaire; il appartient en premier ressort à une *commission municipale*, et en appel au juge de paix avec possibilité de pourvoi à la cour de cassation. Cela prouve que la réclamation est interprétée, non pas comme un moyen d'attaquer l'opération administrative de revision de la liste électorale, — cette opération ne peut être attaquée que par le préfet et devant le conseil de préfecture (V. p. précédente) — mais comme un moyen de faire valoir le droit individuel de suffrage. Ce contentieux des réclamations est, en outre, organisé de façon à être très rapide et sans frais, les actes judiciaires sont dispensés du timbre et enregistrés gratis (D. O. 1852, art. 24). Nous verrons plus tard que le contentieux des élections est lui aussi jugé rapidement et sans frais.

De la commission municipale de jugement. — Elle est simplement la commission administrative transformée. Elle est composée : 1° des membres de la commission administrative qui a préparé la liste (2); 2° de deux autres délégués du conseil municipal (3). Cette commission se

(1) Le contrôle de la liste électorale intéresse l'ordre public, de là le droit du préfet à former des réclamations, de là aussi le droit des tiers électeurs.

Les tiers électeurs sont tous les électeurs inscrits sur l'une des listes de la *circonscription électorale*, ce ne sont donc pas seulement les électeurs de la même commune, mais tous ceux qui, éventuellement, sont appelés à participer à une même élection, et il faut prendre la circonscription la plus grande; actuellement, elle se rencontre pour les élections législatives, c'est l'arrondissement; autrefois avec le scrutin de liste, ç'a été le département. Il faut donc admettre qu'un électeur inscrit sur une liste communale quelconque de l'arrondissement a le droit de contrôler les autres listes (Cass., 22 mars 1899, *Manteau*); il y a là ce que quelques arrêts appellent une *action publique*, plus exactement, c'est une action *popularis* (Cass., 28 juin 1893, S. 93. 1. 527); la conséquence est que la question se trouve jugée avec un contradicteur légal, c'est-à-dire vis-à-vis de tous.

(2) La commission administrative continue d'exister jusqu'au 31 mars et c'est elle qui doit clôturer la liste.

(3) A Paris et à Lyon, ces délégués sont remplacés par deux électeurs, domiciliés

Source : BIU Cujas

trouve donc composée de cinq membres, et de ce qu'elle est une véritable juridiction, la cour de cassation en a conclu qu'elle ne peut statuer valablement que si elle est au complet de ces cinq membres, la loi n'en ayant pas autrement ordonné (Cass., 11 avr. 1888, *Santigny*, S. 90. 1. 351 ; 13 avr. 1899, *Carton*). La loi du 15 mars 1849, article 8, recommande de statuer dans un délai de cinq jours (1). Ni la procédure, ni la forme des décisions ne sont réglées par la loi, mais il faut autant que possible appliquer les règles de la procédure contentieuse, par suite les décisions doivent être écrites en minute et motivées. Les décisions doivent être notifiées dans les trois jours aux parties intéressées, par écrit et à domicile, par les soins de l'administration municipale (L. 1874, art. 4, § 2).

De l'appel devant le juge de paix (D. O. 1852, art. 21 ; L. 1874, art. 4, § 2). — Appel peut être formé devant le juge de paix du canton, soit des décisions de la commission municipale, soit des omissions de statuer qui résultent du fait de l'Administration et qui dès lors sont assimilables à une décision de rejet (Cass., 30 juin 1885, *Leonetti*, S. 86. 1. 318; 2 mai 1892, S. 93. 1. 206; Cass., 20 mai 1895).

— L'appel doit être formé par les *parties en cause* dans le délai de cinq jours à partir de la notification, il est formé par simple déclaration au greffe. Le mot « déclaration » signifie que l'appelant doit comparaître en personne ou par un fondé de pouvoir spécial, une lettre missive serait insuffisante.

— L'appel peut être formé, en outre, par les *parties intéressées*. Ce sont : 1° L'électeur dont l'inscription ou la radiation sont poursuivies, alors même que la réclamation devant la commission municipale n'aurait pas été formée par lui; 2° Les tiers électeurs de la même circonscription électorale, alors même qu'ils n'auraient pas été parties devant la commission municipale, ni même réclamants (Cass., 2 mai 1892, S. 93. 1. 206). Pour ceux-là le délai d'appel est de vingt jours à compter de la décision qu'ils entendent critiquer, qu'ils l'aient en fait connue ou non (Cass., 26 avr. 1892, S. 93. 1. 206; Cass., 14 nov. 1892, S. 93. 1. 151, etc.). Même solution pour le préfet et le sous-préfet (2).

— « Le juge de paix statuera dans les dix jours, sans frais ni formes de procédure, et sur simple avertissement donné trois jours à l'avance à

dans le quartier ou la section et désignés par la commission administrative elle-même (L. 7 juill. 1874, art. 2, §§ 2 et 3).

(1) Il est douteux que ce texte soit encore en vigueur (Dalloz, *Code administratif*, v° *Élection*, n°s 3996 et s.).

(2) Les parties intéressées qui veulent faire appel sans avoir figuré, c'est-à-dire sans avoir été parties devant la commission municipale, ont besoin de connaître la décision de cette commission; elles doivent la demander et elle ne peut pas leur être refusée. En cas de refus, le délai pour l'appel courrait du 31 mars. Pour éviter toute difficulté à ce sujet, une circulaire ministérielle du 25 janvier 1888 a invité les maires à rendre publiques immédiatement les décisions de la commission municipale de jugement.

Source : BIU Cujas

toutes les parties intéressées » (D. O. 1852, art. 22). Il faut entendre ici par *parties intéressées*, d'une part, l'électeur dont l'inscription ou la radiation sont demandées, d'autre part, les *réclamants* (1).

Du pourvoi en cassation. — La décision du juge de paix est en dernier ressort, mais elle peut être déférée à la Cour de cassation. Le pourvoi n'est recevable que s'il est formé dans les dix jours de la notification de la décision (2), il n'est pas suspensif. Il est formé par simple requête dénoncée aux défendeurs dans les dix jours qui suivent. Il est dispensé de l'intermédiaire d'un avocat à la cour et jugé d'urgence sans frais ni consignation d'amende. Les pièces et mémoires fournis par les parties sont transmis sans frais par le greffier de la justice de paix au greffier de la Cour de cassation; la chambre civile de la Cour de cassation statue définitivement sur le pourvoi (D. O. 2 févr. 1852, art. 23; L. 30 nov. 1875, art. 1). Si la décision du juge de paix est cassée, l'affaire est renvoyée devant le juge d'un autre canton.

Peuvent former le pourvoi : 1° l'électeur intéressé, alors même qu'il n'aurait pas été partie devant le juge de paix, alors même qu'il n'aurait pas la qualité de réclamant; 2° le tiers électeur, le préfet et le sous-préfet à la condition qu'ils soient réclamants (3) (4).

c) *Clôture des listes électorales.* — Le 31 mars de chaque année, la commission administrative opère toutes les rectifications résultant de la revision d'office de janvier et non modifiées par jugement, toutes les rectifications régulièrement ordonnées par jugement; elle opère de même d'office toutes les rectifications résultant de faits évidents produits depuis la revision d'office avant le 31 mars (5) et elle arrête la liste élec-

(1) Les questions d'état, les questions d'interprétation d'actes administratifs, les questions subordonnées au résultat de poursuites criminelles ou correctionnelles, forment question préjudicielle devant le juge de paix et doivent être renvoyées par lui devant l'autorité compétente, si elles sont vraiment relatives à l'affaire et susceptibles de donner lieu à un débat sérieux.

(2) Le délai court du jour même de la prononciation du jugement lorsque le demandeur en cassation n'a pas eu de contradicteur devant le juge de paix, parce qu'alors il n'y a pas de notification (Cass., 29 mars 1893, *Boucheret*).

(3) La jurisprudence a exigé pendant longtemps que les tiers électeurs et le préfet eussent été *parties* devant le juge de paix pour pouvoir former le pourvoi (Cass., 23 avr. 1885, S. 86. 1. 79). Puis, dans une seconde période, elle a abandonné cette exigence pour se contenter de la qualité de réclamant (devant la commission municipale) (Cass., 3 juin 1891); enfin elle semble sur le point d'abandonner cette seconde exigence et d'admettre le tiers électeur sans aucune condition; elle l'admet en effet dès maintenant à former l'appel devant le juge de paix sans avoir la qualité de réclamant (Cass., 2 mai 1892, S. 93. 1. 206); il n'y a guère de raison pour ne pas l'admettre à former le pourvoi.

(4) Contre les décisions du juge de paix rendues contradictoirement, il n'y a point d'autre voie de recours que le pourvoi en cassation. On s'accorde à reconnaître que la tierce opposition et la requête civile sont impossibles. Si la décision du juge de paix a été rendue par défaut, les principes conduisent à admettre la voie de l'opposition, et même, dans ce cas, le pourvoi en cassation ne serait pas recevable.

(5) C'est-à-dire les radiations provenant de décès ou de condamnations, les inscriptions

Source : BIU Cujas

torale de la commune (D. R. 1852, art. 7; L. 7 juill. 1874, art. 1er (1).

Permanence de la liste. — Rectifications au cours de l'année. — « La liste électorale reste jusqu'au 31 mars de l'année suivante telle qu'elle a été arrêtée, sauf néanmoins les changements qui y auraient été ordonnés par décision du juge de paix (2) et sauf aussi la radiation des noms des électeurs décédés ou privés des droits civils ou politiques par jugement ayant force de chose jugée » (D. R. 1852, art. 8). Le maire doit faire afficher le tableau des radiations et des changements avant toute élection (3) (4).

Conservation et communication des listes électorales. — « Les minutes des listes électorales seront réunies en un registre et conservées dans les archives de la commune. Tout électeur pourra en prendre communication et copie » (L. 7 juill. 1874, art. 4, § 3). Copie est déposée au secrétariat général de la préfecture.

des électeurs ayant établi leur domicile réel avant le 31 mars ou ayant accompli les six mois de résidence avant cette date ou des fonctionnaires à résidence obligatoire ayant été nommés avant cette date (V. p. 317).

(1) Dans le cas où l'inscription ordonnée par la commission de jugement ne serait pas effectuée réellement avant le 31 mars, dans les 20 jours qui suivent le 31 on peut faire appel devant le juge de paix aux fins de rétablissement du nom (Cass., 16 août 1882, S. 84. 1. 437).

(2) Il s'agit des décisions rendues tardivement par le juge de paix, mais sur des appels formés dans les délais (V. toutefois p. 317, à propos des faits qui surviennent entre le 4 février et le 31 mars).

(3) Il ne commet pas un *fait personnel* en mentionnant la cause de la radiation, même si c'est une condamnation (Conflits, 26 juin 1897, *Daure*), mais si à cette mention il ajoute des faits de polémique, il commet un fait personnel (Conflits, 4 déc. 1897, *Peynaud*).

(4) *Tableau récapitulatif des délais. Bulletin du ministère de l'Intérieur*, 1885, p. 287. — Les délais imposés aux parties pour réclamation, appel, pourvoi en cassation, sont seuls prescrits à peine de nullité; les délais imposés aux autorités et juridictions sont purement réglementaires. S'ils ne sont pas observés, ils entraînent des retards. Mais, dans tous les cas, la date de la clôture est immuable, sauf rectification pour les solutions retardées.

OPÉRATIONS	NOMBRE de jours	TERME NORMAL des delais
Opération de rectification	10	10 janvier.
Préparation du tableau rectificatif	4	14 —
Publication de ce tableau	1	15 —
Délai ouvert aux réclamations	20	4 février.
— pour décision des commissions municipales	5	9 —
— pour notification desdites	3	12 —
— appel devant le juge de paix	5	17 —
— pour décision dudit	10	27 —
— pour notification du jugement dudit	3	2 mars ou 1er.
— pour pourvoi en cassation	10	12 — ou 11.
Clôture définitive	»	31 mars.

Source : BIU Cujas

B. *Impossibilités de fait.* — Les militaires et assimilés de tous grades et de toutes armes des armées de terre et de mer, ne prennent part à aucun vote quand ils sont présents à leur corps, à leur poste ou dans l'exercice de leurs fonctions (L. 15 juill. 1889, art. 9) (1).

Ceux qui, au moment de l'élection, se trouvent en *résidence libre* (2), en *non-activité* ou en *congé* (3), les officiers et assimilés qui sont en *disponibilité* ou dans le *cadre de réserve* peuvent voter dans la commune sur la liste de laquelle ils sont régulièrement inscrits. Le fait d'être soldat présent au corps n'empêche pas en effet d'être inscrit sur la liste, il empêche de voter, quoique inscrit (4).

Les individus actuellement détenus, même pour des condamnations n'entraînant pas perte du droit électoral, ne peuvent point voter; il en est de même des individus internés dans un asile d'aliénés, mais non interdits, et des accusés contumaces (D. R. 1852, art. 18).

N° 2. — *Le droit d'éligibilité.*

1° De la jouissance du droit d'éligibilité.

D'ordinaire on étudie le droit d'éligibilité à propos de chaque espèce d'élection, sans renoncer à cette méthode, nous ajoutons ici une étude d'ensemble; il y a lieu de se préoccuper, pour le droit d'éligibilité, des trois mêmes questions que pour le droit de vote : de la jouissance du droit, de l'incapacité ou inéligibilité qui résulte de la perte de la jouissance ou de l'exercice du droit, et des conditions d'exercice du droit.

La jouissance du droit d'éligibilité appartient en principe à tous ceux qui ont le droit de vote, l'un emporte l'autre; quand on est *électeur* on est *éligible*, cependant, il faut signaler le cas de l'étranger naturalisé qui acquiert immédiatement le droit de vote, et n'acquiert le droit d'éligibilité aux Chambres que dix ans après le décret de naturalisation (L. 26 juin 1889, art. 3). A part cette restriction, le droit d'éligibilité appartient à

(1) Les assimilés sont les non-combattants qui font cependant partie de l'armée : pour l'armée de terre, fonctionnaires de l'intendance, officiers d'administration, médecins, pharmaciens et vétérinaires militaires, chefs de musique, adjoints du génie et gardes d'artillerie, archivistes d'état-major, interprètes militaires, etc.; pour l'armée de mer, corps du génie maritime, ingénieurs hydrographes, corps du commissariat de la marine, etc.

(2) Cette situation est spéciale au corps de la marine.

(3) Le congé est une permission d'absence de plus de vingt jours (D. du 1er mars 1890), en quoi il se distingue de la simple permission. Un soldat en simple permission, fût-ce un réserviste, ne peut voter, alors même que la permission aurait été donnée collectivement (Cons. d'Ét., 8 juill. 1893, *du Bourg*).

(4) Le motif de cette impossibilité de voter est facile à déduire du caractère de la discipline militaire. D'une part, cette discipline serait compromise par l'introduction de la politique dans l'armée, d'autre part elle compromettrait la liberté du vote. Mais il est curieux de voir combien, par notre conception moderne de la séparation de l'élément civil et de l'élément militaire, nous sommes éloignés de la conception antique, où, au contraire, le peuple en armes constituait justement les comices.

Source : BIU Cujas

tout individu mâle, Français d'origine, ou par le bénéfice de la loi ou par la naturalisation; ni les étrangers ni les femmes françaises ne sont éligibles. Quant aux indigènes d'Algérie et des colonies, ils sont éligibles dans la mesure où ils sont électeurs (V. plus haut, p. 312) (1).

2° De l'incapacité ou inéligibilité.

L'inéligibilité provient soit de la perte de la jouissance, soit de la perte de l'exercice du droit. Dans les deux cas elle produit le même résultat : Si la cause d'inéligibilité existe au moment de l'élection, celle-ci doit être *annulée ;* si elle survient après l'élection, l'élu doit être *exclu* de l'assemblée dont il a été nommé membre (D. 2 févr. 1852, art. 28 ; L. 10 août 1871, art. 18; L. 5 avr. 1884, art. 36). On comprendrait mal, en effet, que celui-là continuât à siéger, qui, si l'élection était faite au moment même, serait inéligible. Lorsque l'exclusion est motivée par une condamnation entraînant perte de la jouissance du droit, on dit qu'il y a *indignité*.

A. *Inéligibilité par suite de privation de la jouissance du droit.* — Ceci se rencontre dans le cas de condamnation criminelle ou correctionnelle, déclaration de faillite ou liquidation judiciaire, destitution d'emploi. Il faut se reporter à ce qui a été dit du droit de vote (p. 313). En principe, tout jugement qui fait perdre le droit de vote fait perdre, et dans la même proportion, le droit d'éligibilité. Il faut ajouter seulement l'indication de certains cas où le droit d'éligibilité est perdu, alors que le droit de vote ne l'est pas (2).

B. *Inéligibilité par suite de privation de l'exercice du droit.* — Les causes d'inéligibilité sont ici les suivantes : minorité, interdiction, demi-interdiction, secours reçus de l'assistance publique, fait d'être domestique attaché à la personne, fait d'être investi d'une fonction publique. Ces causes n'opèrent pas toutes pour toutes les élections, les exceptions seront indiquées : a) *Minorité.* — Pour tous les mandats électoraux, la

(1) L'éligibilité n'est pas, comme l'électorat, sous la protection de l'autorité judiciaire, c'est le juge de l'élection, le juge administratif par conséquent, qui est compétent pour les questions d'éligibilité ; mais cela n'empêche point l'éligibilité d'être un droit au même titre que l'électorat (V. la note de la p. 311).

(2) 1° Depuis la loi du 4 mars 1889, art. 21, les liquidés judiciaires sont déclarés inéligibles alors qu'ils peuvent voter; 2° Les membres des familles ayant régné en France ont été frappés d'inéligibilité, mais peuvent voter (V. L. 22 juin 1886); 3° Enfin, sont inéligibles au conseil général pendant trois ans les conseillers généraux condamnés pour avoir pris part à une réunion illégale du conseil ou à une conférence interdépartementale dissoute (L. 10 août 1871, art. 34, § 2 et 91, § 2); au conseil municipal, les conseillers municipaux condamnés pour avoir pris part à une conférence intercommunale dissoute (L. 5 avr. 1884, art. 118). — De même, est inéligible au conseil général pendant un an, le conseiller général déclaré démissionnaire pour avoir refusé sans excuse valable de remplir une fonction qui lui avait été dévolue par la loi ; inéligibilité de même ordre pour le conseiller d'arrondissement et pour le conseiller municipal dans les mêmes conditions (L. 7 juin 1873).

Source : BIU Cujas

majorité est en principe fixée à 25 ans (Chambre des députés, conseil général, conseil d'arrondissement, conseil municipal). Exceptionnellement, pour le Sénat elle est fixée à 40 ans. La majorité doit être acquise au jour de l'élection; b) *Interdiction.* — L'interdiction civile est certainement une cause d'inéligibilité pour toutes les élections (Arg. D. 2 févr. 1852, art. 15); c) *Demi-interdiction.* — Cette cause d'inéligibilité n'existe que pour le conseil général (L. 10 août 1871, art. 7) et pour le conseil municipal (L. 5 avr. 1884, art. 32); elle n'existe ni pour la Chambre des députés et le Sénat, ni pour le conseil d'arrondissement, et c'est fâcheux; d) *Assistance publique.* — Cette cause d'inéligibilité n'existe que pour le conseil municipal (L. 5 avr. 1884, art. 32). Il y a deux catégories : 1° ceux qui sont dispensés de subvenir aux charges communales; il faut qu'il soit intervenu une décision du conseil municipal établissant la dispense (L. 21 avr. 1832, art. 18); en outre, il faut qu'il s'agisse de charges exclusivement communales, comme les prestations en nature; 2° Ceux qui sont secourus par les bureaux de bienfaisance, il suffit que le secours existe au moment de l'élection; e) *Fait d'être domestique exclusivement attaché à la personne.* — Toutes nos lois municipales, depuis celle du 22 décembre 1789, ont contenu une disposition analogue, mais celle du 5 avril 1884, art. 32 l'a mieux précisée, elle a ajouté le mot *exclusivement.* On n'a jamais considéré comme inéligibles les régisseurs, intendants, contremaîtres, précepteurs, secrétaires, etc. Cette cause d'inéligibilité n'existe que pour les élections municipales;

f) *Fonctions publiques.* — L'inéligibilité résultant de la fonction peut être de deux sortes : elle peut être *absolue*, c'est-à-dire rendre le fonctionnaire inéligible dans toutes les circonscriptions; elle peut être simplement *relative*, c'est-à-dire rendre le fonctionnaire inéligible seulement dans la circonscription où il exerce sa fonction :

1° *Inéligibilité « absolue » résultant de la fonction ou qualité.* — Il n'y a qu'un cas d'inéligibilité absolue de cette espèce, c'est celle qui résulte de la qualité de *militaire* en *activité de service.* Elle a pour but d'écarter la politique de l'armée, elle est corrélative à l'impossibilité de voter que nous avons vu plus haut (p. 323) (1); elle ne frappe que les militaires en *activité de service* (2).

(1) Cette cause d'inéligibilité existe actuellement pour toutes les élections : pour la Chambre des députés (L. 30 nov. 1875, art. 7); pour le Sénat (L. 9 déc. 1884, art. 5), mêmes dispositions, sauf que sont exceptés les maréchaux de France et les amiraux; pour le conseil municipal (L. 5 avr. 1884, art. 31); pour le conseil général et celui d'arrondissement (L. 23 juill. 1891).

(2) Par conséquent, elle ne frappe ni ceux qui sont dans la réserve, ni ceux qui sont dans la territoriale. Elle ne frappe pas non plus les officiers placés dans la seconde section du cadre de l'état-major général, ni ceux qui ont cessé d'être employés activement tout en étant maintenus dans la première section pour avoir commandé en chef devant l'ennemi; ni les officiers renvoyés dans leurs foyers en attendant la liquidation à

Source : BIU Cujas

2° *Inéligibilité « relative » résultant de la fonction ou qualité.* — Elle a pour raison d'être la crainte des abus d'autorité qui pourraient vicier l'élection. Cette matière de l'inéligibilité relative se trouve disséminée dans des textes nombreux (1). Il n'est cependant pas impossible d'indiquer quelques lignes générales. Il faut partir de cette idée très simple qu'un fonctionnaire ne doit pas pouvoir être élu dans une circonscription, lorsque sa fonction lui donne autorité sur les électeurs de cette circonscription. Seulement on ne tient compte que des influences vraiment sérieuses. Il y a aussi une différence à noter entre l'effet de la fonction quand il s'agit d'élections à la Chambre des députés ou au Sénat, et son effet dans les élections départementales ou communales : dans le premier cas l'inéligibilité se prolonge pendant six mois au delà de la cessation de la fonction (L. 2 août 1875, art. 21 ; L. 30 nov. 1875, art. 12) ; dans le second cas, elle cesse avec la fonction (2).

laquelle ils ont droit acquis. Elle frappe les militaires en disponibilité ou en non-activité.

(1) Pour le Sénat, loi du 2 août 1875, art. 21 ; pour la Chambre des députés, loi du 30 novembre 1875, art. 12 modifié par la Loi du 30 mars 1902, art. 2 ; pour les conseils généraux, loi du 10 août 1871, art. 8 ; pour les conseils d'arrondissement, loi du 22 juin 1833, art. 5, et décret du 9 juillet 1848 combinés ; pour les conseils municipaux, loi du 5 avril 1884, art. 33. Du rapprochement de ces textes qui, jusqu'à présent, semble n'avoir pas été fait, il résulte des incohérences fâcheuses, la loi du 23 juillet 1891 et celle du 30 mars 1902 en ont fait disparaître quelques-unes, mais pas toutes ; la matière aurait évidemment besoin d'une refonte législative. En attendant, l'interprète est lié par les textes, car les incapacités sont de droit étroit.

(2) Voici une sorte de tableau des principaux cas d'inéligibilité relative résultant de la fonction :

Fonctionnaires régionaux. — Les fonctionnaires régionaux sont ceux qui ont autorité sur plusieurs départements. Rigoureusement, ces fonctionnaires devraient être inéligibles à toutes les élections, quelles qu'elles fussent, faites dans la région, on verra qu'il y a quelques exceptions : Archevêque : inéligibilité universelle, excepté pour le conseil d'arrondissement. — Premier président de cour d'appel, présidents de chambres, membres des parquets des cours d'appel : inéligibilité universelle depuis la loi du 23 juillet 1891 : avant, le premier président et les présidents de chambres n'étaient pas inéligibles au conseil général ni au conseil d'arrondissement, et les membres du parquet n'étaient pas inéligibles au conseil d'arrondissement. — Recteurs d'académie : inéligibilité universelle, sauf pour conseils d'arrondissements et conseils municipaux, car dans ce dernier cas on ne peut pas les comprendre sous l'expression *instituteurs publics* de l'article 33, n° 6 de la loi du 5 avril 1884. — Conservateurs et inspecteurs des forêts : inéligibilité universelle. — Ingénieurs des mines : inéligibilité au conseil général seulement.

2° *Fonctionnaires départementaux ou coloniaux.* — Préfets, sous-préfets, secrétaires généraux, conseillers de préfecture ; gouverneurs, directeurs de l'intérieur et secrétaires généraux des colonies : inéligibilité universelle. Notez que les sous-préfets et les conseillers de préfecture sont inéligibles dans tout le département, où ils exercent leur fonction, ils sont identifiés avec le préfet. Les membres du conseil privé dans les colonies sont inéligibles aux fonctions municipales. — Inspecteurs d'académie : inéligibilité universelle, sauf conseil d'arrondissement et conseil municipal. — Évêques et vicaires généraux : inéligibilité absolue sauf pour conseil d'arrondissement. — Ingénieurs départementaux : inéligibilité universelle. — Agents voyers en chef : inéligibles au Sénat,

Source : BIU Cujas

Appendice. — L'incompatibilité.

L'incompatibilité doit être rapprochée de l'inéligibilité. Elle est l'empêchement non pas d'être élu, *mais de conserver le mandat après l'élection, si une certaine situation de fait est maintenue.* C'est donc, en un certain sens, une incapacité par privation de l'exercice du droit, et à ce point de vue il y a grande parenté avec l'inéligibilité. Cette parenté est tellement grande que le même fait est envisagé par la loi tantôt comme inéligibilité, tantôt comme incompatibilité; ainsi le fait d'être employé salarié de la commune est considéré comme une cause d'inéligibilité par la loi municipale, tandis que le fait d'être employé salarié du département n'est envisagé par la loi départementale que comme une cause d'incompatibilité. Mais, en revanche, l'incompatibilité diffère de l'inéligibi-

à la Chambre des députés et au conseil municipal. Directeurs des contributions directes et indirectes, de l'enregistrement et des domaines, des postes, trésoriers-payeurs généraux : inéligibilité universelle, sauf élection municipale. — Directeurs des manufactures de tabac : inéligibles au conseil général. — Employés de préfecture et sous-préfecture : inéligibles aux élections communales et au conseil d'arrondissement.

3° *Fonctionnaires d'arrondissement.* — Les présidents, vice-présidents, juges titulaires, juges d'instruction et membres du parquet des tribunaux de première instance : inéligibilité universelle, sauf pour le conseil d'arrondissement. Le projet de la loi du 23 juillet 1891 établissait l'inéligibilité, cette disposition n'a pas été votée. — Les inspecteurs de l'enseignement primaire : inéligibilité universelle, sauf pour conseil d'arrondissement et conseil municipal. — Les ingénieurs d'arrondissement : inéligibilité universelle. — Les agents voyers : inéligibilité universelle, sauf au conseil général et au conseil d'arrondissement. — Receveurs particuliers des finances, agents de tous ordres employés à l'assiette, à la perception et au recouvrement des contributions directes ou indirectes et au paiement des dépenses publiques de toute nature : inéligibilité universelle, sauf pour conseil municipal. — Vérificateur des poids et mesures : inéligibilité au conseil général seulement.

4° *Fonctionnaires cantonaux.* — En principe, il n'y a pour eux inéligibilité ni à la Chambre ni au Sénat. — Juges de paix (l'incapacité ne frappe pas les suppléants) : inéligibles seulement à la chambre des députés (L. 30 mars 1902), au conseil général et aux élections communales. Le projet de la loi du 23 juillet 1891 les rendait inéligibles au conseil d'arrondissement, cette disposition n'a pas été votée. — Commissaires de police et agents de police : ne sont inéligibles qu'au conseil général et au conseil municipal. — Ministres des différents cultes : inéligibles au conseil général seulement. — Les agents voyers : inéligibles au conseil municipal seulement. — Les agents des eaux et forêts : inéligibles au conseil général seulement. — Les agents d'assiette, de perception ou de recouvrement des impôts directs ou indirects, percepteur, contrôleur, employés des droits réunis : inéligibles au conseil général et au conseil d'arrondissement seulement, avec cette observation que le percepteur est inéligible au conseil municipal dans les communes où il fait fonction de receveur municipal.

5° *Fonctionnaires communaux.* — Ils sont inéligibles seulement aux élections communales. — Ministre des cultes. — Instituteurs publics. — Comptables des deniers communaux. — Agents salariés de la commune, parmi lesquels ne sont pas compris ceux qui, étant fonctionnaires publics ou exerçant une profession indépendante, ne reçoivent une indemnité de la commune qu'à raison des services qu'ils lui rendent dans l'exercice de cette profession : médecins, avoués, avocats, architectes de la commune; il y avait discussion avant la loi de 1884 (art. 33, *in fine*).

Source : BIU Cujas

lité : 1° en ce qu'elle n'opère qu'après l'élection et n'empêche pas d'être élu ; 2° en ce que, au moment où elle opère, elle ne fait pas perdre de plein droit le mandat électoral, elle fait cesser une situation de fait fâcheuse, mais pas nécessairement par la perte du mandat. Ainsi, dans le cas spécial où l'incompatibilité résulte d'une fonction publique, son effet est de mettre le fonctionnaire élu dans l'obligation d'opter dans un certain délai entre son mandat et sa fonction.

Les causes d'incompatibilité sont les suivantes : cumul du mandat électif avec une fonction publique ; cumul de mandats électifs ; relations de parenté ou d'alliance entre plusieurs co-élus.

A. *Cumul du mandat électif avec une fonction publique.* — On a vu plus haut que la fonction publique est parfois une cause d'inéligibilité. Dans le cas où le fonctionnaire n'est pas inéligible, il peut se faire qu'une fois élu il ne puisse conserver à la fois sa fonction et son mandat, qu'il y ait incompatibilité. L'incompatibilité entre la fonction publique et le mandat électif paraît fondée sur le manque d'indépendance du fonctionnaire. Il est à remarquer, en effet : 1° que l'incompatibilité n'existe que dans le cas de fonction *salariée*, non point dans celui de fonction gratuite, le salaire augmente la dépendance (L. 30 nov. 1875, art. 8 ; L. 10 août 1871, art. 10) ; 2° que l'incompatibilité n'existe en principe qu'entre la fonction d'État et le mandat aux assemblées électives d'État, entre la fonction départementale et le mandat aux assemblées électives départementales (conseil général et d'arrondissement) ; parce qu'en effet la dépendance du fonctionnaire d'État n'existe point hors de l'État, ni celle du fonctionnaire départemental hors du département. Cependant, les préfets, sous-préfets, secrétaires généraux, conseillers de préfecture, commissaires de police, agents de police, étant des fonctionnaires de l'État particulièrement dépendants, leur fonction est incompatible même avec des mandats électifs départementaux et communaux ; 3° que, par exception, certaines fonctions sont compatibles avec le mandat électif parce qu'elles présentent des garanties spéciales d'indépendance (V. *infrà*, art. 8 et 9, L. 30 nov. 1875) :

a) *Élections d'État. — Chambre des députés.* — La matière est réglée par la loi du 30 novembre 1875, art. 8-11. Le principe est l'incompatibilité entre le mandat de député et l'*exercice de toute fonction publique rétribuée sur les fonds de l'État*, mais il faut tenir compte des deux observations suivantes : 1° Par exception, il y a des fonctions *compatibles*, ce sont celles de ministre, — sous-secrétaire d'État, — ambassadeur, — ministre plénipotentiaire, — préfet de la Seine, — préfet de police, — premier président à la Cour de cassation, — premier président de la Cour des comptes, — président de la cour d'appel de Paris, — archevêque et évêque, — pasteur président de consistoire dans les circonscriptions dont le chef-lieu compte deux pasteurs et au-dessus, — grand-rabbin du consistoire central, — grand-rabbin du consistoire de Paris, —

Source : BIU Cujas

professeur titulaire de chaire donnée au concours ou sur la présentation des corps où la vacance s'est produite (L. 30 nov. 1875, art. 8 et 9) ; 2° Il ne faut pas confondre avec la fonction publique la *mission temporaire* même rétribuée ; cette mission est compatible avec le mandat de député, à la condition de ne pas dépasser six mois (art. 9).

L'incompatibilité opère de deux façons différentes, suivant qu'il s'agit d'un fonctionnaire qui devient député, ou bien, au contraire, d'un député qui devient fonctionnaire : 1° s'il s'agit d'un fonctionnaire qui devient député, ce qui suppose qu'il était *éligible*, l'élu doit faire connaître son option dans les huit jours qui suivent la vérification des pouvoirs, sinon il est présumé accepter le mandat électoral (1) et il est remplacé dans sa fonction ; 2° s'il s'agit, au contraire, d'un député nommé ou promu à une fonction publique salariée, ce représentant cesse d'appartenir à la Chambre du jour de son acceptation et cela est vrai alors même que la fonction serait *compatible*. Seulement, dans ce dernier cas, le député nommé fonctionnaire peut se représenter devant les électeurs et être valablement réélu (art. 11). Les députés nommés ministres ou sous-secrétaires d'État ne sont pas soumis à la réélection (art. 11).

Tout député qui, au cours de son mandat, accepterait les fonctions d'administrateur d'une compagnie de chemin de fer, serait, par ce seul fait considéré comme démissionnaire et soumis à la réélection (L. 20 nov. 1883. V. aussi L. 25 juin 1883).

Sénat. — La situation au Sénat, est depuis longtemps provisoire, on attend une loi générale sur les incompatibilités parlementaires. En attendant, après être parti de l'idée que les incompatibilités devaient être restreintes, on s'est rapproché du système de la Chambre par des lois transitoires dont la dernière est en date du 26 décembre 1887. Cette loi déclare applicables les art. 8 et 9 de la loi du 30 novembre 1875. Par conséquent, la règle est l'incompatibilité de toute fonction salariée sur les fonds de l'Etat, et les exceptions sont celles indiquées plus haut. Seulement, comme l'art. 11 n'a pas été déclaré applicable, il en faut conclure que lorsqu'un sénateur est nommé à une fonction compatible, il n'est pas, comme le député, tenu de se représenter devant ses électeurs. — Les sénateurs sont dans la même situation que les députés au sujet des fonctions d'administrateur d'une compagnie de chemins de fer (L. 20 nov. 1883), démissionnaires et soumis à réélection.

b) *Élections aux assemblées locales.* — Il y a des incompatibilités *absolues*, c'est-à-dire s'appliquant à toutes les circonscriptions de France, elles sont en principe les mêmes pour le conseil général, le conseil d'arrondissement et le conseil municipal ; elles concernent les fonctions de

(1) La question de savoir comment il pourra être remis en activité à l'expiration de son mandat et comment seront conservés ses droits à la retraite, est réglée à l'art. 10, modifié L. 29 mars 1897, art. 29.

Source : BIU Cujas

préfet, sous-préfet, secrétaire général, conseiller de préfecture, commissaire de police et agent de police. Il faut ajouter, au moins pour le conseil municipal, les fonctions de gouverneur, et membre du conseil privé des colonies (L. 10 août 1871, art. 9; L. 22 juin 1833, art. 5, et D. 3 juill. 1848, art. 14; L. 5 avr. 1884, art. 34).

Il y a aussi des incompatibilités *relatives*, c'est-à-dire restreintes à une seule circonscription, mais seulement en matière d'élection au conseil général, dans le cas d'agents salariés ou subventionnés sur les fonds départementaux et dans le cas d'entrepreneurs de services départementaux (L. 10 août 1871, art. 10, modifiée par L. 8 juill. 1901)), et aussi en matière d'élection au conseil d'arrondissement en cas d'ingénieurs des ponts et chaussées, d'architectes du département, d'agents forestiers (L. 22 juin 1833, art. 5). Pour le conseil municipal, il n'y a point d'incompatibilité *relative* résultant de fonctions communales ou d'entreprises, pour la bonne raison que ces faits constituent des cas d'inéligibilité (V. p. 327).

Quant à l'effet de l'incompatibilité dans les assemblées locales, il faut distinguer : 1° S'il s'agit d'un fonctionnaire qui est élu, la loi municipale seule prévoit la solution : dans un délai de dix jours à partir de la proclamation du résultat de l'élection, l'élu doit faire son option. S'il garde le silence, par une présomption inverse de celle qui existe pour la Chambre des députés, il est censé opter pour la conservation de son emploi, il est alors déclaré démissionnaire de son mandat par le préfet (L. 5 avr. 1884, art. 34 et 36) (1); 2° S'il s'agit d'un conseiller général ou d'un conseiller municipal nommé après coup à une fonction publique incompatible, après son acceptation il doit être déclaré démissionnaire de son mandat, le conseiller général par le conseil général lui-même (L. 10 août 1871, art. 18), le conseiller municipal par le préfet, sauf recours (L. 5 avr. 1884, art. 36).

B. *Cumul de mandats électifs.* — Le cumul des mandats électifs *similaires* est impossible. Ainsi : nul ne peut être membre de plusieurs conseils généraux (L. 1871, art. 11) ; nul ne peut être membre de plusieurs conseils d'arrondissement (L. 22 juin 1833, art. 14); nul ne peut être membre de plusieurs conseils municipaux (L. 1884, art. 35). Il y a un délai pour l'option. La raison, c'est que les sessions de tous ces conseils de même ordre, sont simultanées et que le conseiller n'aurait pas le don d'ubiquité. Nul ne peut être à la fois sénateur et député. La raison ici est dans le principe constitutionnel de la dualité des Chambres, il n'y aurait pas en réalité deux Chambres si le personnel des membres était le même dans les deux.

(1) La loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux de département ne prévoit pas de délai d'option, ni d'autorité qui puisse déclarer l'élu démissionnaire ; en fait, il semble résulter de plusieurs décisions du Conseil d'État, que celui-ci est disposé lorsqu'il est saisi du contentieux d'une élection départementale à considérer les cas d'incompatibilité comme des cas d'inéligibilité viciant l'élection (Cons. d'Ét... 3 déc. 1886; 1er avr. 1887).

Source : BIU Cujas

Mais le cumul des mandats électifs *non similaires* est possible, sauf pour le conseil général et le conseil d'arrondissement (L. 22 juin 1833, art. 14) ; ainsi on peut être à la fois conseiller municipal, conseiller général et député. On a demandé fréquemment que des incompatibilités fussent créées, mais le personnel politique est assez nombreux.

C. *Parenté ou alliance entre plusieurs co-élus.* — Cette cause d'incompatibilité est spéciale aux conseils municipaux, et encore elle ne s'applique que dans les communes de plus de cinq cents habitants. Les ascendants et les descendants, les frères et alliés au même degré, ne peuvent être simultanément membres du même conseil municipal. On procède à l'élimination d'après l'ordre du tableau (L. 5 avr. 1884, art. 35 *in fine*).

3° Conditions d'exercice du droit d'éligibilité.

Les conditions d'exercice du droit d'éligibilité s'apprécient, bien entendu, uniquement au moment de l'élection, leur absence entraîne nullité de celle-ci.

— Une condition commune à toutes les fonctions électives a été introduite par la loi du 16 août 1893 modifiant l'art. 7 de la loi du 15 juillet 1889 : nul ne peut être investi de fonctions publiques électives, s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations de la loi du recrutement.

— Pour le mandat de sénateur, il n'y a pas de condition particulière d'éligibilité. Par cela seul qu'on a la jouissance du droit de suffrage, et qu'on n'est frappé d'aucune des incapacités que nous venons d'étudier, on est éligible. Pas n'est besoin, par exemple, d'être inscrit sur une liste électorale quelconque, ni d'avoir des attaches de domicile ou autres avec la circonscription. Le suffrage pour ces grandes élections va chercher son candidat où il lui plaît. Il en est de même, en principe, pour le mandat de député ; cependant ici la loi du 17 juillet 1889 a introduit une condition d'exercice, la *déclaration de candidature* (V. *infrà*, p. 336).

— Pour les élections locales, la législation est plus sévère, il y a quelques conditions d'éligibilité :

Pour le conseil général (L. 10 août 1871, art. 6) et, pour le conseil d'arrondissement (D. 9 juill. 1848, art. 14), il y a deux conditions cumulées : 1° Être inscrit sur une liste d'électeurs, n'importe où, ou justifier qu'on devait y être inscrit avant le jour de l'élection ; 2° avoir une *attache légale*, avec le département pour le conseil général, avec l'arrondissement pour le conseil d'arrondissement. Cette attache est établie : soit par le domicile, soit par l'inscription au rôle d'une des contributions directes au 1er janvier de l'année dans laquelle se fait l'élection, ou justification qu'on devait y être inscrit ; soit par l'héritage depuis le 1er janvier d'une propriété foncière dans le département (cette cause n'existe pas pour le conseil d'arrondissement). Toutefois, le nombre des

Source : BIU Cujas

conseillers généraux non domiciliés ne pourra pas dépasser le quart du nombre total dont le conseil doit être composé, sinon élimination par voie de tirage au sort. Cette dernière règle n'existe pas pour le conseil d'arrondissement.

Pour le conseil municipal, il eût été simple d'admettre les mêmes règles, cependant on n'exige plus que le fait de l'attache à la commune; pas n'est besoin d'être inscrit sur une liste électorale quelconque (L. 1884, art. 31, arg. mot *citoyen*, au lieu d'électeur). L'attache résulte : soit du fait de l'inscription sur la liste électorale, soit de l'inscription au rôle d'une des quatre contributions directes, ou de la justification que cette inscription devait être faite au 1er janvier de l'année de l'élection. Rien pour l'héritage. Les conseillers non domiciliés ne doivent pas dépasser le quart ; l'élimination se fait suivant l'ordre du tableau (art. 31, § 2, et art. 49).

Article II. — Théorie générale des élections (1) (2).

Définition. — L'élection est une opération administrative, par laquelle une majorité de votants parmi les électeurs inscrits sur les listes électorales d'une circonscription formant collège électoral, nomme un ou plusieurs représentants par la voie du scrutin.

1° L'élection est une *opération administrative* bien que le vote exprime la seule volonté des électeurs, parce que l'Administration prête son concours pour l'organisation de l'élection, parce qu'elle convoque les électeurs, parce qu'elle fournit le bureau électoral qui présidera au scrutin, etc. Cette collaboration de l'Administration et des électeurs fait que l'élection est une opération de gestion publique qui donne lieu à un contentieux de pleine juridiction (V. p. 207);

2° *La circonscription formant collège électoral* est un certain territoire dont tous les électeurs sont appelés à faire un choix simultané. Le collège électoral est l'assemblée des électeurs; ils sont tous attachés à un certain territoire par le mécanisme de la liste électorale. La circonscription est toujours une division administrative : pour le Sénat, le département ; pour la Chambre des députés, l'arrondissement ou une section d'arrondissement; pour le conseil général et pour le conseil

(1) *Bibliographie :* E. Pierre, *Droit politique;* Dalloz, *Code administratif,* v° *Elections ;* Esmein, *op. cit.*, p. 606 et s.

(2) *Observation.* — Cette théorie générale des élections est faite avec les règles communes aux élections à la Chambre des députés, aux conseils généraux, aux conseils d'arrondissement et aux conseils municipaux, les élections au Sénat sont trop particulières pour y entrer (L. 22 juin 1833 ; D. O., 2 févr. 1852; D. R. 2 févr. 1852; L. 5 mai 1855, L. 10 août 1871; L. 17 juill. 1874 ; lois constitutionnelles de 1875 ; L. 2 août 1875; L. 30 nov. 1875; L. 5 avr. 1884 ; L. 4 août 1884 ; L. 9 décembre 1884 ; L. 16 juin 1885; L. 13 févr. 1889 ; L. 17 juill. 1889). Il y a bien d'autres élections encore, ainsi que nous l'avons signalé à propos de la liste électorale, p. 315.

Source : BIU Cujas

d'arrondissement, le canton ; pour le conseil municipal, la commune ou la section électorale de commune (1).

3° La *majorité* qui nomme le représentant est une certaine quote-part des électeurs de la circonscription, déterminée par les règles qu'on verra plus loin, ce n'est pas l'unanimité. La chose était impossible, dès qu'une association devient un peu considérable, et on s'en aperçoit aussi bien pour les grandes sociétés commerciales que pour les associations politiques, l'unanimité de volonté est irréalisable, et comme il faut bien vivre, il faut se contenter de la majorité. C'est une imperfection, une apparition de la force là où il serait désirable de ne trouver que le libre consentement, il y aura une minorité opprimée par la majorité ; sans doute cette imperfection ne porte pas une atteinte grave au principe même du régime représentatif, dans ce régime tous les corps constitués sont des représentants, et le corps électoral souverain lui-même, peu importe en somme que la volonté de ce corps souverain ne se forme qu'à la majorité, puisque quand même elle se formerait à l'unanimité, elle ne serait encore qu'une représentation de la réalité sociale ; mais en pratique c'est une question de sincérité plus ou moins grande de la représentation et cela a son importance (2) ;

4° Le *scrutin* ou vote est une opération qui consiste essentiellement dans le dépôt entre les mains de l'autorité, par les électeurs, de bulletins écrits contenant le nom ou les noms des représentants choisis. On distingue le *scrutin de liste* et le *scrutin uninominal*. Il y a scrutin de liste, lorsqu'un même collège électoral ayant à choisir simultanément plusieurs représentants, le bulletin de chaque électeur contient une liste de noms. Il y a scrutin uninominal, lorsque le collège électoral n'ayant

(1) La circonscription électorale ne se confond pas avec la circonscription de la personne administrative dont il s'agit de représenter les intérêts, cette confusion n'existe en fait que pour la commune et encore pas toujours. Ainsi, pour le Sénat et la Chambre des députés, la circonscription dont il s'agit de représenter les intérêts, c'est la France entière ; les représentants sont choisis par le département ou par l'arrondissement. On a émis maintes fois le vœu que les deux circonscriptions fussent confondues, que, par exemple pour les élections législatives, la France formât un collège unique, c'est un souhait platonique de publiciste.

(2) C'est à ce point de vue de la sincérité plus ou moins grande dans la représentation nationale qu'il convient de se placer pour juger cette réforme qui s'appelle la *représentation proportionnelle* ou la *représentation des minorités*, elle n'a pas la portée fondamentale que quelques-uns lui attribuent, notamment M. Saripolos dans son remarquable ouvrage *la démocratie et l'élection proportionnelle*, Paris, 1899 — la représentation proportionnelle est un perfectionnement formel du régime représentatif, ce n'est pas un changement dans la matière de la souveraineté déléguée, mais elle a une grande importance pratique (Cfr. Duguit, compte-rendu, *Revue du droit public*, déc. 1899 ; Esmein, *Droit constitutionnel;* p. 625). Des systèmes ingénieux ont été imaginés pour réaliser la représentation proportionnelle. Cfr. Saripolos, *op. cit.*, et Dupriez, *La représentation proportionnelle en Belgique*, Rev. du droit public, 1900, II, p. 385.

Source : BIU Cujas

à choisir qu'un seul représentant, le bulletin de chaque électeur ne porte qu'un seul nom (1) :

5° Il y a des élections *générales* et des élections *partielles* ou *complémentaires* : *a*) Il y a élection *générale* lorsque tous les membres qui composent une assemblée sont soumis en même temps à l'élection, soit que l'assemblée soit arrivée à la fin de son mandat, soit qu'il y ait eu dissolution. Si l'assemblée ne se renouvelle pas intégralement, mais par séries, comme le conseil général par exemple, qui est renouvelable par moitié de trois en trois ans, l'élection d'une série mérite encore le nom d'élection générale; *b*) Il y a élection *partielle* ou *complémentaire*, lorsqu'il s'agit uniquement de remplacer un ou plusieurs membres de l'assemblée considérés individuellement;

6° En France, les élections diverses sont séparées et espacées afin de tenir constamment le corps électoral en haleine (2).

N° 1. — *Opérations antérieures au scrutin.*

Il y a lieu de se préoccuper : 1° de la détermination de la circonscription électorale; 2° de la convocation des électeurs; 3° de la période électorale et des événements qui peuvent s'y introduire.

A. *Détermination de la circonscription électorale.* — Les circonscriptions électorales sont en général déterminées par la loi d'une manière permanente (3). Cependant, en matière d'élection législative, l'augmentation ou la diminution de la population d'un arrondissement peuvent amener des modifications qui sont faites par une loi spéciale (4), et en matière d'élection communale la circonscription normale, qui est la commune, peut être modifiée assez subitement au moyen de ce qu'on appelle le sectionnement électoral (5) (Renvoi à l'organisation communale).

(1) Les élections communales se font actuellement au scrutin de liste. Les élections au conseil général et au conseil d'arrondissement se font au scrutin uninominal. Les élections à la Chambre des députés ont eu sur ce point des vicissitudes sans nombre ; elles ont été faites tantôt au scrutin de liste avec le département pour circonscription, tantôt au scrutin uninominal avec l'arrondissement pour circonscription. La question de savoir lequel est préférable de ces deux modes de scrutin, relève du droit constitutionnel. Actuellement la chambre est élue au scrutin uninominal (L. 13 février 1889).

(2) Ainsi, mai 1896 renouvellement des conseils municipaux; janvier 1897 renouvellement triennal du Sénat; mai 1898, renouvellement de la chambre (en vertu de la loi du 22 juillet 1893); août 1898, renouvellement par moitié des conseils généraux et d'arrondissement; janvier 1900, Sénat; mai 1900, renouvellement des conseils municipaux; août 1901, conseils généraux; mai 1902, chambre; janvier 1903, sénat; mai 1904, conseils municipaux; août 1904, conseils généraux; janvier 1906, Sénat; mai 1906, Chambre, etc. En Amérique on préfère accumuler toutes les élections d'un même cycle le même jour, de façon à ne pas mettre en mouvement fréquemment le corps électoral.

(3) Pour les élections au Sénat, V. L. 9 déc. 1884, art. 1; à la Chambre, V. L. 13 févr. 1889, art. 2; L. 22 juill. 1893; au conseil général, V. L. 10 août 1871, art. 4; au conseil municipal, V. L. 5 avr. 1884, art. 11.

(4) L. 13 févr. 1889, art. 2 *in fine*; L. 22 juill. 1893, etc.

(5) L. 5 avr. 1884, art. 11 et 12.

Source : BIU Cujas

B. *Convocation des électeurs.* — Le scrutin doit avoir lieu à un jour fixé, et les électeurs doivent en être avertis. A cet effet, ils sont convoqués par un acte de l'autorité. Cet acte est un décret pour les élections au Sénat et à la Chambre des députés, au conseil général et au conseil d'arrondissement (1); un arrêté du préfet pour les élections municipales (2), et même, en cas de second tour de scrutin, un arrêté du maire suffit pour les élections municipales (L. 5 avr. 1884, art. 30).

Mais il est clair que l'autorité qui fait la convocation est elle-même astreinte par la loi à la faire pour une date fixe, ou tout au moins pour une date comprise dans un certain intervalle de temps. Il n'y a qu'un seul cas où la loi désigne une date fixe, c'est celui des élections municipales. Celles-ci devront avoir lieu à perpétuité le premier dimanche de mai, de quatre ans en quatre ans, à partir de l'année 1884, par conséquent toutes les années bissextiles, en 1888, 1892, 1896, (1900), 1904, etc. Et, alors même que des conseils municipaux seraient dissous, cela ne porterait pas atteinte à la périodicité. Les conseils élus après dissolution achèveraient simplement la période de quatre ans commencée (3). Pour toutes les autres élections la loi se borne à dire que la convocation devra être faite un certain laps de temps avant l'expiration des pouvoirs de l'assemblée (4), ou bien s'il y a eu dissolution, qu'elle devra être faite dans un certain délai après dissolution (5). Dans le cas où l'assemblée achève son mandat il faut donc calculer la durée de ses pouvoirs pour savoir quand la convocation devra être faite. On verra à propos de chaque assemblée les règles qui lui sont propres. Dans les limites où le pouvoir exécutif peut se mouvoir, il est entièrement libre, le décret de convocation est un acte discrétionnaire.

Pour les élections partielles, il y a aussi des règles particulières à chaque assemblée (6).

C. *De la période électorale et des événements qui peuvent s'y produire.* — La période électorale est le temps qui s'écoule entre le jour de la publication de l'acte qui convoque les électeurs et le jour du scrutin. La durée minima est fixée par la loi ainsi qu'il suit : Sénat, six semaines (L. 2 août 1875, art. 1); — Chambre des députés, vingt jours (D. O. 1852, art. 4); — Conseil général, quinze jours (L. 10 août 1871, art. 12); — Conseil d'arrondissement, quinze jours (L. 10 août 1871, art. 12); —

(1) L. 2 août 1875, art. 1; D. Org. 2 févr. 1852, art. 4; L. 10 août 1871, art. 12.

(2) L. 5 avr. 1884, art. 15.

(3) L. 5 avr. 1884, art. 41.

(4) L. 16 juin 1885, art. 6.

(5) L. 25 févr. 1875, art. 5 modifié par la loi du 14 août 1884; L. 2 août 1875, art. 35 et 36; L. 5 avr. 1884, art. 45.

(6) Sénat, L. 2 août 1875, art. 23 modifié par la loi du 9 déc. 1884; — Chambre des députés, L. 30 nov. 1875, art. 16; L. 16 juin 1885, art. 17; — Conseil général, L. 10 août 1871, art. 22; — Conseil municipal, L. 5 avr. 1884, art. 42.

Source : BIU Cujas

Conseil municipal, quinze jours (L. 5 avr. 1884, art. 15). Les événements qui peuvent se produire au cours de la période électorale sont des candidatures, des faits de presse, des réunions électorales :

1° *Des candidatures* (1). — Le candidat est un individu désigné aux suffrages des électeurs avant le jour du scrutin. La candidature est le fait d'être candidat et par conséquent l'acceptation anticipée du mandat. On comprend la nécessité des candidatures. D'une part, si les électeurs ne sont pas sollicités à porter leurs suffrages sur tel ou tel nom, les voix s'égareront sur une infinité de noms et il n'y aura pas d'élection ; d'autre part, les électeurs nomment un représentant en vue de faire prévaloir telle ou telle volonté, ils ont besoin de savoir quels représentants sont en communion d'idées avec eux, la candidature est le seul moyen pratique de provoquer un échange de vues entre leur futur représentant et eux, de là, ces programmes et ces professions de foi par lesquels les candidats affirment leur candidature. Chose curieuse, la candidature, fait si nécessaire dans une élection, n'est pas réglementée en principe par le droit, excepté pour les élections à la Chambre des députés (L. 17 juill. 1889 dont il va être parlé). De sorte que pour toutes les autres élections : 1° Il peut n'y avoir pas de candidature, les électeurs peuvent voter spontanément pour tel ou tel nom, le premier tour de scrutin dans ces conditions ne donnera probablement pas de résultat, le second tour en donnera forcément ; 2° La candidature, si elle se produit, n'est soumise à aucune formalité, c'est un pur fait (2). Elle peut être lancée par le candidat lui-même ou par un tiers (3).

Déclaration de candidature pour les élections législatives, loi du 17 juillet 1889. — Exceptionnellement, pour les élections à la Chambre des députés, une déclaration de candidature est nécessaire :

a) C'est un acte écrit, signé ou visé par le candidat et dûment légalisé, déposé à la préfecture du département intéressé (4). Cependant, on a admis le télégramme en cas de force majeure (Affaire Le Myre de Villers). Le dépôt doit être fait le cinquième jour au plus tard avant le jour du scrutin, il peut l'être dès le premier jour de la période électorale ;

(1) Cette expression nous vient des mœurs romaines. Toutes les toges de cérémonie des citoyens étaient blanches, mais celle des candidats était rendue plus brillante par de la craie, *candidata, cretata* (Tite-Live, 4, 25, 13 ; Isidore, *Orig.*, 19, 24, 6) ; Mommsen, *Droit public*, traduct. II, p. 125). — On commençait à faire campagne pour une magistrature (*petere*) à peu près un an avant l'élection. Il y avait la *prensatio*, distribution de poignées de mains, et toute la brigue (*ambitio*), Mommsen, *ibid.*, p. 124 et s.

(2) Cfr. L. 9 déc. 1884, art. 4 ; L. 10 août 1871, art. 6 ; L. 5 avr. 1884, art. 31 ; avec les termes de l'art. 2 de la loi du 17 juill. 1889.

(3) Seulement le tiers doit s'assurer du consentement du candidat, il n'a pas le droit de disposer de son nom sans cela ; le faire serait s'exposer à l'application de l'art. 1382 du Code civil (Nancy, 8 mars 1893, *Bony ;* Cass., 24 mars 1896 ; Tours, 6 juillet 1898).

(4) L. 17 juill. 1889, art. 2. V. Le Poittevin, *Comment. pratique de la loi du 17 juill.* 1889.

Source : BIU Cujas

il est délivré immédiatement un reçu provisoire et dans les vingt-quatre heures un récépissé définitif. Dans l'intervalle entre les deux récépissés il peut être fait acte de candidat (Montpellier, 8 mars 1890, *De Benoît*, S. 90. 2. 88; Cass., 29 mars 1890); *b*) Nul ne peut être candidat dans plus d'une circonscription (L. 17 juill. 1889, art. 1). Toute déclaration de candidature faite en violation de cette règle est nulle et non avenue. Si plusieurs déclarations ont été faites, la première en date est seule valable. Si elles portent la même date, toutes sont nulles (art. 3); *c*) Nul ne peut se porter candidat, s'il n'est *citoyen*, c'est-à-dire s'il n'a la jouissance du droit de suffrage (1); *d*) Le résultat de l'absence de déclaration de candidature, soit que la déclaration n'ait pas été faite, soit qu'elle n'ait pas été reçue, ou qu'elle soit nulle par suite de la multiplicité, est la non-existence de l'élection, les bulletins n'entrent pas en compte dans le résultat du dépouillement (art. 5). De plus, les affiches, placards, professions de foi, bulletins de vote, doivent être enlevés et saisis (2); *e*) Enfin, sera puni d'une amende de 10.000 francs, le candidat qui contreviendra aux dispositions de la présente loi, et d'une amende de 1.000 à 5.000 francs toute personne qui aura signé ou apposé des affiches, envoyé ou distribué des bulletins, circulaires ou professions de foi dans l'intérêt du candidat (art. 6) (3).

2° *Des faits de presse.* — Les candidatures sont lancées d'ordinaire et discutées par des moyens qui constituent des faits de presse. Il y a

(1) Cette solution est contestée, mais elle paraît résulter du texte de l'art. 2, qui dit tout *citoyen*, etc. Elle résulte aussi, il faut bien le dire, des principes du droit. Du moment que la candidature devient un acte juridique, elle est soumise aux conditions de validité des actes juridiques. Or, il est conforme au droit que celui-là qui ne pourrait pas être élu ne puisse pas valablement faire acte de candidat. A Rome, où pour toutes les magistratures électives, la candidature était un fait juridique, les conditions d'éligibilité étaient examinées par le magistrat présidant les comices au moment de la *professio* du candidat, c'est-à-dire au moment de la déclaration de candidature (Mommsen, *Droit public*, t. II, p. 129). — Toutefois on ne peut pas admettre que le préfet devienne juge de la qualité de citoyen dans les cas douteux. Nous admettrions donc que le préfet peut et doit refuser la déclaration de candidature d'une femme ou d'un individu qui a perdu par suite de condamnation la jouissance du droit de suffrage, mais qu'il ne peut pas refuser celle d'un candidat qu'il prétend être étranger, parce que là il y a cas douteux et, qui plus est, question d'état.

(2) Les affiches, placards électoraux, placés avant la période électorale, tombent aussi sous le coup de la loi, de sorte qu'il faut considérer que ces affiches, placards, sont soustraits par la loi nouvelle au droit commun de la loi sur la presse (C. Chambéry, 12 déc. 1889, *Thiabaud*, S. 90. 2. 33).

(3) Cette loi est un peu de circonstance et renferme des parties caduques, notamment la partie pénale, mais il faut s'attendre à en voir demeurer le fond, dans la séance du 28 mars 1898, une proposition d'abrogation a été rejetée à une forte majorité; il est naturel que la candidature posée, qui est l'acceptation anticipée du mandat, devienne un acte juridique. En Angleterre cela existe et même, quand il n'y a qu'une seule candidature, l'élection devient inutile. La candidature est également devenue un fait juridique dans la nouvelle loi électorale belge.

Source : BIU Cujas

quelques règles destinées à faciliter les candidatures, elles sont relatives : 1° aux formalités de l'impression, de l'affichage et du colportage des écrits électoraux, voir la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 16 et 17; 2° à l'affranchissement du timbre des affiches et circulaires (1) ; 3 à l'interdiction de l'ingérance administrative (2).

3° *Des réunions électorales.* — Renvoi à la matière des réunions publiques (V. p. 70).

N° 2. — *Opérations du scrutin.*

Premier et second tour de scrutin, majorité requise. — Dans toute élection il peut y avoir deux tours de scrutin, et cela est lié aux règles sur la détermination de la majorité. Au premier tour, on cherche à obtenir une *forte majorité;* au second, on se contente d'une *faible majorité.* Il n'y a élection au premier tour de scrutin qu'aux deux conditions suivantes : 1° le candidat a obtenu la *majorité absolue* des suffrages exprimés, c'est-à-dire plus de la moitié (3); 2° le nombre des suffrages qu'il a obtenus est égal ou supérieur au quart des électeurs inscrits.

Lorsqu'il n'y a pas eu élection au premier tour de scrutin, il y a lieu à un second tour. Il y a toujours élection au second tour pourvu qu'il y ait eu au moins deux suffrages exprimés. Il suffit en effet qu'un candidat ait obtenu la majorité relative, ce qui suppose non seulement plus de voix que ses concurrents, mais pluralité de voix (4). En cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est élu (L. 30 nov. 1875, art. 18; L. 5 avr. 1884, art. 30; L. 2 août 1875, art. 15; L. 10 août 1871, art. 14).

La raison d'être des deux scrutins est de permettre aux électeurs de même opinion de se compter. Aussi sont-ils séparés par un intervalle fixé par la loi. Le second tour a lieu : pour la Chambre des députés, le second dimanche qui suit le jour de la proclamation du résultat du premier tour (L. 30 nov. 1875, art. 4); pour le conseil général et le conseil d'arrondissement, le dimanche qui suit celui du premier scrutin (L.

(1) « Sont affranchies du timbre les affiches électorales d'un candidat contenant sa profession de foi, une circulaire signée de lui, ou seulement son nom » (L. 11 mai 1868, art. 3, § 3). Il n'en serait pas de même des affiches émanées d'un tiers qui voudrait soutenir la candidature.

(2) « Il est interdit à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaires de candidats » (L. 30 nov. 1875, art. 3, § 3).

(3) V. L. 2 août 1875, art. 15; L. 30 nov. 1875, art. 18; 10 août 1871, art. 14; L. 5 avr. 1884, art. 30; L. 16 juin 1885, art. 5. — Dans les cas où le nombre des suffrages exprimés est impair, le chiffre de la majorité absolue est déterminé en prenant la moitié du chiffre pair immédiatement inférieur et en y ajoutant une unité (Cons. d'Ét., 16 déc. 1881, *élection de Meracq;* 28 janv. 1887, *élection d'Haussonvillers;* 16 mars 1894, *élection de Fort-de-l'Eau.*

(4) Il n'y a pas élection à une voix (Cons. d'Ét., 13 juin 1891, *Montluçon, conseil de prud'hommes*); le procédé majoritaire suppose pluralité.

Source : BIU Cujas

10 août 1871, art. 12, § 2); pour le conseil municipal, même chose (L. 5 avr. 1884, art. 10); par exception, pour le Sénat, il peut y avoir trois tours de scrutin le même jour dans le collège réuni au chef-lieu de département, le premier de huit heures du matin à midi, le second de deux heures à cinq heures, le troisième de sept heures à dix heures du soir (L. 2 août 1875 modifiée par la loi du 9 déc. 1884, art. 14) (1).

Jour et heure du scrutin. — Chaque scrutin ne dure qu'un jour (2), ce jour doit être un dimanche. Pour la Chambre des députés ce n'est pas dit, sauf pour le second tour « second dimanche qui suit... » (L. 30 nov. 1875, art. 4), mais on suit la disposition du décret réglementaire de 1852 qui conseille de choisir le dimanche (3). Pour le conseil général, le conseil d'arrondissement, le conseil municipal, c'est une obligation légale de choisir le dimanche (4).

Pour la Chambre des députés, le conseil général, le conseil d'arrondissement, le scrutin est clos à six heures du soir (5). Il ouvre tantôt à huit heures, tantôt à sept heures du matin. Pour le conseil municipal, pas de fixation dans la loi, c'est l'arrêté du préfet qui fixe, mais le scrutin doit avoir été ouvert pendant six heures au moins (6).

Lieu du scrutin. — Le vote a lieu au chef-lieu de la commune (7). Néanmoins chaque commune peut être divisée, par un arrêté du préfet, en *sections de vote* en vue d'éviter l'encombrement dans le lieu du scrutin (L. 30 nov. 1875, art. 4; L. 5 avr. 1884, art. 13) (8).

C'est au maire qu'il appartient de désigner des locaux, sauf pour les élections municipales où l'arrêté de convocation du préfet fixe le local où le scrutin sera ouvert (L. 5 avr. 1884, art. 15).

Du bureau électoral. — L'autorité à qui sont remis les bulletins de vote porte le nom de bureau électoral. C'est une véritable autorité admi-

(1) Le second tour de scrutin est une opération distincte du premier tour. Il peut s'y produire des candidatures nouvelles. On l'appelle quelquefois scrutin de ballottage, par souvenir d'un temps où au contraire il ne pouvait y avoir de candidature nouvelle, et où il s'agissait de choisir entre les candidats du premier tour. Il y a cependant un certain rapport entre les deux scrutins; en cas d'élection législative, les candidats du premier tour ne sont point astreints à faire une seconde déclaration de candidature au second tour.

(2) L. 30 nov. 1875, art. 4; L. 10 août 1871, art. 12; L. 5 avr. 1884, art. 20.

(3) D. R. 2 févr. 1852, art. 9.

(4) L. 10 août 1871, art. 12, § 2; L. 5 avr. 1884, art. 15, § 2.

(5) D. R. 2 févr. 1852, art. 25 ; L. 10 août 1871, art. 12.

(6) L. 5 avr. 1884, art. 15, art. 26.

(7) L. 10 août 1871, art. 5; L. 30 nov. 1875, art. 4.

(8) Il ne faut pas confondre la *section de vote* avec la *section électorale;* la section de vote est une mesure d'ordre qui n'affecte que le scrutin, elle ne constitue pas une circonscription électorale. La section électorale, au contraire, qui d'ailleurs ne peut exister qu'au point de vue des élections municipales, affecte l'opération électorale tout entière, elle fait qu'il y a dans la commune plusieurs circonscriptions électorales dont chacune élit sa liste de conseillers municipaux.

Source : BIU Cujas

nistrative temporaire. Les décisions qu'elle prend sur les difficultés qui s'élèvent touchant les opérations du scrutin, sur la question de savoir qui doit voter, comment doivent être comptés les bulletins, etc., sont provisoirement exécutoires, elles doivent d'ailleurs être motivées (D. R. 2 févr. 1852, art. 16; L. 5 avr. 1884, art. 21) (1).

Le président du bureau a la police de l'assemblée et il l'a seul. Nulle force armée ne peut, sans son autorisation, être placée dans la salle des séances ni aux abords, les autorités militaires sont tenues de déférer à ses réquisitions (D. R. 1852, art. 11; L. 5 avr. 1884, art. 18).

— Le bureau de chaque section de vote est composé d'un président, de quatre assesseurs et d'un secrétaire (D. R. 1852, art. 12).

— « Les bureaux de vote sont présidés par le maire, les adjoints, les conseillers municipaux dans l'ordre du tableau et, en cas d'empêchement, par des électeurs désignés par le maire » (L. 1884, art. 17, V. D. R. 1852, art. 13). — Pour les élections municipales « les deux plus âgés et les deux plus jeunes des électeurs présents à l'ouverture de la séance, sachant lire et écrire, remplissent les fonctions d'assesseurs » (L. 1884, art. 19). Pour les autres élections, les assesseurs sont pris suivant l'ordre du tableau parmi les conseillers municipaux sachant lire et écrire; à leur défaut les deux plus âgés et les deux plus jeunes électeurs sachant lire et écrire (D. R. 1852, art. 12 et s.).

« Le secrétaire est désigné par le président et par les assesseurs, dans les délibérations du bureau, il n'a que voix consultative. »

« Trois membres du bureau au moins doivent être présents pendant tout le cours des opérations » (L. 1884, art. 19. V. D. R. 1852, art. 14 et 15).

Du vote. — a) *Qui peut voter* : « Pendant toute la durée des opérations, une copie de la liste des électeurs, certifiée par le maire, contenant les nom, domicile, qualification de chacun des inscrits, reste déposée sur la table autour de laquelle siège le bureau » (L. 1884, art. 22; V. D. R., art. 17).

— « Nul ne peut être admis à voter s'il n'est inscrit sur cette liste. « Toutefois seront admis à voter, quoique non inscrits, les électeurs porteurs d'une décision du juge de paix ordonnant leur inscription, ou d'un arrêt de la Cour de cassation annulant un jugement qui aurait

(1) Mais, d'autre part, le bureau électoral comme les commissions de recensement dont il sera parlé plus loin, fonctionne uniquement pour assurer l'opération matérielle du scrutin, il n'est pas en principe juge de l'éligibilité des candidats (Cons. d'Ét., 27 févr. 1882, *élect. d'Aguessac*, et 23 avr. 1882, *élect. de Quaix*). Cependant la loi du 17 juillet 1889, art. 5, déclarant que les bulletins au nom d'un citoyen dont la candidature est posée en violation de la loi n'entrent pas en compte, il s'ensuit que le bureau doit refuser de compter les bulletins d'un candidat qui a fait une déclaration irrecevable parce qu'il est inéligible, et qu'il devient ainsi juge de l'inéligibilité, mais seulement pour les élections à la Chambre des députés (Affaire Boulanger-Joffrin).

Source : BIU Cujas

prononcé leur radiation » (L. 1884, art. 23; V. D. R. 1852, art. 19). — A l'inverse, tout individu inscrit sur la liste doit être admis au vote à l'exception des personnes suivantes : les détenus; les accusés contumaces; les personnes non interdites, mais retenues en vertu de la loi du 30 juin 1838, dans un établissement public d'aliénés (D. R. 1852, art. 18); les militaires et assimilés de tous grades des armées de terre et de mer quand ils sont présents au corps (V. p. 323)(1).

b) *Opération du vote.* — (D. R. 1852, art. 21-24; L. 1884, art. 25). Elle consiste en ce que les électeurs viennent un à un apporter leur bulletin de vote au bureau, l'opération est consommée pour chaque électeur par la remise de son bulletin fermé au président du bureau (Crim. Cass., 12 janv. 1893).

Comme le vote est secret (L. 30 nov. 1875, art. 5, § 2), le bulletin doit avoir été préparé en dehors de l'assemblée, le papier doit être blanc et sans signes extérieurs (2), il doit être plié. Le bulletin est remis au président; « le président le dépose dans la boîte du scrutin, laquelle doit avoir été fermée à deux serrures dont les clefs restent, une clef entre les mains du président, l'autre entre celles du scrutateur le plus âgé » (D. R. 2 févr. 1852, art. 22, § 2; L. municip., art. 25, al. 4).

Au moment de son vote, le nom de chaque électeur est émargé sur une *liste d'émargement* (3). Ces listes seront ensuite déposées pendant huitaine à la mairie et communiquées à tout électeur requérant (4).

Par un dernier souvenir des assemblées primaires de la Révolution, le décret de 1852 prescrit un appel des électeurs et un réappel (5). Ces formalités, qui supposaient les électeurs assemblés, ne sont plus usitées; les électeurs viennent voter à l'heure qu'il leur plaît. Ils justifient de leur identité par une carte électorale délivrée par la mairie ou par tout autre moyen. Nul électeur ne peut entrer dans le lieu du scrutin s'il est porteur d'armes quelconques (D. R. 1852, art. 20; L. 5 avr. 1884, art. 24; L. 22 juin 1833, art. 38).

Dépouillement du scrutin. — (D. R. 2 févr. 1852, art. 27; L. municip., art. 27). En principe, le dépouillement du scrutin doit avoir lieu immédiatement (6); cependant s'il y a impossibilité, on doit suivre les formalités de l'art. 41 de la loi du 5 mai 1855. Dans les sections où il s'est présenté moins de trois cents votants, les membres du bureau procè-

(1) Si un individu inscrit sur la liste a subi depuis la clôture de celle-ci une condamnation entraînant déchéance, et s'il n'a pas été rayé d'office, il peut voter; mais, d'une part, en votant, il commet un délit (D. O. 1852, art. 32), d'autre part, le juge du contentieux de l'élection pourra annuler son vote.

(2) D. R. 2 févr. 1852, art. 21; L. 5 avr. 1884, art. 25, al. 2.

(3) D. R. 1852, art. 23; L. municip., art. 25 *in fine*.

(4) D. R. 1852, art. 26; L. 30 nov. 1875, art. 5, al. 2.

(5) D. R. 1852, art. 21.

(6) D. R. 1852, art. 27; L. municip., art. 27.

Source : BIU Cujas

dent eux-mêmes au dépouillement(1). Dans celles où il s'en est présenté davantage, le bureau désigne parmi les électeurs présents un certain nombre de *scrutateurs* sachant lire et écrire qui se divisent par tables de quatre au moins(2) disposées de telle sorte que les électeurs puissent circuler alentour(3). Les membres du bureau surveillent.

La boîte du scrutin est ouverte et le nombre des bulletins vérifié. Si ce nombre est plus grand ou moindre que celui des votants, il en est fait mention au procès-verbal. Le président répartit entre les diverses tables les bulletins à vérifier ; à chaque table, l'un des scrutateurs lit chaque bulletin à haute voix, un autre recueille les bulletins, les deux autres inscrivent les noms portés sur les bulletins sur des listes préparées à cet effet(4).Les scrutateurs n'ont pas le droit de statuer sur les bulletins douteux, ce droit appartient au bureau et les scrutateurs n'ont que voix consultative; ils doivent donc provisoirement réserver ces bulletins, il sera statué après le dépouillement(5).

Bulletins irréguliers, deux catégories : 1° Ceux qui *n'entrent pas en compte* pour le calcul des suffrages exprimés, sont dans cette catégorie : les bulletins blancs ou illisibles; ceux ne contenant pas une désignation suffisante ou dans lesquels les votants se font connaître; pour les élections législatives, les bulletins portant le nom des candidats qui ne se sont pas conformés à la loi sur les candidatures multiples ou dont la déclaration était irrecevable (D. R. 1852, art. 30; L. 5 avr. 1884, art. 28; L. 17 juill. 1889, art. 5); 2° Ceux qui *entrent en compte, mais ne sont pas attribués au candidat*, sont dans cette catégorie : les bulletins sur papier de couleur ou portant des signes extérieurs (D. R. 2 févr. 1852, art. 30);

Tous ces bulletins doivent être annexés au procès-verbal. Si un bulletin comprend plus de noms qu'il ne faut, les premiers seuls doivent être comptés (L. municip., art. 28).

Proclamation. — Immédiatement après le dépouillement, le résultat du scrutin est rendu public et les bulletins autres que ceux qui doivent être annexés au procès-verbal, sont brûlés en présence des électeurs (D. R. 1852, art. 31 ; L. 1884, art. 29) (6). Pour les élections municipales cette proclamation du résultat est une décision qui produit immédia-

(1) D. R. 2 févr. 1852, art. 28, al. 2; L. 5 avr. 1884, art. 27 *in fine*.

(2) D. R. 1852, art. 27, al. 4; L. municip., art. 27.

(3) D. R. 1852, art. 29; L. 29 juin 1883, art. 43.

(4) D. R. 1852, art. 27, al. 3 et 5.

(5) Arg. d'art. 16, D. R. 1852 ; L. municip., art. 21.

(6) Pour les collèges divisés en plusieurs sections de vote, le dépouillement du scrutin se fait dans chaque section. Le résultat est immédiatement arrêté et signé par le bureau : il est ensuite porté par le président au bureau de la première section, qui, en présence des présidents des autres sections, opère le recensement général des votes et en proclame le résultat (D. R. art. 32; L. 22 juin 1833, art. 46.

Source : BIU Cujas

tement son effet. Cet effet ne peut être anéanti que si l'opération est annulée par la juridiction chargée du contentieux de l'élection. Pour toutes les autres élections, le résultat de chaque commune n'est qu'un élément de décision pour la commission de recensement qui proclamera le résultat de toute la circonscription.

Procès-verbaux des opérations électorales. — Les procès-verbaux des opérations électorales de chaque commune sont rédigés en double. L'un de ces doubles reste déposé au secrétariat de la mairie, l'autre double est transmis au sous-préfet de l'arrondissement qui le fait parvenir au préfet du département (1). L'administration se charge de faire prendre rapidement ces procès-verbaux pour les élections législatives et communales ; par suite d'une anomalie, pour le conseil général et le conseil d'arrondissement, le procès-verbal doit être porté au chef-lieu du canton par deux membres du bureau (L. 10 août 1871, art. 13). Les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire.

Recensement général des votes. — Le recensement général des votes est une opération qui s'impose dans toutes les élections autres que les élections municipales. En effet, le scrutin étant une opération communale, toutes les fois que la circonscription électorale comprend plusieurs communes, il faut bien centraliser les résultats de toutes les communes.

Pour les élections législatives, le recensement général des votes pour chaque circonscription électorale se fait au chef-lieu du département en séance publique; il est opéré par une commission composée de trois membres du conseil général (2). Le président de la commission proclame le député élu (D. R. 1852, art. 35). Pour le conseil général et le conseil d'arrondissement, le recensement se fait immédiatement au chef-lieu de canton par le bureau de ce chef-lieu ; le résultat est proclamé par le président de ce bureau (3).

La commission de recensement qui fonctionne pour les élections législatives, le bureau électoral du chef-lieu de canton qui fait fonction de commission de recensement pour les élections au conseil général et au conseil d'arrondissement, sont des *autorités administratives temporaires*. La proclamation du résultat faite par eux est une décision qui s'exécute provisoirement, jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur les réclamations formées contre l'élection. Si d'après cette proclamation le premier tour de scrutin n'a pas donné de résultat, il y a lieu de procéder à un second tour, et on y procédera alors même que, en fait, la commission se fût trompée dans ses calculs. A l'inverse, si la commission de recensement proclame élu un candidat, pro-

(1) D. R. art. 33 ; L. municip., art. 29, al. 2.

(2) A Paris, le recensement est fait par une commission composée de trois membres du conseil général désignés par le préfet de la Seine.

(3) L. 10 août 1871, art. 13.

Source : BIU Cujas

visoirement ce candidat bénéficiera de la situation alors même que, en fait, la commission se fût trompée dans ses calculs.

Les pouvoirs de la commission de recensement en matière d'élection législative ne se bornent pas à un calcul numérique des voix, ils vont jusqu'à lui permettre de reviser l'attribution des bulletins irréguliers qui ont dû lui être transmis annexés aux procès-verbaux de chaque commune (Avis Cons. d'Ét., 8 avr. 1886) (1).

N° 3. — *Le contentieux électoral* (2).

Contentieux électoral et vérification des pouvoirs. — L'élection est une opération administrative dont la validité peut être contestée. Seulement, selon les cas, cette validité sera appréciée par deux voies différentes, par la voie contentieuse ou par celle de la vérification des pouvoirs.

La voie contentieuse est le mode ordinaire de contestation des opérations administratives. Elle suppose des réclamations ou recours devant un juge, d'une part, le juge n'examine que les élections qui ont été l'objet de réclamations, d'autre part, l'affaire se déroule devant lui comme un véritable procès. Les élections d'assemblées délibérantes, qui donnent ainsi lieu à un véritable contentieux, sont celles des conseils généraux de département, des conseils d'arrondissement, des conseils municipaux, des conseils généraux des colonies (3).

La voie de la vérification des pouvoirs est réservée aux élections à la Chambre des députés et au Sénat. Le droit de vérification des pouvoirs constitue une prérogative constitutionnelle des deux chambres (4). Il consiste essentiellement en ceci qu'à l'intérieur de chaque Chambre les membres vérifient réciproquement leurs pouvoirs, c'est-à-dire apprécient réciproquement la validité de leurs élections. D'une part, toutes les élections doivent être vérifiées, même celles qui n'ont été l'objet d'aucune protestation; la vérification est, en effet, une précaution que prennent des mandataires qui vont traiter ensemble et qui examinent la valeur de leurs titres; cela remonte historiquement aux réunions des États-Généraux où les députés arrivaient porteurs de véritables procurations. D'autre part, la vérification se fait non point en la forme

(1) Mais ils ne vont pas jusqu'à la rendre juge de l'éligibilité du candidat, car il s'agit uniquement d'accomplir l'opération du calcul des voix. Sauf dans le cas d'incapacité résultant de la violation de la loi sur les candidatures multiples où la commission de recensement a autant de pouvoirs que le bureau de vote (V. p. 340). Le bureau du chef-lieu de canton, faisant fonction de commission de recensement pour les élections au conseil général et au conseil d'arrondissement, doit logiquement avoir les mêmes pouvoirs bien qu'une circulaire ministérielle ne lui reconnaisse que le droit de vérification numérique (Circ. Int., 10 juill. 1886).

(2) *Bibliographie :* Laferrière, *Juridiction administrative*, 2e édit., t. II, p. 321 et s.; E. Pierre, *Traité de droit politique*, 1893, p. 353 et s.

(3) L. 10 août 1871, art. 16 modifié par la loi du 31 juill. 1875; L. 5 avr. 1884, art. 38.

(4) V. L. C. 16 juill. 1875, art. 10.

Source : BIU Cujas

d'un procès, mais suivant une procédure parlementaire établie par le règlement intérieur de chaque chambre (V. Règlement du Sénat du 10 juin 1876, art. 8 à 10 inclus. — Règlement de la Chambre des députés du 16 juin 1876, art. 4 à 7). — En fait, le système de la vérification des pouvoirs tend à se rapprocher de celui du contentieux, parce que les élections contestées sont seules examinées. Pour celles qui n'ont été l'objet d'aucune contestation, la vérification est devenue une simple formalité. C'est un contentieux porté devant un tribunal politique (1); la théorie générale du contentieux électoral, dont nous allons esquisser les règles, s'appliquera dès lors aussi bien aux élections à la Chambre des députés et au Sénat qu'aux autres élections.

Théorie générale du contentieux électoral. — Il y a lieu de se préoccuper des vices qui peuvent entacher l'élection, des limites de la compétence du juge, des pouvoirs du juge, de la procédure.

A. *Des vices de l'élection.* — Il faut distinguer l'opération de l'élection et celle du calcul des voix. L'opération de l'élection comprend tout ce qui a pu influer sur la manifestation de volonté des électeurs ; l'opération du calcul des voix, étant postérieure à l'élection, ne peut avoir aucune influence sur cette manifestation de volonté.

a) *Élection.* — L'opération de l'élection est un véritable contrat solennel, on y retrouve tous les éléments des contrats de ce genre, la capacité des parties, le consentement, les formes.

1° L'élément de *capacité* doit s'apprécier dans l'élu et dans les électeurs. Dans l'élu, l'incapacité résulte soit de l'inéligibilité, soit de l'absence des conditions d'exercice du droit, telles que l'attache à la circonscription par le domicile, ou par le paiement d'une contribution. Dans les électeurs, l'incapacité résulte soit de la perte de la jouissance du droit de vote, soit du fait qu'on n'est pas inscrit sur la liste, soit du fait que,

(1) Il est possible qu'au point de vue constitutionnel, le système de la vérification des pouvoirs soit actuellement une nécessité. Nous ne possédons pas d'ailleurs, dans notre organisation juridictionnelle, de cour assez haute pour qu'on lui confie le contentieux de l'élection des Chambres. Mais un moment viendra peut-être où l'on organisera des juridictions plus indépendantes et ayant une portée constitutionnelle. Ce jour-là, le système de la vérification des pouvoirs aura vécu, car au point de vue du droit, il est inférieur à celui du contentieux ; il permet à la majorité d'abuser de sa force au détriment de la minorité (L'Angleterre, L. 12 juin 1868 et L. 15 août 1879, certains États d'Amérique, le Japon, la Hongrie, ont déjà renoncé au système de la vérification des pouvoirs).

En attendant : 1° il faut bien se garder d'étendre le système de la vérification des pouvoirs aux assemblées délibérantes inférieures; la loi du 10 août 1871, art. 16, avait commis cette faute en accordant la vérification des pouvoirs aux conseils généraux des départements, c'était un recul au lieu d'un progrès, on s'en aperçut bien vite; la loi du 31 juillet 1875 réorganisa un contentieux qui fut confié au Conseil d'État; 2° les Chambres ont le devoir de se considérer comme un véritable tribunal, d'assimiler autant que possible leur vérification des pouvoirs à un contentieux et, bien qu'elles soient souveraines, de se conformer aux règles du droit.

Source : BIU Cujas

tout en étant inscrit, on ne peut pas voter (militaires présents au corps). Bien entendu, l'incapacité de tel ou tel votant n'a d'intérêt que si l'annulation du vote peut modifier la majorité, car il s'agit de savoir s'il y a une majorité de capables ;

2° L'élément de *consentement* doit être apprécié au point de vue de la liberté et de la sincérité du vote, de sorte que le juge doit tenir compte des faits de pression (violence), de manœuvres électorales (dol, erreur), de corruption. Il n'est pas nécessaire d'établir que ces faits ont en réalité déterminé des votes, la preuve serait difficile à administrer, il suffit qu'ils aient été de nature à en déterminer. D'autre part, il faut qu'ils aient été assez graves pour modifier la majorité (Cfr. Cons. d'Ét., 12 mai 1893, S. 95. 3. 17 et la note) ;

3° L'élément de *formes* comprend une grande quantité d'actes, l'acte de convocation des électeurs, la durée de la période électorale, la formation du bureau électoral, l'ouverture et la fermeture du scrutin, etc., tous les actes qui, de près ou de loin, servent à préparer ou à réaliser la manifestation de volonté des électeurs. Ces formes ne sont essentielles qu'en tant qu'elles importent à la liberté et à la sincérité du vote et, d'un autre côté, il n'y a intérêt à examiner la régularité de l'opération que si l'irrégularité a été de nature à influer sur le résultat du scrutin, c'est-à-dire si la majorité est faible (C. É., 28 janv. 1899, *élect. du Blanc* ; 3 juill. 1896, *élect. de Bagnères de Bigorre*). Si l'on se montrait trop sévère, peu d'élections échapperaient à l'annulation (Cf. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 344).

b) *Calcul des voix.* — Tous les actes qui sont uniquement relatifs au calcul des voix, proclamation du bureau électoral, proclamation de la commission de rencensement, ne font plus à proprement parler partie de l'élection ; ils ne peuvent avoir une influence sur le vote puisque le vote est terminé. Ils pourront être annulés ou réformés, mais pour une toute autre raison, parce qu'ils sont matériellement inexacts. Cela a son importance au point de vue des pouvoirs du juge.

B. *Des limites de la compétence du juge.* — Le juge de l'élection est indépendant, voilà le principe, il apprécie librement tous les éléments de l'opération ; il a le devoir de tenir compte de tous les faits, même des plus lointains, de telle sorte que le contentieux des élections est des plus compréhensifs. Ainsi, à propos d'élections municipales contestées, le juge a le devoir de tenir compte de ce fait qu'un sectionnement électoral, opéré au préalable par le conseil général, est dénoncé comme illégal ; cela peut entraîner la nullité de l'élection (1). De même, le juge a

(1) Cons. d'Ét., 23 nov. 1889, *élections d'Ardres* ; 19 juin 1893, *élections de Puech* ; — en conséquence, le Conseil d'État déclare non recevable le recours pour excès de pouvoir directement formé devant lui contre un sectionnement électoral irrégulier, parce qu'on peut obtenir justice en faisant annuler l'élection (Cons. d'Ét., 27 juin 1884, *Luchetti* ; 8 août 1888, *Gapail*) (V. p. 288).

Source : BIU Cujas

le devoir de tenir compte de la capacité des électeurs inscrits sur la liste électorale ; il peut constater qu'un individu régulièrement inscrit sur la liste n'avait cependant pas le droit de voter, par exemple, parce que depuis il avait subi une condamnation. Cependant il doit respecter la compétence de certaines autres juridictions. Il se présente à cet égard des questions intéressantes, en matière d'éligibilité des candidats et de capacité des électeurs :

1° En matière d'éligibilité, le juge de l'élection peut constater la capacité électorale alors même que le candidat ne serait pas inscrit sur la liste électorale, il n'empiète pas sur le contentieux de la liste électorale, car sa décision ne conférera point le droit de vote (Cons. d'Ét., 15 mars 1878, *élection de Moyenneville ;* 26 nov. 1892, *élection de Rougemontot*) (1) ;

2° En matière de capacité des électeurs, en principe, le juge de l'élection est lié par les énonciations de la liste électorale, c'est-à-dire qu'il ne peut pas retrancher les votes d'individus inscrits sous le prétexte qu'ils seraient indûment inscrits. Mais à ce principe il y a des exceptions : *a*) le juge a le droit de retrancher le vote d'individus qui, aux termes de la loi elle-même, ne doivent pas voter quoiqu'inscrits ; tels sont les militaires en activité de services, les citoyens inscrits sur plusieurs listes électorales, les condamnés qui n'ont pas été rayés, etc. (2) ; *b*) le juge de l'élection a le droit de déclarer *indûment inscrits* sur la liste électorale des électeurs qui n'y auraient été inscrits qu'en vertu d'une *manœuvre électorale* (Jurisprudence parlementaire, Cons. d'Ét., 9 déc. 1893, *Élection de Paris, faubourg Montmartre*).

C. *Des pouvoirs du juge.* — Il faut distinguer, suivant que les vices entachent l'opération de l'élection considérée comme manifestation de la volonté des électeurs, ou seulement l'opération matérielle du calcul des voix : 1° Dans le premier cas, le juge n'a qu'un pouvoir d'annulation. Ainsi, s'il y a incapacité de l'élu ou bien faits de pression, le juge ne peut que casser l'élection, il ne pourrait point proclamer élu un autre candidat ; 2° en ce qui concerne l'opération du calcul des voix, le juge a un pouvoir de réformation, en ce sens qu'il peut réformer les décisions des autorités administratives qui ont proclamé les résultats du scrutin, si ces décisions sont erronées (3).

(1) En tant que l'éligibilité dépend de questions d'état, de domicile, de nationalité, de parenté, d'interdiction, de faillite, de dation d'un conseil judiciaire, de condamnation pénale douteuse, le juge de l'élection doit renvoyer l'examen de la difficulté au tribunal judiciaire à titre de question préjudicielle (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 338).

(2) Il n'en serait pas de même d'après M. Laferrière (*op. cit.*, t. II, p. 332) des mineurs, des étrangers, des personnes non domiciliées dans la commune, indûment inscrits « parce qu'aucune disposition de loi ne leur défend de voter et ne contredit à « leur égard la présomption de capacité qui résulte de leur inscription sur la liste ».

(3) Il faut cependant distinguer les hypothèses : — *a*) La commission de recensement avait proclamé élu X..., alors que, vérification faite, c'est Y... qui a la majorité ; le juge réformera la décision et proclamera élu Y... — *b*) La commission de recensement avait

Source : BIU Cujas

Cette différence de pouvoirs, tantôt d'annulation, tantôt de réformation, s'explique facilement. Dans l'hypothèse où l'opération du calcul des voix seule est viciée, la volonté des électeurs reste certaine, ce sont de pures opérations administratives qui avaient été mal faites, il est naturel qu'elles soient refaites. Au contraire, toutes les fois que le vice touche à l'élection même, le juge ne peut substituer sa décision à celle du corps électoral, il ne peut que provoquer une nouvelle consultation. On sait bien que la volonté des électeurs a été viciée, mais on ne sait pas ce qu'elle eût été si elle n'eût pas été viciée.

D. *De la procédure.* — Des réclamations doivent être formées, elles sont portées devant certaines juridictions et jugées suivant certaines formes :

a) *Des réclamations électorales.* — Le droit de former une réclamation appartient : 1° à tous les électeurs de la circonscription (1); 2° aux candidats; 3° aux membres de l'assemblée élue, sauf pour les élections au conseil d'arrondissement (2); 4° au Gouvernement représenté soit par le préfet, soit par le ministre ou même par un délégué spécial pour les élections législatives. La réclamation gouvernementale ne peut s'appuyer que sur l'inobservation des formes et conditions légales (3). Les réclamations ou protestations peuvent être formées au moment même du vote, et alors elles sont inscrites au procès-verbal du scrutin (4), elles peuvent aussi être formées après coup. Pour les élections législatives il n'y a point de délai, elles peuvent être formées tant qu'il n'a pas été statué. Pour les élections au conseil général, délai de dix jours, le préfet a un délai de vingt jours depuis le moment où il a reçu les procès-verbaux (5). Pour les élections au conseil d'arrondissement, délai de cinq jours (6), le préfet a quinze jours depuis la réception des procès-verbaux (7). Pour les élections au conseil municipal, mêmes délais (8). —

déclaré qu'il n'y avait pas élection au premier tour et fait procéder à un second tour, alors qu'en réalité il y avait élection au premier tour; le juge annulera le second tour de scrutin et proclamera élu le candidat qui avait obtenu la majorité au premier tour. — *c*) La commission de recensement avait déclaré à tort qu'il y avait élection au premier tour; le juge annulera complètement l'élection, il ne se bornera pas à prescrire un second tour; en effet, le second tour de scrutin n'a de sens que s'il suit à une courte distance le premier tour, or, ici, à raison des lenteurs de la procédure, il s'est forcément écoulé un long intervalle (C. d'Ét., 25 oct. 1878; 9 nov. 1883).

(1) L. 10 août 1871, art. 15, modifié par la loi du 31 juill. 1875, al. 1; L. municip., art. 37, al. 1.

(2) L. 22 juin 1833, art. 51.

(3) L. 10 août 1871, art. 15 *in fine*, modifié par la loi du 31 juill. 1875; L. municip., art. 37, al. 3; D. R. 2 févr. 1852, art. 16; L. 22 juin 1833, art. 51.

(4) L. municip., art. 31 et 37.

(5) L. 10 août 1871, art. 15 modifié par la loi du 31 juill. 1875.

(6) L. 22 juin 1833, art. 51.

(7) L. 22 juin 1833, art. 50.

(8) L. 5 avr. 1884, art. 37.

Source : BIU Cujas

Les réclamations sont affranchies du timbre et de l'enregistrement, il n'y a aucune forme imposée, elles doivent être seulement signées, il n'est pas nécessaire que la signature soit légalisée.

b) *Des juridictions compétentes.* — Pour les élections au conseil général du département, la juridiction compétente est le Conseil d'État en premier et en dernier ressort (L. 31 juill. 1875). Pour les élections au conseil d'arrondissement, c'est le conseil de préfecture avec appel au Conseil d'État dans le délai de deux mois (L. 22 juin 1833, art. 50-54; L. 22 juill. 1889, art. 57). Pour les élections au Conseil municipal, c'est également le conseil de préfecture avec appel au conseil d'État dans le délai d'un mois (L. 5 avr. 1884, art. 37 et s.). Pour les élections aux conseils généraux des colonies et aux conseils municipaux des communes coloniales, c'est le conseil du contentieux de la colonie avec appel au Conseil d'État (1).

Formes de procédure. — Pour les conseils généraux, voir la loi du 31 juillet 1875. — Pour les conseils d'arrondissement, voir la loi du 22 juin 1833, art. 50-54. — Pour les élections municipales, voir la loi du 5 avril 1884, art. 37 et suiv. — Le caractère général de ces procèdures est que l'affaire se juge d'urgence et sans frais (2).

Observation. — C'est un principe universellement admis que *l'exercice provisoire demeure à ceux dont l'élection est attaquée* (L. 15-27 mars 1792, art. 9). En conséquence, les membres des assemblées dont l'élection est contestée, doivent être convoqués aux sessions, prendre part aux délibérations, toucher l'indemnité s'il y en a une.

Appendice. — Les crimes et délits électoraux (D. O. 2 févr. 1852) (3).

(1) Pour les élections aux conseils de prud'hommes, le conseil de préfecture, L. 1er juin 1853; pour les élections des délégués à la sécurité des ouvriers mineurs, le conseil de préfecture, L. 8 juill. 1890; pour les élections des délégués à la caisse de secours des mineurs, le juge de paix, L. 29 juin 1894, etc...

(2) L. 10 août 1871, art. 16, modifié par la loi du 31 juill. 1875; L. 22 juin 1833, art. 53; L. 5 avr. 1884, art. 40, al. 6. On trouvera une théorie générale du contentieux électoral au point de vue de la procédure, dans M. Laferrière, *Juridict. adm.*, II, p. 349 et s.

(3) Ces crimes et délits sont relatifs : 1° aux inscriptions frauduleuses sur la liste électorale (D. O. 1852, art. 31; L. 7 juill. 1874, art. 6); 2° à l'exercice illégal du droit de vote (D. O. 1852, art. 23, 33, 34); 3° à la violation des collèges ou des urnes (D. O. 1852, art. 37, 41, 45-46, 47); 4° aux soustractions, additions, altérations de bulletins (D. O. 1852, art. 35-36); 5° à la corruption ou à la contrainte électorale (D. O. 1852, art. 38, 39; L. 2 août 1875, art. 19; L. 30 nov. 1875, art. 3; L. 30 mars 1902); 6° aux fausses nouvelles, manœuvres et diffamations (D. O. 1852, art. 40; L. 29 juill. 1881, art. 27).

Les crimes et délits électoraux donnent lieu à une action publique et à une action civile qui peut être mise en mouvement par tous les électeurs de la circonscription (L. 15 mars 1849, art. 123); action publique et action civile sont prescrites par trois mois à partir du jour de la proclamation du résultat de l'élection, même en cas de crime (D. O. 1852, art. 50).

Les condamnations prononcées en matière électorale ne portent pas atteinte à l'indé-

Source : BIU Cujas

Article III. — Exercice du mandat électif. — Théorie générale des assemblées délibérantes administratives.

Les représentants investis d'un mandat électif sont des membres d'assemblées délibérantes. L'exercice de leur mandat les conduit à constituer ces assemblées et à prendre part à leurs travaux, c'est donc la théorie générale des assemblées délibérantes administratives qui doit être faite ici. Elle sera construite avec les règles communes au Sénat, à la Chambre des députés, aux conseils généraux des départements, aux conseils d'arrondissement, aux conseils municipaux, aux conseils généraux des colonies (1).

Définition. — Caractères. — Les assemblées délibérantes sont des autorités administratives composées de plusieurs membres élus dont la fonction est de prendre des délibérations à la majorité des voix.

Les assemblées délibérantes ont une sorte de personnalité morale. Les Chambres législatives ont une dotation en propriété (Cfr. note dans Sirey, 1899. 3. 145 sous C. É. *Jolly*) ; les conseils généraux et les conseils municipaux sont admis à ester en justice devant le Conseil d'État (Cons. d'Ét., 8 août 1872, *Laget ;* L. 5 avr. 1884, art. 67). Cette personnalité assure aux assemblées délibérantes une existence continue; elles ne siègent point d'une façon permanente, mais, même quand elles ne sont pas en session, l'administration quotidienne est faite sous leur influence (Instr. de l'Ass. nat., 8 janv. 1790). Cette personnalité est la conséquence naturelle de ce fait, que les assemblées délibérantes ont une volonté déterminée par la majorité des voix, lorsque la majorité est forte et disciplinée, cette volonté apparaît avec des caractères très marqués.

A. *L'organisation des assemblées délibérantes.* — Le nombre des membres dont une assemblée délibérante doit être composée est fixé par la loi. En général, il est en rapport avec la population de la circonscription électorale représentée (2). Selon que les communes sont plus ou moins peuplées, elles ont plus ou moins de conseillers municipaux (3). Il n'en est pas de même pour les conseillers généraux, leur nombre n'est pas directement en rapport avec le chiffre de la population du département, il dépend du nombre des cantons; chaque canton n'élit qu'un seul conseiller, quelle que soit sa population (4).

Les assemblées délibérantes sont nommées pour un certain intervalle de temps, en général assez court, après lequel elles doivent être renou-

pendance du juge du contentieux de l'élection et ne le forcent point à annuler l'élection (V. sur ces points, E. Pierre, *Le droit politique*, p. 261).

(1) Bien entendu, chaque assemblée délibérante sera étudiée de nouveau à sa place.

(2) L. 9 déc. 1884, art. 1er, pour le Sénat; L. 13 févr. 1889, art. 2 et 3, pour la Chambre des députés.

(3) L. 5 avr. 1884, art. 10.

(4) L. 10 août 1871, art. 4.

Source : BIU Cujas

velées. Les unes sont renouvelées intégralement, comme la Chambre des députés et les conseils municipaux (1) ; les autres par séries, comme le Sénat où il y a trois séries renouvelables de trois en trois ans ; comme les conseils généraux et les conseils d'arrondissement où il y a deux séries renouvelables également de trois en trois ans (2) (3).

Les membres d'une assemblée peuvent être indéfiniment réélus à cette même assemblée (L. 10 août 1871, art. 21).

En principe, une assemblée délibérante doit toujours être au complet. Si donc, il se produit quelque vide par suite du décès ou de la démission de quelque membre ou de quelque autre cause, il doit être procédé dans la circonscription dont le représentant a disparu, à une élection complémentaire, à moins que l'on ne soit à la veille d'un renouvellement intégral ou du renouvellement d'une série (V. *Règles particulières à chaque assemblée*) (4).

Toutes les assemblées délibérantes autres que le Sénat peuvent être dissoutes par le pouvoir exécutif : la Chambre par un décret appuyé d'un vote du Sénat (5), les conseils généraux, les conseils d'arrondissement, les conseils municipaux par des décrets individuels rendus avec des formalités diverses (6). La loi prescrit des délais pour les élections nouvelles (7).

B. *Le fonctionnement des assemblées délibérantes.* — I. *Des sessions.* — Les assemblées délibérantes ont des *sessions*, pendant lesquelles elles tiennent des *séances* consacrées à des *délibérations*.

La session est un certain intervalle de temps pendant lequel une assemblée peut légalement tenir des séances. Toutes les assemblées ont ainsi des sessions, attendu qu'aucune ne siège en permanence à l'inverse des organes exécutifs qui eux fonctionnent en permanence.

(1) L. 30 nov. 1875, art. 15 ; L. 5 avr. 1884, art. 41.

(2) L. 9 déc. 1884, art. 7 ; L. 10 août 1871, art. 21.

(3) Le renouvellement par série assure davantage la permanence de l'assemblée ; on peut dire que le Sénat est toujours le même ou du moins se modifie très lentement, tandis qu'une Chambre nouvellement élue peut ne pas ressembler à sa devancière. Le renouvellement intégral assure mieux la représentation de l'opinion. Au fond, il est bon que les deux systèmes soient employés concurremment.

(4) V. pour le Sénat, L. 2 août 1875, art. 22, modifié par la loi du 9 déc. 1884 ; pour la Chambre des députés, L. 30 nov. 1875, art. 16 et L. 16 juin 1885, art. 7 ; pour le conseil général, L. 10 août 1871, art. 22. Par exception au principe, on ne procède à des élections complémentaires pour le conseil municipal, que lorsqu'il manque le quart des conseillers, ou même, si l'on se trouve dans les six mois qui précèdent le renouvellement intégral, lorsqu'il en manque plus de la moitié (L. 5 avr. 1884, art 42), à moins qu'il n'y ait à élire un maire ou un adjoint, etc.

(5) L. const. 25, 28 févr. 1875, art. 5.

(6) L. 10 août 1871, art. 35, 36 : L. 5 avr. 1884, art. 43. Ces décrets doivent être individuels, il ne saurait y avoir par voie de mesure générale dissolution de tous les conseils généraux ou de tous les conseils municipaux de France. L. 10 août 1871, art. 36, § 3 ; L. 5 avril 1884, art. 49 pr. : « un conseil municipal. »

(7) V. les textes cités, notes 1 et 2 ; L. 5 avr. 1884, art. 45.

Source : BIU Cujas

On distingue des sessions ordinaires et des sessions extraordinaires. Les sessions *ordinaires* se reproduisent tous les ans à des époques déterminées par la loi. La session ordinaire des Chambres commence le second mardi de janvier (1). Les conseils généraux ont deux sessions ordinaires, l'une qui s'ouvre le premier lundi qui suit le 15 août, l'autre le second lundi qui suit le jour de Pâques (2); les conseils d'arrondissement ont une session unique en août (3). Les conseils municipaux ont quatre sessions ordinaires, en février, mai, août, novembre (4). Si l'une de ces sessions est retardée par les événements, elle ne cesse pas pour cela d'avoir le caractère de session ordinaire (Cons. d'Ét., 5 avr. 1895, *commune de Milianah*). La durée de ces sessions ordinaires est en général fixée. Pour celle de la Chambre, il y a un minimum, cinq mois au moins (5); pour les autres assemblées délibérantes, un maximum ; pour le conseil général, la session d'août ne doit pas excéder un mois, la session d'avril quinze jours (6). Les sessions des conseils municipaux ne doivent pas non plus, en principe, excéder quinze jours ; exceptionnellement, la session où est discuté le budget peut durer six semaines (7); les conseils généraux doivent discuter le budget et les comptes à la session d'août, les conseils municipaux à la session de mai.

Il peut y avoir autant de sessions *extraordinaires* que les besoins l'exigent. Ces sessions sont provoquées par le Gouvernement, ou bien dues à l'initiative de l'assemblée elle-même. Les Chambres, les conseils généraux et les conseils municipaux peuvent en effet se réunir spontanément, sous certaines conditions fixées par la loi et avec obligation d'avertir le Gouvernement (8). Par exception, les conseils d'arrondissement ne peuvent pas se réunir spontanément (L. 22 juin 1833, art. 27). Pour les assemblées locales, la différence entre la session ordinaire et la session extraordinaire est que dans la session ordinaire les assemblées sont maîtresses de leur ordre du jour, tandis que dans la session extraordinaire elles ne peuvent délibérer que sur l'objet pour lequel elles ont été convoquées (9).

Lorsque l'ouverture de la session est fixée à une date déterminée par la loi, il n'y a point d'acte de convocation. Il en est besoin lorsque la

(1) L. const. 16, 18 juillet 1875, art. 1.
(2) L. 10 août 1871, art. 23.
(3) L. 10 mai 1838, art. 39.
(4) L. 5 avr. 1884, art. 46.
(5) L. const. 16, 18 juill. 1875, art. 1, al. 2.
(6) L. 10 août 1871, art. 23, *in fine*.
(7) L. 5 avr. 1884, art. 46.
(8) V. L. const., 16-18 juill. 1875, art. 2 ; L. 10 août 1871, art. 24; L. 5 avr. 1884, art. 47; il faut en principe demande écrite de la majorité des membres en exercice; pour le conseil général, demande écrite des deux tiers.
(9) Quant aux Chambres législatives, elles sont toujours maîtresses de leur ordre du jour.

Source : BIU Cujas

date n'est pas fixée, notamment pour les sessions extraordinaires. Les Chambres sont convoquées par décret; les conseils généraux également lorsque la convocation émane de l'initiative de l'assemblée (1); les conseils d'arrondissement par arrêté du préfet. Les conseils municipaux sont convoqués par le maire, mais non pas par arrêté, par lettres individuelles adressées à chaque conseiller, trois jours francs au moins avant celui de la réunion (Art. 48, loi municip.).

La clôture de la session des Chambres est prononcée par décret (2). Pour toutes les autres assemblées, c'est le président de l'assemblée qui la prononce; au reste, les réunions seraient illégales si elles se prolongeaient au delà du délai maximum.

Le chef de l'État peut ajourner les Chambres par décret en cas de conflit; l'ajournement ne peut excéder le terme d'un mois, ni avoir lieu plus de deux fois dans la même session (L. const. 16 juill. 1875, art. 2). Cet ajournement interrompt la session (3). Les autres assemblées électives ne sont pas ajournées car le Gouvernement a un droit plus fort, il peut suspendre ou dissoudre le corps lui-même, ce qui entraîne évidemment ajournement de la session. Les assemblées ont le droit d'ajourner elles-mêmes leurs séances à l'intérieur de la session.

II. *Des séances. — Les séances sont les réunions des membres de l'assemblée tenues en vue de délibérer.* Elles doivent être tenues en session régulière en un certain lieu, il y faut la présence d'un certain *quorum*, un bureau qui dirige, l'observation d'une certaine procédure :

1° *Lieu de la séance.* — Toutes les assemblées délibérantes ont un siège légal. Depuis la loi du 22 juillet 1879, le siège des deux Chambres est à Paris, le Palais-Bourbon est affecté à la Chambre des députés, le Palais du Luxembourg au Sénat; néanmoins chacune des deux Chambres demeure maîtresse de fixer, dans la ville de Paris, le palais qu'elle veut occuper. — Le siège du conseil général est une des salles de l'hôtel de la préfecture. — Celui du conseil d'arrondissement, une des salles de l'hôtel de la sous-préfecture. — Le siège du conseil municipal, une des salles de la maison commune, ou tout au moins une chambre commune bâtie ou louée à cet effet. Cependant, la loi gardant le silence, la réunion peut avoir lieu dans une maison particulière, s'il n'y a point de chambre commune. Mais il est indispensable que ce soit au chef-lieu de la commune (C. É., 9 déc. 1898, *Saint-Léger des Fourches*).

2° *Du nombre de membres présents nécessaire pour qu'une assemblée puisse valablement délibérer.* — La règle est à peu près la même pour

(1) L. 10 août 1871, art. 24.

(2) L. const. 16 juill. 1875, art. 2, al. 1.

(3) Il ne faut pas confondre cet ajournement avec celui que les Chambres peuvent décider elles-mêmes et qui ne consiste qu'en une interruption des séances. Un ajournement semblable est de tradition à Pâques, pendant la session des conseils généraux. Comme la Chambre reste libre de se réunir, la session n'est pas interrompue.

Source : BIU Cujas

toutes les assemblées; il doit y avoir en séance plus de la moitié des membres. C'est ce qu'on appelle le *quorum*. Mais sur quel nombre total calcule-t-on cette majorité? Dans les deux Chambres, et pour les conseils généraux et d'arrondissement, on prend pour point de départ le nombre légal des sièges; peu importe que dans le moment il y ait des sièges non pourvus (1). Pour les conseils municipaux, la règle est différente, on calcule sur les membres *en exercice* (L. 5 avr. 1884, art. 50) (2).

Il fallait prévoir le cas où, par négligence ou par abstention systématique de certains membres, les assemblées ne se réuniraient pas en nombre; leur travail devait-il être indéfiniment empêché? Des dispositions ont été prises pour la plupart des assemblées, elles se ramènent à ceci qu'après une convocation à une nouvelle séance le *quorum* n'est plus nécessaire (3).

3° *Du bureau.* — Les assemblées délibérantes ont besoin d'un organe de direction. En principe, c'est un bureau composé d'un président, d'un ou plusieurs vice-présidents, d'un ou plusieurs secrétaires, quelquefois de questeurs, comme à la Chambre et au Sénat. Ce bureau est élu par les assemblées elles-mêmes, annuellement à la première séance de l'année.

A la Chambre des députés et au Sénat, le bureau est élu dès le début

(1) L. 10 août 1871, art. 30; Règlement de la Chambre, art. 95; Règlement du Sénat, art. 60.

(2) Cette modification était nécessaire; les conseils municipaux ne sont pas complétés à chaque vacance, il n'y a lieu à élection complémentaire que lorsqu'il manque le quart des conseillers; dans ces conditions, un conseil réduit n'aurait pu que très difficilement satisfaire à la règle du *quorum* telle qu'elle est posée pour les autres assemblées. Il faut même admettre qu'un conseil municipal peut valablement délibérer lorsqu'il y a en séance plus de la moitié des membres en exercice, alors même que le conseil est réduit au-dessous des trois quarts ou de la moitié, suivant les distinctions de l'art. 42, loi municipale (Cons. d'Ét., 31 déc. 1878, *Guillouet*).

(3) Pour la Chambre des députés et pour le Sénat, l'absence des membres en séance n'a pas souvent d'inconvénient, par suite de l'habitude qui s'est établie et qui est considérée comme un droit, de voter par mandataire. On ne s'aperçoit que le *quorum* n'est pas atteint, que lorsqu'il y a demande de scrutin public à la tribune par appel nominal. Alors, le lendemain, le vote est valable quel que soit le nombre des présents (Règl. Ch. dép., art. 95; Sénat, art. 60).

Pour les conseils généraux, une loi a été votée le 31 mars 1886 : 1° Si, au jour fixé par la loi ou le décret de convocation, le conseil n'est pas en nombre, la session sera renvoyée de plein droit au lundi suivant; une convocation spéciale sera faite d'urgence par le préfet; la durée légale de la session courra à partir du jour fixé pour la seconde réunion. Les délibérations alors seront valables, quel que soit le nombre des membres présents; 2° Lorsqu'en cours de session à une séance il n'y aura pas le *quorum*, la délibération sera renvoyée, quel que soit le nombre des votants. Dans les deux cas, les noms des absents seront inscrits au procès-verbal (V. L. 10 août 1871, art. 30 al. 2 ajouté par la loi de 1886). Un avis C. É., 18 mars 1897, décide que ces deux dispositions ne peuvent pas être appliquées cumulativement dans la même session, mais il est critiqué dans la *Rev. d'adm.*, 97, III, 173.

Pour les conseils municipaux, l'art. 50 de la loi municipale dispose ainsi : quand après deux convocations successives à trois jours au moins d'intervalle et dûment cons

Source : BIU Cujas

de la session ordinaire en janvier (1). Et même quand, à la suite de l'élection d'une Chambre nouvelle, il y a eu élection d'un bureau, celui-ci n'est que provisoire (Régl., Sén., art. 3; Règl., Ch. dép., art. 2). Pour les conseils généraux, c'est à l'ouverture de la session d'août, qui est considérée comme la première session de l'année (L. 10 août 1871, art. 25). Pour les conseils d'arrondissement, au début de la session annuelle unique (L. 27 juill. 1870) (2).

Le président de l'assemblée dirige les débats, veille à la police de la séance, à la sûreté intérieure et extérieure de l'assemblée (3). Les présidents de la Chambre des députés et du Sénat ont le droit de réquisition directe de la force armée (L. 22 juill. 1879, art. 5). Le président du conseil général ne l'a pas, il doit s'adresser au préfet (Av. Cons. d'Ét., 3 déc. 1874). Le maire l'a comme maire, mais non comme président du conseil municipal.

4° *Ordre du tableau.* — Il n'y a pas d'ordre particulier établi entre les membres d'une assemblée en principe, ils se classent d'après les partis politiques. Mais, pour le conseil municipal, il y a un ordre spécial, l'ordre du tableau qui sert dans diverses circonstances. L'ordre du tableau est déterminé : 1° par la date la plus ancienne des nominations; 2° entre conseillers élus le même jour, par le plus grand nombre de suffrages obtenus; 3° à égalité de date et de voix, par la priorité d'âge (L. municip., art. 49).

5° *Procédure des séances. Règlements.* — La procédure des séances est en partie réglée par la loi, en partie par le règlement intérieur de chaque assemblée. Toute assemblée délibérante a le droit de se faire un règlement intérieur. La Chambre des députés et le Sénat ont le leur (16 juin 1876, et 10 août 1876). Les conseils généraux doivent en avoir

tatées, le conseil municipal ne s'est pas réuni en nombre suffisant, la délibération prise après la troisième convocation sera valable, quel que soit le nombre des membres présents.

Ces dispositions, prises pour assurer le *quorum* ou remédier à son absence, sont de droit étroit et ne sauraient être étendues aux autres assemblées.

(1) Règlement du Sénat, art. 1 à 5; Règlement de la Chambre, art. 10.

(2) Les conseils municipaux sont encore ici un peu à part, ils ont un bureau composé d'un président et d'un ou plusieurs secrétaires, mais le président n'est pas élu, si ce n'est dans une hypothèse très exceptionnelle, dans les séances où les comptes d'administration du maire sont discutés (L. 5 avr. 1884, art. 52); à l'ordinaire, le conseil municipal est présidé par le maire ou, à son défaut, par les adjoints dans l'ordre des nominations, et, à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau (art. 52 et 84). La séance dans laquelle il est procédé à l'élection du maire est présidée par le plus âgé. Au début de chaque session et pour sa durée, le conseil municipal nomme un ou plusieurs de ses membres pour remplir les fonctions de secrétaires. Il peut leur adjoindre des auxiliaires pris en dehors de ses membres, qui assisteront aux séances, mais sans participer aux délibérations (art. 53).

(3) L. 10 août 1871, art. 29; L. municip., art. 55; Règlement de la Chambre art. 97; Règlement du Sénat, art. 29.

Source : BIU Cujas

un (L. 10 août 1871, art. 26). Il est facultatif pour les conseils d'arrondissement (L 23 juill. 1870), et aussi pour les conseils municipaux (1).

6° *Publicité des séances.* — Les séances de certaines assemblées délibérantes sont publiques (2). En certain cas, le huis-clos peut être prononcé. Pour les Chambres législatives la publicité remonte à la Révolution. Pour les conseils généraux elle avait été établie une première fois par le décret du 3 juillet 1848, puis supprimée, elle a été rétablie par la loi de 1871, art. 28. Pour les conseils municipaux, elle a été établie seulement par la loi de 1884. Cette publicité des séances doit être considérée comme d'exception; elle n'existe point sans texte, par conséquent, elle n'existe ni pour les conseils d'arrondissement, ni pour les commissions départementales, ni pour les commissions administratives d'établissements charitables, ni pour les conseils de fabrique, etc.

7° *Immunités de délibération.* — Les membres des assemblées délibérantes, en traitant les questions d'intérêt général, sont appelés à formuler au sein même de l'assemblée, sur des tiers, des opinions qui peuvent être jugées injurieuses ou diffamatoires. La séance d'une assemblée délibérante, au moins quand elle est publique, ou bien quand le compte rendu est publié par les journaux, donne à ces opinions exprimées le caractère de publicité qui les fait tomber sous le coup de la loi sur la presse. Faut-il admettre que, dans l'intérêt de la liberté des discussions et de la bonne gestion des intérêts généraux, il n'y aura pas délit ?

Pour les assemblées législatives, le principe est posé, il n'y a point délit et cela constitue l'*immunité parlementaire* : « Aucun membre des deux Chambres ne peut être poursuivi et recherché à l'occasion des opinions ou des votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions » (L. const. 16 juill. 1875, art. 13). Cette disposition est complétée par l'art. 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui déclare non susceptibles d'ouvrir une action en justice « les discours tenus dans le sein des deux Chambres, ainsi que les rapports et toutes autres pièces imprimées par l'ordre de l'une des deux Chambres ». Mais ce principe ne s'étend pas aux autres assemblées délibérantes. Les membres des conseils généraux, des conseils d'arrondissement, des conseils municipaux (3) sont responsables de leurs propos et de leurs votes injurieux ou diffamatoires. Cette responsabilité est poursuivie devant les tribunaux judiciaires suivant le

(1) La violation du règlement de l'assemblée ne donne pas ouverture à recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi et des règlements (V. p. 295).

(2) Chambre, L. const. 16-18 juill. 1875, art. 5 ; L. 10 août 1871, art. 28 ; L. municip., art. 54.

(3) Pour les membres des conseils municipaux, la question avait fait doute à cause du recours spécial qui existe devant le préfet; elle est tranchée aujourd'hui (Trib. confl., 13 déc. 1879, *Anduze*).

Source : BIU Cujas

droit commun, mais le conflit pourra être élevé par le préfet s'il y a lieu (V. p. 256).

Pour les actes des conseillers municipaux, il existe en outre un recours devant le préfet, aux termes de l'art. 60 de la loi du 14 décembre 1789. Le préfet peut censurer la délibération diffamatoire, prescrire une réunion du conseil municipal où la censure sera lue, la faire inscrire en marge de la délibération censurée (C. É., 1er mars 1895, *Cardinal Langénieux*).

Ordre du jour. — L'ordre du jour est de tradition dans toutes les assemblées délibérantes. C'est la liste arrêtée à l'avance des questions qui doivent être traitées dans une séance. L'ordre du jour est en général fixé par l'assemblée elle-même (Régl. Sén., art. 46, Règl. Ch., art. 111). Rappelons que les assemblées locales ne sont maîtresses de leur ordre du jour que dans les sessions ordinaires (V. p. 352).

9° *Procès-verbal.* — Il doit être dressé procès-verbal de toute séance d'une assemblée délibérante. Ce procès-verbal est dressé par les soins du bureau, il est adopté par l'assemblée dans la séance suivante, avec des rectifications s'il y a lieu; il est signé du président et des secrétaires(1). Par exception, ceux du conseil municipal sont signés de tous les membres présents à la séance(2). Le procès-verbal est à la disposition des électeurs et contribuables qui peuvent en prendre connaissance sur place, en prendre copie et la publier(3); les procès-verbaux du conseil général sont publiés en volumes, ceux des conseils municipaux sont transcrits sur un registre de la mairie(4).

III. *Des délibérations*(5). — *La délibération est l'acte par lequel une assemblée délibérante prend une résolution à la majorité des voix sur un objet d'administration.* Cette résolution peut être ou une décision exécutoire ou une nomination ou une simple manifestation d'opinion (avis, vœu, réclamation). — Il y a lieu de se préoccuper de la préparation et du vote des délibérations et de leur caractère juridique.

1° *De la préparation des délibérations.* — Les affaires sur lesquelles il

(1) L. 10 août 1871, art. 32, al. 1; Règlement de la Chambre, art. 98; Règlement du Sénat, art. 30.

(2) L. 5 avr, 1884, art. 57.

(3) L. 10 août 1871, art. 32, al. 2; L. municip., art. 58.

(4) De plus, des comptes rendus sont publiés. Les comptes rendus *in extenso* des séances des Chambres sont publiés au *Journal officiel*. Un compte rendu sommaire et officiel de chaque séance du conseil général est tenu à la disposition des journaux du département dans les quarante-huit heures (L. 1871, art. 31, § 1). Un compte rendu de chaque séance du conseil municipal est dans la huitaine affiché par extraits à la porte de la mairie (L. 1884, art. 56). Les conseils d'arrondissement n'ont pas de compte rendu.

(5) D. 24-27 juin 1790, art. 1er. « Nul corps administratif ne pourra employer dans l'intitulé et dans le dispositif de ses délibérations l'expression de décret consacré aux actes du corps législatif, il doit employer le terme de *délibération* ».

Source : BIU Cujas

doit être pris des délibérations arrivent en général préparées aux assemblées délibérantes; l'instruction préparatoire appartient à l'organe exécutif, mais il faut songer : 1° Qu'il y a des affaires soumises directement à l'assemblée par l'initiative de ses membres, et qui ne passent point par le préliminaire de l'instruction par l'organe exécutif, à moins que l'assemblée ne les y renvoie par une décision formelle. Les conseils généraux de département, seuls, sont tenus de renvoyer au préfet pour l'instruction de toutes les affaires (L. 10 août 1871, art. 3) (1); 2° que, même pour les affaires instruites, il faut une étude préparatoire au sein de l'assemblée, ne fût-ce que pour prendre connaissance du dossier; elle se fait en général par des commissions d'étude qui présentent un rapport et formulent des propositions de résolution (2).

2° *Du vote des délibérations.* — Le vote est précédé d'une discussion orale, sauf pour les nominations. On passe au vote lorsque la discussion est close, il se fait sur des propositions de résolution qui sont mises aux voix par le président.

(1) Cette obligation a été étendue aux conseils généraux des colonies, D. en C. É., 25 nov. 1897, *Rev. adm.*, 97, t. III, p. 419; C. É., 23 nov. 1900, *Sieur Jean.*

(2) *Commissions d'étude.* — On s'est aperçu depuis longtemps que l'étude préparatoire d'une affaire ne peut pas être faite avec fruit par une assemblée nombreuse. On ne peut pas commodément mettre les documents à la disposition de tous les membres, la discussion devient confuse, etc. De là, l'idée très ancienne dans le régime parlementaire, des commissions. Une commission est une petite assemblée délibérante, constituée au sein de la grande assemblée, de membres élus par celle-ci; la commission étudie l'affaire et fait un rapport. Le système des commissions est aujourd'hui commun à toutes les assemblées délibérantes, même aux conseils municipaux (L. 5 avr. 1884, art. 59).

On conçoit deux espèces de commissions : 1° des commissions temporaires nommées pour une affaire déterminée ; 2° des commissions permanentes nommées avec compétence pour toute une catégorie d'affaires, commissions des travaux publics, des douanes, etc. Aux Chambres législatives, le système adopté est celui des commissions temporaires ce qui, au point de vue constitutionnel, semble prudent. Les assemblées risqueraient en effet d'être tyranisées par quelques-unes de leurs commissions, si celles-ci étaient permanentes; l'exemple de la Convention est bon à méditer. Les conseils municipaux ne peuvent pas nommer de commissions permanentes, leurs commissions ne peuvent en effet être saisies que de questions soumises au conseil (L. munic., art. 59; Av. minist. Int., 24 févr. 1892). En principe, les commissions peuvent siéger dans l'intervalle des sessions; il en est ainsi pour les Chambres législatives et pour les conseils municipaux (art. 59). On s'accorde généralement à reconnaître qu'il n'en est pas de même pour les commissions du conseil général, lequel est déjà représenté dans l'intersession par sa commission départementale (D. 31 mai 1880, avis ministériel, 29 avr. 1899, *Rev. adm.*, 99, t. II, p. 327).

Division des Chambres en bureaux. — Les commissions sont en général nommées directement par un vote de tous les membres de l'assemblée délibérante, mais à la Chambre des députés et au Sénat il y a une organisation spéciale. Les Chambres sont d'une façon permanente divisées en bureaux, et ce sont ces bureaux qui nomment les commissions à raison d'un, deux, trois, quatre ou cinq membres par bureau. Règlement du Sénat, art. 11 et 17; Règlement de la Chambre, art. 3, 12, 20. La Chambre compte onze bureaux, le Sénat neuf; ces bureaux sont tirés au sort par le président de chaque Chambre en séance publique, au commencement de la séance d'ouverture, et renouvelés de la

Source : BIU Cujas

Il y a lieu d'établir entre les diverses propositions un ordre de priorité qui est d'ordinaire le suivant : 1° la proposition due à un membre de l'assemblée; 2° la proposition de la commission; 3° celle de l'organe exécutif (Cfr. Pierre, *Droit politique*, p. 938). Les propositions mises aux voix doivent être éminemment simples, toutes les fois qu'une proposition est divisible, la division est de droit (1). — Des modifications à la proposition peuvent être présentées sous forme d'amendements écrits déposés au bureau (2), tous les membres ont actuellement dans toutes les assemblées le droit d'amendement. Les amendements sont mis aux voix avant la proposition principale (3).

Le vote a lieu de trois façons : par assis et levé, au scrutin public, au scrutin secret, sauf à la Chambre des députés où le scrutin secret a été supprimé par une résolution du 2 février 1885 et n'est plus employé que pour les nominations (4). — Les décisions sont prises dans toutes les assemblées à la majorité absolue des suffrages exprimés, c'est-à-dire lorsqu'il y a dans un sens plus de la moitié des voix. Lorsqu'il y a pointage, et toutes les fois que le scrutin n'est pas secret, la voix du président est prépondérante (5). Les abstentions ne comptent pas comme suffrages exprimés, de sorte qu'un vote peut être décidé par un très petit nombre de suffrages. Rigoureusement, il suffit de deux suffrages exprimés dans le même sens, à la condition, bien entendu,

même manière chaque mois. Les bureaux une fois constitués, nomment chacun leur président et leur secrétaire. L'existence des bureaux a une conséquence très importante, elle assure la participation de la minorité au travail d'examen préalable, les bureaux étant composés au hasard du tirage, certains peuvent contenir en majorité des représentants de la minorité de l'assemblée. En revanche elle a l'inconvénient d'écarter les spécialistes de la préparation des lois. V. art. de M. Lebon, *Revue politique et parlementaire*, 1894.

(1) Règlement du Sénat, art. 63; Règlement de la Chambre, art. 93.

(2) Règlement du Sénat, art. 68; Règlement de la Chambre, art. 51.

(3) Règlement du Sénat, art. 62; Règlement de la Chambre, art. 92.

(4) Aux Chambres, le scrutin public se fait, en principe, par bulletin pris sur place, par bulletin à la tribune avec appel nominal, lorsqu'un certain nombre de membres le demandent. — Au conseil général, les votes sont recueillis au scrutin public, toutes les fois que le sixième des membres présents le demande, néanmoins, les votes sur les nominations ont toujours lieu au scrutin secret (L. 1871, art. 30, §§ 2 et 3). — Au conseil municipal, le vote a lieu au scrutin public sur la demande du quart des membres présents; les noms des votants, avec la désignation de leurs votes, sont insérés au procès-verbal. Il est voté au scrutin secret toutes les fois que le tiers des membres présents le réclame, ou qu'il s'agit de procéder à une nomination ou présentation. Dans ces derniers cas, après deux tours de scrutin secret, si aucun des candidats n'a obtenu la majorité absolue, il est procédé à un troisième tour de scrutin, et l'élection a lieu à la majorité relative; à égalité de voix, l'élection est acquise au plus âgé (L. 5 avr. 1884, art. 51).

(5) L. 10 août 1871, art. 30, al. 4; L. municip., art. 51. Il n'appartient pas au président du conseil municipal de donner ou d'ôter à son vote le caractère de prépondérance que la loi y attache en cas de partage (Av. Cons. d'Ét., 18 janv. 1894).

Source : BIU Cujas

que l'assemblée soit malgré cela en nombre pour délibérer (Cfr. p. 338) (1).

3° *Du caractère juridique et de la validité des délibérations.* — Toute délibération est un acte juridique, il faut bien comprendre en quel sens. C'est une *forme* qui a une valeur juridique indépendante de son contenu, telle fut en droit romain la *stipulatio*. Peu importe qu'une délibération ne contienne qu'un simple avis ou qu'un simple vœu, elle est alors un acte juridique aussi bien que lorsqu'elle contient une décision produisant effet de droit, parce qu'elle est soumise à des conditions juridiques de fond et de forme, parce qu'elle devient en soi exécutoire et parce qu'elle peut être annulée juridiquement; c'est ainsi que sont annulées les délibérations des conseils généraux contenant des vœux politiques par application de l'art. 51, § 3, L. 10 août 1871. C'est en ce sens un acte plus *solennel* que les *arrêtés* ou les *décrets* dans lesquels on ne peut pas dire que la forme soit séparable du contenu et qui ne se conçoivent point d'ailleurs sans une décision (2).

Il y aurait toute une théorie à faire sur la force exécutoire, sur la validité des délibérations et sur les voies de nullité qui peuvent être dirigées contre elles. Comment et jusqu'à quel point sont sanctionnées les règles sur les sessions, les séances, le *quorum*, les modes de scrutin? Jusqu'à quel point est assuré le respect des lois dans les diverses phases de cette procédure (3)?

La délibération est un acte doué d'une force exécutoire très particulière qui se fait sentir dans les rapports de l'organe délibérant et de l'organe exécutif; la délibération tend à s'imposer à l'organe exécutif, mais à ce point de vue sa force exécutoire est susceptible de degrés, il faut distinguer trois hypothèses : 1° l'assemblée délibérante

(1) Il n'est pas nécessaire que le nombre des suffrages obtenus par une opinion soit égal au quart des membres en exercice.

(2) Cela revient à dire que la délibération est un acte juridique alors même qu'elle ne produit pas d'effet de droit et que, même dans le cas où elle contient décision produisant effet de droit, c'est-à-dire acte d'administration, il importe de ne pas la confondre avec l'acte d'administration qu'elle contient (V. *infrà*, les conséquences).

(3) Nous avions ébauché cette théorie dans la deuxième édition de notre *Précis*, p. 206 et s., 265 et s., 341 et s., 387 et s., et dans un article du *Répertoire du droit administratif*, v° *Décentralisation* n°s 59 et s., 98 et s., 111 et s.; elle a été reprise et développée par M. G. Jèze, dans d'excellents articles sur *le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes*, publiés dans la *Revue générale d'administration*, 1895, t. II, p. 401; t. III, p. 31 et 154.

Il convient d'écarter de cette théorie les diverses délibérations des Chambres législatives, alors même qu'elles contiendraient au fond des actes d'administration (lois d'affaires, lois d'intérêt local), parce que les lois ne sont pas susceptibles d'annulation. En fait, c'est avec les textes relatifs aux assemblées locales, conseils généraux et conseils municipaux, que la théorie doit être construite, sauf à l'étendre par analogie aux délibérations des conseils ou commissions administratives d'établissement publics, tels que conseils de fabrique ou établissements charitables ou hospitaliers.

Source : BIU Cujas

est simplement consultée par l'organe exécutif qui n'est pas tenu de suivre son avis; 2° l'organe exécutif est obligé d'obtenir l'avis conforme de l'assemblée délibérante pour les mesures dont il a pris l'initiative, le pouvoir de décision est partagé et l'assemblée délibérante dont l'assentiment doit être obtenu devient déjà une demi-autorité; c'est la délibération proprement dite, car il est de la nature de la délibération, opération réfléchie d'essence supérieure, que l'avis délibéré soit obligatoire; 3° l'assemblée qui délibère prend à elle seule la résolution, elle la rend exécutoire, sauf à ne pas l'exécuter elle-même, elle devient une autorité complète. Ces trois modes d'activité de l'organe délibérant (délibération consultative, délibération proprement dite, délibération règlementaire), se sont réalisés successivement en ce siècle pour les assemblées départementales et communales qui avaient à se prononcer sur les affaires locales de concert avec l'administration centrale (1).

Dans les deux premières situations, la question de la validité des délibérations n'a aucune importance juridique, elle reste une pure affaire administrative qui se règle dans les bureaux (2). Mais dans la troisième situation, avec les délibérations réglementaires qui doivent devenir exécutoires par elle-mêmes, la question change d'aspect; l'administration centrale, n'ayant plus d'approbation à donner, ne peut plus faire recommencer la délibération; quel procédé va-t-on employer pour assurer le contrôle au point de vue de la régularité? — Remarquons que la question est d'importance majeure à l'heure actuelle, car il résulte des dernières lois départementale et communale que le droit commun des déli-

(1) Ainsi, jusqu'à la loi du 10 mai 1838, les conseils généraux de département n'eurent que des attributions consultatives; la loi de 1838 leur accorda des attributions délibératives pour une certaine liste d'affaires départementales qui désormais ne purent être réglées que par le concert de l'autorité centrale et du conseil général; la loi du 18 juill. 1866 leur conféra pour la première fois des pouvoirs de décision réglementaire pour quelques affaires; enfin la loi du 10 août 1871, art. 48, fit des délibérations réglementaires le droit commun, en les assujettissant il est vrai à un contrôle de tutelle énergique qui porte non seulement sur la légalité, mais sur l'opportunité.

Les conseils municipaux eurent dès le début des pouvoirs plus étendus que les conseils généraux; il est d'ailleurs dans la tradition française d'accorder plus d'autonomie à la commune qu'au département. Ils eurent dès le commencement du siècle des attributions délibératives pour certaines affaires; la loi du 18 juill. 1837 leur reconnut le droit de prendre des délibérations réglementaires dans quatre cas; la loi du 24 juill. 1867 augmenta le nombre de ces délibérations réglementaires et enfin la loi du 5 avr. 1884, art. 61 et s., en fit le droit commun, en les assujettissant à un contrôle de tutelle plus modéré que celui qui pèse sur les délibérations des conseils généraux, parce qu'il n'est qu'un contrôle de légalité.

(2) Dans le cas de délibération consultative, l'Administration centrale peut demander à l'assemblée locale une seconde délibération si la première n'est pas régulière; il en est de même dans le cas de délibération proprement dite, puisque les deux autorités en présence ne peuvent rien l'une sans l'autre, l'Administration centrale retournera à l'assemblée locale les délibérations que celle-ci lui envoie pour qu'elle s'y conforme ou pour qu'elle les approuve, jusqu'à ce que la délibération soit parfaitement régulière.

Source : BIU Cujas

bérations des assemblées locales est la délibération réglementaire (L. 10 août 1871, art. 48; L. 5 avr. 1884, art. 61).

Deux procédés sont employés qui tous les deux sont juridiques :

1° Le premier consiste à retarder l'effet exécutoire de la délibération en introduisant un délai pendant lequel la délibération, quoique parfaite comme œuvre de l'autorité locale, ne s'exécute pas encore, et pendant lequel l'administration centrale l'examine ; elle a le pouvoir de l'annuler ou de la suspendre avec des procédures variées, non seulement en cas d'illégalité, mais même, parfois, pour simple inopportunité administrative de la mesure (1) ;

2° Ce premier procédé ne serait pas suffisant, on a enfermé l'examen de l'administration centrale dans des délais trop courts. Un second procédé s'est introduit à côté du premier en même temps que lui, dès la loi municipale du 21 mars 1831, c'est la nullité juridique *pour illégalité*. Puisque la délibération est un acte juridique astreint à des conditions légales et que c'est d'ailleurs un acte *solennel*, il est naturel que l'absence des conditions requises frappe cette délibération d'une nullité qui pourra être, soit proposée devant un juge par les intéressés, soit opposée par eux à titre d'exception. Voilà l'idée. Restait à organiser des voies de nullité, car on sait qu'elles ne se suppléent pas. Il en fut organisé d'abord dans deux cas, celui de délibérations d'un conseil municipal ou d'un conseil général sur des objets hors de leur compétence, et celui de délibérations prises par ces deux conseils hors de leurs sessions légales (2) ; ces deux cas ont toujours persisté à travers les lois successives et se retrouvent dans les lois actuelles (3). Mais il reste bien d'autres cas d'illégalité. La loi du 5 avril 1884 a réalisé un progrès remarquable, elle a organisé une nullité pour toute violation de la loi ou d'un règlement

(1) Cela se rapproche de l'ancien pouvoir qu'avait l'administration centrale de faire recommencer la délibération irrégulière, car bien entendu, une fois la délibération annulée il faudra la recommencer ; mais cependant cela est très différent et plus respectueux de l'indépendance de l'assemblée locale ; d'abord il y a des délais très courts, obligation pour l'Administration supérieure de se hâter dans son examen (vingt jours ou trois mois pour certaines délibérations du conseil général — un mois pour les délibérations du conseil municipal (Art. 47, 49, L. 10 août 1871; art. 68 *in fine*, L. 5 avr. 1884), ensuite il y a pour la plupart des délibérations, limitation des cas dans lesquels elles peuvent être annulées. Elles ne peuvent l'être le plus souvent que pour cause déterminée (V. sur ce point, p. 237); enfin des formes sont introduites pour l'annulation qui se rapprochent des formes juridictionnelles, l'affaire ne se traite plus uniquement dans les bureaux de la préfecture ou du ministère ; si le préfet annule les délibérations réglementaires des conseils municipaux c'est en conseil de préfecture, L. 5 avr. 1884, art. 65 et 66; si les délibérations des conseils généraux sont annulées ou suspendues, c'est tantôt par décret motivé du chef de l'État (L. 10 août 1871, art. 49); tantôt même par décret en Conseil d'État sur recours du préfet (L. 10 août 1871, art. 47).

(2) L. 21 mars 1831, art. 28 et 29; L. 22 juin 1833, art. 14 et 15.

(3) L. 10 août 1871, art. 33 et 34; L. 5 avr. 1884, art. 63.

Source : BIU Cujas

d'administration publique, nullité qui est absolue : d'abord elle est proposable ou opposable, c'est-à-dire qu'elle peut être invoquée par voie d'action ou d'exception, par voie d'action elle est portée devant le préfet en conseil de préfecture avec recours au Conseil d'État contre la décision du préfet *en la forme du recours pour excès de pouvoir;* ensuite elle n'est enfermée dans aucun délai, elle peut être invoquée à toute époque ; enfin elle peut être invoquée par toute partie intéressée ou prononcée d'office par le préfet (art. 63 et 65). On ne saurait imaginer de nullité plus absolue (1). Une nullité aussi générale et aussi absolue n'a point été organisée par la loi du 10 août 1871 pour les délibérations des conseils généraux, cette loi en est restée aux deux seuls cas d'incompétence et de session illégale organisés en 1833 (2) (3).

D. *Condition personnelle des membres des assemblées délibérantes.* — En dehors des fonctions qu'ils remplissent comme prenant part aux sessions des assemblées électorales dont ils sont membres, les représentants ont quelques attributions personnelles (4).

(1) C'est cette voie de nullité que le Conseil d'État a accordée au simple contribuable par la décision *Casanova* du 29 mars 1901. — Nous ne parlons pas ici de la nullité relative des art. 64 et 66, établie pour le cas tout spécial où un conseiller intéressé à l'affaire a pris part à la délibération.

(2) On ne peut point suppléer la nullité générale, au moins en tant qu'elle serait proposée par voie d'action, puisque l'action n'est pas créée. Cons. d'Ét., 23 mars 1880, *Conseil général de la Côte-d'Or.* — V. *Les conseils généraux*, Berger-Levrault, éditeur, t. II, p. 222 et s.; et Jèze, article précité, *Rev. d'administration*, 1895, t. III, p. 40. Mais ne peut-on pas dès maintenant opposer la nullité de la délibération par voie d'exception ? Nous penchons pour l'affirmative. Les nullités n'ont besoin d'être organisées expressément que s'il s'agit de les faire valoir par voie d'action; par voie d'exception elles existent de droit dans le cas d'illégalité, car toutes les lois administratives sont d'ordre public. Cela semble être le sentiment du Conseil d'État, d'après une décision relative à une délibération irrégulière de conseil municipal, prise sous l'empire des lois antérieures à celles de 1884 qui n'avaient point organisé de nullité générale (Cons. d'Ét., 24 févr. 1893, *Commune d'Orches*).

(3) Lorsque la délibération contient décision exécutoire, c'est-à-dire acte d'Administration, la nullité de la décision peut être poursuivie indépendamment de celle de la délibération, notamment par la voie de l'excès de pouvoir (V. art. 88, L. 10 août 1871); mais il faut observer qu'à raison de la fin de non recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle, le recours pour excès de pouvoir disparaît toutes les fois que l'on a en même temps à sa disposition l'action en nullité contre la délibération, car faire tomber la délibération dans laquelle est contenu l'acte, c'est du même coup faire tomber l'acte. C'est ainsi qu'il a été décidé que contre les délibérations du conseil municipal qui peuvent être attaquées par la voie de la nullité des art. 63 et s., L. 5 avr. 1884, le recours pour excès de pouvoir ne peut plus être intenté directement (Cons. d'Ét., 1er avr. 1898, *Pillon de Saint-Philbert*).

(4) 1° Les députés et sénateurs ont le droit de prendre part aux élections sénatoriales dans leur département; ils ont l'aptitude à être nommés ministres ; ils peuvent faire partie de certaines commissions ou de certains comités de surveillance où leur présence est exigée par la loi : par exemple, la commission du contrôle des ordonnateurs, la commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations, qui comprend deux sénateurs et deux députés élus par leurs collègues (L. 6 août 1876), etc. ;

Source : BIU Cujas

Il est bon de noter aussi qu'ils sont protégés dans l'exercice de leurs fonctions, contre les outrages et les actes de violence par les art. 224 à 230 du Code pénal, contre la diffamation et l'injure par les art. 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881.

Enfin les événements qui mettent fin à leur mandat sont : la mort, l'expiration de la durée normale du mandat, la dissolution de l'assemblée, l'acceptation de fonctions incompatibles avec le mandat, la déchéance, enfin la démission volontaire ou forcée (1).

2° Les conseillers généraux ont le droit de prendre part aux élections sénatoriales dans leur département (L. 9 déc. 1884, art. 6) ; ils peuvent être appelés à suppléer des conseillers de préfecture (Arr. 19 fruct. an IV), ou le sous-préfet (Ord. 29 mars 1821) ; deux membres du conseil général doivent faire partie du conseil académique (L. 17 févr. 1880, art. 9) ; quatre membres doivent faire partie du conseil départemental de l'instruction primaire (L. 30 oct. 1886, art. 44) ; un membre doit faire partie du conseil de revision dans chaque canton ; deux membres font partie des comités départementaux relatifs à la protection des enfants en bas âge (L. 23 déc. 1874) des membres font partie du comité d'hygiène départemental et des commissions sanitaires instituées par la loi du 15 février 1902 etc., etc. ;

3° Les conseillers d'arrondissement ont le droit de prendre part aux élections sénatoriales ; ils peuvent remplacer le sous-préfet (Ord. 29 mars 1821) ; un membre fait partie du conseil de revision ;

4° Les conseillers municipaux peuvent faire partie des commissions administratives de certains établissements publics, tels qu'hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance et des commissions de surveillance de certains établissements d'utilité publique, tels que les monts-de-piété ; ils font partie des commissions administratives chargées de reviser les listes électorales ; ils peuvent être chargés de présider un bureau de vote, etc.

(1) *Démission volontaire.* — Tout représentant élu peut toujours donner sa démission. A la Chambre des députés et au Sénat, les démissions sont adressées au président. Au conseil général, elles sont adressées au président du conseil ou à celui de la commission départementale, qui doit immédiatement avertir le préfet. (L. 10 août 1871, art. 20). Au conseil municipal, elles sont adressées au préfet. La démission doit être acceptée par l'autorité à qui elle est adressée ; il peut se faire en effet qu'il y ait lieu de la refuser, et de prononcer à la place une déchéance ou une invalidation. Les démissions des conseillers municipaux sont censé acceptées lorsque le préfet a envoyé un accusé de réception, ou bien, à défaut, un mois après un nouvel envoi de la démission constaté par lettre recommandée (L. 1884, art. 60).

Démission forcée. — La démission forcée ne s'applique pas dans les Chambres législatives (remplacée par la déchéance). Au conseil général, elle est tantôt un moyen de faire respecter les règles sur l'inéligibilité et sur les incompatibilités, sur la perte du droit de suffrage, le tout survenant après l'élection, alors elle est prononcée par le conseil général lui-même (L. 1871, art. 18) ; tantôt une sanction de l'obligation d'assister aux séances soit du conseil général, soit de la commission départementale, alors elle est déclarée par le conseil ou la commission (art. 19 et 74) ; tantôt une sanction du refus d'accomplir une fonction dévolue par la loi, alors elle est prononcée par le Conseil d'État (L. 7 juin 1873). Au conseil d'arrondissement elle est une sanction de l'obligation d'assister aux séances (L. 22 juin 1833, art. 7), et une sanction du refus d'accomplir une fonction dévolue par la loi, dans ce cas elle est prononcée par le Conseil d'État (L. 7 juin 1873).

Au conseil municipal, elle est une sanction des règles sur l'exclusion et l'incompatibilité (art. 36), de l'obligation d'assister aux sessions (art. 60), dans ces cas elle est prononcée par le préfet avec recours au conseil de préfecture et au Conseil d'État, et une

Source : BIU Cujas

§ 3. La hiérarchie.

Le mandat hiérarchique ou mandat de fonctionnaire se distingue du mandat électif, en ce qu'il est conféré non pas par une élection du souverain, mais par la nomination émanant d'une autorité déjà constituée. Le fonctionnaire est donc en rapport, non pas avec des électeurs, mais avec des supérieurs hiérarchiques; en principe d'ailleurs il n'est pas un organe administratif, mais un simple préposé (V. p. 308).

L'étude du mandat de fonctionnaire implique forcément celle de la hiérarchie. Tous les fonctionnaires nommés ont un chef hiérarchique qui a sur eux le pouvoir hiérarchique; dans les administrations les plus humbles il y a hiérarchie dès qu'il existe des fonctionnaires nommés, fût-ce les employés de bureaux d'un hôpital, fût-ce le piéton d'une commune rurale.

Le pouvoir hiérarchique s'analyse en une autorité absolue du chef sur le subordonné au point de vue de ce qui intéresse l'exécution de la fonction; le chef donne des instructions à son subordonné et celui-ci doit les suivre à la lettre(1). Le chef fait ainsi exécuter par ses subordonnés des actes qu'il n'accomplirait pas lui-même, soit parce qu'il n'en aurait pas le loisir, soit parce que l'effort lui en paraîtrait trop pénible, le ressort de la hiérarchie repose en partie sur ce fait d'ordre psychologique *qu'on exige des autres plus que de soi-même.*

A un point de vue plus savant, le pouvoir hiérarchique se décompose en les éléments suivants : 1° la *procuration d'action*, c'est-à-dire le fait d'actionner les subordonnés en leur détaillant les instructions; 2° le *contrôle hiérarchique* sur les actes accomplis par eux (V. p. 233); 3° le *pouvoir disciplinaire* sur la personne des subordonnés (V. *infrà*, *Fonctions publiques*) : 4° *l'avancement hiérarchique* qui permet aux agents subalternes de s'élever eux-mêmes dans les degrés de la hiérarchie.

Quant au fonctionnaire subordonné, il a ou il n'a pas *une délégation de la puissance publique* suivant la nature de la fonction dont il est chargé et suivant qu'elle lui donne ou non autorité sur le public; il a ou il n'a pas un *ministère de service public* et cela est important à savoir au point de vue de la diffamation et de l'outrage dont il peut être victime, des violences qui peuvent être exercées contre lui et de la rébellion qu'on peut lui opposer (2).

sanction du refus d'accomplir une fonction dévolue par la loi, dans ce cas elle est prononcée par le Conseil d'État (L. 7 juin 1873).

(1) L'obéissance passive due par le subordonné à son chef hiérarchique cesse-t-elle si celui-ci lui demande de commettre des fautes de droit commun? On prétend généralement que le fonctionnaire est couvert par le supérieur hiérarchique et que celui-là seul est responsable (Chantegrellet et Pichat, *Rép.*, Béquet, v° *Fonctionnaire*, n° 255; Cfr. art. 114 C. pén.; Cass., 25 juin 1836, P. 37. 1. 14).

(2) Pour la rébellion, V. art. 209 et s. C. pén.; pour les outrages, V. art. 222 et s. C. pén.; pour les diffamations et injures, V. L. 29 juillet 1881 art. 26, 29, 31, 33, § I, 35

Source : BIU Cujas

Il a ou il n'a pas des pouvoirs propres dans l'accomplissement de sa fonction. Le principe est l'absence de pouvoirs propres, alors le fonctionnaire est entièrement sous l'autorité de son chef. Exceptionnellement, la loi peut lui conférer des pouvoirs propres pour l'exercice desquels il n'est plus sous l'autorité du chef, mais sous son contrôle. C'est la situation actuelle des Préfets, ils ont reçu des pouvoirs propres (notamment par les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861), ils sont, pour l'exercice de ces pouvoirs, sous le contrôle du ministre, en dehors de ces cas, sous son autorité.

Pour la situation personnelle des fonctionnaires, V. *infrà*, *fonctions publiques*.

La hiérarchie et les cadres régionaux dans l'administration de l'État. — Dans l'administration de l'État, la hiérarchie prend une importance considérable, à raison du grand nombre des agents et à raison de ce fait qu'étant disséminés sur de grandes étendues de territoire (1), ils doivent être organisés en des cadres régionaux qui, superposés les uns aux autres, constituent des degrés.

Les agents d'exécution qui dépendent du pouvoir central sont rattachés aux différents ministères, ils sont fort nombreux, il est besoin d'intermédiaires entre le ministre et eux. Le ministre ne peut pas correspondre directement avec tous pour plusieurs raisons : *a*) parce que ces agents étant trop nombreux, le ministre ne pourrait pas arriver à les connaître individuellement et qu'il faut cependant qu'un subalterne soit connu individuellement de ses chefs; *b*) parce qu'il faudrait leur donner des instructions très détaillées et que le ministre n'en aurait pas le loisir. De là la nécessité des *cadres régionaux* (2). Entre les agents d'exécution

etc...; pour les violences, V. art. 228 et s., 262 et s., C. pén. — La qualité du fonctionnaire doit être appréciée spécialement à chacun de ces délits. Cfr. *Répert.* Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaire*, n°s 326 et s.; et sur le sens de l'expression *citoyen investi d'un ministère de service public* important en matière de diffamation, note de M. Roux dans Sirey 1897, I, 473.

(1) Il y a, en effet, des services d'État qui doivent pénétrer dans toutes les communes, par exemple le service de l'instruction primaire, la perception des impôts directs, etc. Il faut bien que l'instituteur réside dans la commune, que le percepteur réside à proximité de la commune. Beaucoup d'autres services doivent être tout au moins à portée des habitants de chaque commune, par conséquent les agents doivent être placés dans des centres bien choisis avec une circonscription dans laquelle ils auront compétence, c'est ainsi qu'il y a un juge de paix dans chaque canton, etc.

(2) L'idée de la hiérarchie n'est pas nécessairement liée aux cadres régionaux, par exemple la hiérarchie militaire en est jusqu'à un certain point indépendante. Cependant, en principe, elle y est liée et c'est grâce à ce principe que nous n'avons pas un corps de mandarins; autrement dit la hiérarchie est liée au poste. Quelques-uns des cadres régionaux se confondent avec la circonscription du département; par exemple, il y a dans chaque département un directeur des contributions directes, un des contributions indirectes, et ces directeurs sont des chefs de service. Mais un certain nombre de ces cadres régionaux sont bien plus vastes que le département, et au contraire en contiennent plusieurs dans leur sein. Tels sont les ressorts des corps d'armée, des cours

Source : BIU Cujas

et le ministre, s'étagent un certain nombre de fonctionnaires qui constituent les cadres. Un premier fonctionnaire dirige tous les agents subalternes d'un même service dans une même région, ce fonctionnaire, avec ses collègues du même rang, est dirigé à son tour par un fonctionnaire supérieur qui a compétence dans une région plus étendue, et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'on arrive à un fonctionnaire régional qui soit directement en rapport avec le ministre et qu'on appelle *chef de service* (1). C'est ainsi, par exemple, que dans l'instruction primaire, les instituteurs de tout un département sont dirigés par l'inspecteur d'académie, que tous les inspecteurs de l'académie sont à leur tour dirigés par le recteur, lequel est directement en rapport avec le ministre de l'instruction publique. Chacun des fonctionnaires interposés dans la hiérarchie connaît personnellement ses subordonnés immédiats et leur détaille les instructions; c'est un réservoir d'énergie qui permet à l'impulsion gouvernementale d'arriver entière jusqu'en bas.

La hiérarchie des agents de l'État s'arrête au ministre qui en est le chef (2) ; il y a donc autant de hiérarchies que de ministères, et même, en réalité, beaucoup plus, car il y en a autant que de services distincts dans les ministères (services qui constituent les *directions* des ministères, ainsi au ministère des finances, direction des contributions directes, des contributions indirectes, des douanes, de l'enregistrement, du mouvement général des fonds, etc...), dès lors, la hiérarchie est une organisation *polycéphale*, le Chef de l'État est en dehors de la hiérarchie (3).

Section II. — La différenciation des administrations publiques. Centralisation et décentralisation (4).

L'organisation administrative n'est pas seulement soumise à l'action du suffrage populaire qui influe sur le mode de nomination des organes, elle obéit encore à d'autres forces qui tendent à multiplier ou à restreindre ces organes, à les assujettir à une forte discipline ou au con-

d'appel, des académies, des archevêchés, des directions régionales des postes. Les commandants de corps d'armée, les présidents de cours d'appel et les procureurs généraux, les recteurs, sont de *grands chefs de service*.

(1) Les chefs de service ont sur leurs subordonnés des pouvoirs de direction considérables en fait, bien qu'en théorie les décisions soient prises par les ministres. La décision directe peut même leur être déléguée pour certaines affaires ou pour certaines nominations.

(2) La preuve en est que c'est le ministre qui a le contrôle hiérarchique (C. 22 frim. an VIII, art. 59; D. 25 mars 1852, art. 6; D. 13 avr. 1861, art. 7; V. p. 233).

(3) Cela n'empêche pas que le Chef de l'État ne prenne des décisions disciplinaires, ne prononce des révocations ou des destitutions, mais alors il semble exercer une sorte de justice retenue beaucoup plus qu'un pouvoir disciplinaire.

(4) V. dans le *Répertoire* de Béquet-Laferrière, v° *Décentralisation*, l'article et la bibliographie annexée.

Source : BIU Cujas

traire à les émanciper par une large autonomie. Ces forces agissant en sens contraire sont la centralisation et la décentralisation.

Il convient d'abord de se rendre compte des faits qui conditionnent l'apparition de ces forces. Il faut supposer un pays assez vaste et une administration de ce pays déjà compliquée ; on s'aperçoit très vite qu'un seul et même organe d'administration ne peut pas suffire à la tâche ; il se crée des besoins locaux et des besoins spéciaux qui appellent nécessairement une multiplication et une différenciation des organes administratifs ; la preuve en est que si l'État ne crée pas lui-même des organes locaux ou spéciaux, il en apparaît de spontanés, parce que le besoin crée la fonction et que la fonction suscite l'organe. Si donc l'Etat a créé lui-même des organes d'administration locale, tels par exemple que les départements ou les communes, et des organes d'administration spéciale tels que les hôpitaux, bureaux de bienfaisance, conseils de fabriques, etc.., ou s'il a conféré son investiture à des organes analogues qui se seraient spontanément créés, la question se pose ensuite de savoir quels sont les rapports de ces organes locaux ou spéciaux avec le pouvoir central et c'est ici que se manifestent les deux forces ou les deux tendances connues sous le nom de centralisation et décentralisation.

La centralisation consiste à assujettir étroitement les autorités locales ou spéciales au pouvoir central, à ne leur donner à connaître que d'un petit nombre d'affaires, à réserver la décision définitive au pouvoir central, même pour les affaires dont elles connaissent, enfin, à laisser au pouvoir central le choix des hommes qui constituent les corps locaux plutôt que de les faire élire par les populations intéressées.

La décentralisation consiste, au contraire, à donner de l'autonomie aux autorités locales ou spéciales tout en laissant subsister une certaine tutelle du pouvoir central destinée à maintenir l'unité du pays, à donner compétence aux autorités locales sur un grand nombre d'affaires, à leur conférer des pouvoirs propres de décision pour les affaires dont elles connaissent, enfin, à conférer aux populations intéressées le droit d'élire elles-mêmes leurs administrateurs locaux ou spéciaux. Si l'on demande à quel point précis commence la décentralisation, je serais assez disposé à m'attacher à ce critérium de l'origine élective des autorités locales, parce qu'il indique véritablement un commencement d'administration du pays par le pays ou du moins un commencement de contrôle (1).

Si l'on veut comparer les mérites respectifs de la centralisation et de la décentralisation, il faut observer d'abord que ce sont des forces spontanées, et non pas seulement des doctrines politiques, la centralisation et la décentralisation sont également voulues par les intéressés, suivant les circonstances. Ainsi, à notre époque, tandis que la décentralisation administrative est certainement désirée par les populations,

(1) V. pour plus de détails l'article du *Répertoire* Béquet-Laferrière, v° *Décentralisation.*

Source : BIU Cujas

nous constatons que certaines organisations sociales ou ouvrières créées à l'état sporadique cherchent à se fédérer et à se centraliser, unions de sociétés de secours mutuels, de syndicats professionnels, de sociétés coopératives, etc.

C'est que chacune des tendances a ses avantages et ses inconvénients et qu'en réalité elles doivent se contrebalancer.

La centralisation possède un certain nombre de qualités : elle produit un pouvoir fort, par cela même qu'elle concentre dans le gouvernement central beaucoup de fonctions; elle est le seul moyen d'assurer certains services très généraux en en répartissant les charges sur l'ensemble du pays, c'est ce que dans la mutualité on appelle la loi des grands nombres; par la hiérarchie elle assure une grande régularité et une grande moralité de l'administration, elle réalise de la justice, selon une expression de Dupont-White, la centralisation est *impartiale comme la loi*, parce que l'administration centrale voit les choses de haut et de loin et qu'elle ne s'embarrasse pas des querelles de clocher; elle réalise des économies, elle est une pépinière d'administrateurs habiles et probes. — Mais, en revanche, la centralisation a deux graves défauts : l'administration qu'elle assure, bonne en soi peut-être, ne satisfait pas les populations locales par ce qu'elle n'est pas adaptée à leurs goûts, et surtout, elle tue la vie publique et l'esprit public des populations qui n'ont plus jamais à s'occuper de leurs affaires et par là désorganise la société elle-même qui ne saurait vivre sans esprit public.

La décentralisation possède les qualités et les défauts inverses : l'administration y est davantage au goût des populations locales, puisque celles-ci la gèrent elles-mêmes et surtout la vie publique se réveille et par suite la vie sociale acquiert toute sa plénitude; mais il se révèle des inconvénients, la décentralisation affaiblit certainement l'organisme politique du pays en introduisant partout les discussions et les dissensions; l'administration perd en moralité, en esprit de justice et devient infiniment plus coûteuse.

Au point de vue juridique, il importe de noter une différence importante. Avec la centralisation le système administratif est très simple, mais très peu juridique, tout repose sur l'administration de l'État, qui n'étant limitée par aucune autre administration, n'ayant à se concerter avec aucune autre, apparaît surtout comme une grande force. Avec la décentralisation le système administratif se complique mais devient plus juridique; l'administration de l'État n'est plus seule, le monde administratif s'est peuplé d'une quantité d'êtres, secondaires il est vrai, mais avec lesquels cependant il faut compter, l'État se limite et par là-même apparaît comme une personnalité juridique, en même temps que les administrations locales ou spéciales revêtent aussi la personnalité; des rapports juridiques s'établissent entre ces diverses personnes administratives et l'administration quotidienne devient en fait une coadministration juridique. Les prin-

Source : BIU Cujas

cipales conséquences de cette coadministration sont : 1° l'obligation d'administrer qui se réalise à la charge des administrations locales, que l'État est chargé d'assurer et qui est sanctionnée surtout par le mécanisme de l'inscription d'office des *dépenses obligatoires* au budget ; 2° les contributions et les subventions de l'État aux services confiés aux administrations locales qui sont en réalité des services communs (assistance médicale gratuite, mesures d'hygiène publique, construction d'écoles, etc.) ; 3° le contrôle de tutelle de l'État sur toute la gestion locale.

Tant à cause de ses avantages politiques qui sont primordiaux (car il est essentiel que dans un pays il y ait de la vie publique), qu'à raison de ses avantages juridiques, la tendance décentralisatrice doit avoir le pas sur la tendance centralisatrice, mais il n'est pas douteux que les deux forces ne doivent, dans une certaine mesure, s'équilibrer de façon à neutraliser leurs inconvénients et à combiner leurs avantages. Aussi, après des oscillations historiques, une combinaison définitive (autant que le sont les choses humaines), est-elle probable. Nous verrons, à propos de l'administration départementale et communale, l'histoire de ce qui a été fait pour ces administrations locales. Il semble qu'on ne puisse plus guère augmenter l'autonomie de ces rouages locaux, d'autant qu'ils risqueraient de fonctionner à vide, beaucoup de leurs objets d'administration étant maintenant réglés (chemins vicinaux, maisons d'écoles, travaux d'outillage des villes, voirie départementale, services d'assistance départementaux), et l'État ne pouvant guère se décharger à leur profit de services plus importants à raison de leurs faibles ressources. Une décentralisation plus grande ne pourrait être cherchée que par la création de régions territoriales groupant plusieurs départements et reconstituant des provinces (1), ou par celle d'organes spéciaux puissants (2), par

(1) Si tous les grands cadres ou ressorts régionaux concordaient entre eux, si le même groupe de départements faisait partie à la fois d'un même corps d'armée, d'une même cour d'appel, d'une même académie, d'un même archevêché, tous les grands chefs de service étant réunis au même chef-lieu, on arriverait bien vite à la reconstitution des provinces, ce grand cadre commun pour les grands services publics créerait une vie commune. En fait, les grands ressorts régionaux ne concordent pas, c'est en partie voulu, en partie dû au hasard. Ils ne peuvent pas concorder, ils sont en nombre inégal. Il y a, dans la métropole, dix-huit corps d'armée, vingt-cinq cours d'appel, seize académies, dix-sept archevêchés. Un département dépend, en général, d'une grande ville pour le corps d'armée, d'une autre pour la cour d'appel, d'une autre pour l'académie.

(2) Le grand obstacle à la décentralisation ce sont les attributions politiques des assemblées locales, parce que toute activité politique est centralisatrice (à ce point de vue, la part que prennent les conseils municipaux et les conseils généraux à l'élection des sénateurs depuis la constitution de 1875 a été néfaste). Or, des autorités locales administratives de grandes circonscriptions, avec des pouvoirs complexes, auront toujours des attributions politiques. Une véritable décentralisation ne peut être obtenue que par le moyen des organes spéciaux qui sont en dehors de l'activité politique générale. La décentralisation anglaise que l'on nous propose comme modèle repose sur des organes

Source : BIU Cujas

exemple, des chambres d'agriculture aussi puissantes que les chambres de commerce.

spéciaux (district sanitaire, district routier, bureau scolaire, paroisse, etc...) Cfr. Jenks, *Essai sur le gouvernement local en Angleterre, trad. française*, 1902. Cela est efficace comme décentralisation, mais compliqué. Il s'agit de savoir si en France nous nous accommoderions de cette complication.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE I

L'ORGANISATION DE L'ÉTAT

SECTION PRÉLIMINAIRE. — LE TERRITOIRE DE L'ÉTAT, SA PERSONNALITÉ, SES SERVICES PUBLICS.

Le territoire de l'État. — L'État étant la première des circonscriptions administratives, il y a lieu de signaler l'existence de son territoire, car toutes les circonscriptions administratives sont territoriales ; mais les faits qui déterminent les limites du territoire de l'État sont d'ordre international, ce sont des faits d'occupation ou des traités de paix, leur étude relève du droit international public. Ce territoire est subdivisé en une quantité de circonscriptions administratives intérieures, dont les unes comme les départements, les communes, les colonies, sont le siège d'une personnalité administrative locale, dont les autres ont uniquement pour objet de déterminer le ressort des agents administratifs de l'État. L'établissement des ressorts administratifs est en principe de la compétence du chef de l'État chargé d'organiser les services (V. D. du 11 juill. 1895, créant des directions régionales des postes). Pour l'établissement des circonscriptions servant de base à une personnalité administrative locale et de leurs subdivisions, il y a des règles spéciales (1).

La personnalité juridique de l'État. — L'État considéré comme administration est une personnalité juridique (2). Nous avons déjà eu l'occasion de faire remarquer que cette personnalité est à double effet, qu'il convient d'y rattacher la jouissance des droits privés et celle des droits de puissance publique tels que les droits de police et de gestion publique (droit d'impôt, droit d'expropriation, etc.). Malgré cette dualité d'aspect, la personnalité de l'État est essentiellement une, et d'ailleurs les droits de personne privée et les droits de puissance publique sont exercés indifféremment par les mêmes organes administratifs. La person-

(1) V. *infrà*, *Départements*, *communes*, etc.

(2) (V. p. 192 et s.) Nous avons vu que, à bien des points de vue, la personnalité juridique n'exprime pas toute la réalité de l'État, mais qu'elle exprime particulièrement bien son activité dans l'accomplissement de la fonction administrative (V. p. 185 et p. 196).

Source : BIU Cujas

nalité de l'État est une encore, malgré que l'exercice des droits soit partagé entre plusieurs ministères ou plusieurs grandes directions de ces ministères, et qu'en fait des masses de biens distinctes soient confiées à la garde des grands services publics; il y a là une organisation de fait qui ne morcèle ni la personnalité juridique de l'État, ni son patrimoine (1).

Les services publics de l'État. — Théoriquement, les services publics d'État devraient être seulement les services généraux, c'est-à-dire : 1° ceux qui intéressent également tous les sujets de l'État; 2° ceux qui intéressent l'unité politique. Pratiquement, il est bien difficile d'opérer cette détermination, suivant la façon dont on les envisage, beaucoup de services peuvent être considérés comme généraux ou comme locaux; pour des raisons historiques et parce qu'en France le régime d'État ne s'est établi que grâce à une extrême centralisation, on peut dire que tous les services publics sont en principe services d'État, à l'exception de ceux qui ont été expressément concédés aux administrations locales par les lois et règlements (et de ceux qui intéressent les agglomérations bâties, qui sont certainement municipaux). C'est-à-dire qu'au point de vue du droit positif, la centralisation des services est le principe, la décentralisation l'exception.

Section I. — L'organe exécutif de l'État.

§ 1. — Le pouvoir central.

Article I. — La présidence de la République.

Les organes de l'État qui ont l'action administrative sont les mêmes que ceux qui ont l'action gouvernementale et politique (2).

(1) Cfr. Th. Thissier, *Traité des dons et legs*, n° 92. En sens contraire, MM. Marquès di Braga et Camille Lyon dans leur *Traité de la comptabilité de fait*, n° 172, enseignent que l'État est un être composé, qui renferme dans son sein autant de personnes morales que de services publics généraux, que, par exemple, le trésor, le domaine national, les grandes régies financières, etc., ont la personnalité. Observons d'abord, que quand même cela serait, cela n'empêcherait point une personnalité globale de l'État: L'État est divisé en départements qui ont la personnalité, cela n'empêche point l'État d'avoir une personnalité globale qui ne se confond pas avec la collection des personnalités départementales. Mais il n'est même pas exact de dire que les grands services publics aient une personnalité; ils ne peuvent recevoir de libéralités qu'en empruntant la personnalité de l'État (Note de la sect. de l'int. du 13 mars 1889, Richaud, *id.*, 12 avr. 1892, Boilleau. Cfr. Tissier, *loc. cit.*; L. 4 févr. 1901, art. 1 et 4; Aucoc sur cette loi, *Rev. critique*, 1901, p. 167; Ducrocq, 7e édit., t. IV, nos 1380 et s.)

(2) Il ne faut point s'en étonner, l'administration, par les services qu'elle rend aux citoyens, par les faveurs qu'elle est en mesure de distribuer, est une grande source de pouvoir et ce pouvoir peut être utilisé dans un but politique. Le mélange de l'action politique et de l'action administrative n'avait jamais été aussi évident que depuis le développement du suffrage universel; il se traduit par ce que l'on peut appeler la « préoccupation électorale » qui accompagne désormais toute mesure administrative. Comme out besoin tend à se créer son organe, il fallait s'attendre à ce que la préoccupation

Source : BIU Cujas

L'organe exécutif comporte une organisation centrale et une organisation régionale, que l'on appelle plutôt le *pouvoir central* et le *pouvoir régional*. Le pouvoir central se compose : 1° de la présidence de la République; 2° des ministères; 3° des conseils administratifs; 4° des agents d'exécution et de la hiérarchie.

La présidence de la République se compose : 1° du Président de la République; 2° d'une maison civile et d'une maison militaire qui ont pour mission de fournir un travail de bureau et de représenter le chef de l'État dans les cérémonies.

A. *L'organisation de la présidence.* — Il y a un Président de la République, il n'y a pas de vice-président. On a considéré que les intrigues possibles d'un vice-président constitueraient un danger. D'un autre côté, ce vice-président serait inutile, le congrès qui nomme le président étant facile à réunir, une vacance subite par suite de décès ou de démission n'a pas de graves inconvénients. D'ailleurs, en cas de vacance de la présidence, dans l'intervalle, le conseil des ministres est provisoirement investi du pouvoir exécutif (L. const. 25 févr. 1875, art. 7).

Le Président de la République est élu par les deux Chambres réunies en Assemblée nationale (L. const. 25 févr. 1875, art. 2, § 1). L'Assemblée se tient à Versailles (L. 22 juill. 1879, art. 3) (1). Tout citoyen est éligible à l'exception des membres des familles ayant régné sur la France (L. 25 févr. 1875, art. 8, modifiée par L. 14 août 1884). — Le Président de la République est nommé pour sept ans, il est rééligible (L. const. 25 févr. 1875, art. 2, § 2). Cette période est personnelle à chaque président, c'est-à-dire qu'il l'accomplit, alors même que par suite de décès ou de démission son prédécesseur ne serait pas allé jusqu'au bout de la sienne. — Le Président de la République reçoit une indemnité de six cent mille francs par an. L'Élysée national est affecté à son logement. — Il y a une responsabilité pénale du Président limitée au cas de haute tra-

électorale se créât le sien dans l'organisation administrative. En effet, nous verrons dans les ministères et dans les préfectures, à côté des organes d'administration ordinaire se créer, sous le nom de « cabinet du ministre » ou de « cabinet du préfet », des organes d'administration politique.

(1) L'art. 3 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, fixe le moment où l'élection doit avoir lieu en distinguant deux hypothèses, le cas de terme légal des pouvoirs et le cas de décès ou de démission : 1° « au moins un mois avant le terme légal des pouvoirs du Président de la République, les Chambres devront être réunies en Assemblée nationale pour procéder à l'élection du nouveau président. A défaut de convocation, cette réunion aura lieu de plein droit le quinzième jour avant l'expiration de ses pouvoirs »; — 2° « en cas de décès ou de démission du président de la République, les deux Chambres se réunissent immédiatement et de plein droit ». — « Dans le cas où, par application de l'art. 5 de la loi du 25 février 1875, la Chambre des députés se trouverait dissoute au moment où la présidence de la République deviendrait vacante, les collèges électoraux seraient aussitôt convoqués et le Sénat se réunirait de plein droit ».

Source : BIU Cujas

hison. Dans ce cas unique, la Chambre des députés accuse, le Sénat juge (1). Il n'y a ni responsabilité civile, ni responsabilité politique. L'irresponsabilité politique du Président sera étudiée à propos de la responsabilité ministérielle.

B. *Les attributions administratives du Président de la République.* — Les attributions du chef de l'État ne sont pas toutes d'ordre exécutif, il en est qui le font participer au pouvoir législatif et au pouvoir judiciaire (2). Dans l'ordre exécutif, elles ne sont pas toutes d'ordre administratif, il en est de gouvernementales ou constitutionnelles telles, par exemple, que la nomination des ministres qui cependant intéresse déjà le Droit administratif.

Le chef de l'État nomme les ministres (L. 31 août, 3 sept. 1791) et il peut de même les révoquer (3). Théoriquement, il les choisit où il veut, même en dehors du Parlement, mais les traditions du régime parlementaire, le fait que les ministres sont responsables devant la majorité des Chambres et doivent se retirer devant un vote de blâme, le forcent dans la pratique à les prendre dans la majorité parlementaire. En fait, le chef de l'État ne choisit personnellement que le *président du conseil*, celui-ci choisit les autres ministres, sauf son agrément (4).

(1) Mais la question se pose de savoir s'il s'agit seulement de cas de trahison prévus et punis par des textes de lois, ou bien si la Chambre des députés a le droit d'incriminer elle-même les actes du chef de l'État. — V. Esmein, *Élém. de droit const.*, 2e édit., p. 549.

(2) *a*) Dans la législation, le chef de l'État intervient : 1° par le droit d'initiative qu'il a concurremment avec les deux Chambres (L. const. 25 févr. 1875, art. 3, § 1) ; 2° par le droit de prendre part à la discussion de la loi ; le chef de l'État n'intervient pas en personne dans les débats, mais il intervient par l'intermédiaire d'un ministre ou d'un commissaire du Gouvernement nommé à cet effet, ou par un message lu à la tribune (L. const. 16 juill. 1875, art. 6) ; 3° par le droit de demander une nouvelle délibération en vue de retarder le vote d'une loi et de provoquer les Chambres à la réflexion ; la demande doit être faite dans le délai fixé pour la promulgation, par message motivé (L. const. 16 juill. 1875, art. 7, § 2) ; 4° par la promulgation des lois ;

b) Dans l'ordre de la justice, le chef de l'État intervient de deux façons : 1° pour rendre lui-même avec un pouvoir propre certaines décisions qui sont *semi-contentieuses*. On verra, en étudiant le contentieux, cette catégorie de décisions qui rappellent la fiction de la justice retenue, par exemple : décrets comme d'abus, décisions sur les prises maritimes, certains décrets d'annulation de décisions des conseils généraux, etc. On peut rattacher à cela des attributions qui sont de *juridiction gracieuse*, par exemple : le décret accordant des lettres de naturalisation, le décret accordant un changement de nom ; 2° pour participer à l'exercice de la justice déléguée. En effet, il nomme les juges, il fait exécuter leurs jugements, il entretient auprès de toutes les juridictions un ministère public.

(3) Le gouvernement de la Restauration en a donné un exemple en révoquant M. de Chateaubriand.

(4) *Autres attributions constitutionnelles.* — Le Président de la République convoque les Chambres et prononce la clôture de leurs sessions ; il peut les ajourner ; toutefois l'ajournement ne peut excéder le terme d'un mois, ni avoir lieu plus de deux fois dans la même session (L. const. 16 juill. 1875, art. 2, § 2) ; il peut, sur l'avis conforme du

Source : BIU Cujas

Au point de vue strictement administratif, voici les principales attributions du chef de l'État : 1° il a la disposition de la force armée et de la force publique pour assurer le maintien de l'ordre et l'exécution des lois (L. 25 févr. 1875, art. 3, § 3); 2° « il nomme à tous les emplois civils ou militaires » (L. 25 févr. 1875, art. 3) (1); 3° il organise en principe les services publics; l'organisation centrale des ministères, en particulier, est réglée par des décrets délibérés en Conseil d'État (L. 29 déc. 1882, art. 16); 4° il exerce certains droits de tutelle sur les administrations subordonnées à l'État, ce qui entraîne la nomination de certaines autorités locales, comme celle du préfet, autorité administrative du département, le droit de révocation ou de dissolution de certaines autres autorités locales, révocation du maire, dissolution du conseil général, du conseil municipal; le droit d'annuler certains actes d'administration, de suspendre par décret certaines décisions du conseil général, le droit d'en approuver d'autres, etc., etc.; 5° il exerce certains droits de police sur les individus, soit par des mesures générales dans des règlements (V. plus haut, p. 24) soit par des mesures individuelles; 6° le chef de l'État fait certains actes intéressant le domaine public de l'État, décrets de délimitation du rivage de la mer, décrets déclarant l'utilité publique d'un travail, etc...; 7° enfin, certaines ventes des biens de l'État,

Sénat, dissoudre la Chambre des députés avant l'expiration légale de son mandat; en ce cas, les collèges électoraux sont réunis pour de nouvelles élections dans le délai de deux mois et la Chambre dans les dix jours qui suivront la clôture des opérations électorales (L. const. 25 févr. 1875 modifiée par la loi const. du 14 août 1884, art. 5, § 2).

C'est auprès de lui que sont accrédités les agents diplomatiques étrangers et c'est en son nom que les agents diplomatiques français sont envoyés auprès des puissances étrangères; le chef de l'État n'exerce pas le droit de déclarer la guerre, cela est réservé aux Chambres (L. const. 16 juill. 1875, art. 9), mais il a la direction de la guerre si elle est déclarée, en vertu de son droit de disposer de la force armée. Il a en principe le droit de conclure les traités sauf à en donner connaissance aux Chambres. Il est vrai qu'à ce droit de conclure seul les traités il y a des exceptions considérables : les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et aux droits de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux Chambres. Nulle cession, nulle échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi (L. const. 16 juill. 1875, art. 8).

On peut citer parmi les traités qui sont valables sous la seule signature du chef de l'État, les traités d'alliance en tant qu'ils n'engagent pas par eux-mêmes les finances de l'État; les traités de protectorat passés avec des chefs de peuplades, etc.

On peut encore citer parmi les attributions constitutionnelles du chef de l'État le *droit de grâce*, le *droit de déclarer l'état de siège*, le droit de *prendre des mesures de haute police sanitaire*.

(1) Le droit de nomination entraîne celui de révocation; cette prérogative n'est constitutionnelle qu'en ce qui concerne les conseillers d'État (L. C. 25 févr. 1875, art. 4), des lois ordinaires pourraient enlever au chef de l'État la nomination de certains fonctionnaires pour la confier au ministre ou à d'autres autorités; elles peuvent aussi créer des fonctions électives. — D'un autre côté, le chef de l'État peut déléguer son droit de nomination (V. sur tous ces points, Esmein, *op. cit.*, p. 480 et s.).

Source : BIU Cujas

certaines concessions sur le domaine privé, sont décidées par lui.

C. *Les actes du chef de l'État et les voies de recours.* — Les actes du chef de l'État sont en principe des actes d'autorité, il agit peu par la voie de gestion publique ou par la voie domaniale, les actes de gestion intéressant l'État sont accomplis en général par les ministres ou les préfets ; cependant, il faut signaler les décrets concédant des pensions à des fonctionnaires, etc. — A l'exception des messages, les actes du chef de l'État portent tous le nom de *décrets*. Le décret est un acte écrit, qui comporte des considérants avec visa des textes, un dispositif généralement par articles, la date et la signature du chef de l'État toujours accompagnée du contreseing d'un ministre, le chef de l'État ne peut pas déléguer sa signature pour les décrets. Le décret est inséré au *Journal officiel* ou au *Bulletin des Lois*. — Les décrets se divisent en *décrets réglementaires* et en *décrets individuels* (Pour les décrets réglementaires, voir plus haut, p. 24 et s.). Les décrets individuels sont rendus dans l'une des formes suivantes : 1° sur le rapport d'un ministre; 2° en conseil des ministres; 3° en assemblée générale du Conseil d'État, alors ils s'appellent *décrets en forme de règlements d'administration publique;* 4° en section du Conseil d'État.

Voies de recours. — On recourt contre les décrets du chef de l'État : 1° par la voie gracieuse au chef de l'État lui-même; 2° par la voie contentieuse : *a*) par le recours pour excès de pouvoir contre les décrets qui sont des actes d'autorité à l'exception de ceux qui ont la qualité d'actes de gouvernement; *b*) par le recours contentieux ordinaire devant le conseil d'État contre les décrets qui sont des actes de gestion publique (par ex. : décret concédant pension).

Article II. — Les ministères.

N° 1. — *Le conseil des ministres, les ministres, les sous-secrétaires d'État.*

Un ministère ou département ministériel est une certaine branche de l'administration centrale, déléguée par le chef de l'État d'une façon permanente à un ministre. L'organisation de chaque ministère comporte : 1° un ministre; 2° quelquefois un ou plusieurs sous-secrétaires d'État; 3° le cabinet du ministre; 4° les bureaux du ministère (sans compter les agents d'exécution qui font partie de la hiérarchie).

On admet que le nombre des ministères est réglé par décret du chef de l'État, sauf le contrôle du Parlement qui peut s'exercer par voie budgétaire (1). En fait, le nombre en a souvent varié. Il n'avait été créé que six ministères par la Constituante (L. 25-27 avril 1791) : Justice, Intérieur, Finances, Guerre, Marine, Affaires étrangères; il y en a main-

(1) Le ministère des colonies a été créé par une loi du 20 mars 1894, mais les droits du chef de l'État ont été formellement réservés.

Source : BIU Cujas

tenant onze, parce que du ministère de l'Intérieur se sont détachés ceux du Commerce, de l'Agriculture, des Travaux publics, de l'Instruction publique, et du ministère de la Marine celui des Colonies.

Les ministres réunis en conseil constituent un organe politique et gouvernemental qui prend le nom de *conseil des ministres*. Le conseil des ministres n'est pas une autorité administrative proprement dite, en ce sens qu'il ne prend pas en son propre nom des décisions exécutoires; il s'y fait surtout des échanges de vues à la suite desquels les mesures nécessaires sont prises, soit par le chef de l'État, soit par le ministre compétent. Cependant certains décrets doivent être de par la loi délibérés en conseil des ministres et en porter la mention (1). Exceptionnellement, en cas de vacance de la présidence, le conseil des ministres deviendrait une autorité administrative et rendrait de véritables décrets, car il est *investi du pouvoir exécutif* (L. const. 26 févr. 1875, art. 7) (2).

Le conseil des ministres peut être présidé soit par le chef de l'État, soit par le *président du conseil* qui est le ministre auquel le chef de l'État a confié le soin de former le cabinet. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *réunion du conseil des ministres*, dans le second qu'il y a *conseil de cabinet*.

A. *Les ministres. — Règles d'organisation.* — Les ministres sont nommés par décret du chef de l'État; ils peuvent être révoqués par lui, quoique dans la pratique il use peu de ce droit (V. p. 375) : ils peuvent aussi donner leur démission, laquelle doit être acceptée par le chef de l'État. Ils touchent un traitement fixe de 60.000 francs sans retenues (L. 16 juin 1871, art. 26); ils sont logés et meublés aux frais de l'État (L. 10 vendém. an IV, art. 17).

I. *La responsabilité ministérielle.* — On appelle de ce nom la responsabilité *politique* que les ministres encourent à raison de leurs actes. Cette responsabilité consiste en ce qu'un vote de blâme de l'une des deux Chambres, surtout de la Chambre des députés, peut les contraindre à donner leur démission (3). Lorsque l'acte est l'œuvre d'un ministre isolé, la responsabilité est individuelle; elle est collective, lorsque l'acte

(1) Par exemple les décrets de nomination et de révocation des conseillers d'État.

(2) L'existence officielle du conseil des ministres est liée à celle du régime parlementaire dont il est l'organe essentiel; elle a toujours été reconnue depuis la loi du 25 mai 1791 qui avait substitué le conseil des ministres à l'ancien Conseil d'État, sauf à certaines époques de pouvoir personnel. C'est ainsi que depuis la Constitution de l'an III jusqu'en 1814, les ministres ont cessé de former un conseil pour être considérés comme des agents d'exécution chacun dans son département; il en a été de même sous la Constitution de 1852 et jusqu'au sénatus-consulte de 1869. En d'autres termes, sous les régimes où les ministres, ne sont considérés que comme des commis, il n'y a ni conseil des ministres, ni régime parlementaire.

(3) Sur la question de savoir si un ordre du jour de blâme du Sénat entraîne la démission du ministère, V. Esmein, *op. cit.*, p. 575; Duguit, art. dans la *Rev. de droit public*, mai-juin 1896.

Source : BIU Cujas

est l'œuvre du cabinet tout entier ou lorsque le cabinet se solidarise avec le ministre interpellé. Cette responsabilité des ministres, jointe à l'irresponsabilité du chef de l'État, est l'institution essentielle du régime parlementaire. Il s'agissait de donner la haute main au Parlement dans la direction des affaires, d'établir sa suprématie sur le pouvoir exécutif, sans toutefois affaiblir par trop ni déconsidérer celui-ci. Le résultat est obtenu en ce sens que le chef de l'État, en qui est incarnée la majesté du pouvoir exécutif, en lui-même est inattaquable, mais les ministres, en qui réside le pouvoir effectif, sont sous la dépendance du Parlement. Or, la responsabilité des ministres est engagée pour le moindre acte du pouvoir exécutif, grâce à la règle qui veut que chacun des actes du Président de la République soit contresigné par un ministre (L. C. 25 févr. 1875, art. 3, § 6).

II. *La responsabilité criminelle des ministres.* — Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre et jugés par le Sénat en cas de *crimes* commis dans l'exercice de leurs fonctions (L. const. 16 juill. 1875, art. 12, § 2) (1).

III. *La responsabilité civile des ministres vis-à-vis des particuliers lésés par leurs actes.* — Lorsque nous avons examiné la question générale de la responsabilité des fonctionnaires vis-à-vis des particuliers, nous avons réservé le cas du ministre (p. 253), il est temps maintenant de l'envisager. Il y a pour le ministre une difficulté spéciale, qui est celle de savoir si l'accusation au criminel devant les Chambres n'est pas le préalable obligé des poursuites au civil ou au correctionnel que les particuliers pourraient intenter contre lui. D'après les lois du 27 avril 1791, art. 31, et du 10 vendémiaire an IV, art. 13 et 14, cette accusation préalable était nécessaire, et c'est pourquoi l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII n'avait pas organisé au profit des ministres la garantie de l'autorisation préalable du Conseil d'État (2). Cette garantie était inutile puisqu'il y avait celle de l'examen préalable du pouvoir législatif. Cette garantie spéciale subsiste-t-elle sous la législation actuelle ? Les auteurs sont partagés (3). Nous serions assez disposé à penser qu'elle a disparu,

(1) 1° L'expression *crime* comprend ici certainement les crimes et les délits; 2° on peut se demander s'il s'agit seulement des crimes et délits prévus au Code pénal, ou bien si la Chambre peut incriminer des actes politiques; 3° pour les crimes et délits de droit commun, la compétence du Sénat n'exclut pas celle des tribunaux répressifs (Cfr. Cass., 24 févr. 1893, S. 93. 1. 217; V. Esmein, *op. cit.*, p. 591 et s.).

(2) Cet art. 75 disait, en effet : « Les agents du Gouvernement autres que les ministres, etc... »

(3) M. Batbie, *Traité de droit public*, II, 477; M. Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7e édit., t. III, n° 1033; M. Esmein, *op. cit.*, p. 597, estiment que cette garantie a disparu, et que, par suite, le ministre peut être poursuivi comme un fonctionnaire ordinaire. *Adde*, *Rép.*, Béquet, v° *Fonctionnaire*, n° 218. — M. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. I, p. 658 et s., estime au contraire, que la garantie spéciale de l'autorisation législative est maintenue.

Source : BIU Cujas

parce que les textes qui l'établissaient ont perdu leur valeur constitutionnelle et aussi parce que le décret du 19 septembre 1870 a formellement abrogé toutes les dispositions législatives qui entravaient les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre (1). Mais, bien entendu, sur les poursuites engagées contre le ministre, le conflit pourra être élevé et finalement le ministre ne sera condamné par le tribunal civil ou correctionnel que s'il a commis un *fait personnel;* on lui appliquera donc la théorie générale (V. p. 250 et s.; Cfr. Conflits, 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*).

IV. *La responsabilité civile des ministres vis-à-vis de l'État.* — Lorsque les ministres ont, par une faute administrative, causé à l'État un préjudice pécuniaire, peuvent-ils être condamnés à le réparer? Bien que le principe de cette responsabilité soit certain, bien qu'elle soit consacrée par des textes dans le cas spécial de dépassement de crédits (L. fin., 25 mars 1817, art. 151 et 152; L. 15 mai 1850, art. 9), elle n'est pas organisée en ce sens qu'elle ne saurait être ramenée à exécution. Sans doute, dans le cas d'un véritable crime de concussion commis par un ministre, si celui-ci était poursuivi au criminel, une action civile pourrait être jointe à l'action publique, mais pour le cas de simple faute administrative, il n'y a ni procédure organisée, ni, semble-t-il, de tribunal compétent. En 1829, pour M. de Peyronnet, en 1832, pour M. de Montbel, en 1881, pour M. Caillaux, le Gouvernement fut invité à exercer des poursuites et déclara ne pouvoir saisir aucune juridiction (2).

Au fond, le grand obstacle à la réalisation efficace de cette responsabilité git dans les mœurs politiques, et peut-être le régime parlementaire est-il à ce prix; les ministres ne sont pas en situation de surveiller efficacement le détail des affaires, et, d'autre part, il est des cas imprévus auxquels il faut qu'ils puissent parer sans avoir à redouter des responsabilités. Si la question ne se posait véritablement que sur le terrain juridique, elle serait beaucoup plus simple qu'on ne le dit; le droit commun permettrait de saisir les tribunaux civils, l'État agissant comme personne civile traduirait le ministre devant le tribunal civil, le préfet élèverait le conflit au nom de la puissance publique s'il y avait lieu, le tribunal des conflits examinerait la question de savoir s'il y a eu fait personnel du

(1) V. Esmein, *loc. cit.*

(2) En effet, la Cour des comptes n'a juridiction que sur les comptables et non pas sur les ordonnateurs, le Conseil d'État ne pourrait être saisi qu'indirectement, si, au préalable, on décernait contre le ministre une contrainte administrative consécutive à un arrêté de débet, mais l'arrêté de débet et la contrainte ne peuvent non plus viser que des comptables et non des ordonnateurs; les tribunaux civils auraient été compétents à notre avis (V. le texte) mais on ne songea pas à les saisir. De nombreuses propositions de loi ont été déposées pour organiser à l'avenir cette responsabilité ministérielle. On en trouvera le détail dans M. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 669 et s., et dans M. Esmein, *op. cit.*, p. 603. Cfr. E. Pierre, *Droit politique*, p. 108 et s.

Source : BIU Cujas

ministre et, dans le cas de l'affirmative, l'acte administratif disparaissant, le tribunal civil serait compétent pour condamner (V. en ce sens M. Roussel, *Revue du droit public*, 1897, I, p. 385 et *Rép.* Béquet-Laferrière, v° *Fonctionnaire*, n° 227).

B. *Les attributions des ministres* (1). — Les ministres sont les premiers des fonctionnaires, ils font partie de la hiérarchie, ils en forment le sommet chacun dans leur département, car celle-ci ne remonte pas jusqu'au chef de l'État; ils ont le *contreseing* qui fait participer la hiérarchie administrative à tous les actes du chef de l'État et *des pouvoirs administratifs propres*.

I. *Le contreseing* (L. 25 févr. 1875, art. 3, § 6). — Le contreseing, que les ministres apposent sur les actes du chef de l'État, les fait participer à ces actes. Il a une double utilité : 1° il engage la responsabilité du ministre qui contresigne; 2° il certifie la signature du chef de l'État et, en même temps, il constate que l'acte est conforme aux règles d'administration du service afférent. A raison de cette seconde utilité, le contreseing a été maintenu sous des régimes qui n'avaient rien de parlementaire, par exemple, sous le régime de 1852 (2).

II. *Les pouvoirs propres.* — Les ministres exercent les droits de l'État avec un pouvoir propre de décision dans les cas suivants :

1° Police des autorités administratives et des agents de l'État. Les ministres ont un droit de *contrôle* sur les actes des préfets considérés comme autorités administratives régionales de l'État. En vertu de ce droit tantôt ils ont à approuver formellement certains actes, tantôt ils sont appelés à les annuler ou à les réformer après coup (V. décrets de déconcentration, 25 mars 1852, art. 6, et 13 avril 1861, art. 7).

Les ministres ont la nomination et la révocation de beaucoup d'agents; quelquefois ils ont la révocation sans avoir la nomination. Ils ont la présentation des fonctionnaires de leur département nommés par le chef de l'État. Dans l'armée, cette opération très importante et très réglementée prend le nom de classement. Ils ont un pouvoir disciplinaire. Ils sont les supérieurs hiérarchiques de tous les fonctionnaires de

(1) On attribuait autrefois aux ministres une troisième qualité qui était celle de juges dans certains cas de contentieux administratif, et même celle de juges de droit commun. Nous verrons au contentieux que cette opinion est abandonnée et que le ministre n'est plus du tout considéré comme un juge.

(2) Le contreseing remonte à la loi du 25 mai 1791, art. 24, et à la Constitution des 3-14 sept. 1791, titre III, ch. II, sect. 4, art. 4; puis Constitution du 22 frim. an VIII, art. 55; L. 31 août 1871, art. 2. Les deux plus anciens textes disent que le contreseing est donné par chacun des ministres pour les affaires de son département. Cette disposition n'est pas reproduite dans les textes postérieurs, mais elle est devenue traditionnelle, par conséquent, le contreseing n'est pas indivisible. Serait-ce donc un vice de forme, si le contreseing était donné par un ministre incompétent? On peut citer en ce sens un arrêt du Cons. d'Ét., 22 janv. 1892, *Frères de Saint-Joseph du Mans*, Sirey, 1893, III, p. 145 et la note.

Source : BIU Cujas

leur département; à ce titre, ils reçoivent leurs rapports et stimulent leur activité, leur donnent l'impulsion, le tout au moyen de ce qu'on appelle la *correspondance*. Ils envoient à leurs subordonnés des *instructions* qui prennent le nom de *circulaires* quand elles sont adressées à toute une classe de fonctionnaires. Ces instructions, obligatoires pour les fonctionnaires, n'ont qu'une autorité doctrinale vis-à-vis des citoyens;

2° Tutelle des autorités administratives inférieures. — Le ministre étant le supérieur hiérarchique du préfet, et le préfet ayant des droits de tutelle importants, soit sur le conseil général du département, soit sur les autorités communales, il se trouve qu'indirectement et par ses instructions, le ministre a une part d'action très grande dans la tutelle départementale ou communale. Aussi y a-t-il au ministère de l'Intérieur une direction *des affaires départementales et communales*. — Le ministre de l'Intérieur peut porter à trois mois le temps de suspension des maires et adjoints, lorsqu'ils ont été suspendus par arrêté du préfet (L. 5 avr. 1884, art. 86). Ce ministre a aussi la nomination et la révocation de quelques fonctionnaires départementaux ou communaux;

3° Police des individus. — Les ministres n'ont pas, en principe, le pouvoir réglementaire (V. *Sources du Droit*, p. 25), ils n'ont pas non plus la réquisition de la force armée, mais ils prennent quelques décisions particulières opposables aux individus, expulsion d'étrangers, autorisation d'agences d'émigration (L. 18 juill. 1860) (1);

4° Gestion publique et privée. — Au contraire, dans la gestion, les ministres ont des attributions importantes, ils sont, à ce point de vue, les principaux représentants de l'État (2). Ils passent les marchés ou les traités avec les fournisseurs pour assurer les divers services compris dans leur département. Ils font les liquidations et les règlements de compte qui terminent ces marchés. Ils ont le droit de transiger (C. É. 23 déc. 1887, *Évêque de Moulins*) mais ils n'ont pas celui de compromettre (*eod.*), ni celui d'accorder des indemnités à titre gracieux (C. É. 18 mai 1877, *Banque de France*) ni celui de faire des remises (arg. l. 8 juill. 1901). Ils ordonnancent les dépenses que l'État doit faire pour la marche des services. Ils plaident au nom de l'État, devant le Conseil d'État seulement, chacun pour les affaires de son département.

C. *Les actes des ministres et les voies de recours*. — Les ministres,

(1) En somme, au point de vue de la police, les ministres prennent par eux-mêmes peu de décisions. Leur rôle est surtout de préparer les décisions du chef de l'État et de contrôler celles des préfets.

(2) Sauf en ce qui concerne le domaine public, auquel cas ce sont surtout les préfets. Les actes intéressant le domaine privé de l'État sont passés par les préfets, mais l'administration de ce domaine est régie par une direction du ministère des Finances, celle de l'enregistrement et des domaines.

Source : BIU Cujas

considérés comme autorités administratives, prennent des décisions exécutoires tantôt par la voie d'autorité, tantôt par la voie de gestion publique. Ces actes affectent la forme d'*arrêtés*, ou celle de *décisions*. Les décisions sont de simples lettres missives, les arrêtés comportent le visa des textes, des considérants, un dispositif par articles, la date et la signature. Les cas dans lesquels le ministre doit statuer par arrêté ne semblent pas bien définis. Quelques auteurs disent que l'arrêté seul est opposable à un particulier, ce n'est pas le sentiment de la jurisprudence, qui admet le recours contentieux aussi bien contre les simples décisions que contre les arrêtés.

Les recours contre les actes des ministres sont les suivants : 1° le recours gracieux ou *réclamation* au ministre lui-même ; 2° par la voie contentieuse, le recours pour excès de pouvoir contre les actes d'autorité, le recours contentieux ordinaire contre les actes de gestion publique.

D. *Les sous-secrétaires d'État.* — Les sous-secrétaires d'État peuvent être adjoints aux ministres pour renforcer le cabinet au point de vue politique. Ils sont placés à la tête d'une division importante d'un ministère, qui à la rigueur pourrait être détachée et former un ministère à part. Ainsi les postes et télégraphes ont été tour à tour, simple direction de ministère, secrétariat d'État, ministère.

La question de savoir par quoi en droit constitutionnel les sous-secrétaires d'État se distinguent des ministres est délicate. A notre avis, c'est uniquement parce qu'ils n'ont pas le contreseing des actes du chef de l'État, et que par suite ils ne peuvent pas engager leur responsabilité pour les décrets sans engager en même temps celle de leur ministre. A part cela, ils ont entrée à la Chambre et au conseil des ministres.

Au point de vue administratif qui nous intéresse plus particulièrement, les sous-secrétaires d'État sont nommés par décret, leur traitement n'est pas établi par une loi organique, les lois de finances leur accordent de 25.000 à 30.000 francs. Leurs attributions sont fixées par le décret qui les institue, le chef de l'État peut leur déléguer le droit de décision dans certaines affaires, ils peuvent donc être, et sont en principe, des autorités administratives(1).

N° 2. — *Le cabinet du ministre.*

L'habitude s'est établie sous la troisième République, que le ministre se constitue un cabinet indépendant des bureaux du ministère. Il nomme

(1) Cons. d'Ét., 2 déc. 1892, *Mogambury*, décision implicite. — L'ordonnance du 9 mai 1816 a introduit pour la première fois les sous-secrétaires d'État; il en fut créé trois à l'intérieur, à la justice, aux finances. Leur existence fut intermittente sous la monarchie, ils cessèrent d'exister sous l'Empire et ne reparurent qu'après 1870. Quatre en 1873 et sous le grand ministère en 1881, sept; il y en eut d'institués par simple arrêté ministériel; — la loi du 30 nov. 1875, art. 8, constate incidemment leur existence à l'occasion des exceptions aux incompatibilités parlementaires, mais aucun texte législatif ne définit leur situation légale.

Source : BIU Cujas

un chef de cabinet et des attachés au cabinet. Cet organe nouveau répond aux préoccupations de politique électorale qui se mêlent de plus en plus à l'Administration. Les bureaux du ministère restent chargés de la préparation des affaires administratives proprement dites, le cabinet du ministre s'occupe des affaires politiques et de la correspondance non officielle. — Le cabinet du ministre est une organisation éphémère qui disparaît avec le ministre qui l'a constitué; chaque nouveau ministre se compose un nouveau cabinet: Les attachés sont en général des jeunes gens de famille, qui se destinent à des carrières administratives et font ainsi un premier stage très profitable (1). — Le rôle essentiellement politique du cabinet du ministre le met fréquemment en conflit avec les bureaux du ministère.

N° 3. — *Les bureaux du ministère.*

Il y a des bureaux dans chaque ministère. Ce sont des agglomérations d'employés qui ont pour mission de préparer au ministre les éléments de ses décisions administratives, et de dresser les actes pour la signature. Les bureaux sont chargés de l'administration proprement dite, dans ce qu'elle a d'officiel, de technique et de formel; ils sont l'appareil régulateur de la machine administrative; ils possèdent la tradition, ils fonctionnent toujours à la même allure, aux époques où la direction politique manque, ils y suppléent, aux époques où elle se manifeste avec excès, ils la modèrent.

Depuis la loi du 30 décembre 1882, art. 16, l'organisation centrale de chaque ministère est réglée par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique, inséré au *Journal officiel*, et aucune modification ne pourrait y être apportée que dans la même forme et avec la même publicité (V. de nouvelles dispositions dans l'art. 35, L. 13 avril 1900). Chaque administration centrale de ministère se divise en directions, ainsi, au ministère des finances, il y a la direction des contributions directes, celle des contributions indirectes, celle de l'enregistrement, etc. Chaque direction comprend la hiérarchie suivante : directeur général, directeurs, chefs de division, chefs de bureau, sous-chefs, commis, expéditionnaires ; les directeurs généraux sont de très grands fonctionnaires, ils ont la réalité du pouvoir administratif, le ministre n'exerçant guère qu'un contrôle politique.

Article III. — Les conseils administratifs. Le Conseil d'État.

L'administration consultative. — Dans l'organisation de l'an VIII, ce fut un principe de placer auprès des organes du pouvoir exécutif des conseils qu'ils devaient ou pouvaient consulter et qui les éclairaient de

(1) Ont-ils la qualité de fonctionnaires publics? Dans le sens de l'affirmative, Cour d'appel de Paris, 12 mai 1885 (*Lutaud c. Rigollot*); dans le sens de la négative, Cass., 31 juill. 1885, *Lutaud*.

Source : BIU Cujas

leurs avis; on appela cela l'*administration consultative* et on considéra que c'était le complément nécessaire de l'administration active. La création de ces conseils répondait à une double préoccupation :

1° On voulait placer, à côté des administrateurs, des corps où les mesures d'administration pussent être *délibérées* par des gens compétents, sans que cependant l'administrateur eût les mains liées; on profitait ainsi des avantages de la délibération sans avoir les inconvénients du partage de pouvoir qu'elle entraîne lorsqu'elle est confiée à des assemblées délibérantes proprement dites (1);

2° On voulait aussi que certains de ces conseils constituassent une sorte de représentation purement consultative des *intérêts professionnels.* Il est à remarquer, en effet, que les intérêts agricoles, commerciaux, industriels, etc., n'ont pas de représentation politique dans l'État tel qu'il est conçu depuis la Révolution, la représentation politique n'est que pour les intérêts communs. Cela est parfaitement prémédité, c'est le principe même de l'État chose publique et puissance publique, mais si on excluait les intérêts professionnels de l'organisation politique, on songeait à leur donner une représentation purement administrative et consultative, de façon qu'ils fissent entendre leur voix *sans aucun pouvoir.*

De là deux catégories de conseils : les uns purement administratifs, Conseil d'État, conseils de préfecture, conseils techniques des ponts et chaussées, etc.; les autres professionnels, tels que Chambres de commerce, Chambres consultatives de l'agriculture, Chambres des arts et manufactures, etc.

Cette organisation consultative a peu réussi en ce qui concerne la représentation des intérêts, précisément sans doute parce que les corps constitués n'eurent pas de pouvoir. Les Chambres de commerce seules montrèrent quelque vitalité. — En ce qui concerne la délibération purement administrative, l'organisation consultative a mieux résisté quoique le développement des pouvoirs des assemblées politiques délibérantes l'ait certainement affaiblie ; le Conseil d'État a perdu en fait la préparation des lois, les conseils de préfecture ont été relégués au second plan par les conseils généraux; les conseils tout à fait techniques et spéciaux se sont maintenus et même se sont multipliés (2).

(1) C'est par la délibération consultative que les conseils administratifs se distinguent des bureaux, car les bureaux ne délibèrent pas.

(2) Dans tous les ministères, il y a des conseils ou comités dont les ministres prennent les avis; quelquefois ils sont tenus de prendre ces avis, quelquefois même ils sont tenus de les suivre. Quelques-uns de ces conseils sont en même temps des juridictions disciplinaires, par exemple le conseil supérieur de l'instruction publique. La liste de ces conseils ou comités est considérable, on la trouvera à l'*Almanach national.*

Un fait intéressant à signaler, c'est qu'il y a tendance à changer le mode de recrutement de ces conseils. Autrefois ils avaient quelque chose d'immobile, ils étaient composés uniquement de fonctionnaires de l'administration centrale qui y demeuraient long-

Source : BIU Cujas

Le Conseil d'État. — Le Conseil d'État est le conseil du pouvoir central, il est à compétence universelle. Le Conseil d'État est une institution nécessaire à tout régime d'administration régulière; il représente la conscience morale administrative et, comme toute conscience morale, il conseille et il juge. Notre Conseil d'État actuel remonte visiblement à celui des dernières années de l'ancien régime, et de là, sous des noms divers, au Conseil d'État de l'empire romain (1). A toutes les époques, le Conseil d'État présente un caractère singulier, toujours le même, qui est d'être d'une très grande plasticité : 1° le Conseil d'État a toujours eu des attributions multiples; actuellement il est à la fois conseil administratif et tribunal administratif; à la fin de l'ancien régime, il était tout cela et en plus il jouait le rôle de conseil des ministres; au XIIIe siècle, il était toute l'administration, et aussi toute la juridiction, puisque de son sein sont sortis la Cour des comptes et le Parlement de Paris, etc...; 2° le Conseil d'État a toujours eu un personnel un peu flottant; sous l'ancien régime, il y a eu pendant longtemps un Conseil d'État sans qu'il y eût de conseillers attitrés et plus tard, outre les conseillers réguliers, il y a eu des personnages qui venaient siéger extraordinairement; à l'inverse, les membres du Conseil d'État étaient délégués dans des fonctions d'administration active, les maîtres des requêtes étaient fréquemment commissaires départis ou intendants; à l'heure actuelle la fixité dans le personnel tend à s'établir, cependant il y a encore des personnages qui ont entrée sans être conseillers, et, en sens inverse, des membres du Conseil d'État sont détachés en mission; 3° le Conseil d'État fonctionne sous ce que nous appellerons les *formations* les plus diverses, tantôt en sections, tantôt en assemblée générale, tantôt en assemblée du contentieux, etc..., etc... Cette plasticité du Conseil d'État est une nécessité de gouvernement, elle répond à ce qu'il y a de varié, d'imprévu, de complexe dans l'administration quotidienne.

temps. Actuellement, il y a tendance à y introduire des fonctionnaires régionaux assez fréquemment renouvelés, comme des personnes étrangères à l'administration. Ils ont des sessions périodiques qui deviennent ainsi plus vivantes (conseil supérieur du commerce, conseil supérieur de l'assistance publique, conseil supérieur du travail, etc., etc. Les conseils ou comités de la guerre ont été aussi très renouvelés). La plupart des membres de ces conseils sont nommés par les ministres; il est cependant des conseils où certains des membres sont élus par les intéressés, par exemple le conseil supérieur de l'instruction publique (L. 27 février 1880).

(1) Le conseil d'État de l'ancien régime avait été supprimé pendant la Révolution. Le Conseil d'État moderne date de la Constitution du 12 frimaire an VIII, art. 52. Nous verrons dans la partie du contentieux quel fut son rôle comme juridiction; comme conseil administratif, son importance a varié avec les régimes, elle a toujours été plus grande sous les régimes de pouvoir personnel que sous les régimes parlementaires; d'abord les régimes de pouvoir personnel donnent tous leurs soins à l'administration, de plus, le Gouvernement ayant seul l'initiative des lois fait préparer celles-ci par le Conseil d'État. Il serait à souhaiter que sous le régime parlementaire, on suivît sur ce point les mêmes errements.

Source : BIU Cujas

A. *Le personnel du Conseil d'État* (L. 24 mai 1872; L. 25 févr. 1875; L. 13 juill. 1879; D. R. 2 août 1879; L. 1er juill. 1887; L. 30 nov. 1895; L. 13 avr. 1900; D. 30 mars 1897 modifié par D. du 11 mai 1900 et du 7 août 1900). — Il faut distinguer l'organisation générale du personnel et l'organisation en vue du travail, ce que nous appellerons les *formations* du conseil. Il y a un personnel flottant et un personnel fixe :

a) Font partie du *personnel flottant :* 1° les ministres qui ont rang et séance au conseil à des titres divers, notamment le ministre de la Justice, garde des Sceaux, qui a le titre de président du Conseil d'État et qui peut présider effectivement en matière administrative; 2° des personnes ayant des connaissances spéciales que le Gouvernement peut appeler à prendre part aux séances avec voix consultative (L. 1872, art. 14); 3° les conseillers, maîtres des requêtes, et auditeurs de première classe, actuellement délégués dans des fonctions publiques aux termes de l'art. 3 de la loi du 13 juillet 1879, et qui ont cependant entrée au conseil (R. 2 août 1879, art. 3);

b) Le *personnel fixe* comprend : 1° un vice-président nommé par décret et choisi parmi les conseillers en service ordinaire; un secrétaire général placé à la tête des bureaux du conseil, ayant rang et titre de maître des requêtes; un secrétaire spécial attaché au contentieux; 2° trois catégories de membres, des *conseillers d'État* en service ordinaire ou en service extraordinaire, des *maîtres des requêtes*, des *auditeurs* (1).

Il y a trente-deux conseillers en service ordinaire; dix-neuf conseillers en service extraordinaire (2); trente-deux maîtres des requêtes (3); dix-huit auditeurs de première classe et vingt-deux de seconde classe (4).

Conseillers d'État. — On distingue les conseillers d'État en *service ordinaire* et les conseillers en *service extraordinaire*. Les premiers n'ont pas d'autre fonction que celle de conseillers d'État. Les seconds au contraire sont de hauts fonctionnaires de l'administration active, généralement de grands directeurs des ministères, qui reçoivent l'entrée au Con-

(1) Il faut observer que cette division des membres du conseil en catégories, qui est d'ailleurs très ancienne, correspond à une division du travail. On peut dire sommairement que les conseillers d'État formulent les délibérations, tandis que les maîtres des requêtes et les auditeurs préparent les affaires. Il faut observer, en outre, qu'il n'y a pas dans ces trois classes un avancement hiérarchique régulier. Le chef de l'État n'est tenu de prendre qu'un conseiller d'État sur deux parmi les maîtres des requêtes; il n'est tenu de prendre les maîtres des requêtes parmi les auditeurs de première classe que jusqu'à concurrence des deux tiers des places. On saisit là la préoccupation de conserver une certaine mobilité, même au personnel fixe du conseil (L. 13 avril 1900, art. 24).

(2) La loi du 30 novembre 1895 a ajouté un conseiller en service extraordinaire aux dix-huit qu'il y avait précédemment.

(3) La loi du 13 avril 1900 a porté le nombre des maîtres des requêtes de 30 à 32.

(4) La loi du 13 avril 1900 a porté le nombre des auditeurs à quarante, dont dix-huit de première classe.

Source : BIU Cujas

seil d'État. Les conseillers d'État en service ordinaire sont nommés et révoqués par décret rendu en conseil des ministres (L. 25 févr. 1875, art. 4). Ils doivent avoir trente ans accomplis, aucune autre condition de capacité. Les conseillers d'État en service extraordinaire sont nommés par décret simple ; ils perdent leur titre de plein droit, dès qu'ils cessent d'appartenir à l'administration active (L. 1872, art. 5, § 1).

Maîtres des requêtes. — Les maîtres des requêtes, le secrétaire général et le secrétaire spécial du contentieux, sont nommés par décret du Président de la République sur présentation du vice-président et des présidents de section, ils ne peuvent être révoqués que par un décret individuel après avis des présidents (Art. 5, §§ 2, 3 et 4). Age minimum, vingt-sept ans.

Auditeurs. — Les auditeurs de *première classe* seront choisis parmi les auditeurs de seconde classe, ou parmi les anciens auditeurs sortis du conseil qui comptent quatre années d'exercice, soit de leur fonctions, soit des fonctions publiques auxquelles ils auraient été appelés. Ils seront nommés par décret du Président de la République. Le vice-président et les présidents de section seront appelés à faire des présentations (L. 13 juill. 1879, art. 2). Ils ne doivent avoir ni moins de vingt-cinq ans, ni plus de trente-trois ans au 1er janvier de l'année de leur nomination (L. 1er juill. 1887). La durée de leurs fonctions n'est pas limitée. Les deux tiers au moins des places de maîtres des requêtes seront réservés aux auditeurs de première classe (L. 13 avr. 1900, art. 23).

Les auditeurs de *deuxième classe* seront nommés au concours dans les formes et aux conditions qui seront déterminées dans un règlement que le Conseil d'État sera chargé de faire (V. D. du 30 mars 1897, modifié par D. 11 mai 1900 et du 7 août 1900). Nul ne peut être nommé s'il n'a eu au 1er janvier de l'année du concours, 21 ans au moins et 26 ans au plus (1), s'il n'est français, jouissant de ses droits, et s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations du recrutement; certains diplômes sont exigés. Les auditeurs de deuxième classe ne restent en fonctions que pendant huit ans (L. 1er juill. 1887 ; L. 13 avr. 1900, art. 24) (2).

Les auditeurs, tant de seconde que de première classe, ne peuvent être révoqués que par des décrets individuels et après avoir pris l'avis

(1) Cette limite d'âge sera abaissée à 25 ans pour les condidats qui ne justifient pas d'un an de présence sous les drapeaux.

(2) Chaque année, le Gouvernement fera connaître par une décision prise en conseil des ministres et insérée au *Journal officiel*, les fonctions qui seront mises à la disposition des auditeurs de deuxième classe qui auront au moins quatre ans de service. Ces fonctions seraient les suivantes : commissaire du Gouvernement près le conseil de préfecture de la Seine ; secrétaire général d'une préfecture de première ou de deuxième classe ; sous-préfet de première ou de deuxième classe ; substitut dans un tribunal de deuxième classe.

Source : BIU Cujas

du vice-président du conseil d'État délibérant avec les présidents de section (L. 1872, art. 5, § 12).

Incompatibilités. — Les fonctions de conseiller *en service ordinaire* et de maître des requêtes sont incompatibles avec toute fonction publique salariée (1). Mais il y a deux séries d'exceptions : certains fonctionnaires peuvent être détachés au Conseil d'État en service ordinaire (2) ; — En sens inverse, les conseillers d'État en service ordinaire, maîtres des requêtes et auditeurs de première classe, après trois années depuis leur entrée au Conseil d'État pourront, sans perdre leur rang au conseil, être nommés à des fonctions publiques pour une durée qui n'excédera pas trois ans (3).

Traitements. — Vice-président du conseil d'État, 25.000 francs; présidents de section, 18.000 francs; conseillers d'Etat, 16.000 francs; maîtres des requêtes, 8.000 francs (Lois de finances annuelles). Auditeurs de première classe, traitement égal à la moitié de celui des maîtres des requêtes (L. 24 mai 1872, art. 5, § 10); auditeurs de deuxième classe, 2.000 francs (L. 23 mars 1880, art. 4).

B. *Les différentes formations du conseil d'État* (L. 13 juill. 1879; D. R. 2 août 1879). — Le conseil d'État est divisé d'une façon permanente *en sections ;* il peut en outre se former en *sections réunies*, en *assemblée générale du conseil d'État*, en *assemblée du conseil d'État statuant au contentieux*. Le dernier mode de formation étant spécial à la matière du contentieux, il ne sera traité ici que des trois premiers.

a) *Formation du conseil en sections.* — Depuis la loi du 13 juillet 1879, le conseil d'Etat est divisé en cinq sections : une section du contentieux aujourd'hui doublée et dédoublée (4), et quatre sections administratives où les affaires sont réparties par ministères : 1° législation, justice et affaires étrangères; 2° intérieur, cultes, instruction publique et beaux-arts;

(1) Et même avec certaines fonctions privées, telles que celles d'administrateur de toute compagnie privilégiée et subventionnée (L. 1872, art. 7, § 3).

(2) Les officiers généraux ou supérieurs de l'armée de terre ou de mer, les inspecteurs et ingénieurs des ponts et chaussées, des mines et de la marine, les professeurs de l'enseignement supérieur, peuvent être détachés au conseil d'État en service ordinaire. Ils conservent, pendant la durée de leurs fonctions, les droits attribués à leur position, sans pouvoir toutefois cumuler les traitements (L. 1872, art. 7, §§ 1 et 2).

(3) Le nombre des membres du conseil, ainsi nommés à des fonctions publiques, ne pourra excéder le cinquième du nombre des conseillers, maitres des requêtes et auditeurs. Pendant ces trois années ils ne seront pas remplacés. Les traitements ne pourront être cumulés (L. 13 juill. 1879, art. 3).

(4) En exécution de la loi du 13 avril 1900, art. 24, un règlement d'administration publique du 16 juillet 1900 a partagé la section actuelle du contentieux en deux sous-sections délibérant séparément et ayant les mêmes pouvoirs que la section unique actuelle. Il existe en outre depuis la loi du 26 octobre 1888 une section temporaire du contentieux dont l'existence a été plusieurs fois prorogée (V. D. 31 juill. 1900) et qui a été également divisée en deux sous-sections (L. 17 juillet 1900 et D. 4 août 1900).

Source : BIU Cujas

3° finances, postes et télégraphes, guerre, marine, colonies; 4° travaux publics, agriculture et commerce.

Les sections permanentes sont composées de cinq conseillers d'État en service ordinaire et d'un président, à l'exception de la section du contentieux qui est composée de sept conseillers en service ordinaire et d'un président (1) et à l'exception aussi de la section des finances qui ne se compose que de quatre conseillers et d'un président (D. 7 août 1900). Les conseillers en service extraordinaire ne peuvent pas être attachés « à la section du contentieux », ils peuvent être attachés à toutes les autres sections. Le ministre de la Justice a le droit de présider toutes les sections à l'exception de celle du contentieux. Les autres ministres n'ont pas entrée dans les sections (L. 24 mai 1872, art. 10, § 4). Les maîtres des requêtes et les auditeurs sont en outre répartis entre les diverses sections (2).

Les sections administratives ne peuvent délibérer valablement que si trois conseillers en service ordinaire sont présents. En cas de partage la voix du président est prépondérante (L. 24 mai 1872, art. 12, § 2). Quelquefois les sections délibèrent définitivement, mais le plus souvent elles ne font qu'arrêter un projet d'avis qui sera porté à l'assemblée générale du Conseil d'État.

b) *Formation en réunion de sections.* — Certaines affaires peuvent concerner plusieurs sections, et il serait utile de les réunir. Cela peut être fait par le ministre de la Justice ou le vice-président du Conseil d'État (R. 2 août 1879, art. 2). La présidence appartient, en l'absence du ministre de la Justice, au vice-président, ou à celui des présidents de ces sections qui est le premier dans l'ordre du tableau. Dans certains cas, les réunions de sections délibèrent définitivement sur les affaires qui leur sont soumises, mais le plus souvent elles ne font qu'arrêter un projet d'avis, et préparer un rapport qui sera porté à l'assemblée générale du Conseil d'État. Les décrets rendus après délibération d'une ou plusieurs sections mentionnent que ces sections ont été entendues (L. 1872, art. 13, § 2).

c) *Formation en assemblée générale du Conseil d'État.* — L'assemblée générale du Conseil d'État se compose : du garde des Sceaux, ministre de la Justice, du vice-président, des ministres, des conseillers d'État en service ordinaire, des conseillers d'Etat en service extraordinaire, des maîtres des requêtes, des auditeurs et du secrétaire général. Elle est pré-

(1) La section temporaire du contentieux est composée de huit conseillers en service ordinaire.

(2) Tous les trois ans, il peut être procédé à une nouvelle répartition des conseillers d'État et des maîtres des requêtes entre les diverses sections; tous les ans pour les auditeurs. Cette répartition est faite par décret en ce qui concerne les conseillers d'État, et par arrêté du ministre de la Justice, en ce qui concerne les maîtres des requêtes et les auditeurs.

Source : BIU Cujas

sidée par le ministre de la Justice, et, en son absence, par le vice-président du Conseil d'État, en l'absence de l'un et de l'autre, par le plus ancien des présidents de section dans l'ordre du tableau (L. 24 mai 1872, art. 4).

Le Conseil d'État en assemblée générale ne peut délibérer si seize au moins des conseillers en service ordinaire ne sont présents. En cas de partage, la voix du président est prépondérante (L. 1879, art. 6). Les décrets rendus après délibération de l'assemblée générale mentionnent que le Conseil d'État a été entendu et constituent toujours, soit des *règlements d'administration publique*, soit des *décrets en forme de règlement d'administration publique* (L. 1872, art. 13, § 1er). — Certaines affaires sont nécessairement portées à l'assemblée générale, les autres n'y sont portées qu'autant que le renvoi à cette assemblée a été ordonné par les présidents de section. Il faut voir à ce sujet le règlement du 2 août 1879, modifié par celui du 3 avr. 1886 et pris en exécution de la loi du 24 mai 1872, art. 10, § 4 (1).

C. *Les attributions du Conseil d'État.* — Le Conseil d'État a des attributions administratives et des attributions contentieuses. On dit quelquefois qu'il en a de législatives; il en a eu sous certains régimes, mais il n'en a plus, son intervention dans la confection de la loi n'est plus né-

(1) Nomenclature complète d'après le décret du 3 avril 1866 : 1° les projets et les propositions de lois renvoyés au Conseil d'État; 2° les projets de règlement d'administration publique; 3° l'enregistrement des bulles et autres actes du Saint-Siège; 4° les recours pour abus; 5° les autorisations des congrégations religieuses et la vérification de leurs statuts; 6° la création des établissements ecclésiastiques ou religieux; 7° l'autorisation d'accepter des dons et legs excédant 50.000 francs lorsqu'il y a opposition des héritiers; 8° l'annulation des délibérations prises par les conseils généraux de département dans les cas prévus par les art. 33 et 47 de la loi du 10 août 1871; 9° les impositions d'office établies sur les départements dans les cas prévus par l'art. 61 de la loi du 10 août 1871; 10° les traités passés par la ville de Paris pour les objets énumérés dans l'art. 16 de la loi du 24 juill. 1867; 11° les changements apportés à la circonscription territoriale des communes; 12° la création des octrois; 13° la création des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes; la création ou la prorogation des chambres temporaires dans les cours ou tribunaux; 14° la création des chambres de commerce; 15° la naturalisation des étrangers accordée à titre exceptionnel; 16° les prises maritimes; 17° la délimitation des rivages de la mer; 18° les demandes en concession de mines en France ou en Algérie; 19° l'exécution des travaux publics à la charge de l'État qui peuvent être autorisés par décret; 20° l'exécution des tramways; 21° la concession de desséchement de marais, les travaux d'endiguement et ceux de redressement des cours d'eau non navigables; 22° l'approbation des tarifs des ponts à péage; 23° l'établissement des droits de tonnage dans les ports maritimes; 24° l'autorisation des sociétés d'assurance sur la vie, des tontines...; 25° la suppression des établissements dangereux, incommodes et insalubres dans les cas prévus par le décret du 15 octobre 1810; 26° toutes les affaires non comprises dans cette nomenclature sur lesquelles il doit être statué en vertu d'une disposition spéciale par décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique; 27° enfin les affaires qui, à raison de leur importance, sont renvoyées à l'examen de l'assemblée générale, soit par les ministres, soit par le présidentde la section, d'office ou sur la demande de la section.

Source : BIU Cujas

cessaire; quand il intervient en fait, c'est qu'il est consulté à titre administratif. — Pour les attributions *contentieuses*, renvoi au contentieux. Quant aux attributions *administratives*, elles consistent uniquement à *émettre des avis* dont le Gouvernement reste libre de s'écarter. L'intervention du Conseil d'État est tantôt facultative, tantôt nécessaire. Elle est nécessaire quand la loi dit qu'il sera statué par *règlement d'administration publique* ou par *décret en forme de règlement d'administration publique* et d'ailleurs dans tous les cas visés par le D. du 3 avr. 1886. Dans ces cas, l'absence de l'avis du Conseil d'État constituerait un vice de forme du décret (1).

§ 2. — Le pouvoir régional.

Article I. — Les Préfectures.

Les agents du pouvoir central compris dans la hiérarchie sont très spécialisés, chacun d'eux ne représente plus le pouvoir exécutif dans son unité, mais seulement sous l'un de ses aspects, l'un est militaire, l'autre professeur ou instituteur, l'autre agent d'une régie financière, etc... C'est le résultat de la division du travail administratif. Ces agents si spécialisés sont disséminés sur tout le territoire (V. p. 366). Il est cependant nécessaire qu'il y ait de place en place d'autres agents qui, eux, représentent le pouvoir exécutif dans son unité, sans quoi cette unité périrait. Il le faut pour tenir en respect les administrations locales et même les citoyens. Il le faut aussi pour maintenir l'harmonie entre les divers services administratifs de la hiérarchie qui, à cause de leur spécialisation et de leur esprit de corps, ne sont que trop disposés à se nuire réciproquement au grand détriment des affaires de l'État. L'ensemble de ces agents répartis sur le territoire et chargés de maintenir l'unité politique et administrative de l'État constitue *le pouvoir régional*, les rouages en sont les préfectures, les sous-préfectures et même les mairies, dans la métropole, les gouvernements des colonies dans les possessions.

Ainsi le pouvoir régional est très différent de la hiérarchie. Il ne faut

(1) *Rôle des divers membres du Conseil d'État. — Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, présidence facultative de l'assemblée générale et des sections administratives, avec voix délibérative. — *Ministres, autres que le garde des Sceaux*, voix délibérative à l'assemblée générale, chacun pour les affaires de son département; peuvent toujours faire venir une affaire en assemblée générale. — *Conseillers en service ordinaire*, voix délibérative quelle que soit la formation du Conseil d'État. — *Conseillers en service extraordinaire* n'ont entrée qu'à l'assemblée générale et aux sections administratives, voix délibérative dans les affaires qui ressortent à leur département ministériel, voix consultative dans les autres. — *Maîtres des requêtes*, voix délibérative dans les affaires dont ils ont fait le rapport, voix consultative dans les autres, aussi bien à l'assemblée générale que dans les sections. — *Auditeurs*, n'ont d'opinion à émettre que sur les affaires dont ils ont fait le rapport, voix délibérative dans leur section, consultative à l'assemblée générale.

Source : BIU Cujas

pas le confondre non plus avec les pouvoirs administratifs décentralisés. Les pouvoirs décentralisés ne sont pas exercés au nom de l'État, mais au nom de personnes administratives locales, produit de la décentralisation, telles que les départements ou les communes. La cause de confusion est que ces différents pouvoirs s'exercent concurremment dans les mêmes circonscriptions; c'est aussi que les mêmes autorités représentent parfois le pouvoir régional de l'État et le pouvoir départemental ou communal; en effet, le préfet, par exemple, est une autorité régionale de l'État et en même temps une autorité départementale; le maire, qui est avant tout une autorité communale, est à certains égards, une autorité régionale de l'État. Ces causes de confusion sont faciles à éviter.

Organisation d'une préfecture. — La préfecture est le rouage essentiel du pouvoir régional dans la métropole; il y en a une par département; elle se compose : 1° du préfet; 2° du cabinet du préfet; 3° du secrétaire général et des bureaux; 4° du conseil de préfecture.

A. *Le Préfet.* — I. *Règles d'organisation relatives au préfet.* — Il y a un préfet dans chaque département (L. 28 pluv. an VIII, art. 2) (1). Toutes les règles d'organisation que nous allons étudier sont inspirées par une même pensée, faire que les préfets soient absolument dans la main du Gouvernement et que, cependant, les avantages de leur situation soient assez grands pour attirer dans la carrière des hommes de valeur.

Nomination. — Les préfets sont nommés et révoqués par décrets du chef de l'État, proposés et contresignés par le ministre de l'Intérieur. La qualité de citoyen français suffit, c'est-à-dire l'âge de vingt et un ans et la jouissance des droits civils et politiques.

Traitement. Combinaison des classes territoriales et personnelles. — Il a été organisé pour le traitement des préfets un système que nous retrouverons pour les secrétaires généraux, les conseillers de préfecture et les sous-préfets. Les préfectures sont divisées en trois classes territoriales, à raison de l'importance du département : dans une préfecture de première classe le traitement du préfet est de 35.000 francs, il est de 24.000 dans une préfecture de seconde classe, et de 18.000 dans une préfecture de troisième classe (D. 28 oct. 1872). Mais ce système de classes territoriales a un inconvénient, c'est qu'il oblige à déplacer un préfet pour lui donner de l'avancement alors qu'il peut être très utile de le laisser dans un département où il a réussi. On a donc eu l'idée de combiner, avec les classes territoriales, des classes dites *personnelles*, qui permettent aux préfets d'avancer sur place. Ainsi, les préfets de deuxième et de troisième classe, après cinq ans de service dans le même département, peuvent obtenir une augmentation de traitement à peu

(1) Par exception, dans le département de la Seine, il y en a deux qui se partagent les attributions, et qui cumulent d'ailleurs la qualité de maire de Paris avec celle de préfet : le préfet de police et le préfet de la Seine.

Source : BIU Cujas

près égale à une demi-promotion de classe, etc... De plus, et afin de donner plus de latitude encore, les préfets qui ont un poste de première ou de deuxième classe, peuvent être appelés à des préfectures d'une classe inférieure en conservant leur traitement (D. 27 mars 1852; D. 7 oct. 1883) (1).

II. *Attributions du préfet comme représentant de l'État.* — Le préfet est avant tout représentant de l'État, mais il l'est aussi du département; il s'agit ici, uniquement, de ses attributions comme représentant de l'État. Le préfet est chargé : 1° de l'*exécution* des décisions du chef de l'État ou des ministres; 2° de la *surveillance des services de l'État* en tant qu'ils fonctionnent dans son département (2); 3° d'un service général d'*informations* au profit du pouvoir central, tant au point de vue de la statistique que de la police; 4° de la *transmission* des réclamations des particuliers au pouvoir central; 5° le préfet a la *direction* des sous-préfets et des maires de son département, considérés comme autorités administratives régionales de l'État; 6° il a, dans une certaine mesure, la *police des fonctionnaires;* 7° il exerce, dans une certaine mesure, la *police ou tutelle sur les administrations locales.* — Vis-à-vis du *département*, il a le droit d'annuler en certains cas les délibérations du conseil général (L. 1871, art. 34). — Vis-à-vis des *communes* il a le droit de suspendre pendant un mois un conseil municipal (L. municip., art. 43), de

(1) *Pension et traitement de non-activité.* — Les préfets ont droit à une pension au bout de trente ans de service et à soixante ans d'âge, mais comme ils peuvent être révoqués *ad nutum*, on ne leur fait pas subir de retenue sur le traitement (L. 22 août 1790). De plus, afin que le Gouvernement puisse les mettre en disponibilité librement sans être arrêté par des considérations d'humanité, dans le cas où ils n'ont pas encore droit à la retraite, ils peuvent recevoir un traitement de *disponibilité*. Ce traitement qui ne peut pas dépasser 6.000 francs par an ni la moitié du traitement moyen de la dernière année, ne constitue pas un droit, il ne peut durer plus de six ans et sa durée ne peut excéder la moitié des services civils rendus à l'État, il ne peut être cumulé avec aucun traitement ni aucune pension payés sur les fonds du Trésor, le préfet en disponibilité conserve ses droits à la retraite (L. 25 févr. 1901, art. 42).

Résidence, remplacement temporaire. — Le préfet doit résider au chef-lieu de son département, il ne peut s'absenter du département sans la permission du ministre de l'Intérieur (arrêté 27 vent. an VIII). Le préfet peut déléguer ses fonctions à un conseiller de préfecture ou au secrétaire général de la préfecture. La délégation n'a pas besoin d'être approuvée par le ministre de l'Intérieur, si le préfet ne sort pas du département (Ord. 29 mars 1821, art. 1). En cas de vacance de la préfecture ou d'absence sans délégation, le premier conseiller de préfecture dans l'ordre du tableau prend de droit l'administration du département; toutefois si, avant la vacance de la préfecture, l'administration a été déléguée, celui qui a reçu cette délégation continue d'exercer jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné par le ministre de l'Intérieur (*Eod.*, art. 2).

(2) Cette surveillance était facilitée autrefois par ce fait, qu'une bonne partie de la correspondance officielle des chefs de service avec leurs ministres respectifs, devait passer par les bureaux de la préfecture; mais, la plupart des services se sont affranchis de cette servitude et ont conquis la correspondance directe avec leur ministre.

Source : BIU Cujas

suspendre pour le même temps un maire ou un adjoint (art. 86, *ibid.*); il a le droit d'approuver certaines délibérations des conseils municipaux, le droit d'annuler leurs délibérations réglementaires lorsqu'elles renferment quelque cause de nullité (art. 65 et 66); il a le droit d'annuler ou de suspendre les arrêtés des maires (art. 95); le droit, après avoir mis le maire en demeure, de substituer son action à la sienne, aux termes des art. 85 et 99; il révoque les gardes champêtres (art. 102). — Vis-à-vis des *établissements publics*, il exerce des droits considérables; pour les établissements charitables, il nomme une partie des commissions administratives, il approuve les délibérations de ces commissions, etc., etc.; 8° il exerce, dans une certaine mesure, la *police sur les individus*. D'abord, il a le *pouvoir réglementaire* (1), et aussi le droit de donner des *autorisations individuelles*, par exemple, l'autorisation d'ouvrir des établissements insalubres de 1re et de 2e classe, etc., etc... 9° Le préfet participe à la police du domaine public de l'État, notamment à celle des fleuves et rivières navigables ou flottables; 10° il intervient dans la perception des impôts directs en rendant exécutoires les rôles; 11° il intervient dans l'expropriation d'utilité publique, soit dans les enquêtes, soit par l'arrêté de cessibilité; il autorise certaines adjudications de travaux publics; il liquide et ordonnance certaines dépenses, etc., etc... ; 12° Le préfet est le représentant de l'État dans un certain nombre de contrats qui intéressent le domaine privé, les aliénations (sauf exception), les baux, etc.; 13° il est représentant en justice de l'État devant tous les tribunaux de son département.

Force exécutoire des décisions du préfet. — Décrets de déconcentration. — En tant que le préfet prend des décisions, il est intéressant de savoir jusqu'à quel point il est une autorité administrative, jusqu'à quel point il est indépendant des ministres, si ses actes ont force exécutoire par eux-mêmes, ou bien s'ils n'en ont que lorsqu'ils sont revêtus de l'approbation ministérielle.

De la loi des 22 décembre 1789, janvier 1790, qui avait institué les

(1) Ce pouvoir réglementaire, la jurisprudence le puise dans la loi des 22 décembre 1789, janvier 1790, section III, art. 2, qui a constitué les administrations départementales; elle a tiré notamment des §§ 5, 6, 9 de cet article, le droit pour le préfet de faire des règlements relatifs à la conservation des propriétés publiques; à celle des forêts, rivières (L. 8 avr. 1898), chemins et autres choses communes, au maintien de la sûreté, de la salubrité et de la tranquillité publiques. De plus, des lois spéciales ont reconnu au préfet le pouvoir réglementaire en matière de chasse (L. 3 mai 1844); de pêche (L. 15 avr. 1829); de chemins vicinaux (L. 21 mai 1836); de police rurale (L. 21 juin 1898); d'hygiène publique (L. 15 févr. 1902). Ce pouvoir réglementaire s'exerce par des arrêtés, qui doivent être publiés par voie d'affiche dans les communes où leur exécution est réclamée (Av. Cons. d'Ét., 25 prair. an XIII; Cass., 12 avr. 1861). En matière de sûreté générale, salubrité, tranquillité, les pouvoirs du préfet entrent en conflit sur le territoire de chaque commune avec les pouvoirs du maire. Nous examinerons ce conflit plus loin (v° *Police municipale*).

Source : BIU Cujas

directoires de département auxquels les préfets ont succédé en l'an VIII, il résultait (section VIII) que sur « tous les objets qui intéressaient le régime de l'administration générale du royaume ou sur des entreprises nouvelles et travaux extraordinaires » les arrêtés des administrations départementales devaient être soumis à l'approbation du roi; mais que sur les autres objets ils auraient force exécutoire par eux-mêmes, sauf le droit du roi de les annuler ou réformer. Il y avait donc des actes des directoires qui étaient exécutoires par eux-mêmes. Le principe est resté le même pour les préfets, l'art. 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII « le préfet sera seul chargé de l'administration » n'a rien changé aux attributions; seulement, en fait, comme les expressions « objets qui intéressent le régime de l'administration générale du royaume » étaient très élastiques, la tendance centralisatrice en profita pour soumettre à la nécessité de l'approbation ministérielle tous les actes des préfets, à l'exception de quelques-uns nommément indiqués par la loi du 22 décembre 1789, par exemple, les arrêtés réglementaires de police.

Il résultait de cette approbation ministérielle indispensable pour la plus petite affaire, une paperasserie et des lenteurs contre lesquelles les réclamations étaient unanimes. Le Gouvernement de 1852, qui se proposait d'être avant tout un régime administratif, donna satisfaction à ces réclamations par les deux décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861. Ces deux décrets, sans toucher au principe établi dans la loi du 22 décembre 1789, contiennent, soit dans leurs articles, soit dans des tableaux annexés, la liste d'une foule de cas où désormais les préfets pourront statuer sans l'approbation du ministre, sauf le pouvoir pour celui-ci d'annuler ou de réformer après coup leurs actes.

En résumé, à l'heure actuelle : *a*) Les actes des préfets ont force exécutoire par eux-mêmes : 1° en matière de règlement de police (L. 22 déc. 1789); 2° dans les matières contenues aux tableaux de 1852 et 1861, notamment en tout ce qui concerne la tutelle des départements et des communes. Quelquefois le préfet est tenu de prendre l'avis du conseil de préfecture; quelquefois il est tenu de prendre celui de certains chefs de service. Ces actes peuvent être réformés ou annulés par le ministre; d'office, en cas de violation des lois et règlements; sur recours des parties intéressées, pour toute espèce de motifs; *b*) Les actes des préfets sont soumis à l'approbation ministérielle : 1° dans certains cas exceptés par les décrets de 1852 et 1861 eux-mêmes; 2° dans les matières qui intéressent l'administration générale du pays (1).

(1) *Première observation :* Les tableaux des décrets de 1852 et de 1861 doivent être lus actuellement avec beaucoup de précautions, parce qu'en vertu des lois du 10 août 1871 et du 5 avril 1884, un certain nombre d'actes ne sont plus dans les attributions du préfet, étant passées dans celles du conseil général ou de la commission départementale;

Deuxième observation : Les décrets de 1852 et de 1861 ont été appelés, par le gou-

Source : BIU Cujas

Nature et forme des actes. — Voies de recours. — Les décisions exécutoires du préfet sont tantôt des actes d'autorité, tantôt des actes de gestion publique. La forme régulière des actes est l'arrêté, mais il peut en être fait par simple décision sous forme de lettre. Dans tous les cas, il faut la signature du préfet (Pour les arrêtés réglementaires, voir p. 226).

On peut recourir contre les actes des préfets : 1° par la voie hiérarchique, devant le ministre; 2° par la voie contentieuse, par recours pour excès de pouvoir contre les actes d'autorité, par recours contentieux ordinaire contre les actes de gestion publique.

B. *Le cabinet du préfet.* — Les préoccupations électorales et politiques qui ont pris sous la troisième République une importance si grande en administration, ont amené dans les préfectures l'apparition d'un organe nouveau, le cabinet du préfet. — C'est encore une pure organisation de fait qui n'est régie par aucun texte, les *attachés* sont nommés par le préfet lui-même, leurs traitements, très faibles d'ailleurs, sont pris sur les frais de bureau (1). Leurs fonctions, mal définies, sont surtout confidentielles ; elles consistent dans des notes politiques à donner, non seulement aux fonctionnaires du département, mais encore aux électeurs influents. Tout ce qui est faveur administrative, tout ce qui par conséquent peut être utilisé dans un but politique, concessions, distributions de médailles et de récompenses, nominations honorifiques, tout cela est préparé dans le cabinet du préfet. Comme la préoccupation politique peut être mêlée à toutes les affaires, le cabinet du préfet se trouve fréquemment en conflit avec les bureaux de la préfecture qui, eux, sont pour la préparation des affaires proprement dites (2).

C. *Le secrétaire général de préfecture et les bureaux.* — Il y a un secrétaire général de préfecture par département à côté du préfet (L. 21 juin 1865, art. 5). Les secrétaires généraux ont été plusieurs fois supprimés et rétablis depuis la loi du 28 pluviôse an VIII, qui les avait institués. La raison d'être de l'institution a été singulièrement modifiée. Primitivement, le préfet choisissait son secrétaire général et pouvait en faire son confident, mais peu à peu la carrière de secrétaire général s'étant régularisée, les nécessités de l'avancement ont fait qu'on a imposé aux préfets des secrétaires généraux qui n'étaient point de leur choix ; les

vernement impérial, décrets de *décentralisation;* ils ne méritaient évidemment pas ce nom, puisqu'ils faisaient passer des attributions du pouvoir central, non pas à des autorités administratives décentralisées, départementales ou communales, mais à des autorités régionales de l'État lui-même; on les a appelés plus justement décrets de *déconcentration.* Cependant il est juste de reconnaître que si ces décrets n'ont pas fait par eux-mêmes de la décentralisation, ils l'ont facilitée pour plus tard. Il est plus facile d'enlever une attribution au préfet, pour la faire passer au conseil général du département, que de l'enlever au ministre. Les décrets de 1852 et 1861 ont rendu possible la loi du 10 août 1871.

(1) Les attachés au cabinet du préfet sont-ils des fonctionnaires publics (V. p. 384).

(2) V. p. 383 ce qui a été dit du cabinet du ministre, organe analogue.

Source : BIU Cujas

préfets se sont alors créé des confidents dans leur *cabinet*, le secrétaire général a été relégué dans l'administration pure, tandis que le préfet et son cabinet s'orientaient de plus en plus vers l'action politique. Jusqu'à présent le secrétaire général était un futur préfet, mais il ne serait pas impossible que dans l'avenir la fonction ne devînt une carrière fermée. Les secrétaires généraux sont nommés et révoqués par décret. Aucune condition spéciale exigée, si ce n'est la qualité de citoyen (1).

Le secrétaire général a des attributions administratives et des attributions contentieuses. Au point de vue contentieux, il joue le rôle de commissaire du Gouvernement devant le conseil de préfecture statuant au contentieux. Au point de vue administratif, il a en premier lieu cette fonction vague, mais très importante, d'être celui qui peut le mieux être délégué en cas d'empêchement du préfet; en second lieu, il a la surveillance des bureaux. Enfin, il a la garde des papiers, la signature des expéditions délivrées aux parties, la responsabilité des registres, des arrêtés et décisions du préfet et des délibérations du conseil de préfecture (L. 28 pluv. an VIII, art. 7; O. 9 août 1817).

Les bureaux. — Il y a à la préfecture des bureaux pour la préparation administrative des affaires; les employés y sont répartis, comme dans les ministères, en divisions et en bureaux, ils sont nommés et révoqués par le préfet. Par la force des choses ces bureaux, préparant les affaires soumises au conseil général et à la commission départementale, ont subi en partie l'influence de ces assemblées, c'est une des raisons qui contribuent à les séparer du préfet et à rejeter celui-ci du côté de son cabinet.

D. *Les conseils de préfecture.* — Les conseils de préfecture, de même que le Conseil d'État, sont à la fois des conseils administratifs et des tribunaux administratifs; on les étudiera ici uniquement comme conseils, tout en reconnaissant que leur qualité de juridiction est celle qui prend le plus d'importance et qui tend à influer le plus sur leur organisation (Renvoi au contentieux). Les conseils de préfecture ont été créés par la loi du 28 pluviôse an VIII; depuis ils ont été remaniés par la loi du 21 juin 1865, et l'on a constamment demandé de nouveaux remaniements (2).

Il y a un conseil de préfecture dans chaque département; il est com-

(1) Pour eux, comme pour les préfets, existe la combinaison des classes territoriales et personnelles en vue de l'avancement sur place. Traitement de la première classe 7.000 francs, de la seconde 6.000 francs, de la troisième, 4.500 francs (D. 15 avr. 1877, art. 2). Ils ont une pension de retraite sans retenues, et peuvent obtenir un traitement de non-activité (V. p. 394). Le secrétaire général absent, empêché ou chargé par délégation des fonctions de préfet est remplacé dans ses fonctions par le conseiller de préfecture, le dernier dans l'ordre du tableau.

(2) De nombreux projets ont été déposés (V. *Revue politique*, 1897, article de M. Michoud, t. XII, p. 267); *Rev. gén. d'admin.*, 1901. III, 5, article de M. Albert Lavallée sur une proposition de suppression des conseils de préfecture.

Source : BIU Cujas

posé du préfet, président, et, suivant l'importance du département, de trois ou quatre conseillers (1). Le conseil ne peut prendre aucune délibération si les membres présents ne sont au moins au nombre de trois Le préfet, lorsqu'il assiste à la séance, compte pour compléter le nombre nécessaire, il a voix prépondérante en cas de partage (Arrêté 19 fruct. an IX). La présidence du préfet est très critiquable, surtout au point de vue contentieux. En fait, le préfet préside rarement, et la loi du 21 juin 1865 consacre cet état de fait, en décidant que chaque année un des conseillers est désigné par décret pour présider en son absence, mais il continue à pouvoir présider, il est fortement question de lui enlever ce droit.

Les conseillers de préfecture sont nommés et révoqués par décret. Il y a depuis la loi du 21 juin 1865 quelques conditions de capacité (2).

Le conseil de préfecture, au point de vue administratif, n'a que des attributions consultatives, il donne des avis au préfet, quelquefois même au chef de l'État. Le plus souvent ces avis sont facultatifs, quelquefois ils sont obligatoires, des lois assez nombreuses ont imposé au préfet de statuer en conseil de préfecture, notamment en matière de tutelle départementale ou communale; même lorsque le préfet est tenu de prendre l'avis, il n'est pas tenu de le suivre. L'arrêté mentionne que le préfet siégeait en conseil de préfecture, mais il est signé du préfet seul.

Article II. — Les sous-préfectures et les mairies.

A. *Les sous-préfectures.* — La sous-préfecture se compose du sous-préfet et des bureaux. Il y en a une par arrondissement. Il a été bien des fois question de les supprimer, car elles ont très peu d'importance administrative, mais elles ont beaucoup d'importance au point de vue politique et électoral et c'est ce qui assure leur maintien. — Il y a un sous-préfet dans chaque arrondissement, excepté dans celui du chef-lieu de département où le préfet en remplit les fonctions (L. 28 pluv. an VIII, art. 8 et 11). Les sous-préfets sont nommés et révoqués par décret. Aucune condition spéciale de capacité, la qualité de citoyen suffit (3).

(1) Dans le département de la Seine, le conseil de préfecture se compose de neuf membres, y compris le président.

(2) « Nul ne peut être nommé conseiller de préfecture s'il n'est âgé de vingt-cinq ans accomplis, s'il n'est, en outre, licencié en droit, ou s'il n'a rempli, pendant dix ans au moins, des fonctions rétribuées dans l'ordre administratif ou judiciaire, ou bien s'il n'a été, pendant le même espace de temps, membre d'un conseil général ou maire » (Art. 2). « Il y a incompatibilité légale entre les fonctions de conseiller de préfecture et tout autre emploi public ou l'exercice d'une profession » (Art. 3). — Pour les traitements, combinaisons des classes territoriales et des classes personnelles afin de permettre l'avancement sur place : première classe, 4.000 francs, seconde classe, 3.000 francs, troisième classe 2.000 francs (D. 23 déc. 1872; D. 15 avr. 1787). Pension de retraite sans retenue; traitement de non-activité (V. p. 394).

(3) Le traitement des sous-préfets est réglé d'après une combinaison de classes terri-

Source : BIU Cujas

Les attributions du sous-préfet (1). — L'arrondissement n'étant pas une personne administrative, le sous-préfet n'a pas à le représenter, il n'a donc pas, comme le préfet, un double caractère, il est uniquement représentant de l'État : *a*) Il est avant tout un agent de transmission, il fait parvenir aux municipalités les ordres du préfet et au préfet les réclamations que les municipalités adressent, au nom des habitants, à l'administration supérieure; il y use de certains pouvoirs d'information et de surveillance, car il doit assurer l'exécution des ordres du préfet et donner son avis sur les réclamations des habitants; *b*) Le sous-préfet a peu de pouvoirs de décision, cependant le décret du 13 avril 1861 les a augmentés dans son art. 6 : Nomination des répartiteurs des impôts directs sur une liste dressée par le conseil municipal. — Autorisation des établissements insalubres de troisième classe. — Délivrance des permis de chasse. — Nomination des préposés d'octrois, etc., etc.

Force exécutoire des décisions du sous-préfet. — Dans tous les cas où les sous-préfets ont le droit de décision, leurs décisions sont exécutoires par elles-mêmes. Elles peuvent être annulées ou réformées par le préfet : 1° d'office, pour violation de la loi ou des règlements; 2° sur recours de la partie lésée pour tous motifs (D. 13 avr. 1861, art. 7).

Forme des actes et voies de recours. — La forme régulière est celle de l'arrêté. On peut recourir contre les actes des sous-préfets qui contiennent décision exécutoire : 1° par la voie hiérarchique devant le préfet avec la faculté de remonter jusqu'au ministre; 2° par la voie contentieuse, par recours pour excès de pouvoir contre les actes d'autorité, par recours contentieux ordinaire contre les actes de gestion publique.

B. *Les mairies.* — Le maire est représentant de l'État en même temps que de la commune. Comme représentant de l'État, le maire est chargé sous l'autorité du préfet : 1° de la publication et de l'exécution des lois et règlements; 2° de l'exécution des mesures de sûreté générale; 3° des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois (L. 1884, art. 92). — Par les mairies, l'action du pouvoir régional pénètre dans toutes les communes.

toriales et de classes personnelles analogue à celle qui existe pour les préfets et qui permet l'avancement sur place. Il est de 7.000 francs pour la première classe, de 6.000 pour la seconde, de 4.500 pour la troisième (D. 23 déc. 1872; D. 15 avr. 1877). Il existe une pension sans retenue et un traitement de disponibilité comme pour les préfets (V. p. 394). Les sous-préfets ne doivent pas s'absenter sans congé accordé par le préfet, à moins de circonstances urgentes. Le préfet désigne pour les remplacer, soit un conseiller général, soit un conseiller d'arrondissement, soit un conseiller de préfecture (Arrêté 27 vent. an VIII, art. 7; O. 29 mars 1821, art. 3).

(1) *Bibliographie.* Albert Bluzet, *Les attributions des sous-préfets*, Berger-Levrault, 1902.

Source : BIU Cujas

Section II. — L'organe délibérant ou législatif (1).

§ 1. — Les règles d'organisation.

Article I. — Règles générales de composition de la Chambre des députés et du Sénat.

L'organe délibérant de l'État porte le nom d'*organe législatif*, parce que sa principale fonction est de faire des lois, cependant il délibère sur des mesures administratives lorsqu'il fait des *lois d'affaires*.

La dualité des Chambres. — L'organe législatif est, à certains égards, unique, et à certains égards double. Il est double, car il est composé de deux assemblées différentes, la Chambre des députés et le Sénat, qui n'ont pas le même mode de recrutement et qui ne siègent pas ensemble. Il est unique, car ces deux assemblées différentes, par suite de certaines règles constitutionnelles, semblent bien être les deux moitiés d'un même tout. En effet : 1° en certaines occasions, ces deux Chambres se fondent en une assemblée unique qui prend le nom d'Assemblée nationale ou de Congrès (revision de la Constitution, élection du Président de la République) ; 2° sauf très rare exception, ces deux Chambres tiennent leurs sessions simultanément ; 3° elles participent toutes les deux à la confection d'une même loi et en principe avec des droits égaux, de sorte qu'une loi est toujours leur œuvre commune (2).

Composition de la Chambre des députés (L. 30 nov. 1875; L. 16 juin 1885 ; L. 13 févr. 1889; L. 22 juill. 1893; L. 30 mars 1902). — Les représentants à la Chambre des députés sont élus au suffrage universel direct, et au scrutin uninominal ou individuel depuis la loi du 13 février 1889. Chaque circonscription électorale nomme un député. Les circonscriptions électorales sont déterminées en prenant comme base l'arrondissement administratif (à Paris, l'arrondissement municipal). Les arrondissements dont la population ne dépasse pas cent mille habitants nomment un député. Les arrondissements dont la population dépasse cent mille habitants, nomment un député de plus par cent mille ou fraction de cent mille. Dans ce cas, il sont sectionnés. De plus, il est attribué un député au territoire de Belfort, six à l'Algérie et dix aux colonies (3).

(1) *Bibliographie :* E. Pierre, *Traité de droit politique*, Paris, 1893 ; Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, 2e édit., 1899, p. 605 et s.

(2) La dualité de l'organe législatif n'est donc point aussi absolue qu'on se plaît à le dire en général, mais, telle qu'elle est réalisée, il faut la considérer comme une des plus heureuses garanties constitutionnelles. Sous le régime parlementaire, il faut craindre les abus de pouvoir du Parlement ; il est clair que la division en deux Chambres égales est l'occasion de conflits qui rendent ces abus de pouvoir moins redoutables.

(3) Un tableau de ces sectionnements a été annexé à la loi du 13 février 1889, et ne pourra être modifié que par une loi (il a été modifié en dernier lieu par la loi du 30 mars 1902). Le nombre total des députés est 590. Beaucoup d'arrondissements ont été sectionnés,

Source : BIU Cujas

La Chambre des députés se renouvelle intégralement tous les quatre ans (1) (L. 30 nov. 1875, art. 15). Le mandat de quatre ans expire jour pour jour à la date du premier tour de scrutin qui avait constitué la Chambre (2). Exceptionnellement, la Chambre peut être renouvelée après une dissolution ; elle commence alors un mandat complet de quatre ans.

La Chambre doit toujours être au complet. Si donc un député disparaît par suite d'invalidation, de décès, de démission, d'acceptation de fonctions publiques, il doit être remplacé. Cependant, dans les six mois qui précèdent le renouvellement intégral, il n'est plus procédé aux élections complémentaires.

Composition du Sénat (L. const. 24 févr. 1875; L. 2 août 1875; L. 9 déc. 1884). — La composition du Sénat a été assez fortement modifiée par la loi du 9 déc. 1884, rendue après la revision constitutionnelle du 14 août 1884, qui avait enlevé leur caractère constitutionnel aux dispositions organiques sur le Sénat. Il se compose désormais de 300 membres élus à un suffrage à plusieurs degrés (3).

Les sénateurs sont élus au scrutin de liste, avec le département comme circonscription électorale. Ils sont élus au suffrage à plusieurs degrés. Ils sont en effet nommés par un collège restreint composé : 1° des députés, conseillers généraux et conseillers d'arrondissement du département, qui eux-mêmes sont déjà des élus, ci deux degrés; 2° de délégués élus par les conseillers municipaux, lesquels sont eux-mêmes élus, ci trois

quelques-uns d'entre eux ont fourni quatre et cinq circonscriptions; il n'est donc pas très exact de dire que les députés sont élus au scrutin d'*arrondissement*.

(1) Les législatures actuelles commencent en avril, mai ou juin et désormais les élections se feront au printemps (L. 22 juillet 1893).

(2) E. Pierre, *Traité de droit potitique*, p. 278.

(3) D'après la Constitution de 1875, le Sénat se composait de trois cents membres, chiffre constitutionnel; deux cent vingt-cinq étaient élus et n'avaient qu'un mandat temporaire; soixante-quinze étaient nommés par le Sénat et recevaient un mandat à vie, on les appelait *sénateurs inamovibles*. Les sénateurs élus l'étaient par des collèges où dominait l'élément rural. Ces collèges étaient en effet composés en majeure partie de délégués des conseils municipaux, à raison de un délégué par commune ; une commune de cent mille habitants n'avait qu'un délégué, tout comme une commune de cent habitants; les communes rurales, infiniment plus nombreuses que les communes urbaines, décidaient de l'élection. — La réforme de décembre 1884 a laissé subsister le chiffre de trois cents membres, mais elle a eu un double objectif : 1° supprimer les sénateurs inamovibles; à cet effet, la loi décide qu'à l'avenir tous les sénateurs seront élus; elle répartit elle-même dans son article 1 les trois cents membres entre les départements et les colonies. Les inamovibles existants conservent leur mandat, mais ils seront supprimés par extinction. Leurs sièges ont été d'avance attribués à certains départements; lorsqu'il se produit une vacance parmi les sénateurs inamovibles, il est, dans la huitaine, procédé en séance publique à un tirage au sort pour déterminer celui de ces départements qui sera appelé à élire en remplacement un sénateur ; 2° restituer de l'importance dans l'élection à l'élément urbain. A cet effet, le nombre des délégués de chaque conseil municipal a été rendu proportionnel au nombre des membres de ce conseil, c'est-à-dire par là indirectement, à la population de la commune.

Source : BIU Cujas

degrés. Le Sénat ne se renouvelle pas en entier, mais par tiers, de trois en trois ans, de sorte que le mandat de chaque sénateur est de neuf ans (1).

Le Sénat doit toujours être au complet; si donc un sénateur disparaît par suite d'invalidation, décès, démission, il doit y avoir élection partielle; toutefois, si la vacance survient dans les six mois qui précèdent le renouvellement triennal, il n'y est pourvu qu'au moment du renouvellement.

Article II. — Les élections à la Chambre des députés et au Sénat.

I. — *Élections à la Chambre des députés* (*L. 30 nov. 1875; L. 16 juin 1885; L. 13 févr. 1889; L. 22 juin 1893; L. 30 mars 1902*). — Sont *électeurs* tous les citoyens français ayant la jouissance et l'exercice du droit de suffrage et inscrits sur une liste électorale (V. p. 311 et s.). Sont *éligibles* tous les citoyens français âgés de vingt-cinq ans, sans aucune condition particulière autre que celles qui ont été introduites par la loi du 17 juillet 1889 sur les candidatures multiples : 1° faire une déclaration de candidature ; 2° n'être candidat que dans une seule circonscription (V. p. 336). Il y a des causes d'*inéligibilité* qui vicient l'élection. Il en est qui résultent de la perte de la jouissance du droit de suffrage (V. p. 324). Il en est qui résultent d'autres faits enlevant seulement l'exercice du droit, telle l'inéligibilité absolue qui frappe les militaires en activité de service (L. 30 nov. 1875, art. 7), telle l'inéligibilité relative qui frappe certains fonctionnaires (L. 30 nov. 1875, art. 12; V. p. 325). Il y a des causes d'*incompatibilité* qui empêchent l'élu de conserver son mandat si une certaine situation de fait est maintenue, la principale de ces causes est le cumul d'une fonction publique rétribuée sur les fonds de l'État avec le mandat de député (L. 30 nov. 1875, art. 8-12; V. p. 328).

Convocation des électeurs. — La convocation est faite par décret; la date pour laquelle elle doit être faite, est fixée dans les différentes hypothèses : 1° en cas de renouvellement par expiration normale des pouvoirs de

(1) Au début, il a été formé trois séries, A, B, C, entre lesquelles ont été répartis les départements et les colonies par ordre alphabétique, savoir : la série A, les trente premiers départements, de l'Ain au Gard inclusivement, et, de plus, le département d'Alger, ainsi que les colonies de la Guadeloupe et de la Réunion : la série B, les vingt-neuf départements suivants, depuis la Garonne (Haute-) jusqu'à l'Oise inclusivement, et, en outre, le département de Constantine et la Martinique ; enfin, la série C, les vingt-huit derniers départements de l'Orne à l'Yonne, le département d'Oran et les Indes françaises. Le tirage au sort des séries fut fait, en séance publique du Sénat, le 29 mars 1876; les séries sortirent dans l'ordre suivants : B, C, A.

La première série ne devait avoir qu'un mandat de trois ans, la seconde un mandat de six ans, la troisième seule eût, dès la première fois, un mandat de neuf ans. La série B fut renouvelée en janvier 1879, la série C en janvier 1882, la série A en janvier 1885, actuellement la série B a été renouvelée en janvier 1897, la série C en janvier 1900, la série A est renouvelable en janvier 1903, etc., etc.

Source : BIU Cujas

la Chambre, l'élection doit avoir lieu dans les soixante jours qui précèdent l'expiration des pouvoirs (L. 16 juin 1885, art. 6); 2° en cas de renouvellement après dissolution, l'élection doit être faite dans les deux mois (L. const. 14 août 1884, art. 1er); 3° en cas d'élection partielle par suite de décès, démission ou autrement, l'élection doit avoir lieu dans le délai d'un mois (L. 30 nov. 1875, art. 16). Comme dans tous ces cas il faut laisser place pour une période électorale de vingt jours au moins entre le décret de convocation et le jour de l'élection, le décret de convocation doit paraître vingt jours au moins avant l'expiration de ces différents délais.

Période électorale. — La période électorale dure au moins vingt jours francs entre le décret de convocation, et le jour du scrutin (D. O. 1852, art. 4). Depuis la loi du 17 juillet 1889, un fait doit nécessairement se produire pendant cette période, c'est la déclaration de candidature (V. p. 336). Pour les faits de presse et les réunions électorales (V. p. 337).

Opération du scrutin. — Il peut y avoir deux tours de scrutin. Au premier tour, l'élection a lieu à la majorité absolue, au second tour à la majorité relative; le second tour de scrutin a lieu le second dimanche qui suit la proclamation du résultat du premier tour (V. p. 338). Le scrutin a lieu un dimanche (cependant ce n'est pas obligatoire pour le premier tour). Il est ouvert depuis huit heures du matin jusqu'à six heures du soir. Dans les communes où cela paraîtrait nécessaire, les préfets pourront prendre des arrêtés pour devancer l'heure de l'ouverture. — Pour les formalités du scrutin et pour le recensement général des votes, V. p. 339 et s.

Contentieux électoral. — La Chambre a le droit de vérifier les pouvoirs de ses membres, sur cette *vérification des pouvoirs*, V. p. 344.

II. — *Élections au Sénat (L. 24 févr. 1875; L. 2 août 1875; L. 9 déc. 1884; L. 26 déc 1887). Éligibles.* — Est éligible tout Français âgé de quarante ans au moins et jouissant de ses droits civils et politiques (L. 9 déc. 1884, art. 4). Aucune condition spéciale de domicile ou autre n'est exigée. Pas n'est besoin d'une déclaration de candidature. Il y a des *inéligibilités*, les unes résultant de la perte de la jouissance du droit de suffrage (V. p. 324), les autres de la perte de l'exercice de ce droit. Sont dans ce dernier cas : 1° l'inéligibilité absolue qui frappe les militaires en activité de service; même législation que pour la Chambre des députés, sauf que les amiraux et les maréchaux de France sont éligibles au Sénat sans l'être à la Chambre (V. p. 325); 2° les inéligibilités relatives résultant de certaines fonctions publiques (L. 2 août 1875, art. 21; V. p. 325). Il y a des *incompatibilités*, en vertu de la loi du 26 décembre 1887, provisoirement elles sont les mêmes que pour la Chambre des députés (V. p. 328).

Électeurs. — Les sénateurs sont élus au scrutin de liste par un collège réuni au chef-lieu du département ou de la colonie et composé :

Source : BIU Cujas

1° des députés du département; 2° des conseillers généraux du département; 3° des conseillers d'arrondissement du département; 4° des délégués sénatoriaux élus parmi les électeurs de la commune par chaque conseil municipal du département.

A. *Élection des délégués sénatoriaux par les conseils municipaux (L. 2 août 1875 et du 9 déc. 1884).* — La date à laquelle doit avoir lieu l'élection des délégués est fixée par un décret du chef de l'État en même temps que la date de l'élection sénatoriale. Il doit y avoir un mois d'intervalle entre ces deux élections, et, d'autre part, le décret doit être rendu cinq semaines avant l'élection sénatoriale, il doit donc être rendu à peu près douze jours avant l'élection des délégués (L. 2 août 1875, art. 1er). L'heure de la réunion des conseils municipaux est fixée ensuite par arrêté préfectoral. Le maire notifie par écrit cet arrêté à chacun des conseillers, en indiquant le lieu de la réunion (D. 3 janv. 1876, art. 3).

Il y a une véritable élection qui donne lieu à un contentieux (1).

(1) Les conseils composés de dix membres éliront un délégué ; les conseils composés de douze membres éliront deux délégués; ceux de dix-neuf, trois; ceux de vingt et un, six ; ceux de vingt-trois, neuf; ceux de vingt-sept, douze ; ceux de trente, quinze ; ceux de trente-deux, dix-huit ; ceux de trente-quatre, vingt et un ; ceux de trente-six et au-dessus éliront vingt-quatre délégués. Le conseil municipal de Paris élira trente délégués (L. 9 déc. 1884, art. 6). Les conseils qui ont un, deux ou trois délégués, nomment un suppléant, ceux qui ont six ou neuf délégués nomment deux suppléants, ceux qui ont douze ou quinze délégués nomment trois suppléants, ceux qui ont dix-huit ou vingt et un délégués nomment quatre suppléants, le conseil municipal de Paris nomme huit suppléants. Les suppléants remplaceront les délégués en cas de refus ou d'empêchement, selon l'ordre fixé par le nombre des suffrages obtenus par chacun d'eux (Art. 8).

I. L'élection se fait sans débat, au scrutin secret, et, le cas échéant, au scrutin de liste, à la majorité absolue des suffrages. Après deux tours de scrutin, la majorité relative suffit, et, en cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est élu. Il est procédé de même et dans les mêmes formes à l'élection des suppléants. Le choix des conseils municipaux ne peut porter ni sur un député, ni sur un conseiller général, ni sur un conseiller d'arrondissement. Il peut porter sur tous les électeurs de la commune, y compris les conseillers municipaux. Dans les communes où il existe une délégation spéciale instituée en vertu de l'art. 44 de la loi du 5 avril 1884, les délégués sénatoriaux sont nommés par l'ancien conseil (L. 1875, art. 2 et 3).

II. Si les délégués n'ont pas été présents à l'élection, notification leur en est faite dans les vingt-quatre heures par les soins du maire. Ils doivent faire parvenir au préfet dans les cinq jours l'avis de leur acceptation. En cas de refus ou de silence, ils sont remplacés par les suppléants, qui sont alors portés sur la liste comme délégués de la commune; si à leur tour ceux-ci refusent ou s'ils laissent passer le délai de cinq jours sans envoyer l'avis de leur acceptation, le préfet doit prendre un arrêté à l'effet de convoquer le conseil municipal pour la désignation de nouveaux délégués. Si les délégués sont membres du conseil municipal et assistent au vote, ils doivent faire connaître séance tenante leur acceptation ou leur refus qui est consigné au procès-verbal. S'ils refusent, le conseil municipal doit pourvoir à leur remplacement (Art. 4).

III. Le procès-verbal de l'élection des délégués et des suppléants est transmis immédiatement au préfet; il mentionne l'acceptation ou le refus des délégués et suppléants, ainsi que les protestations élevées contre la régularité de l'élection par un ou plusieurs

Source : BIU Cujas

B. *Élection des sénateurs.* — D. O. 2 févr. 1852; D. R. 2 févr. 1852; L. 2 août 1875 modifiée par la loi du 9 déc. 1884).

Convocation du collège électoral, période électorale, réunions. — Nous avons vu que le collège électoral est convoqué par le même décret qui prescrit l'élection des délégués municipaux (V. p. précéd.). — La période électorale s'ouvre dès le décret de convocation, mais, par la force des choses, elle ne prend de l'importance qu'à partir du jour de la nomination des délégués, parce qu'à partir de ce jour-là seulement il y a des électeurs en nombre suffisant pour tenir des réunions électorales. On sait que, par exception, ces réunions peuvent être tenues le jour même du scrutin (L. 30 juin 1881, art. 3). La déclaration de la réunion sera faite par deux électeurs au moins. Peuvent seuls assister à la réunion, les candidats ou leurs mandataires, et les électeurs sénatoriaux. L'autorité municipale veillera à ce que nulle autre personne ne s'y introduise. Les délégués et suppléants justifieront de leur qualité par un certificat du maire de la commune, les candidats ou mandataires par

membres du conseil municipal. Une copie de ce procès-verbal est affichée à la porte de la mairie (Art. 5).

IV. Un tableau des résultats de l'élection des délégués et des suppléants est dressé dans la huitaine par le préfet; ce tableau est communiqué à tout requérant, il peut être copié. Tout électeur a de même la faculté de prendre dans les bureaux de la préfecture communication et copie de la liste, par commune, des conseillers municipaux du département et, dans les bureaux des sous-préfectures, de la liste par commune des conseillers municipaux de l'arrondissement (Art. 6).

V. Des protestations peuvent être formées contre l'élection des délégués : 1° les conseillers municipaux peuvent protester au procès-verbal; 2° tout électeur de la commune peut, dans un délai de trois jours, adresser directement au préfet une protestation contre la régularité de l'élection; 3° si le préfet estime que les opérations ont été irrégulières, il a le droit d'en demander l'annulation (Art. 7). — Les protestations relatives à l'élection des délégués ou des suppléants sont jugées, sauf recours au Conseil d'État, par le conseil de préfecture et dans les colonies par le conseil du contentieux. — Le délégué dont l'élection est annulée, est remplacé par le suppléant. En cas d'annulation de l'élection du délégué et de celle du suppléant, comme au cas de refus ou de décès de l'un et de l'autre après leur acceptation, il est procédé à de nouvelles élections par le conseil municipal au jour fixé par un arrêté du préfet (Art. 8). — Le délai pour faire appel au Conseil d'État de la décision du conseil de préfecture est, depuis la loi du 22 juillet 1889, de deux mois. — Ni la protestation devant le conseil de préfecture, ni le recours devant le Conseil d'État n'ont d'effet suspensif, les délégués conservent donc l'exercice de leur mandat jusqu'à ce qu'il ait été annulé, soit par le conseil de préfecture, soit par le Conseil d'État.

VI. Huit jours au plus tard avant l'élection des sénateurs, le préfet et, dans les colonies, le secrétaire général, dressent la liste des électeurs du département par ordre alphabétique. La liste est communiquée à tout requérant et peut être copiée et publiée. Aucun électeur ne peut avoir plus d'un suffrage (Art. 9), c'est-à-dire qu'un député qui est en même temps conseiller général n'a qu'un suffrage. — Les députés, les membres du conseil général ou des conseils d'arrondissement, qui auraient été proclamés par les commissions de recensement, mais dont les pouvoirs n'auraient pas été vérifiés, sont inscrits sur la liste des électeurs et peuvent prendre part au vote (Art. 10).

Source : BIU Cujas

un certificat du fonctionnaire qui aura reçu la déclaration de la réunion.

Scrutin. — Le préfet désigne le local dans lequel doit se réunir le collège électoral et il prend les mesures nécessaires pour que cette désignation soit connue des électeurs. Le collège électoral est présidé par le président du tribunal civil du chef-lieu du département ou de la colonie (1), le président est assisté des deux plus jeunes électeurs présents à l'ouverture de la séance. Le bureau ainsi composé choisit un secrétaire parmi les électeurs. Si le président du tribunal est empêché, il est remplacé par le vice-président et, à son défaut, par le juge le plus ancien (L. 2 août 1875, art. 12). Le bureau répartit les électeurs, par ordre alphabétique, en sections de vote comprenant au moins cent électeurs, il nomme les présidents et scrutateurs de chacune des sections. Il statue sur les difficultés et contestations qui peuvent s'élever au cours de l'élection, sans pouvoir toutefois s'écarter des décisions rendues en vertu de l'art. 8 de la loi et relatives à l'élection des délégués (Art. 13.) Pour toutes les autres attributions du bureau, voir ce qui a été dit ci-dessus à propos des élections (V. p. 339 et s.). Il y a trois tours de scrutin dans la même journée. Le premier scrutin est ouvert à huit heures du matin et fermé à midi; le second est ouvert à deux heures et fermé à cinq heures; le troisième est ouvert à sept heures et fermé à dix heures (2).

Nul n'est élu sénateur à l'un des premiers tours de scrutin s'il ne réunit: 1° la majorité absolue des suffrages exprimés; 2° un nombre de voix égal au quart des électeurs inscrits. Au troisième tour la majorité relative suffit, et en cas d'égalité, le plus âgé est élu (Art. 15).

Indemnités des délégués et obligation du vote. — Les délégués qui auront pris part à tous les scrutins recevront sur les fonds de l'État, *s'ils le requièrent*, sur la présentation de leur lettre de convocation visée par le président du collège électoral, une indemnité de déplacement qui leur sera payée sur les mêmes bases et de la même manière que celle accordée aux jurés par les art. 35, 90 et suiv. du décret du 18 juin 1811 (Art. 17. V. règlement du 26 déc. 1875). A l'inverse, les électeurs qui ne votent pas sont frappés d'une amende de 50 francs (art. 18).

Article III. — Fonctionnement de la Chambre des députés et du Sénat.

La Chambre des députés et le Sénat suivent sur ce point les mêmes règles, qui sont celles de toutes les assemblées délibérantes (V. p. 351

(1) Dans le département des Ardennes, il est présidé par le président du tribunal civil de Charleville (L. 3 févr. 1898).

(2) Les résultats des scrutins sont recensés par le bureau et proclamés immédiatement par le président du collège électoral (Art. 14). Pour la réception des votes et le dépouillement, règles ordinaires. De même pour les procès-verbaux, sur lesquels des protestations peuvent être immédiatement formulées.

Source : BIU Cujas

et s.). Elles ont des sessions pendant lesquelles elles tiennent des séances en vue de la préparation et du vote de délibérations.

A. *Des sessions. — Unité de la session parlementaire.* — La première règle à poser, c'est que les deux Chambres tiennent session en même temps (L. const. 16 juill. 1875, art. 1). Il y a seulement deux cas où le Sénat siège en l'absence de la Chambre des députés : 1° lorsque la Chambre des députés étant dissoute, la présidence de la République devient vacante (L. const. 16 juill. 1875, art. 3, § 4); 2° lorsqu'il siège comme Haute Cour de justice (L. const. 16 juill. 1875, art 12). En dehors de ces exceptions, toute assemblée de l'une des deux Chambres qui serait tenue hors du temps de la session commune est illégale et nulle de plein droit (L. 16 juill. 1875, art. 4).

Règles des sessions. — Il y a une session *ordinaire* par an; elle s'ouvre de plein droit le second mardi de janvier sans convocation, elle doit durer au moins cinq mois, elle est clôturée par décret. Il peut y avoir des sessions *extraordinaires*, dans ce cas, les Chambres sont convoquées par décret. L'initiative de la convocation peut venir du Gouvernement. Elle peut venir des Chambres elles-mêmes, le chef de l'État est tenu de convoquer lorsque la majorité absolue des membres dans chaque Chambre le demande. Le chef de l'État a le droit d'ajourner les Chambres pour une durée qui ne peut excéder un mois, et il ne peut user de ce droit plus de deux fois en une session.

B. *Des séances.* — Les deux Chambres siègent à Paris (L. 22 juill. 1879), chacune d'elles est maîtresse de désigner le palais qu'elle veut occuper. Le *quorum*, ou nombre de membres présents nécessaire pour que les Chambres puissent délibérer, est de la moitié plus un des sièges que compte l'Assemblée. Si ce nombre n'est pas atteint, le vote est renvoyé au lendemain, et alors il est valable quel que soit le nombre des présents. Les Chambres élisent chacune leur bureau composé d'un président, de plusieurs vice-présidents, de secrétaires et de questeurs; le bureau est nommé pour un an, et doit être élu dès le début de la session ordinaire. Le président dirige les débats, veille à la police de l'Assemblée, il a la réquisition directe de la force armée (L. 22 juill. 1879, art. 5). Les séances sont publiques; il doit y avoir des procès-verbaux et des comptes-rendus (V. p. 353 et s.).

C. *Du travail préparatoire et des votes.* — Pour tout ce qui concerne la division des Chambres en *bureaux*, la nomination des *commissions*, les règles du *vote*, voir p. 358 et s.

D. *Événements qui mettent fin au mandat de sénateur ou de député.* — Ces événements sont : 1° l'expiration normale des pouvoirs; 2° pour les députés seulement, la dissolution de la Chambre; 3° Le décès; 4° La démission volontaire; cette démission doit être adressée au président, elle doit être acceptée par l'assemblée; 5° La déchéance prononcée : « Sera déchu de la qualité de membre législatif tout député qui, pendant

Source : BIU Cujas

la durée de son mandat, aura été frappé d'une condamnation emportant privation du droit d'être élu; — la déchéance sera prononcée par le Corps législatif sur le vu des pièces justificatives ». Art. 28, D. O. février 1852; la déchéance s'applique aux sénateurs comme aux députés (L. 2 août 1875, art. 27); 6° L'acceptation par un député ou un sénateur de fonctions publiques salariées incompatibles avec le mandat (L. 30 nov. 1875, art. 8 et 11; L. 16 déc. 1887. V. p. 329 et s.).

E. *Caractères généraux du mandat de sénateur et de député.* — Pour cette matière, qui est relative à la *prohibition du mandat impératif, à l'indemnité parlementaire et à l'immunité parlementaire*, voir p. 306, 307, 356.

§ 2. — Attributions de l'organe législatif.

Les Chambres ont des attributions *constitutionnelles* et des attributions *administratives*. Nous ne faisons qu'indiquer en note les attributions constitutionnelles (1) :

(1) I. — Les Chambres *participent au pouvoir exécutif* en ce sens qu'elles surveillent l'organe exécutif. Il y a là une attribution essentielle dans le régime parlementaire car c'est la mise en jeu de la responsabilité ministérielle. Les moyens mis à la disposition des Chambres pour l'exercice de ce contrôle sont les suivants : 1° Des *comptes rendus* faits spontanément par les ministres, le plus connu est celui que fait périodiquement le ministre des Affaires étrangères sous le nom de *Livre jaune;* 2° Des *questions* ou des *interpellations* adressées aux ministres par les membres des Chambres, et destinées à provoquer des explications de la part de ceux-ci. Il y a cette différence essentielle entre la question et l'interpellation, que l'interpellation seule se termine par un ordre du jour de la Chambre, c'est-à-dire par une opinion formulée par celle-ci sur la conduite du ministre. La Chambre peut voter un ordre du jour de confiance, ou un ordre du jour de blâme, ou bien l'ordre du jour pur et simple. L'ordre du jour pur et simple a toujours la priorité. Sa véritable signification est que la Chambre tient l'interpellation pour non avenue, par conséquent, il a un sens favorable. Il y a entre la question et l'interpellation d'autres différences de pure forme : la question est posée verbalement à condition que le ministre ait été prévenu avant la séance; nul autre que l'auteur de la question ne peut intervenir dans la discussion; l'auteur de la question peut toujours la transformer en interpellation. L'interpellation nécessite une demande écrite adressée à l'avance et sur laquelle la Chambre statue en fixant un jour pour l'interpellation. Les interpellations sur la politique intérieure ne peuvent être renvoyées au delà d'un mois. La Chambre peut d'ailleurs écarter l'interpellation par la question préalable. Les interpellations donnent lieu à une discussion générale; 3° Des *enquêtes parlementaires* que chaque Chambre peut ordonner pour faire la lumière sur certains actes des ministres.

II. — Les Chambres ont des *attributions juridictionnelles*. Le Sénat est érigé en Haute Cour de justice (L. const. 16 juill. 1875, art. 12) : 1° Pour juger le Président de la République en cas de haute trahison (V. p. 375); 2° Pour juger les ministres pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions (V. p. 379); 3° Pour juger toute personne prévenue d'attentat commis contre la sûreté de l'État. Dans les deux premiers cas, le Sénat est saisi par la Chambre des députés qui joue le rôle de Chambre des mises en accusation. Dans le dernier cas, il est saisi par décret du chef de l'État rendu en conseil des ministres (L. const. 16 juill. 1875, art. 12, § 3; L. 10 avr. 1889).

III. Enfin les Chambres ont des *attributions législatives* qui sont les principales.

Source : BIU Cujas

Attributions administratives. — Les Chambres sont de véritables autorités administratives qui font nombre d'actes d'administration sous le nom de *lois d'affaires* ou *lois d'intérêt local*, par exemple : 1° *Des actes de tutelle sur les départements, communes, etc.* — La loi de finances fixe annuellement le maximum des centimes additionnels extraordinaires que les conseils généraux pourront voter; une loi est nécessaire pour prononcer la déclaration d'utilité publique de certains travaux départementaux ou communaux, tels que les chemins de fer d'intérêt local, etc.; 2° *La loi du budget annuel de l'État.* — Le budget des recettes est un acte d'autorité qui permet la perception des impôts; le budget des dépenses est un acte d'autorité qui sert d'appui à tous les actes de gestion faits par les ministres pour l'accomplissement des services publics, si bien que ceux-ci ne font qu'*exécuter* le budget; 3° *Des lois particulières*, déclarant l'utilité publique de grands travaux, autorisant les aliénations du domaine de l'État, etc.

Nature et forme des actes. — Les actes des Chambres sont toujours des *délibérations*, mais il y en a de différentes espèces : il y a notamment des *lois*, des *ordres du jour*, des *résolutions*. — Un caractère commun à ces délibérations est qu'aucun recours contentieux n'est recevable contre elles, même lorsqu'elles renferment de véritables actes d'administration, ainsi qu'il arrive pour les lois d'affaires (Cfr. p. 274)(1). — Elles diffèrent par la forme : les *ordres du jour* et les *résolutions* sont soumis à un seul vote et ne sont point promulgués, de plus ils sont l'œuvre d'une seule Chambre; les lois sont soumises à une procédure toute différente (2).

Les Chambres ont pour mission de faire des lois sur toute espèce d'objet, c'est-à-dire de définir le régime d'état en établissant des règles générales obligatoires pour les citoyens.

(1) Il y a eu parfois des commissions parlementaires qui formulaient des décisions opposables aux particuliers (revision des grades, revision des marchés de la Défense nationale). Ces décisions participaient du caractère des actes parlementaires, elles n'étaient susceptibles d'aucun recours.

(2) *Procédure de la confection de la loi. — Dépôt des projets de loi et des propositions de loi.* — On appelle *projets de loi* ceux qui émanent du gouvernement; les projets émanant de l'initiative parlementaire prennent le nom de *propositions de loi*. Il y a entre ces deux formes de projets des différences plus apparentes que réelles au point de vue du dépôt. Les *propositions de loi* sont soumises à l'examen d'une *commission d'initiative* et à un vote de la Chambre sur la *prise en considération*; les projets de loi sont dispensés de cette double formalité. Mais comme dans la pratique la prise en considération est presque toujours votée, cela ne crée pas une grande prérogative pour les projets de loi gouvernementaux. Projets et propositions de loi sont rédigés par écrit et précédés d'un exposé des motifs. Le président de la Chambre en ordonne l'impression, la distribution et le renvoi aux bureaux pour la nomination d'une commission d'étude (V. p. 358).

Discussion et vote de la loi. — Lorsque la commission d'étude a terminé son travail d'examen, elle charge un de ses membres de rédiger un rapport. Dépôt du rapport en séance publique, impression, distribution, fixation d'un jour pour la discussion. La discussion ne peut avoir lieu au plus tôt que vingt-quatre heures après la distribution du

Source : BIU Cujas

Pouvoirs respectifs des deux Chambres en matière de lois de finances. — Les deux Chambres ayant les mêmes pouvoirs en matière de législation, et une même loi devant être votée par les deux Chambres, il importe peu en principe qu'une loi soit votée en premier lieu par la Chambre des députés ou par le Sénat. Il y a cependant une exception *pour les lois de finances*, elles doivent être en premier lieu présentées à la Chambre des députés et votées par elle (L. const. 24 févr. 1875, art. 8). Cette disposition a donné lieu à une controverse célèbre : lorsque le Sénat est saisi en second lieu du projet du budget, peut-il y inscrire des crédits nouveaux ou y rétablir des crédits supprimés par la Chambre, et celle-ci doit-elle ratifier ces modifications ? L'argument pour soutenir la négative, c'est que pour chaque crédit rétabli par le Sénat, à supposer que la Chambre accepte ensuite le crédit, le vote du Sénat aura précédé celui de la Chambre, alors que, d'après la Constitution, cela ne doit pas avoir lieu. Le Sénat pourrait donc refuser des crédits, il ne pourrait pas en établir. L'interprétation qui a prévalu est moins étroite. La loi de finances forme un tout; c'est cette loi prise dans son ensemble qui doit être présentée d'abord à la Chambre, mais le Sénat a le droit d'apporter des amendements. D'ailleurs si le conflit doit éclater, il éclatera toujours; le jour où on empêcherait le Sénat de rétablir un crédit, ne pourrait-il pas rejeter en bloc le budget ? La prérogative de la Chambre est déjà assez grande, elle lui permet de prendre tout son temps pour l'examen du budget (Cfr. Esmein, *Élém. de droit constitutionnel*, p. 713).

rapport, à moins qu'il n'y ait eu déclaration d'urgence. Le vote d'une loi donne lieu dans chaque Chambre à deux délibérations à des intervalles de cinq jours au moins. Dans certains cas exceptionnels une délibération suffit : 1° Quand l'urgence a été déclarée; 2° Pour les lois du budget, les lois des comptes, les lois d'intérêt local, c'est-à-dire presque toutes les lois d'affaires. Il est suivi dans les deux délibérations une marche en sens inverse. La première comporte : 1° une discussion générale, 2° la discussion des articles; dans la seconde délibération, on vote : 1° les articles séparément; 2° l'ensemble du projet. Dans la première délibération, le passage à la discussion des articles, la question de savoir si l'on passera à une seconde délibération donnent lieu à des consultations de la Chambre et à des votes.

Élaboration par la seconde Chambre. — Les projets de loi votés par une Chambre sont transmis à l'autre, soit par le Gouvernement, soit par le président de la Chambre lorsqu'ils émanent de l'initiative parlementaire. Le délai est d'un mois, il est réduit à trois jours en cas de déclaration d'urgence. La seconde Chambre suit la même procédure que la première. Si elle adopte le projet dans les mêmes termes, la loi est définitivement votée et il y a lieu de la transmettre au chef de l'État en vue de la promulgation. Si des modifications sont apportées par la seconde Chambre, le texte modifié est soumis à la première Chambre et ainsi de suite jusqu'à accord complet. Les Chambres ont d'ailleurs la faculté de nommer une commission d'étude commune qui tiendra des *conférences parlementaires*, mais elles n'usent pas fréquemment de cette faculté. Les projets de loi votés par une Chambre et rejetés par l'autre, ne peuvent être repris par l'initiative parlementaire avant le délai de trois mois.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

L'ORGANISATION DU DÉPARTEMENT (1).

SECTION PRÉLIMINAIRE. — LE TERRITOIRE, LA PERSONNALITÉ, LES SERVICES, L'HISTOIRE DE L'ORGANISATION DU DÉPARTEMENT (2).

A. *Les règles relatives au territoire.* — La division de la France en départements, la subdivision des départements en districts, celle des districts en cantons, a été décidée, en principe, par la loi des 22 décembre 1789-janvier 1790; elle a été exécutée par la loi des 15 janvier-16 février 1790 qui contient un tableau annexé; enfin, elle a été reproduite par la loi du 28 pluviôse an VIII.

Départements. — Actuellement, les circonscriptions des départements ne pourraient être modifiées que par une loi. Quant aux chefs-lieux, la loi de 1790 avait décidé que, dans un certain nombre de départements, il y aurait un alternat entre plusieurs villes; cette règle, peu

(1) *Bibliographie* : Dalloz, *Les lois administratives annotées*, v° *Organisation départementale;* Bouffet et Périer, *Répertoire du droit administratif* Béquet-Laferrière, v° *Département;* Liégeois, *De l'organisation départementale*, 1873; Charles Constant, *Code départemental*, 1880; Marie, *De l'administration départementale*, 1882; Monnet, *Histoire de l'administration départementale et communale en France;* Leroy-Baulieu, *L'administration locale en France et en Angleterre;* article Boutmy, *Annales de l'école libre des sciences politiques*, avril 1886; Edward Jenks, *Essai sur le gouvernement local en Angleterre*, traduct. française, collection Jèze, 1902. V. p. 418, conseil général, et p. 432, commission départementale.

(2) Il y a dans la France continentale 87 départements y compris la Corse, plus le territoire de Belfort. Ils contiennent 362 arrondissements et 2.908 cantons (dénombrement de 1901). Aux départements de la France continentale, il faut ajouter les trois départements algériens. Il y a eu quelques modifications à la liste des départements, résultant d'événements purement intérieurs. C'est ainsi que le département du Rhône et celui de la Loire, d'abord réunis, furent divisés par la loi du 29 brumaire an II, que le département de Tarn-et-Garonne fut formé par un sénatus-consulte du 4 novembre 1808 avec des cantons pris aux départements voisins. — De plus, les événements de 1871 ont entraîné l'annexion à Allemagne de tout ou partie des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. La partie restée française du département de la Moselle fut réunie au département de la Meurthe et forma la Meurthe-et-Moselle; la partie restée française du département du Haut-Rhin fut constituée à part sous le nom de territoire de Belfort.

Source : BIU Cujas

pratique, fut abrogée, et une loi du 12 décembre 1791 fixa définitivement les chefs-lieux; il semblerait en résulter qu'à l'avenir les chefs-lieux ne pourraient être modifiés que par une loi, cependant, sous le premier et le second Empire, des changements ont été opérés par décret. Le conseil général doit être appelé à donner son avis sur les modifications à apporter à la circonscription, ou sur le changement du chef-lieu (L. 10 août 1871, art. 50). — *Arrondissements.* — Les districts avaient été supprimés par la Constitution de l'an III, la loi de pluviôse an VIII les a rétablis sous le nom d'arrondissements. La circonscription des arrondissements ne peut être modifiée que par une loi, mais, d'après une pratique constante, le chef-lieu peut être déplacé par décret. Dans l'un ou l'autre cas, le conseil d'arrondissement et le conseil général du département doivent être consultés (L. 10 mai 1838, art. 41 ; L. 10 août 1871, art. 50). — *Cantons.* — La circonscription des cantons ne peut être modifiée que par une loi; le chef-lieu de canton peut être déplacé par décret. Dans l'un ou l'autre cas, le conseil d'arrondissement et le conseil général doivent être consultés (*Eod*).

B. *La personnalité départementale* (1). — Les départements ont été créés comme circonscriptions administratives et dotés d'organes par la loi du 22 décembre 1789-janvier 1790, mais leur personnalité morale n'a été reconnue que bien plus tard. Le Code civil ne les nomme pas, alors qu'il parle des communes et des établissements publics (Art. 2121, 2227). D'une part, ils n'avaient point encore de biens qui fussent clairement à eux, et le premier signe de la personnalité, c'est le patrimoine; des biens leur furent enfin donnés par deux décrets du 9 avril et du 16 décembre 1811 (2). D'autre part, ils n'avaient pas de représentants qui eussent le droit de prendre des décisions exécutoires, ce qui est un autre élément de la personnalité (V. p. 193 et p. 264). Aussi leur personnalité ne fût-elle hors de doute qu'après la loi du 10 mai 1838 qui donnait au conseil général des pouvoirs de décision dans la gestion du patrimoine départemental. — Les *arrondissements* et les *cantons*, n'ont pas de personnalité (3).

(1) A consulter sur ce point; Dufour, *Droit adm.*, VIII, p. 163; Sanlaville, article dans *Rev. gén. d'adm.*, 1899, II, 129, et 273.

(2) Par le premier, l'État leur fit cadeau de la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux occupés par le service des cours et tribunaux, à la charge de supporter à l'avenir les grosses et menues réparations. Par le second, il leur abandonnait les routes nationales de dernière classe et constituait ainsi un domaine public départemental.

(3) Pour l'arrondissement, la question a pu paraître douteuse jusqu'à la loi de 1838. Certains textes lui donnaient un patrimoine, la loi du 22 décembre 1790 lui accordait un procureur syndic; de plus, il avait et il a encore une représentation locale, le conseil d'arrondissement. La loi de 1838 a tranché la question, car deux articles du projet qui consacraient cette personnalité furent rejetés. D'ailleurs, le conseil d'arrondissement ne prend pas de décisions exécutoires qui soient relatives aux affaires de l'arrondisse-

Source : BIU Cujas

C. *Les services départementaux.* — Il convient de ne considérer comme vraiment départementaux que les services publics qui rentrent dans les attributions du conseil général ou de la commission départementale. Quant à ceux qui sont sous l'autorité du préfet seul, bien que s'accomplissant dans la circonscription du département, ils doivent être présumés services d'État; en effet, d'après la loi du 10 août 1871, art. 3, le préfet ne cesse de représenter l'État que lorsqu'il exécute les décisions du conseil général. En conséquence, le service de la police départementale qui fonctionne sous l'autorité du préfet seul, est un service de l'État.

Outre la gestion du patrimoine et des finances départementales et une tutelle assez étendue sur les communes, les principaux services que gèrent le conseil général et la commission départementale sont : 1° celui de la voirie qui comprend les routes départementales, les chemins vicinaux de grande et de moyenne communication, les chemins de fer et les tramways départementaux ; 2° celui de l'assistance publique qui comprend à titre obligatoire, l'assistance des aliénés (L. 30 juin 1838), celle des enfants assistés (L. 5 mai 1869), celle des malades à domicile (L. 15 juill. 1893); à titre facultatif, toutes les institutions d'assistance publique que le conseil général voudra créer (L. 10 août 1871, art. 46, n° 20) (1); 3° le service de l'hygiène publique depuis la loi du 15 février 1902. Enfin le budget départemental contient une foule de subventions aux œuvres locales les plus diverses. Par la force des choses le département est prédestiné aux services de fraternité sociale. En effet, les services généraux indispensables sont à l'État, les services locaux indispensables à la commune; le département, organisation intermédiaire et primitivement un peu vide, est tout prêt pour les services de pure solidarité (2).

ment. Quant au canton, la question ne saurait faire doute. Il eut un instant la personnalité sous la Révolution, à titre de grande commune, mais elle a disparu sans retour. Par intervalles, on a proposé de la faire revivre, il est à supposer que la création récente des syndicats de commune mettra fin à ces tentatives, en permettant d'organiser très simplement les quelques services que l'on eût pu confier au canton, notamment les services intercommunanx d'assistance.

(1) Dans la Marne et dans la Meuse, il a été fait une tentative intéressante, sinon d'assistance départementale à proprement parler, du moins de mutualité; il a été créé des assurances départementales mutuelles sous la surveillance du conseil général. D'ailleurs dans plusieurs pays étrangers, la question des assurances provinciales est à l'ordre du jour.

(2) *Histoire de l'organisation départementale. — Ancien régime.* — A la veille de la Révolution, la France était divisée en trente-quatre généralités, dans chacune desquelles se trouvait un intendant. Dans les pays d'élection, la généralité était subdivisée en élections où l'intendant avait un subdélégué. Dans les pays d'État (six généralités seulement), elle était subdivisée en bailliages ou vigueries sous l'autorité des États.

Les intendants étaient tout-puissants, même dans les pays d'États : « Sachez, dit Law à d'Argenson, que le royaume de France est gouverné par trente intendants; que

Source : BIU Cujas

SECTION Ire. — L'ORGANE EXÉCUTIF DU DÉPARTEMENT. — LE PRÉFET.

L'organe exécutif du département est le préfet. Comme le préfet est un fonctionnaire de l'État, il y a là une mainmise énergique de l'État sur le département.

vous n'avez ni États, ni parlements, ni gouverneurs, ce sont trente maitres des requêtes commis aux provinces de qui dépendent le malheur ou le bonheur de ces provinces, leur abondance ou leur stérilité ». L'intendant avait, en effet, beaucoup plus de pouvoirs que nos préfets d'aujourd'hui; il s'appelait intendant de *justice, police* et *finance*. Tout ce que le roi lui-même avait le droit de faire, il le faisait par délégation. C'était la centralisation absolue, tempérée par l'absence de moyens de communication. En même temps, au milieu de cette centralisation administrative extrême, il subsistait une grande variété de mœurs et d'institutions secondaires, tenant à la vieille division ethnique des provinces englobées dans les généralités.

Organisation de 1790. — L'Assemblée nationale voulut-elle détruire la centralisation de l'ancien régime? Est-ce pour cela qu'elle supprima les généralités et les intendants, procéda à une division administrative et donna aux départements une organisation qui devait réveiller la vie locale? La chose est discutée (V. sur ce point, M. Aucoc, *Controverses sur la décentralisation administrative*, Revue politique et parlementaire, avril et mai 1895; M. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2e édit., I, p. 184). Ce qui est sûr, c'est qu'elle a voulu détruire les vieilles institutions particularistes des provinces. Elle a voulu, peut-être, qu'il y eût une vie locale, mais elle a voulu certainement que partout cette vie locale fût menée par les mêmes Français, non pas par des Bretons à l'Ouest, des Provençaux au Midi, etc. C'est pour cela que les départements morcèlent les provinces. La première organisation des départements date de 1790, dans la loi même qui portait leur création territoriale, elle est aussi éloignée que possible de l'organisation des généralités : 1° le système de la collégialité absolue fut substitué au système de l'unité absolue. Dans la généralité, il y avait un intendant qui faisait tout; dans le département, il y eut un conseil de département et un directoire, en tout 36 membres (dont 8 pour le *directoire*). Dans l'élection, il y avait un subdélégué, dans le district il y eut un conseil et un directoire; 2° l'intendant et le subdélégué étaient des agents du pouvoir central, sans aucune attache dans la région; les directoires de département et de district furent élus par la circonscription. Ils furent d'ailleurs sous les ordres de conseils élus qui se réunirent une fois par an comme de petits États et dans le sein desquels ils rentrèrent momentanément; 3° les directoires recueillirent la plupart des attributions des intendants. Ils furent chargés : de l'impôt; de la justice administrative (L. 11 sept. 1790, titre XIV) où ils eurent les attributions qui seront plus tard confiées aux conseils de préfecture; de l'aliénation des biens nationaux; de la tutelle des communes, car le roi ne correspondait pas directement avec celles-ci. Ils eurent, sauf pour les objets les plus importants, un pouvoir de décision propre; leurs décisions pouvaient bien être annulées par le roi, mais il n'y avait auprès d'eux aucun représentant du roi pour faire obéir son autorité. Il n'y avait qu'un procureur syndic, sorte de ministère public chargé de faire respecter la loi, mais nommé lui aussi à l'élection et sans action efficace. Ce fut bientôt l'anarchie. Les vices de cette organisation étaient : 1° l'excès du principe de la collégialité, il fallait, pour le moindre acte, la signature de tous les membres présents du directoire; 2° la complication des rouages, à cause des directoires de district; 3° l'absence de lien et d'articulation avec le pouvoir central; 4° la confusion de l'action, de la délibération, de la juridiction.

Organisation de l'an III. — Dans l'organisation du 5 fructidor an III, la deuxième

Source : BIU Cujas

Il n'y a pas lieu de revenir sur les règles d'organisation relatives au préfet (V. p. 392), il faut se préoccuper seulement de ses attributions.

organisation révolutionnaire qui ait fonctionné, on s'efforça de faire disparaître les deux derniers inconvénients : 1° on supprima les directoires de district, et on tâcha de faire l'économie du rouage intermédiaire entre le département et les communes, par une organisation toute spéciale du canton. Il y avait dans chaque commune rurale, deux officiers municipaux, et la réunion au chef-lieu de chaque canton de ces officiers des communes rurales, formait la municipalité de canton qui gérait les intérêts communs de tout le canton, 2° on tâcha de relier davantage les administrations des départements au pouvoir central, par l'institution de *commissaires* nommés par le directoire exécutif auprès du directoire de département et de la municipalité de canton. Ces commissaires n'avaient pas voix délibérative, mais ils étaient chargés de surveiller et de requérir l'exécution des lois. On respecta le principe de la collégialité et le principe de l'élection des membres des directoires et municipalités de canton, seulement il est à remarquer que les conseils adjoints aux directoires ont disparu (sur l'organisation des municipalités de canton de l'an III, V. Vergues, thèse de Toulouse, 1902).

Organisation de l'an VIII. — Avec l'organisation de l'an VIII, nous sommes rejetés tout à fait vers le système des intendants : 1° action confiée à un seul homme, le préfet, suppression de la collégialité à ce point de vue; 2° le préfet nommé par le pouvoir central et en correspondance constante avec lui; 3° suppression de toute élection locale. En même temps, rétablissement du district sous le nom d'arrondissement et suppression des municipalités de canton. Toutefois, l'influence de la collégialité ne devait pas complètement disparaître, on donnait comme auxiliaires au préfet deux conseils : L'un, le conseil de préfecture devait être son auxiliaire dans l'intérêt de l'État et recevait en même temps les attributions juridictionnelles qui avaient appartenu aux directoires; l'autre, le conseil général, devait être l'auxiliaire du préfet dans l'intérêt du département. Mais ce n'étaient que des conseils non élus et sans pouvoirs propres, on peut dire qu'il n'y avait dans le département qu'un seul organe, le préfet.

Organisation actuelle datant des lois du 22 juin 1833, du 10 mai 1838 et du 10 août 1871. Actuellement, il y a dans le département deux organes : le préfet, organe exécutif nommé par l'État; le conseil général, organe délibérant élu (complété depuis 1871 par une délégation permanente, appelée commission départementale) : 1° Cette organisation nouvelle est le résultat d'une transaction entre le principe de la collégialité et celui de l'administrateur unique, analogue à celle qui a triomphé dans l'organisation de l'État et dans celle de la commune. Les décisions de principe doivent être prises par une agence collective, mais l'exécution doit être confiée à un administrateur agissant seul; 2° Il y a décentralisation, parce que le conseil général est élu par la population du département. Historiquement ce double résultat provient d'une transformation du conseil général de l'an VIII. Ce conseil, qui n'était au début qu'un auxiliaire du préfet dont les membres étaient désignés par le pouvoir central et qui n'avait pas de pouvoirs propres, a été rendu électif en 1833, et a reçu en 1838 des pouvoirs de délibération. Ses attributions ont été encore augmentées par les lois de 1866 et de 1871, qui lui ont donné la décision dans un grand nombre d'affaires. Dès lors, au lieu d'être un auxiliaire, le conseil général est devenu une autorité parallèle et même, en certains cas, supérieure au préfet.

Les bienfaits de cette organisation nouvelle sont assez évidents pour frapper les esprits les plus prévenus. Depuis la loi du 10 août 1871, grâce surtout à la création de la commission départementale, la vie locale s'est éveillée dans le département. Trente années de fonctionnement régulier ont donné aux conseils généraux le sentiment de leur pouvoir en même temps que celui de leur responsabilité. Ils ont bien géré les services départementaux. Ils ont fait des créations et commencé des réformes..., ils ont créé des chemins de fer d'intérêt local, des institutions d'assistance, l'enseignement agricole, etc...

Source : BIU Cujas

Les attributions du préfet comme autorité administrative départementale. — Le préfet en cette qualité n'a que deux attributions : la préparation des décisions du conseil général et de la commission départementale ; l'exécution de ces décisions (L. 10 août 1871, art. 3). En dehors de ces deux cas, même quand avec un pouvoir de décision propre il exerce quelque droit qui semble être départemental, il est représentant du pouvoir exécutif de l'État (V. nombreux exemples dans le décret du 25 mars 1852, tableau A). A plus forte raison, quand il contrôle le conseil général ou la commission départementale.

1° *Instruction préalable des affaires.* — Toutes les affaires soumises au conseil général ou à la commission départementale doivent être instruites par le préfet, c'est-à-dire que le préfet doit donner son avis; il y a là une règle obligatoire, des décisions de conseils généraux ont été annulées pour l'avoir méconnue (D. 27 févr. 1874; D. 2 juill. 1874. Cfr. pour les conseils coloniaux C. É. 23 nov. 1900, *Sieur Jean*). Le préfet fait des rapports au conseil général qui sont imprimés et distribués à tous les membres, huit jours au moins avant l'ouverture de la session; à la session d'août, il doit joindre au rapport sur les affaires spéciales un rapport ou compte rendu complet sur la situation générale du département (L. 1871, art. 56). Cette préparation des affaires se fait dans les bureaux de la préfecture, aussi les conseils généraux votent-ils des fonds pour contribuer au traitement des employés.

2° *Exécution des décisions.* — L'exécution des décisions du conseil général ou de la commission départementale peut être obtenue par de simples mesures de fait, mais elle peut aussi demander des décisions exécutoires. Dans tous les cas c'est le préfet qui exécute : *a*) il fait les nominations aux emplois créés par le conseil général; *b*) il passe les contrats et les marchés *sur avis conforme de la commission départementale* (art. 54); *c*) il représente le département en justice, à moins que le litige ne se soit élevé entre le département et l'État, auquel cas il représente l'État, le département étant alors représenté par un membre de la commission départementale désigné par celle-ci; il intente les actions en vertu de la décision du conseil général; il défend aux actions sur avis conforme du conseil général ou de la commission départementale en cas d'urgence; il fait seul tous les actes conservatoires

Partout ils ont mis à l'étude l'importante question de la refonte de la voirie départementale. La lecture de leurs procès-verbaux qui sont publiés tous les ans, ou simplement celle des *Annales des assemblées départementales*, résumé de leurs travaux, que M. de Crisenoy et, après lui, M. Rabany ont publié depuis 1886, laisse une impression de satisfaction. C'était à prévoir d'ailleurs. Une assemblée départementale est à l'abri des grandes agitations de la politique, l'atmosphère y est plus calme qu'au Parlement, d'un autre côté, il y a plus de lumières et moins d'esprit de coterie que dans un conseil municipal. On pourra étendre encore dans l'avenir les attributions des conseils généraux et par conséquent augmenter les droits du département.

Source : BIU Cujas

et interruptifs de déchéance (art. 54); *d*) il répartit les crédits votés toutes les fois que ce droit n'a pas été réservé à la commission départementale par la loi (1), et il a l'*ordonnancement* des dépenses (2).

Force exécutoire des actes du préfet. — Pour savoir quelle est la force exécutoire des actes du préfet dans sa mission d'organe exécutif du département, il faut consulter les décrets du 25 mars 1852 et du 13 avril 1861; en général il a des pouvoirs propres. Il est surveillé par le conseil général et surtout par la commission départementale. Mais ces assemblées n'ont pas de pouvoir direct sur lui, elles peuvent seulement agir en adressant directement des réclamations au ministre, ou bien en provoquant un conflit politique.

SECTION II. — L'ORGANE DÉLIBÉRANT DU DÉPARTEMENT. — CONSEIL GÉNÉRAL ET COMMISSION DÉPARTEMENTALE (3).

§ 1er. — Le conseil général (4).

Article I. — Règles d'organisation.

A. *Règles générales de composition.* — Il y a un conseil général par département. Le conseil général est une assemblée délibérante composée de représentants élus au suffrage universel direct, à raison de un par canton, quelle que soit la population du canton. Les conseils généraux sont renouvelables par moitié de trois en trois ans, ce qui porte à six ans la durée du mandat de chaque conseiller. Le roulement régulier des séries est établi à l'heure actuelle (juillet 1901, 1904, 1907, etc.), mais il peut se faire qu'un conseil soit dissous; à la suite de la dissolution, le roulement sera interrompu car il y aura eu élection intégrale; alors, pour rétablir le roulement, à la session qui suivra cette élection, le conseil général divisera les cantons en deux séries en répartissant autant que possible dans une proportion égale les cantons de chaque arrondissement dans chacune des séries et il procédera à un tirage au sort entre les deux séries pour régler l'ordre du renouvellement (art. 21); la première série sortante ne fera que le temps restant à courir des trois ans. Le conseil

(1) V. sur ce point ce qui a été dit p. 309 sur le partage des pouvoirs entre l'organe exécutif et l'organe délibérant.

(2) Le décret du 12 juillet 1893, art. 84, pose le principe de la responsabilité *personnelle* du préfet s'il engageait des dépenses sans crédit régulièrement ouvert.

(3) L. 10 août 1871; L. 15 févr. 1872; L. 7 juin 1873; L. 21 juill. 1875; L. 12 août 1876; L. 19 sept. 1876; L. 16 sept. 1879; L. 31 mars 1886; L. 23 juill. 1891; L. 16 juill. 1892; L. 8 juill. 1901.

(4) *Bibliographie : Les conseils généraux,* Recueil de décisions, Berger-Levrault, 2 vol.; de Crisenoy et Rabany, *Annales des assemblées départementales* depuis 1886. V. p. 412 la bibliographie sur l'organisation départementale et p. 432 celle de la commission départementale.

Source : BIU Cujas

général doit toujours être au complet, lorsqu'un membre disparaît il y a lieu à élection complémentaire. Toutefois, si le renouvellement légal de la série à laquelle appartient le siège vacant doit avoir lieu avant la prochaine session ordinaire du conseil général, l'élection partielle se fera à la même époque (art. 22).

B. *Les élections au conseil général. — Électeurs.* — Ce sont les électeurs ordinaires (V. p. 311 et s.).

Éligibles. — Sont éligibles tous les citoyens âgés de vingt-cinq ans accomplis qui réunissent les deux conditions suivantes : 1° inscription sur une liste électorale quelconque, ou justification du droit à être inscrit avant le jour de l'élection ; 2° attache légale avec le département établie par l'un ou l'autre des faits suivants : *a*) domicile ; *b*) inscription au rôle d'une des contributions directes au 1er janvier de l'année dans laquelle se fait l'élection, ou justification du droit à y être inscrit ; *c*) héritage d'une propriété foncière fait depuis le 1er janvier dans le département. Toutefois, le nombre des conseillers généraux non domiciliés ne pourra pas dépasser le quart du nombre total dont le conseil doit être composé, sinon il y aura élimination par voie de tirage au sort (L. 10 août 1871, art. 6 et 17) : *a*) Il y a des *inéligibilités*. — I. Les unes résultent de la privation de la jouissance du droit par suite de certaines condamnations (V. p. 324). A signaler seulement certaines inéligibilités temporaires : est inéligible pendant trois ans le conseiller général condamné pour avoir pris part à une réunion illégale du conseil, ou à une conférence interdépartementale dissoute (L. 1871, art. 34 et 91) ; est inéligible, pendant un an le conseiller déclaré démissionnaire pour refus d'accomplir une fonction légale (L. 7 juin 1873) ; II. D'autres inéligibilités résultent de la privation de l'exercice du droit. Sont inéligibles : *a*) les interdits (D. 1852) ; *b*) les demi-interdits (L. 1871, art. 7) ; *c*) les fonctionnaires énumérés dans l'art. 8 de la loi de 1871 ; il est à remarquer que toutes ces inéligibilités de l'art. 8 sont relatives, à l'exception de celle qui frappe *les militaires en activité de service* qui a été rendue absolue par une loi du 23 juillet 1891 (V. p. 325) ; *b*) Il y a des *incompatibilités*. — Il y a des incompatibilités résultant du cumul du mandat avec une fonction publique : 1° d'une façon *absolue* dans le cas de fonction de préfet, sous-préfet, secrétaire général, conseiller de préfecture, commissaire et agent de police ; 2° d'une façon *relative* dans le cas d'agents salariés sur les fonds départementaux (L. 1871, art. 9 et 10) (1). Il y a encore incompatibilité dans le

(1) « Ne sont pas considérés comme salariés et compris dans les cas spécifiés au paragraphe précédent, les médecins chargés dans leur canton ou les cantons voisins, des services de protection de l'enfance et des enfants assistés, non plus que des services des épidémies, de la vaccination ou tous autres services analogues ayant un caractère de philanthropie. La même exception s'applique aux vétérinaires chargés dans les mêmes conditions du service des épizooties » (L. 8 juill. 1901, complétant l'art. 10, L. 10 août 1871). A signaler aussi l'art. 34 de la loi du 15 juillet 1893 : « Les médecins du

Source : BIU Cujas

cas de cumul de deux mandats de conseiller général (art. 11 et dans celui du cumul du mandat de conseiller général avec le mandat de conseiller d'arrondissement (L. 22 juin 1833, art. 14, sauf l'exception de Belfort).

Convocation des électeurs. — Les collèges électoraux sont convoqués par décret (art. 12). Toutefois, le décret est lancé pour le département tout entier, les cantons où doit avoir lieu l'élection sont ensuite désignés par arrêté du préfet. S'il s'agit de fixer la date pour laquelle la convocation doit être faite, il faut distinguer trois hypothèses : 1° en cas de renouvellement normal des séries, la seule règle est celle qui résulte de la durée du mandat de chaque série. Le mandat ne peut pas durer plus de six ans, par conséquent les électeurs doivent être convoqués avant l'expiration des six ans. Ils ne doivent pas non plus être convoqués trop tôt, le pouvoir exécutif ne doit pas pouvoir abréger le mandat; cependant, à cet égard, il n'y a pas de règle et le chef de l'État jouit d'une certaine latitude (art. 12)(1); 2° en cas d'élection générale après dissolution, l'élection doit avoir lieu le quatrième dimanche qui suit le décret de dissolution, à moins qu'une loi ne soit intervenue pour fixer une autre date, ce qui a lieu toutes les fois que les Chambres sont en session au moment de la dissolution (art. 35-36); 3° en cas d'élection complémentaire par suite de décès, option, démission, vacance d'un siège ou pour toute autre cause, l'élection doit avoir lieu dans le délai de trois mois (art. 22). — *Période électorale.* La durée de la période électorale est de quinze jours francs, entre la date du décret de convocation et le jour de l'élection. Pour les faits de presse et les réunions électorales, règles ordinaires (V. p. 337). — *Scrutin.* — Il peut y avoir deux tours de scrutin. Le premier doit toujours avoir lieu un dimanche, le second, s'il est nécessaire, a lieu le dimanche suivant (art. 12). Le scrutin est ouvert à sept heures du matin et clos le même jour à six heures du soir. — Pour toute la procédure du scrutin, règles ordinaires (V. p. 338 et s.). Le recensement général des voix est fait par le bureau du chef-lieu de canton, auquel les procès-verbaux de chaque commune sont portés immédiatement par deux membres du bureau (art. 13). — *Contentieux électoral.* — Le contentieux des élections appartient au Conseil d'État (L. 31 juill. 1875). Peuvent former des réclamations : 1° les électeurs du canton, les candidats, les conseillers généraux pour toute espèce de motifs; 2° le préfet pour inobservation des conditions et formalités prescrites, mais ces expressions sont interprétées largement. Les réclamations des particuliers doivent être formées dans les dix jours qui suivent l'é-

service de l'assistance médicale gratuite ne pourront être considérés comme *inéligibles* au conseil général ou au conseil d'arrondissement à raison de leur rétribution sur le budget départemental ». On a oublié dans cette loi qu'il ne s'agissait que d'une incompatibilité.

(1) En réalité, il a comme latitude de la session d'avril à la session d'août; il suffit que chaque série des conseillers ait pu siéger à 12 sessions ordinaires en 6 ans.

Source : BIU Cujas

lection. Pour le préfet, le délai est de vingt jours, à partir du jour de la réception des procès-verbaux des opérations électorales (Pour le surplus, voir p. 345 et s.) (1).

C. *Le fonctionnement des conseils généraux.* — Les conseils généraux ont des sessions, pendant lesquelles ils tiennent des séances consacrées à la préparation et au vote de délibérations. — *Sessions.* — Les conseils généraux ont deux sessions *ordinaires* par an, l'une qui commence le premier lundi qui suit le 15 août et qui ne peut excéder un mois (2), l'autre qui commence le second lundi après le jour de Pâques et qui ne peut excéder quinze jours. Ils peuvent avoir des sessions *extraordinaires :* 1° sur convocation du chef de l'État; 2° sur convocation du préfet lorsque les deux tiers des membres ont adressé une demande écrite au président. La durée des sessions extraordinaires ne doit pas excéder huit jours (L. 1871, art. 23-24; L. 12 août 1876). — Toute réunion tenue par le conseil en dehors des sessions, ou dans une session prolongée au delà de son terme, est illégale, la délibération est nulle, les membres du conseil sont passibles des peines de l'art. 258 C. pén. (art. 34). —*Séances.* — Pour tout ce qui concerne les séances, le *quorum* nécessaire pour délibérer, le bureau, la publicité des séances, etc., voir la théorie générale des assemblées délibérantes (p. 353 et s.). Il faut ajouter seulement que le préfet a entrée au conseil, qu'il assiste aux délibérations, qu'il est entendu quand il le demande; il se retire lorsqu'il s'agit de l'apurement de ses comptes (art. 2). — *Préparation et vote des délibérations.* — V. également p. 357.

Conférences interdépartementales. — Les conseils généraux peuvent correspondre entre eux et même débattre des intérêts communs dans des conférences interdépartementales. A ces conférences, chaque conseil général est représenté, soit par sa commission départementale, soit par une commission spéciale. Les préfets peuvent toujours assister à ces conférences, et ils devraient les dissoudre si des questions étrangères au but étaient mises en discussion. Les décisions prises ne sont exécutoires qu'après avoir été ratifiées par les conseils intéressés (art. 89-91).

Dissolution des conseils généraux. — Il est nécessaire que le chef de l'État ait le droit de dissoudre les conseils généraux, mais il faut prendre garde qu'il n'en abuse. Ce droit est soigneusement réglementé dans les art. 35 et 36. La première règle qui ressort de ces textes, c'est que les conseils généraux ne peuvent pas être dissous tous à la fois par mesure générale, on a voulu éviter le retour d'une mesure aussi regrettable que le fut le décret du 26 décembre 1870. Un conseil général peut être

(1) Cfr. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. II, p. 349.

(2) Pour le conseil général de la Corse, cette session commence le deuxième lundi de septembre (L. 31 juill. 1875).

Source : BIU Cujas

dissous par mesure spéciale. Si les Chambres sont en session, le chef de l'État leur rend compte immédiatement, une loi spéciale fixe la date de l'élection et décide en même temps si la commission départementale reste en fonctions, ou si une commission administrative est nommée; si elles ne sont pas en session, le décret doit être motivé et contenir en même temps convocation des électeurs pour le quatrième dimanche.

D. *Les événements qui mettent fin au mandat de conseiller général* sont : 1° L'expiration des pouvoirs ou la dissolution de l'assemblée; 2° le décès; 3° la démission volontaire; elle doit être adressée au président du conseil général ou de la commission départementale, qui avertit le préfet (art. 20), elle est acceptée par le conseil général; 4° la démission forcée, qui est tantôt un moyen de sanction des règles sur l'inéligibilité et sur les incompatibilités, alors elle est prononcée par le conseil général lui-même (art. 18); tantôt une sanction de l'obligation d'assister aux séances du conseil ou de la commission départementale, alors elle est prononcée par le conseil ou la commission (art. 19 et 74); tantôt enfin une sanction de l'obligation d'accomplir une fonction dévolue par la loi, alors elle est prononcée par le Conseil d'État (L. 7 juin 1873).

E. *Les caractères généraux du mandat.* — Sur la gratuité du mandat, sur la protection du représentant, sur la protection des tiers contre les propos diffamatoires du représentant, voir p. 307, 364, 356. Sur les fonctions individuelles auxquelles il peut être appelé, voir p. 363.

Article II. — Les attributions du conseil général.

Les conseils généraux n'ont ni attributions législatives, ni attributions juridictionnelles (1), ils n'ont que des attributions d'ordre administratif (2). Elles sont au nombre de deux : 1° le conseil général prend des délibérations qui contiennent soit des décisions sur des affaires, soit des nominations, soit des avis, des propositions, des vœux, des réclamations sur des objets d'intérêt départemental; 2° il exerce un contrôle sur les actes du préfet, et sur ceux de la commission départementale.

(1) A moins qu'il ne s'agisse d'un contentieux de l'interprétation d'actes dont ils seraient les auteurs, en vertu de la règle *ejus est interpretari cujus est condere* (C. É. 27 juill. 1877, *Bréant;* 2 avr. 1897, *commune de Mosset*).

(2) Il importe de signaler cependant une attribution exceptionnelle d'ordre constitutionnel. Aux termes de la loi du 15 févr. 1872 (loi Treveneuc), si le Parlement était illégalement dissous ou empêché de se réunir, les conseils généraux se réuniraient de plein droit, pourvoiraient dans chaque département au maintien de l'ordre, et nommeraient chacun deux délégués de façon à reconstituer provisoirement une représentation nationale (V. le texte). A la vérité M. Esmein, *Élém. de droit constitutionnel*, 2e édit., p. 680, considère cette loi comme abrogée par les lois constitutionnelles de 1875, mais son argumentation ne me paraît pas convaincante; de ce qu'un ordre régulier a été fondé, il ne s'ensuit pas que l'on n'ait pas pu prévoir la suspension de cet ordre régulier.

Source : BIU Cujas

A. *Les délibérations du conseil général.* — I. *Leur force exécutoire.* — Nous savons déjà qu'une délibération d'assemblée est une forme juridique qui a par elle-même une force exécutoire consistant en ce que l'organe exécutif est obligé de prendre les mesures d'exécution que comporte la délibération, mesures évidemment très variables selon le contenu de celle-ci; ainsi une délibération de conseil général contenant un simple vœu sera exécutoire en ce sens que le Préfet sera obligé de transmettre le vœu à qui de droit (1). Lorsque la délibération contient de simples manifestations d'opinion comme des vœux, des réclamations, des avis, des propositions, il ne se produit pas d'autre effet exécutoire que celui qui vient d'être défini. Lorsque la délibération contient une décision sur l'exercice des droits du département, il se produit un autre effet exécutoire qui est l'effet de droit voulu par cette décision; ainsi lorsque le conseil général prononce l'élargissement d'un chemin vicinal, cette décision devient exécutoire en ce qu'elle produit des effets de droit même vis-à-vis des tiers. La loi n'a pas distingué ces deux effets exécutoires, celui de la délibération et celui de la décision, ils sont liés en ce sens que la décision contenue dans une délibération devient exécutoire en même temps que celle-ci et finalement il n'y a lieu de se préoccuper que de la force exécutoire des délibérations (2) :

Sous le bénéfice de ces observations, abordons les règles sur la force exécutoire des délibérations du conseil général. D'après la loi du 10 août 1871, en principe, ces délibérations sont exécutoires par elles-mêmes, mais il n'en faut pas distinguer moins de quatre catégories (3) :

1° Les *délibérations souveraines;* elles sont exécutoires immédiatement et sans aucun contrôle préalable de tutelle, elles sont relatives à l'assiette et à la répartition de certains impôts directs (art. 37 § 1, 37 § 2 et 38, 40 § 1 et 2, 40 § 3, 42 § 1, L. 10 août 1871; art. 10, L. 21 avr. 1832) (4);

2° Les *délibérations définitives;* elles sont exécutoires de plein droit

(1) C'est pour cela qu'il y a intérêt à faire annuler les délibérations contenant des vœux politiques interdits par l'art. 51, L. 10 août 1871; sans doute ces vœux sont platoniques, mais il ne faut pas que le Préfet ait l'obligation juridique de les transmettre.

(2) A la condition de se souvenir que si la délibération contient décision, cette décision devient exécutoire en même temps que la délibération.

(3) Les conseils généraux n'ont eu que très tard des pouvoirs de *délibération exécutoire*, seulement depuis la loi du 18 juillet 1866; la loi de 1838 ne leur avait donné que des pouvoirs de *délibération simple*, c'est-à-dire le pouvoir de prendre des délibérations conformes sans lesquelles le préfet ne pouvait rien faire, mais qui ne pouvaient pas s'exécuter par elles-mêmes.

(4) V. G. Jèze, *Observations critiques sur les décisions dites souveraines des conseils généraux. Rev. d'adm.*, 1897, I, p. 129. Ces délibérations sont dites souveraines, non point parce qu'elles échapperaient à toute espèce de recours et seraient prises en vertu d'une délégation du législateur, mais *parce qu'elles ne sont pas soumises au contrôle préalable de tutelle.*

Source : BIU Cujas

vingt jours après la clôture de la session si dans ce délai le préfet n'en a pas demandé l'annulation pour excès de pouvoir ou pour violation d'une disposition de loi ou d'un règlement d'administration publique, par un recours formé devant le chef de l'État statuant en Conseil d'État. Ce recours doit être notifié au président du conseil général et à celui de la commission départementale; si dans le délai de deux mois à partir de la notification, l'annulation n'a pas été prononcée, la délibération devient exécutoire. L'annulation ne peut être prononcée que par un décret en forme de règlement d'administration publique, c'est-à-dire rendu en assemblée générale du Conseil d'État (art. 47). Ces délibérations sont énumérées aux articles 43, 46, 85, 88, L. 10 août 1871;

3° Les *délibérations soumises à suspension* exécutoires de plein droit trois mois après la clôture de la session, si dans ce délai un décret motivé, mais qui n'est pas rendu en Conseil d'État, et qui ne suppose pas de recours proprement dit du préfet, n'en a pas suspendu l'exécution. La suspension peut être prononcée pour simple inopportunité de la mesure. La suspension prononcée dure indéfiniment (art. 48-49);

4° *Les délibérations soumises à approbation.* — Ces délibérations ne deviennent exécutoires qu'après l'approbation d'une autorité supérieure (Parlement ou chef de l'État), cependant elles restent l'œuvre du conseil général, parce qu'en principe l'autorité qui approuve ne peut pas modifier (Budgets, comptes, certains emprunts) (art. 57, 66, 40-41) (1).

II. *Les objets des décisions.* — a) *Dans l'intérêt de l'État,* le conseil général exerce certains droits relatifs aux contributions directes : 1° Il répartit chaque année dans sa session d'août, entre les arrondissements, le contingent du département dans les contributions directes de répartition (V. *infrà*, *Impôts directs*). Il statue sur les réclamations formées par les conseils d'arrondissement contre le contingent assigné à l'arrondissement et sur les réclamations des communes contre le contingent assigné à la commune. Les décisions du conseil général en cette matière sont *sou-*

(1) *Observation.* — Parmi ces diverses catégories, il y en a une qui forme le droit commun des délibérations du conseil général, c'est la catégorie des décisions soumises à suspension pour simple inopportunité, dans un délai de trois mois à compter de la clôture de la session. Cela résulte de l'art. 48 qui dit, après avoir énuméré quelques hypothèses, que ce sont là les pouvoirs du conseil général « sur tous les autres objets sur lesquels il est appelé à délibérer par les lois et règlements, et généralement sur tous les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit par l'initiative d'un de ses membres ». — A ce point de vue, les conseils généraux ont moins de pouvoirs que les conseils municipaux. En effet, le droit commun des délibérations des conseils municipaux est la délibération réglementaire, exécutoire de plein droit un mois après réception de la copie à la préfecture, à moins que l'annulation n'en ait été prononcée, et elle ne peut l'être que pour violation de certaines conditions légales (V. *infrà*). Il est vrai que la catégorie des *décisions définitives*, exécutoires si l'annulation n'en a pas été demandée dans les vingt jours à compter de la clôture de la session et seulement pour violation de la loi ou excès de pouvoir, comprend des attributions très importantes pour les conseils généraux.

Source : BIU Cujas

veraines, c'est-à-dire exécutoires immédiatement (1), mais le conseil n'est pas libre de ne pas les prendre; s'il refuse de procéder à la répartition, celle-ci est opérée d'office par le préfet d'après les bases de la répartition précédente (art. 37-39); 2° Il fixe chaque année, dans la limite d'un maximum et d'un minimum, le prix de la journée de travail qui sert de base à la contribution personnelle (L. 22 juill. 1820 et L. 21 avr. 1832, art. 10). Ici encore, décision souveraine et qui peut être suppléée d'office.

b) *Droits départementaux.* — Le conseil général a l'exercice de tous les droits départementaux, sauf à respecter les attributions du préfet pour la préparation et l'exécution des décisions (V. p. 417) (2) :

1° *Droits financiers — budget.* — Le département est tenu d'avoir un budget et des comptes. Il est intéressant de savoir tout d'abord quels sont les pouvoirs du conseil général en ces matières, parce que de ces pouvoirs dépendent en un certain sens tous les autres, tout acte d'administration devant se traduire par une dépense et toute dépense devant figurer au budget. — Le budget départemental est dressé tous les ans par les soins du préfet, voté par le conseil général dans sa session d'août et réglé par décret (art. 57). Du moment que le budget est réglé par décret, il rentre dans cette catégorie de délibérations du conseil qui ont besoin de l'approbation du chef de l'État, catégorie inférieure. Il semble donc que le conseil général n'ait qu'un faible pouvoir sur son budget, ce qui entraînerait faible pouvoir pour tout le reste. Mais il faut faire attention que si l'approbation du chef de l'État est nécessaire, d'un autre côté celui-ci est obligé de la donner et qu'il ne peut pas réformer le budget. Il peut tout au plus y avoir un retard amenant des négociations. L'examen auquel se livre le chef de l'État n'a qu'un but, c'est de lui permettre de voir si un certain nombre de dépenses déclarées par la loi *obligatoires* figurent au budget. Ces dépenses, qui étaient autrefois beaucoup plus nombreuses, ont été réduites par la loi nouvelle. Il s'agit du loyer et de l'entretien de certains bâtiments destinés à loger les services publics indispensables, des sommes nécessaires à l'acquittement des dettes exigi-

(1) V. ce qui a été dit p. 423, sur le caractère de ces décisions souveraines.

(2) La loi du 10 mai 1838 et celle du 18 juillet 1866 ne l'appelaient à délibérer que sur *les objets prévus par les lois et règlements* (art. 4, L. 1838) ; la loi du 10 août 1871, art. 48 *in fine*, l'appelle à délibérer *sur tous les objets d'intérêt départemental*, il semble qu'il y ait un progrès très considérable, mais il ne faut pas confondre délibérer avec décider ; en réalité, le conseil général ne peut décider que là où le département a de véritables droits à exercer et ces droits n'existent que s'ils sont consacrés par les lois et règlements, de sorte que pour ce qui est des décisions, la nouvelle formule n'ajoute rien à l'ancienne. Ce qui est vrai, c'est que le conseil général prendra librement des délibérations pour émettre des *vœux* sur tous les objets où le département à des *intérêts* (art. 51) ou pour voter des subventions à des œuvres d'intérêt local, mais les vœux ou les subventions ne sont pas la même chose que les décisions sur les affaires propres, les intérêts ne sont pas la même chose que les droits ; les droits sont justement les intérêts sur lesquels il peut être pris des décisions exécutoires. V. p. 193 et 264.

Source : BIU Cujas

bles (art. 60, nos 1-4, et 61-1°) et de quelques autres dépenses (1).

Si le conseil omet ou refuse d'inscrire quelqu'une de ces sommes, le budget n'en est pas moins approuvé, seulement la dépense y est inscrite d'office par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique et inséré au *Bulletin des lois;* il y est pourvu au moyen de prélèvements effectués, soit sur les excédents de recette, soit sur le crédit pour dépenses imprévues, et à défaut, au moyen d'une contribution spéciale portant sur les quatre contributions directes, et établie par le décret ou par la loi, selon qu'on peut ou non se tenir dans les limites fixées annuellement par la loi de finances : « Aucune autre dépense ne peut être inscrite d'office dans le budget ordinaire et les allocations qui y sont portées ne peuvent être ni changées ni modifiées par le décret qui règle le budget » (art. 60, 61, remaniés par la loi du 29 juin 1899). Donc, en réalité, le conseil est maître de son budget; des dépenses aussi importantes que celles du service des aliénés sont facultatives (V. *Rev. du droit public*, 1902, I, 473, article Roussel); il a la ressource d'un budget rectificatif; il peut même porter un crédit pour dépenses imprévues (art. 63 remanié par la loi du 29 juin 1899). Toutefois, le conseil général est gêné par l'abus du principe de l'imputation des dépenses sur ressources spéciales, qui fait qu'il n'y a presque pas de fonds libres.

Quant au compte d'exécution du budget rendu par le préfet ordonnateur des dépenses du département, il est provisoirement arrêté par le conseil général et réglé également par décret, après observations envoyées directement par le président du conseil général au ministre de l'Intérieur (Pour la comptabilité V. D. 12 juill. 1893).

Impôts. — Les seuls impôts départementaux qui existent sont *les centimes additionnels* aux quatre contributions directes de l'État (impôt foncier, cote personnelle-mobilière, portes et fenêtres, patentes) (2).

Il y a des centimes *ordinaires* et des centimes *spéciaux*, dont le maximum est fixé une fois pour toutes par la loi, le conseil général les vote dans la limite du maximum. Il y a aussi des centimes *extraordinaires* correspondant aux besoins nouveaux ou imprévus, dont le maximum est fixé annullement par la loi de finances; le conseil les vote dans la limite du maximum, au delà il faut autorisation par décret en Conseil d'État (art. 40, 41, remaniés par L. 12 juill. 1898).

(1) (Art. 2, L. 9 août 1879, sur les écoles normales primaires; art. 38, L. 21 juillet 1881, sur la police sanitaire des animaux; art. 25, L. 8 août 1885, relatif à l'inspection des écoles maternelles; art. 3 et 23, L. 19 juillet 1889, sur les dépenses de l'instruction primaire (art. 61 modifié par la L. 29 juin 1899).

(2) Un centime additionnel est la centième partie de chaque franc du principal d'un impôt payé à l'État. On sait dans chaque département la somme que produit un centime additionnel aux quatre contributions directes, on appelle cela la valeur du *centime*. Dans la Haute-Garonne, la valeur du centime est approximativement de cinquante mille francs, pour le département de la Seine, de six-cent quarante mille francs.

Source : BIU Cujas

Emprunts. — Les départements comme les communes ne peuvent faire que des emprunts amortissables : le conseil général statue définitivement sur les emprunts remboursables dans un délai de trente années; au delà de cette limite, il faut autorisation par décret en Conseil d'État (art. 40, 41, modifiés par L. 12 juill. 1898).

Finalement, le conseil général peut librement se procurer les moyens financiers pour les opérations qu'il entreprend, à la condition que les impôts qu'il établit ne dépassent pas le maximum de centimes fixé par la loi et à la condition que les emprunts qu'il fait soient amortissables en trente ans (et que l'amortissement soit gagé); il peut aussi librement établir son budget à la condition que les dépenses obligatoires soient pourvues. Ces libertés financières donnent une réalité aux décisions exécutoires qu'il prend sur les affaires;

2° *Organisation des services.* — Le conseil a l'organisation générale des services qu'il crée avec des fonds départementaux, tels que : école pratique d'agriculture, service des enfants assistés, secours médicaux à domicile (L. 15 juill. 1893) service départemental de l'hygiène publique (L. 15 févr. 1902), institutions variées d'assistance. La nomination des fonctionnaires appartient au préfet, mais le conseil général fixe les cadres généraux, les règles du service, les conditions d'aptitude auxquelles les candidats doivent satisfaire. Il n'y a d'exception que pour les archivistes-paléographes qui doivent être choisis parmi les élèves de l'École des Chartes, si le conseil général décide qu'il y aura un fonctionnaire de cet ordre dans le département (art. 45).

3° *Tutelle des communes.* — Le conseil général a, dans une certaine mesure, la tutelle des communes, il a sur ce point enlevé au préfet quelques-unes de ses attributions, il avait même été question en 1871 et en 1884 d'aller plus loin encore dans cette voie éminemment décentralisatrice : 1° Il arrête chaque année à sa session d'août, dans les limites fixées annuellement par la loi de finances, le maximum des centimes extraordinaires que les conseils municipaux sont autorisés à voter pour en affecter le produit à des dépenses extraordinaires d'utilité communale. Si le conseil général se sépare sans l'avoir arrêté, le maximum fixé pour l'année précédente est maintenu jusqu'à la session d'août de l'année suivante (art. 42); 2° Il statue définitivement sur les objets ci-après : — Changements à la circonscription des communes d'un même canton et désignation de leurs chefs-lieux, lorsqu'il y a accord entre les conseils municipaux (art. 46, n° 26); — Sectionnement électoral des communes (art. 43; L. 5 avr. 1884, art. 12); — Établissement, suppression ou changement de foires et marchés (L. 16 sept. 1879; L. 5 avr. 1884, art. 68); — Chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun. Le conseil a ici de grands pouvoirs : d'abord il classe et déclasse les chemins, en détermine la largeur, opère la reconnaissance des chemins anciens; ensuite il en prescrit l'ouverture ou le redresse-

Source : BIU Cujas

ment, décisions qui produisent les effets spécifiés aux art. 15 et 16 de la loi du 21 mai 1836, c'est-à-dire qui entraînent des attributions de propriété par voie d'alignement (1); enfin il règle les voies et moyens pour l'exécution et l'entretien des chemins, il répartit les subventions accordées sur fonds d'État ou sur fonds départementaux, il désigne les services auxquels sera confiée l'exécution des travaux, il fixe le prix des journées de prestation, etc. (art. 46, nos 7 et 8); 3° Le conseil général donne son avis sur l'application des dispositions de l'art. 90 du Code forestier relatives à la soumission au régime forestier des bois taillis ou futaies appartenant aux communes et à la conversion en bois de terrains de pâturage; sur les délibérations des conseils municipaux relatives à l'aménagement, au mode d'exploitation, à l'aliénation et au défrichement des bois communaux (art. 50). Il a aussi de nombreux avis à donner en matière d'octrois municipaux. Sur ce point, les pouvoirs du conseil général ont été diminués par la loi du 5 avril 1884; il ne donne plus que des avis là où, d'après la loi de 1871, il avait un pouvoir de décision (L. 5 avr. 1884, art. 137), etc., etc.

Le conseil général n'a pas en temps normal de droits de police sur les individus (2);

4° *Droits relatifs au domaine public départemental.* — Le domaine public inaliénable des départements ne se compose guère, d'après l'opinion courante, que des voies de communication et surtout des routes départementales. Les conseils généraux ont le droit de les classer et de les déclasser (art. 46, 6° et 8°, décisions définitives). Jusqu'à présent ils ont surtout usé du droit de déclasser (3).

Il faut placer ici la question de l'affectation aux services publics et de la désaffectation des bâtiments départementaux. Ces bâtiments sont-ils ou ne sont-ils pas dépendances du domaine public? c'est un point contesté, on le verra plus loin (*Domaine public*). Toujours est-il, que le conseil général statue définitivement sur les changements de destination des

(1) Ces décisions que dans la pratique on appelle *fixations de tracé*, peuvent être attaquées par les communes si elles leur imposent des dépenses auxquelles elles n'ont pas consenti; quant aux décisions de classement ou *déclarations de vicinalité*, ce sont des décisions de principe qui ne sont susceptibles d'aucun recours (C. d'Ét., 11 déc. 1891).

(2) Il aurait le pouvoir réglementaire si la loi Tréveneuc venait à fonctionner (L. 15 févr. 1872, art. 2, V. p. 422). V. aussi L. 15 février 1902 sur l'hygiène publique.

(3) A l'heure actuelle, beaucoup de départements ont déclassé leurs routes départementales pour en faire des chemins vicinaux de grande communication et il est à prévoir que les autres suivront l'exemple. Le but est l'unification du service de la voirie départementale qui ne comprendra plus ainsi que des chemins vicinaux (de grande et de moyenne communication). Le résultat est de faire passer ces routes dans le domaine public communal et d'en mettre l'entretien à la charge des communes traversées. Les communes intéressées ont vivement réclamé, des recours pour excès de pouvoir ont été formés par elles, mais ont été rejetés par le Conseil d'État, la loi étant formelle (C. É. 10 nov. 1876, 27 avr. 1877).

Source : BIU Cujas

propriétés et des édifices départementaux, autres que les hôtels de préfecture et de sous-préfecture, les locaux affectés aux cours d'assises, aux tribunaux, aux écoles normales, au casernement de la gendarmerie et aux prisons (art. 46, n° 4);

5° *Travaux publics départementaux.* — Le conseil général décide en matière de travaux départementaux, car il statue définitivement sur les objets suivants : projets, plans et devis de tous travaux à exécuter sur les fonds départementaux et désignation des services auxquels ces travaux sont confiés; offres faites par les communes, les associations ou les particuliers pour concourir à des dépenses d'intérêt départemental; concessions à des associations, à des compagnies ou à des particuliers de travaux d'intérêt départemental; part contributive du département aux dépenses des travaux qui intéressent à la fois le département et les communes (L. 1871, art. 46, §§ 9, 10, 11, 22). Mais lorsqu'il y a lieu de procéder à une expropriation pour cause d'utilité publique, ce n'est pas lui en principe qui déclare l'utilité publique du travail;

6° *Domaine privé.* — Pour la gestion du domaine privé du département et l'exercice des droits qui s'y rattachent, le conseil général jouit de grands pouvoirs aux termes de l'art. 46 de la loi de 1871, « le conseil général statue *définitivement*, sur les objets ci-après désignés, savoir : 1° acquisition, aliénation et échange des propriétés départementales mobilières ou immobilières, quand ces propriétés ne sont pas affectées à l'un des services énumérés au n° 4 (hôtels de préfecture, sous-préfecture, palais de justice, etc.); 2° mode de gestion des propriétés départementales; 3° baux de biens donnés ou pris à ferme ou à loyer, quelle qu'en soit la durée; 5° acceptation de dons et legs faits au département, quand ils ne donnent lieu à aucune réclamation et refus dans tous les cas (L. 4 févr. 1901, art. 2); ... 14° assurances des bâtiments départementaux; 15° actions à intenter ou à soutenir au nom du département, sauf les cas d'urgence dans lesquels la commission départementale pourra statuer; 16° transaction concernant les droits du département ».

7° *Nominations.* — La plus importante des nominations auxquelles procède le conseil général est celle de la commission départementale (V. *infrà*). Mais il peut avoir aussi à nommer une commission pour une conférence interdépartementale, à désigner des conseillers généraux qui remplissent des fonctions individuelles, par exemple ceux qui siègent au conseil départemental et au conseil académique, etc... (1).

8° *Manifestations d'opinion.* — Les manifestations d'opinion sont des *avis*, des *propositions*, des *réclamations* et des *vœux*, elles sont relatives à de simples *intérêts départementaux*. En principe, elles n'ont

(1) La question de savoir à quelle catégorie de délibérations appartiennent celles qui contiennent nomination est assez épineuse. — V. *infrà*, commission départementale.

Source : BIU Cujas

d'autre force exécutoire que celle d'obliger le préfet à transmettre. Les réclamations et les vœux ne sont pas nécessairement suivis d'effet. Les avis, le Gouvernement est quelquefois tenu de les prendre, mais il n'est jamais tenu de les suivre. Il n'en est pas tout à fait de même des propositions ; parfois elles lient en un certain sens le Gouvernement. Ainsi en est-il dans le cas de certains secours à distribuer sur fonds d'État, le Gouvernement qui doit demander des propositions au conseil général n'est pas lié quant au chiffre des sommes, mais quant à l'ordre de distribution : « Les secours pour les travaux concernant les églises et presbytères; les secours généraux à des établissements et institutions de bienfaisance; les subventions aux communes pour acquisition, construction et réparation de maisons d'école et de salles d'asile; les subventions aux comices et associations agricoles ne pourront être allouées par le ministre compétent, que sur la proposition du conseil général qui dressera un tableau collectif des propositions, en les classant par ordre d'urgence » (L. 1871, art. 68).

B. *La valeur juridique des délibérations du conseil général et les voies de recours.* — Les délibérations du conseil général sont des actes juridiques, elles sont soumises à toutes les conditions de fond et de forme qui ont été étudiées à propos de la théorie des assemblées délibérantes. Elles doivent être prises dans une session légale, dans une séance régulière, avec le *quorum* nécessaire pour délibérer, en observant les règles du scrutin, et être constatées régulièrement au procès-verbal (V. p. 421 et s.). Elles peuvent être attaquées à deux titres différents (1) :

1° *A titre de délibération* soit qu'elles contiennent une décision exécutoire, soit qu'elles contiennent seulement un vœu, une réclamation ou un blâme à l'administration ou une nomination. Sans doute la loi du 10 août 1871 ne renferme aucune disposition analogue à celle de l'art. 63 de la loi municipale, qui déclare frappées d'une nullité radicale, invocable à toute époque et par tout intéressé, les délibérations des conseils municipaux qui sont prises en violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique, ni à l'art. 65 qui organise un voie de nullité, mais il y a toujours bien voie de nullité contre les délibérations des conseils généraux dans les deux cas prévus aux art. 33 et 34 de la loi du 10 août 1871 : *a*) La délibération a été prise en dehors des réunions, c'est-à-dire des sessions régulières, elle est nulle de droit, le préfet prononce cette nullité par arrêté motivé (art. 34); *b*) La délibéra-

(1) Il ne s'agit pas évidemment du contrôle administratif spontané qui se produit dans les vingt jours de la clôture de la session pour les décisions définitives, dans les trois mois pour les décisions soumises à suspension avant que la délibération ne soit devenue exécutoire, il s'agit des voies de recours invocables par les parties intéressées après que la délibération est devenue exécutoire.

Source : BIU Cujas

tion est relative à un objet qui n'est pas de la compétence du conseil, alors sur la demande du préfet, elle est annulée par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, c'est-à-dire en assemblée générale du Conseil d'État (art. 33); une application de cette nullité est faite aux vœux politiques interdits au conseil par l'art. 51 (1).

Dans ces deux cas, la nullité est absolue, peut être déclarée à toute époque, et qu'elle ait été déclarée ou non, est invocable par toute partie intéressée (Av. Cons. d'Ét., 6 mars 1873). L'action en nullité n'existe que dans ces deux cas parce que les voies de nullité ne se suppléent point (2), mais dans tous les autres cas où la délibération du conseil général est irrégulière, par défaut du *quorum*, par violation des règles sur le vote, etc., ne peut-on pas soutenir au moins que la nullité est opposable par voie d'exception? Nous avons adopté l'affirmative dans notre théorie des assemblées délibérantes (V. p. 360) (3);

2° *A titre de décision exécutoire*, lorsque la délibération contient une décision de ce genre (Arg., art. 86 et 87, L. 10 août 1871). Et ce sera tantôt par un recours contentieux ordinaire (acte de gestion publique), tantôt par le recours pour excès de pouvoir (acte d'autorité) (4).

C. *Les attributions du contrôle du conseil général.* — Le contrôle exercé par le conseil sur les actes de la commission départementale sera étudié à propos de cette commission. Quant à celui sur les actes du préfet, il est exercé au moyen des comptes rendus que le préfet est tenu de faire (V. p. 417); au moyen de renseignements demandés aux chefs de service du département (art. 52); enfin, au moyen d'enquêtes que des membres du conseil général peuvent ouvrir sur place (art. 51); tout cela est sanctionné par le droit qu'ont les conseils

(1) Cette nullité pour incompétence portée devant le Conseil d'État semble une variété de l'excès de pouvoir, elle est fort étendue; il ne faut pas entendre l'incompétence seulement par rapport aux objets d'intérêt départemental, mais aussi par rapport aux attributions du conseil; elle a été appliquée au pouvoir qu'a le conseil général de déléguer certaines de ses attributions à la commission départementale, le conseil général excède ses pouvoirs à ce sujet s'il fait une délégation générale pour toute une catégorie d'affaires, car il n'est compétent que pour faire des délégations spéciales d'affaires déterminées (Décr. Cons. d'Ét., 26 janv. 1896).

(2) D'ailleurs, la loi ayant organisé le contrôle administratif spontané qui doit se produire dans les vingt jours de la clôture de la session pour les délibérations définitives, dans les trois mois pour les délibérations soumises à suspension, il est à présumer qu'elle compte sur la vigilance du préfet pour ne laisser échapper à l'annulation administrative aucune délibération irrégulière.

(3) V. également G. Jèse, *Notions sur le contrôle des délibérations des assemblées délibérantes*, *Revue d'administration*, 1895, tome III, p. 39.

(4) Mais le recours pour excès de pouvoir ne pourrait pas être intenté lorsque l'intéressé a le moyen de faire tomber la délibération en demandant au préfet d'appliquer les art. 33 et 34, parce que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable lorsqu'il existe un moyen parallèle. Arg. tiré de la décision *Pillon de Saint-Philbert* (C. E. 1er avr. 1898).

Source : BIU Cujas

généraux de correspondre avec le ministre par l'intermédiaire de leur président et de lui adresser des réclamations (art. 52).

§ 2. — La commission départementale (1).

Article I. — L'organisation de la commission départementale.

La commission départementale est un organe émané du conseil général chargé de le suppléer dans une certaine mesure dans l'intervalle des sessions. C'est donc encore un organe délibérant. Elle a été créée en 1871, mais l'idée n'en est pas neuve en France; quelques-uns de nos anciens états provinciaux avaient des délégations, et les directoires de l'organisation révolutionnaire n'étaient autre chose qu'une délégation permanente de conseils généraux. A l'étranger, il existe dans l'organisation provinciale des comités permanents un peu partout, en Belgique, en Prusse, en Autriche-Hongrie, en Italie, en Espagne, etc. La commission départementale a été organisée de telle sorte qu'elle ne peut pas devenir plus importante que le conseil général et qu'elle ne peut pas annihiler le préfet (2).

A. *La composition de la commission départementale.* — « La commission départementale est élue par le conseil général chaque année, à la fin de la session d'août ; elle se compose de quatre membres au moins et de sept au plus (3), et elle comprend un membre choisi autant que possible parmi les conseillers élus ou domiciliés dans chaque arrondissement. Les membres de la commission sont indéfiniment rééligibles » (art. 69). Les fonctions de membre de la commission départementale sont incompatibles avec celles de maire du chef-lieu du département et avec le mandat de député ou de sénateur (art. 70, remanié par L. 19 déc. 1876). Le vote a lieu au scrutin secret (art. 39, § 3). — Accidentellement, un conseil général peut avoir à nommer sa commission départementale à une autre époque : 1° s'il a été dissous, aussitôt après la réélection (art. 35, 36) ; 2° s'il y a conflit entre la commission dépar-

(1) *Bibliographie :* Félix Jacquelin, *La commission départementale*, 1887; Weisgeiler, *De la commission départementale*, 1889 ; Flourens, *Organisation administrative de la France et de la Belgique* (V. p. 412 et p. 418).

(2) Il a été pris en ce sens un certain nombre de précautions : 1° la commission départementale est renouvelable tous les ans; 2° elle ne siège pas en permanence ; 3° le conseil général peut la révoquer si elle est en conflit avec le préfet ou si elle outrepasse ses attributions; 4° les sénateurs, les députés du département, le maire du chef-lieu ne peuvent pas en faire partie ; 5° ses séances ne sont pas publiques et ses procès-verbaux ne sont communiqués qu'aux membres du conseil général. — En un mot, il est dans l'esprit de la loi de 1871 de considérer la commission départementale comme une sorte de préposé du conseil général et non pas comme un organe procédant du corps électoral.

(3) Dans les limites de ce minimum et de ce maximum le conseil détermine lui-même le nombre des membres de sa commission.

Source : BIU Cujas

tementale et le préfet et que le conseil juge à propos de nommer une nouvelle commission (art. 85). — Les protestations contre l'élection ou la nomination des membres de la commission départementale sont actuellement sans juge, le Conseil d'État s'étant déclaré incompétent (Cons. d'Ét., 8 mai 1885, *Lépiney et autres*) (1).

B. *Le fonctionnement de la commission départementale.* — La commission départementale est une assemblée délibérante qui tient des sessions et des séances en vue de prendre des délibérations. — Elle tient une session ordinaire par mois, dont elle fixe elle-même l'époque et le nombre de jours (2). Le préfet et le président de la commission peuvent la convoquer en session extraordinaire (art. 73). — *Règles des séances.* « La commission départementale élit son président et son secrétaire, elle siège à la préfecture et prend, sous l'approbation du conseil général et avec le concours du préfet, toutes les mesures nécessaires pour assurer son service » (art. 71 modifié par la loi du 8 juill. 1899) (3). « Tout membre

(1) La question est de savoir si c'est une véritable élection ou bien une nomination. Si on considère que c'est une *élection*, le Conseil d'État est compétent pour le contentieux de celle-ci, parce qu'il est le juge de droit commun du contentieux administratif et que, d'ailleurs, il est le juge des élections au conseil général. Mais le Conseil d'État s'étant déclaré incompétent s'est par là même prononcé contre le caractère électif; bien que l'art. 69 emploie à deux reprises des expressions qui supposent *élection*, il a considéré que ce n'en était pas une. — On comprend d'autant mieux qu'il hésite à reconnaître le caractère électif, qu'il y a bien d'autres cas où les assemblées administratives procèdent à des nominations et qui seraient douteux, nomination du bureau, nomination de commissions, désignation de conseillers pour des fonctions individuelles, etc. — Il s'agit de savoir si la commission départementale représente directement le souverain, c'est-à-dire ici les électeurs du département, ou si elle ne représente que le conseil général à titre de préposé d'une autorité constituée. La question me paraît résolue dans le second sens par l'ensemble des dispositions de la loi de 1871 relevées à la note 2 de la page précédente, d'autant que si la commission départementale représentait le souverain et qu'il y eût élection, il faudrait admettre des réclamations électorales de tous les électeurs du département. — Si l'institution de la commission départementale n'est pas une élection, elle n'est qu'une nomination; l'acte qui la contient n'est lui-même qu'une délibération et ne peut être attaqué qu'à ce titre; cette délibération peut certainement être attaquée en vertu des art. 33 et 34 qui sont communs à toutes les délibérations et même l'art. 33 peut servir à assurer l'application des règles sur les incompatibilités, car il n'est pas dans les attributions légales du conseil de nommer membre de la commission départementale un député ou un sénateur ou le maire du chef-lieu du département. — Sur la question de savoir quelle est la force exécutoire de cette délibération et à quelle catégorie elle appartient à ce point de vue, V. G. Jèze, *La nomination de la commission départementale, Revue critique*, mars 1895; Bouffet et Périer, v° *Département*, n° 1484, *Répertoire Béquet*.

(2) Elle ne pourrait pas indirectement se constituer en permanence en décidant que la session durera tout le mois, ce serait contraire à l'esprit de la loi, et même au texte qui suppose des sessions extraordinaires et par conséquent des intervalles.

(3) Primitivement le président de la commission départementale n'était pas élu; on avait craint qu'un président de commission départementale élu par ses collègues ne devînt le véritable maître du département et ne réduisît à néant l'autorité du préfet. En Belgique,

Source : BIU Cujas

de la commission départementale qui s'absente des séances pendant deux mois consécutifs, sans excuse légitime admise par la commission, est réputé démissionnaire. Il est pourvu à son remplacement à la plus prochaine session du conseil général » (art. 74). « Les membres de la commission départementale ne reçoivent pas de traitement » (art. 75). « Le préfet ou son représentant assistent aux séances de la commission ; ils sont entendus quand ils le demandent » (art. 76, § 1er). — *Règles des délibérations.* « La commission départementale ne peut délibérer si la majorité de ses membres n'est présente. Les décisions sont prises à la majorité absolue des voix calculée sur le nombre des membres présents (cette règle est exceptionnelle). En cas de partage, la voix du président est prépondérante. Il est tenu procès-verbal des délibérations. Les procès-verbaux font mention du nom des membres présents » (art. 72). — Étant donné le silence de la loi, les séances ne sont pas publiques et les procès-verbaux ne sont pas publiés, ils peuvent seulement être expédiés sous pli cacheté aux membres du conseil général (1). — *Instruction des affaires.* La commission peut s'entourer de renseignements : « Les chefs de service des administrations publiques dans le département sont tenus de fournir, verbalement ou par écrit, tous les renseignements qui leur seraient réclamés par la commission départementale sur les affaires placées dans leurs attributions » (art. 76, § 2). L'art. 84 ajoute : « La commission départementale peut charger un ou plusieurs de ses membres d'une mission relative à des objets compris dans ses attributions. » Mais cela n'empêche point que l'instruction préalable n'appartienne au préfet; la commission ne pourrait statuer valablement sans son avis.

Article II. — Les attributions de la commission départementale.

A. *Les attributions déléguées.* — La commission départementale a des attributions qui lui sont déléguées par le conseil général. Les conseils généraux ne doivent pas abuser de cette faculté de délégation, car il est de principe que la puissance publique ne se délègue que par la loi, ils doivent observer les règles suivantes : 1° Ils ne doivent déléguer que pour des affaires spéciales, non point pour des catégories d'affaires (Avis du Cons. d'Ét., 13 mars 1873, *Bouches-du-Rhône*) (2) ; 2° Même pour des affaires spéciales, le conseil ne peut pas déléguer la décision à sa commission si l'affaire est trop importante (Avis du Cons. d'Ét., 26 févr.

même, c'est le gouverneur de la province qui est président de la députation permanente.

(1) Il faut considérer en effet que la publicité des séances est d'exception (V. p. 356).

(2) Ainsi la délégation générale donnée par le conseil général à sa commission départementale de statuer sur la liquidation des pensions de retraite des employés départementaux, excède les pouvoirs du conseil général et peut être annulée en vertu de l'art. 33, L. 10 août 1871 (D. en Cons. d'État, 26 janv. 1896 ; Cfr. circ. int. 13 avr. 1881).

Source : BIU Cujas

1874) (1). — Lorsque la commission départementale statue par délégation, ses délibérations ont la force exécutoire qu'auraient eue celles du conseil général lui-même sur les mêmes affaires ; par suite, elles peuvent, suivant les cas, être attaquées directement devant le Conseil d'État dans le délai de vingt jours à compter de la clôture de la session, ou suspendues par décret dans le délai de trois mois (D. Cons. d'Ét., 7 mai 1875).

B) *Les attributions propres de la commission départementale.* — La commission départementale a en outre des attributions propres, c'est-à-dire qui lui ont été données directement par la loi. La plupart ont été enlevées au préfet. Ces attributions sont de deux espèces : 1° elle prend des *délibérations* contenant des *décisions*, des *avis*, des *nominations* ; 2° elle fait des *actes de contrôle*.

I. *Délibérations.* — Toutes les délibérations prises en vertu des pouvoirs propres de la commission départementale sont de la même catégorie, elles sont exécutoires par elles-mêmes immédiatement, seulement, c'est le préfet qui doit exécuter, et il peut s'y refuser; il en résulte un désaccord ou un conflit et l'affaire est portée devant le conseil général, aux termes de l'art. 85 que nous étudierons plus loin.

Objets des délibérations. — 1° La commission départementale exerce quelques attributions dans l'intérêt de l'État, par exemple, lors de la confection d'un cadastre, elle approuve le tarif des évaluations cadastrales (art. 87, § 1er);

2° Tutelle des communes, hospices, etc. « La commission départementale, après avoir entendu l'avis ou les propositions du préfet, répartit les subventions diverses portées au budget départemental et dont le conseil général ne s'est pas réservé la distribution, les fonds provenant des amendes de police correctionnelle, et les fonds provenant du rachat des prestations en nature sur les lignes que ces prestations concernent » (art. 81). « Elle prononce, sur l'avis des conseils municipaux, la déclaration de vicinalité, le classement, l'ouverture et le redressement des chemins vicinaux ordinaires, la fixation de la largeur et de la limite desdits. Elle exerce à cet égard les pouvoirs conférés au préfet par les art. 15 et 16 de la loi du 21 mai 1836. Elle approuve les abonnements relatifs aux subventions industrielles pour la dégradation des chemins vicinaux » (L. 1871, art. 86). Mêmes attributions en matière de chemins ruraux (L. 20 août 1881, art. 4);

3° « La commission départementale détermine l'ordre de priorité des travaux du département, lorsque cet ordre n'a pas été fixé par le conseil général ; elle fixe l'époque de l'adjudication des travaux (art. 81), etc.;

(1) Il y a ici une question d'appréciation. Ainsi il a été décidé que le conseil peut déléguer le droit de statuer sur le tracé d'un chemin d'intérêt commun (D. 27 déc. 1878), sur une question de tramway (Avis minist., 17 août 1886), mais qu'il ne peut pas déléguer le droit de dresser des tableaux de proposition pour la répartition des secours sur fonds d'État (Avis minist., 29 août 1887).

Source : BIU Cujas

4° La commission départementale autorise le préfet à passer les contrats au nom du département et à défendre aux actions *en cas d'urgence* (1). L'art. 54 dit en effet que le préfet doit faire ces deux espèces d'actes de la vie civile du département sur *avis conforme*. Un avis, auquel on est tenu de se conformer, équivaut à une autorisation ;

5° La commission départementale assigne à chaque membre du conseil général et du conseil d'arrondissement le canton pour lequel ils devront siéger dans le conseil de revision (art. 82). Cette disposition se complète par celle de l'art. 18 de la loi du 15 juillet 1889, qui prescrit de choisir des membres autres que ceux qui sont élus dans le canton où la revision a lieu. La commission départementale désigne aussi les deux conseillers généraux qui, aux termes de l'art. 34 de cette dernière loi, sont adjoints au conseil de revision réuni au chef-lieu du département pour prononcer sur les demandes de dispense pour soutien de famille et sur les demandes de sursis d'appel. Dans le cas où le département a subventionné une association syndicale, elle nomme des membres de la commission syndicale (art. 87, § 2), etc...

6° La commission départementale donne des avis au préfet, ils sont tantôt *facultatifs*, tantôt *nécessaires* (art. 77), même quand le préfet est tenu de les prendre, en principe il n'est pas tenu de les suivre ; en certains cas, cependant, il est obligé de s'y conformer, par exemple, en matière de *défense aux actions* intentées contre le département et de *passation de contrats* au nom du département (art. 54).

Valeur juridique des délibérations de la commission départementale; voies de recours et voies de nullité. — Les *délibérations* de la commission départementale sont des actes juridiques, elles sont soumises aux conditions ordinaires de forme et de fond et susceptibles de recours :

1° *A titre de délibération ;* a) *Recours au conseil général dans le cas spécial des art. 86 et 87.* — Dans les cas prévus par les art. 86 et 87, c'est-à-dire en matière de décision sur l'*ouverture et le classement des chemins vicinaux ordinaires*, sur le tarif des évaluations cadastrales, et en matière de nomination des membres des commissions syndicales, la délibération peut être frappée de recours au conseil général, par le préfet, par les conseils municipaux et par toute partie intéressée. Ce recours purement administratif, est formé pour cause d'inopportunité ou de fausse appréciation des faits. Il est notifié au président de la commission dans le délai d'un mois à partir de la communication de la décision. Le conseil général statue *par décision définitive* à sa plus prochaine session (2). En vue de faire courir les délais du recours, les décisions doivent

(1) Il y a ici une petite conciliation à opérer entre l'art. 46, n° 15, qui confie au conseil général le droit d'autoriser le préfet à intenter les actions *ou à les soutenir*, et notre art. 54 qui confie à la commission départementale le droit d'autoriser le préfet *à défendre;* mais l'art. 46, indique lui-même la conciliation par l'idée d'urgence.

(2) Faudrait-il conclure de ce recours d'ailleurs exceptionnel, de ce que nous avons

Source : BIU Cujas

être communiquées aux préfets, aux conseils municipaux et aux autres parties intéressées (art. 88); b) *Nullité résultant des art. 33 et 34, L. 1871.* — Le Conseil d'État admet que les art. 33 et 34 s'appliquent à la commission départementale aussi bien qu'au conseil général, par conséquent : les délibérations prises par la commission irrégulièrement réunie sont annulées par le préfet; les délibérations portant sur des objets pour lesquels la commission est incompétente sont annulées par décret en Conseil d'État sur la demande du préfet (avis 13 mars et 31 mai 1873). Mais il n'y a pas plus de voie de nullité générale que pour les délibérations du conseil général (V. p. 431 et 360);

2° *A titre de décision exécutoire.* — Les décisions exécutoires contenues dans les délibérations peuvent être attaquées soit par le recours contentieux ordinaire, soit par le recours pour excès de pouvoir; il est à remarquer que dans les cas des art. 86, 87, 88 : *a*) le délai du recours pour excès de pouvoir est de deux mois, ce qui était jadis exceptionnel, mais ce qui est devenu le droit commun depuis la loi du 13 avril 1900, art. 24, § 4; *b*) le recours ouvert devant le conseil général ne fait pas obstacle au recours pour excès de pouvoir; *c*) le recours pour excès de pouvoir est toujours suspensif de l'exécution.

II. *Les attributions de contrôle de la commission départementale.* — La commission départementale est chargée de veiller à ce que les élections complémentaires au conseil général soient faites dans les délais fixés (art. 22, § 3). « Le préfet est tenu d'adresser à la commission départementale, au commencement de chaque mois, l'état détaillé des ordonnances de délégation qu'il a reçues et des mandats de paiement qu'il a délivrés pendant le mois précédent concernant le budget départemental. La même obligation existe pour les ingénieurs en chef, sous-ordonnateurs délégués » (art. 78). « A l'ouverture de chaque session ordinaire du conseil général, la commission lui fait un rapport sur l'ensemble de ses travaux et lui soumet toutes les propositions qu'elle croit utiles. A l'ouverture de la session d'août, elle lui présente dans un rapport sommaire ses observations sur le budget proposé par le préfet. Ces rapports sont imprimés et distribués, à moins que la commission n'en décide autrement » (art. 79). Chaque année, à la session d'août, la commission départementale présente au conseil général le relevé de tous les emprunts communaux et de toutes les contributions extraordinaires communales qui ont été votés depuis la précédente session d'août, avec indication du chiffre total des centimes extraordinaires et des dettes dont chaque commune est grevée (art. 80). « La commission départementale vérifie

dit p. 432 et de la faculté qu'a le conseil général de révoquer sa commission départementale (p. 438) qu'il est le *supérieur hiérarchique* de celle-ci? Ce qui est sûr, c'est que toutes les conséquences de cette idée ne sont pas admises (C. É. 2 avr. 1897, *commune de Mosset*).

Source : BIU Cujas

l'état des archives et celui du mobilier appartenant au département » (art. 83).

Article III. — Du désaccord et du conflit avec le préfet, du cas où la commission excède ses attributions. — Contrôle du conseil général.

Si la commission départementale et le préfet sont en désaccord ou entrent en conflit, le conseil général peut être saisi de l'affaire, soit par le préfet soit par la commission. Dans le cas de simple désaccord, l'affaire est renvoyée à la plus prochaine session du conseil, en attendant, le préfet surseoit à l'exécution. Dans le cas de conflit le conseil doit être convoqué extraordinairement. La distinction entre le désaccord et le conflit est une question de fait. Si la commission excède ses attributions, le préfet peut encore faire convoquer extraordinairemment le conseil pour le saisir.

Dans tous ces cas, le conseil général évoque à lui l'affaire qui a provoqué l'incident et statue à la place de la commission départementale; en outre, il peut, s'il le juge convenable, révoquer le mandat de sa commission départementale et en nommer un autre (art. 85) (1). La délibération du conseil général sur ce point est de la catégorie des décisions définitives dont l'annulation peut être demandée dans les vingt jours de la clôture de la session (D. Cons. d'Ét., 9 juill. 1874, *Ain*) (2).

(1) Si c'est un cas où la commission refuse de statuer, le conseil pourrait statuer à sa place, à la condition que ce ne fût pas dans une matière où elle a un pouvoir propre (V. Av. minist., 24 mars 1883).

(2) *L'organisation spéciale du département de la Seine* (V. articles Albert Lavallée, *Rev. générale d'administration*, 1900 et 1901). — Le département de la Seine est dans une situation tout à fait particulière, à raison de ce fait que la ville de Paris couvre presque en entier son territoire; ce qu'elle ne couvre pas, forme la banlieue. La conséquence est que les organes d'administration de la ville de Paris et ceux du département de la Seine ont été en partie confondus. — Il y a, dans le département de la Seine, deux préfets : le préfet de police et le préfet de la Seine, l'un chargé de la police, et l'autre de la gestion administrative. Ces deux préfets constituent l'organe exécutif du département, mais en même temps, et surtout, ils constituent l'organe exécutif de la ville et jouent le rôle de maire. — Il y a, dans le département de la Seine, un conseil général, organe délibérant, composé de cent un membres. Mais ce conseil n'est autre que le conseil municipal de la ville de Paris, au nombre de quatre-vingts membres, auxquels viennent s'ajouter vingt et un membres élus par la banlieue. — La loi du 10 août 1871 ne s'est pas appliquée au conseil général de la Seine, il en résulte que ce conseil n'a pas de commission départementale. La loi du 16 septembre 1871, prorogée depuis par diverses lois, et notamment par celle du 19 mars 1875, indique les textes qui sont en vigueur. — Pour les sessions, le titre II, L. 22 juin 1833, est applicable : il n'y a qu'une session ordinaire par an. La loi du 5 juillet 1886, a rendu publiques, à la fois, les séances du conseil général et celles du conseil municipal. — Les attributions sont celles des lois du 10 mai 1838 et du 18 juillet 1866. — Dans les arrondissements de Saint-Denis et Sceaux, il n'y a plus de sous-préfet, il y a des conseils d'arrondissement.

Les départements algériens. — L'Algérie est divisée en trois départements : Alger, Oran et Constantine, ils sont organisés comme les départements français : 1° Ils sont divisés en arrondissements et en circonscriptions qui remplacent les cantons sans en porter le nom; 2° Il y a deux organes : le préfet, organe exécutif ; le conseil général, complété

Source : BIU Cujas

Appendice. — L'organisation de l'arrondissement.

L'arrondissement ne constitue pas une personne administrative (V. p. 413). Cependant, dans cet arrondissement dont la personnalité a disparu il subsiste des organes, nous ne parlons pas du sous-préfet qui est uniquement un agent de l'État, mais du conseil d'arrondissement, assemblée élue qui semble être un organe délibérant de l'arrondissement lui-même. Il y a là une anomalie. En 1871, il a été question de supprimer ces conseils et la loi du 10 août ne les nomme pas, ils sont demeurés, il faut en dire un mot en appendice à l'organisation départementale.

Les Conseils d'arrondissement. — Comme on ne s'est pas occupé d'eux en 1871, la législation n'est pas codifiée, il faut remonter aux lois antérieures (L. 28 pluviôse an VIII, art. 10, 11, 19; L. 22 juin 1833, art. 20, 21, 25, 28; L. 23 juill. 1870; L. 10 mai 1838, art. 29 à 47) auxquelles il faut ajouter la L. du 23 juin 1892 et celle du 14 avril 1892.

I. *Organisation.* — Les conseils d'arrondissement sont composés d'autant de conseillers qu'il y a de cantons dans l'arrondissement, mais il ne peut y en avoir moins de neuf. Si ce chiffre n'est pas atteint, un décret désignera les cantons les plus peuplés pour nommer chacun deux conseillers. Les membres du conseil d'arrondissement sont élus pour six ans et renouvelés par moitié (1). Pour les conditions d'éligibilité et pour les élections, renvoi (V. p. 323 et s.) (2). Le conseil d'arrondisse-

par une commission départementale, organe délibérant. A. Le préfet est assisté d'un secrétaire général et d'un conseil de préfecture. Il a les mêmes attributions qu'un préfet de France mais il est sous l'autorité du gouverneur général. B. Le conseil général est formé de membres français et de membres indigènes. Les membres français sont nommés au suffrage universel par les électeurs français, à raison de un par circonscription cantonale. Les membres indigènes sont désignés par le gouverneur général (Avant 1870, ils étaient élus). — Les conseillers sont nommés pour six ans et renouvelables par moitié. Le Conseil a deux sessions ordinaires par an, en octobre et avril. Les attributions du conseil général, le degré d'autorité de ses décisions, les objets dont il s'occupe sont les mêmes qu'en France. La commission départementale suit aussi les mêmes règles qu'en France (Il doit y avoir des assesseurs indigènes qui ne peuvent être d'ailleurs présidents. Voir pour tout ces points, le décr. du 23 septembre 1875, qui reproduit presque textuellement la loi de 1871, complété par D. 6 juin 1901, et D. 24 juin 1901). Dans les arrondissements, des sous-préfets qui ont des pouvoirs propres un peu plus étendus qu'en France et pas de conseil d'arrondissement.

Le territoire de Belfort malgré son peu d'étendue constitue un véritable département. Il a un administrateur qui fait fonction de préfet et une commission administrative qui fait fonction à la fois de conseil général et de conseil d'arrondissement et même une commission départementale (V. D. 27 juin 1901).

(1) La loi du 23 juin 1892 a pris des dispositions pour que dans aucun canton il n'y ait à nommer en même temps le conseiller général et le conseiller d'arrondissement, bien que la durée des mandats et la périodicité des renouvellements soient les mêmes. Le résultat sera que tous les trois ans chaque canton aura à voter tantôt pour son conseiller général, tantôt pour son conseiller d'arrondissement. Rapprocher ce qui a été dit p. 334 sur la tendance française à consulter fréquemment le corps électoral.

(2) Pour les élections complémentaires, la loi du 14 avril 1892 est venue modifier

Source : BIU Cujas

ment a une seule session annuelle partagée en deux, moitié avant la session d'août du conseil général, moitié après. Il élit son bureau, mais il n'y a pas publicité des séances ni des procès-verbaux.

II. *Attributions.* — La principale attribution du conseil d'arrondissement est dans l'intérêt de l'État, il répartit, pour les impôts directs de répartition, le contingent de l'arrondissement entre les communes, mais il a aussi des attributions relatives à l'arrondissement. Si celui-ci n'a pas de personnalité et par suite pas de droits à exercer, en revanche les populations de l'arrondissement peuvent avoir des *intérêts* et le conseil d'arrondissement est chargé de les défendre en formulant des vœux ou en émettant des avis. — *Répartition des impôts.* — « Dans la première partie de la session, le conseil d'arrondissement délibère sur les réclamations auxquelles donnerait lieu la fixation du contingent de l'arrondissement. Il délibère également sur les demandes en réduction de contributions formées par les communes » (art. 40, L. 10 mai 1838). « Dans la seconde partie de sa session, le conseil d'arrondissement répartit entre les communes les contributions directes » (art. 45). — Le conseil est tenu de se conformer, dans la répartition de l'impôt, aux décisions rendues par le conseil général sur les réclamations des communes. Faute par le conseil d'arrondissement de s'y être conformé, le préfet, en conseil de préfecture, établit la répartition d'après lesdites décisions » (art. 46). « Si le conseil d'arrondissement ne se réunissait pas, ou s'il se séparait sans avoir arrêté la répartition des contributions, les mandements des contingents assignés à chaque commune seraient délivrés par le préfet, d'après les bases de la répartition précédente, sauf les modifications à apporter dans les contingents en exécution des lois » (art. 47).

Défense des intérêts de l'arrondissement par des avis ou des vœux. — L'Administration peut demander l'avis du conseil d'arrondissement toutes les fois qu'elle le juge utile; dans certains cas elle est obligée de le demander, l'énumération de ces cas se trouve dans l'art. 41, L. 10 mai 1838 (1). De plus, le conseil d'arrondissement peut donner spontanément

l'art. 11, L. 22 juin 1833, ainsi qu'il suit : « En cas de vacance par option, décès, démission, perte des droits civils et politiques, l'assemblée électorale qui doit pourvoir à la vacance sera réunie dans le délai de deux mois. Toutefois, si le renouvellement légal de la série à laquelle appartient le siège vacant doit avoir lieu avant la prochaine session ordinaire du conseil d'arrondissement, l'élection partielle se fera à la même époque ».

(1) 1° Changements proposés à la circonscription du territoire de l'arrondissement, des cantons et des communes, et à la désignation de leurs chefs-lieux; 2° classement et direction des chemins vicinaux de grande communication; 3° établissement et suppression ou changement des foires et marchés; 4° réclamations élevées au sujet de la part contributive des communes respectives, dans les travaux intéressant à la fois plusieurs communes ou les communes et le département, et généralement tous les objets sur lesquels il est appelé à donner son avis en vertu des lois et règlements.

Source : BIU Cujas

son avis *sur tous les objets d'utilité publique intéressant l'arrondissement*, soit que la décision doive être prise par le conseil général, soit qu'elle doive l'être par le pouvoir central (1). Quant aux vœux, aux termes de l'art. 44, le conseil d'arrondissement peut en formuler *sur les besoins des différents services publics en ce qui touche l'arrondissement*, ce qui exclut les vœux sur l'administration départementale, sur l'administration générale et les vœux politiques.

(1) 1° Sur les travaux de route, de navigation et autres objets d'utilité publique qui intéressent l'arrondissement; 2° sur le classement et la direction des routes départementales qui intéressent l'arrondissement; 3° sur les acquisitions, aliénations, échanges, constructions et reconstructions des édifices et bâtiments destinés à la sous-préfecture, au tribunal de première instance, à la maison d'arrêt ou à d'autres services publics spéciaux à l'arrondissement, ainsi que sur les changements de destination de ces édifices; 4° et généralement sur tous les objets sur lesquels le conseil général est appelé à délibérer, en tant qu'ils intéressent l'arrondissement (art. 42).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE III

L'ORGANISATION DE LA COMMUNE (1).

SECTION PRÉLIMINAIRE. — LE TERRITOIRE ET LA PERSONNALITÉ, LES SERVICES, L'HISTOIRE DE L'ORGANISATION DE LA COMMUNE (2).

A. *Du nom et du territoire des communes.* — La Révolution n'a point touché au nom ni au territoire des communes, elle les a respectées

(1) L'organisation communale est actuellement réglée par la loi du 5 avr. 1884, qui est un Code complet. Elle a abrogé expressément dans son art. 168 toutes les lois antérieures et les modifications ultérieures se sont produites sous formes d'additions ou de remaniements d'articles, V. par exemple, loi du 22 mars 1890, sur les syndicats de communes. — *Bibliographie :* Morgand, *La loi municipale*, 5e édition; Béquet et Roussel, *Répertoire du droit administratif*, vo *Commune;* Dalloz, *Code annoté des lois administratives*, vo *Organisation municipale ;* Juillet Saint-Lager, *Elections municipales*, 5e édition, 1900; Daure, *Les élections municipales*, Alan (Haute-Garonne), 1900. — Leroy-Baulieu, *L'administration locale en France et en Angleterre ;* de Ferron, *Institutions municipales et provinciales comparées ;* Vauthier, *Le gouvernement local de l'Angleterre*, 1895; Ramalho, *Des villes, bourgs et villages*, Rev. d'adm., 1901, I, 129-284; une ville de province au XVIIIe siècle, eod. 1901, III, 415; Edward Jenks, *Essai sur le gouvernement local en Angleterre*, traduct. franç., 1902 (collection Jèze).

(2) Il y a actuellement, d'après le dénombrement de 1901, en France 36.192 communes. Leur superficie territoriale, leur population, leurs ressources sont très inégales.

Superficie. — La superficie moyenne, est d'à peu près 1.462 hectares. Il y a des régions entières où toutes les communes sont au-dessous de cette moyenne. La plus petite commune de France est celle de Vaud'herland, dans Seine-et-Oise, qui n'a que 9 hectares, la plus grande, celle d'Arles, qui en a 103.000. Paris a 7,802 hectares.

Population. — Le chiffre de la population des communes importe à bien des égards : pour la fixation du nombre des conseillers municipaux; pour la question de savoir si des parents ou alliés peuvent faire partie du même conseil municipal, ils le peuvent dans les communes qui ont moins de cinq cents habitants; pour la question de savoir comment est réglée la police, dans les villes au-dessus de quarante mille habitants, elle est réglée par décret du chef de l'État. Cela importe aussi pour certains impôts, notamment pour celui des patentes, etc.

Communes	au-dessous de 500	habitants	18.502
—	de 501 à 1.500	—	13.181
—	de 1.501 à 2.500	—	2.534
—	de 2.501 à 3.500	—	878
—	de 3.501 à 10.000	—	828
—	de 10.001 à 20.000	—	146
—	au-dessus de 20.000	—	123
dont 15	au-dessus de 100.000		

Source : BIU Cujas

telles qu'elles avaient été lentement formées par l'histoire. Mais il faut prévoir des modifications volontaires, soit au nom, soit au territoire :

a) *Changement de nom.* — Le changement de nom d'une commune est décidé par décret, sur la demande du conseil municipal, le conseil général consulté, et le Conseil d'État entendu (art. 2)(1);

b) *Modifications au territoire.* — Ces modifications peuvent être de sortes très différentes : fusion de plusieurs petites communes en une seule, division d'une grande commune en plusieurs petites, rattachement d'une fraction de commune à une autre commune, déplacement d'un chef-lieu. Ce que la loi voit avec le plus de faveur, c'est la fusion de plusieurs petites communes en une grande. Malheureusement l'attachement au clocher rend ce phénomène bien rare.

Procédure à suivre. — Les autorités compétentes pour statuer varient suivant les cas (art. 5 et 6) : 1° Pour la création de communes nouvelles et pour les autres modifications, si elles entraînent changement à la circonscription du département, d'un arrondissement ou d'un canton, il est statué par une loi, le conseil général et le Conseil d'État entendus; 2° Pour les simples modifications, lorsque les communes sont situées dans le même canton et que la modification projetée réunit, quant au fond et quant aux conditions de la réalisation, l'adhésion des conseils municipaux et des commissions syndicales intéressées, il est statué définitivement par le conseil général si celui-ci approuve le projet; 3° Dans tous les autres cas il est statué par décret en Conseil d'État, le conseil général entendu (2).

Dans ce tableau il faut surtout remarquer le nombre considérable des communes qui ont moins de cinq cents habitants. Plus de dix-huit mille sont dans ce cas. Il y en a même plus de cinq mille qui ont moins de deux cents habitants, 137 ont moins de 50 habitants. Ces communes n'ont évidemment pas de ressources suffisantes pour une bonne administration (dans quelques-unes, la valeur du *centime* est de 15 ou 20 francs) et cependant, par le principe de la subvention inversement proportionnelle au centime, l'Administration pousse très imprudemment à la fragmentation des communes.

Ressources et situation financière. — (V. les *finances de la ville de Paris*, Gaston Cadoux 1900). Les budgets des communes, Paris non compris, s'élèvent au moins à 700 millions; celui de Paris à 600 millions, ce qui aux 3 milliards et demi des charges nationales ajoute 1.300 millions et porte le chiffre total des charges publiques annuelles à bien près de *cinq milliards*. La dette de Paris atteint 5 milliards suivant les uns (G. Cadoux, *op. cit.*), 2.357 millions suivant les autres (*Bulletin de statistique*, mai 1902); il y a vingt mille autres communes endettées, dont les dettes montent ensemble au moins à 1.500 millions, de telle sorte qu'une dette communale de 6 milliards et demi vient s'ajouter à la dette publique de l'État qui est de 30 milliards de capital nominal. La moyenne des impôts communaux connus sous le nom de centimes additionnels dépasse 50 centimes. Il y a plus de 4.500 communes où le chiffre de 100 centimes est dépassé. Près de douze mille communes possèdent des bois à titre de biens communaux. Ces bois couvrent plus de 2 millions d'hectares, le quart de la propriété boisée.

(1) Ramalho, *Changement de nom des communes*, Rev. d'adm., 1896, III, 5.

(2) Avant que la question ne soit soumise à la décision des autorités compétentes, les formalités suivantes auront dû être remplies (art. 3 et 4) : 1° Enquête de *commodo et*

Source : BIU Cujas

Conséquences des modifications territoriales. — Les modifications au territoire des communes entraînent presque toujours des conséquences patrimoniales, en effet, les communes ont un patrimoine, les sections de commune aussi ; bien que ces patrimoines appartiennent à l'être moral de la commune ou de la section de commune, les habitants y ont un certain droit, ils profitent de l'actif et souffrent des dettes; faire changer de commune les habitants d'un certain territoire c'est modifier leur situation à ce point de vue, les priver de la jouissance de certains biens communaux, de certains édifices publics, qu'ils ont contribué à faire construire, etc... Ces conséquences de l'opération méritent d'être réglées par un véritable traité que l'on a quelquefois comparé soit à un *contrat de mariage*, soit à une *séparation de biens*, mais qui présente bien plus de rapports avec les *traités internationaux* contenant cession de territoires. L'art. 7 de la loi se préoccupe de ces traités; de cet article, interprété par un important avis du Conseil d'État du 5 juin 1891, résultent les règles suivantes :

1° Le traité réglant les conséquences pécuniaires de l'opération doit être incorporé à l'acte qui statue sur la modification ; 2° Un certain nombre de solutions sont indiquées par la loi elle-même et l'on ne pourrait y déroger, ainsi : — la commune réunie à une autre commune conserve (à titre de section de commune) la propriété des biens qui lui appartenaient, à l'exception des édifices et autres immeubles servant à un usage public qui deviennent la propriété de la nouvelle commune; il en est de même pour les biens d'une section de commune réunie à une autre commune. Les habitants du territoire annexé conservent la jouissance des biens communaux dont les fruits sont perçus en nature, etc... (1); 3° En dehors de ces solutions indiquées par la loi, l'acte statue sur les questions que l'autorité a jugé utile de trancher, il n'est pas dit que l'acte doive trancher toutes les questions qui peuvent être soulevées; 4° Là où l'acte n'a pas déterminé de situation particulière, il faut appliquer les règles des cessions de territoire en droit international, c'est-à-dire que, par une sorte de *postliminium*, les habitants du territoire rattaché à une commune sont censés avoir toujours fait partie de cette

incommodo prescrite par le préfet sur le projet de modification, soit d'office, soit sur la demande du conseil municipal de la commune, soit sur la demande du tiers des électeurs inscrits de la commune ou de la fraction qui demande à se séparer ; 2° Toutes les fois que le projet intéresse une fraction de commune, nomination d'une commission syndicale chargée de donner son avis. Un arrêté du préfet décide la création de cette commission, détermine le nombre de ses membres et la date de l'élection; sont électeurs seulement les électeurs domiciliés dans la fraction de commune. L'élection se fait suivant les règles des élections municipales; 3° Avis des conseils municipaux, des commissions syndicales et des conseils d'arrondissement. — Observons qu'en définitive la modification peut être opérée contre l'avis des populations directement intéressées.

(1) Et ce, alors même que les biens seraient situés sur le territoire de la commune dont la section est distraite. — Cass., 3 févr. 1897, *commune de Marennes*.

Source : BIU Cujas

commune, par conséquent doivent immédiatement prendre leur part de ses charges, etc... — Enfin une dernière conséquence : « Dans tous les cas de réunion ou de fractionnement de communes, les conseils municipaux sont dissous de plein droit. Il est procédé immédiatement à des élections nouvelles. »

B. *De la personnalité des communes.* — La personnalité morale de la commune remonte fort loin. Le droit romain reconnaissait la personnalité des municipes et des *civitates*, et au moyen âge, lorsque les communes se réorganisèrent sous la forme de villes de consulats ou de communes proprement dites, partout où elles formèrent *corps*, il fut admis qu'elles avaient une personnalité. Elles conservèrent cette personnalité jusqu'à la Révolution. Mais il faut songer que les communes datant du moyen âge n'étaient que des îlots au milieu du territoire, les communes rurales n'existaient pas, elles sont sorties lentement de la paroisse à partir du XVIe siècle. Sous le nom de communautés rurales, elles aussi, à la fin de l'ancien régime, avaient conquis la personnalité. On les admettait à plaider par leurs syndics, on les rendait responsables de l'impôt en la personne de leurs collecteurs, etc... La Révolution ne toucha pas à la personnalité morale des communes qui perdirent seulement leurs privilèges féodaux dans la nuit du 4 août (1).

C. *Des services publics communaux.* — Il y a des services communaux sous l'autorité exclusive du maire, par exemple, le service de la police municipale (2); il en est d'autres qui sont à la fois sous l'autorité du conseil municipal et du maire (3).

La commune peut en principe organiser toute espèce de service public local utile aux habitants des agglomérations bâties, sous les réserves suivantes : 1° Au point de vue budgétaire, les allocations aux services facultatifs créés ont besoin d'être approuvées par l'autorité supérieure dès que les ressources dites ordinaires ne suffisent pas pour faire face à la dépense (V. *infrà*), la commune n'est donc complètement maîtresse d'organiser le service que si elle peut le payer sur les ressources ordinaires (toutes dépenses obligatoires pourvues); 2° Il ne

(1) La personnalité des communes est consacrée par les art. 910, 937, 2121, n° 3, 2227 du Code civil, sans compter de nombreux textes administratifs.

(2) Le conseil municipal n'intervient dans le service de la police qu'au point de vue budgétaire (V. cep. L. 15 févr. 1902, sur l'hygiène publique, art. 1er).

(3) Dans la plupart des communes il n'y a pour ainsi dire point de services communaux, car il faut songer que le service de l'état civil, celui de l'instruction primaire, celui des cultes, sont des services d'État ; que le service des chemins vicinaux de grande et de moyenne communication est départemental, ainsi que le service de l'assistance médicale gratuite ; le seul service communal qui se trouve dans toutes les communes est celui de la police, encore toutes les communes n'ont-elles pas un garde champêtre.

C'est dans les grandes villes qu'apparaissent les services communaux dans toute leur complexité, services de l'eau, de l'éclairage, du balayage, des halles et marchés-couverts, des omnibus et tramways, etc.

Source : BIU Cujas

faut pas que la gestion du service public communal organisé constitue une entreprise industrielle ou commerciale; ce principe a été appliqué au service des omnibus et tramways qui ne pourrait pas être exploité en régie (Avis du Cons. d'Ét., 24 févr. 1887, *funiculaire de Belleville;* lettre ministérielle du 21 août 1894, *Revue d'administration*, 1895, t. I, p. 467); il a été appliqué aussi à un projet d'exploitation de pharmacie municipale (Avis du Cons. d'Ét., du 3 août 1894, *Roubaix*) (1) (2).

(1) Cette question des exploitations industrielles ou commerciales est complexe et paraît devoir être tranchée au point de vue de l'opportunité plutôt que par des principes; il est certain que beaucoup de ces exploitations seraient l'affaire des syndicats ou des associations plutôt que celle des municipalités, mais au point de vue des principes actuels de notre droit public on ne saurait élever d'objection absolue : 1° en droit une exploitation quelle qu'elle soit, une fois érigée en service public, perd son caractère d'exploitation industrielle ou commerciale (V. p. 187); en fait l'État aurait mauvaise grâce à refuser aux communes la faculté de faire ce qu'il a fait lui-même en érigeant en services publics l'entreprise des postes, celle des chemins de fer, etc.; 2° la distinction entre l'organisation de l'entreprise et son exploitation n'est pas très solide; autoriser des communes à organiser des services de tramways ou de funiculaires ou d'éclairage au gaz et leur interdire de les exploiter en régie est une solution assez bâtarde à laquelle l'État ne s'est pas tenu lui-même, puisqu'il exploite en régie les postes et un réseau de chemin de fer; 3° on arrivera à des inconséquences, on a vu et on voit encore des villes exploiter en régie des théâtres ou des casinos municipaux, or l'article 632 n° 3, C. comm., répute commerciale toute entreprise de spectacles publics; dans la plupart des traités passés par les villes avec les compagnies d'éclairage au gaz il y a cette clause qu'après un certain délai la concession prendra fin et que l'usine fera retour à la ville, les villes ont compté qu'à ce moment l'exploitation pourrait être faite en régie, ces clauses ont été approuvées par l'autorité supérieure, va-t-on maintenant leur imposer l'obligation de concéder à nouveau l'exploitation? Leur interdira-t-on aussi d'opérer en régie la distribution de l'eau? — Dans un avis récent (C. É., 1er et 15 mars 1909, *ville de Lille*) le Conseil d'État se montre hésitant; tout en refusant d'approuver une entreprise de *vidanges municipales*, il est obligé de reconnaître que le principe n'est pas absolu, qu'il comporte des exceptions et, en effet, le *tout à l'égout* de Paris n'est-il pas une entreprise de vidanges municipales? V. *Rev. d'adm.*, 1900, I, 433; Cfr. C. É., 26 janv. 1901, *Boulangers de Poitiers*, S. 1901, 3, 41; 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901, 3, 73; Weber, *Le socialisme communal*, Rev. socialiste, 1893; des Cilleuls, *Le socialisme municipal*, Réforme sociale, 1895; Eustache Pilon, *Les monopoles communaux*, 1898; Achard, *Les services industriels de la ville de Genève*, Rev. d'économie politique, 1899; l'*Œuvre des municipalités socialistes*, Dijon, Paris, Roubaix, mouvement socialiste, 1900; Roger, *Les régies municipales*, thèse, 1901.

(2) *Histoire de l'organisation municipale. — Organisation de 1790.* — La commune, à la fin de l'ancien régime, n'avait plus de vie locale véritable malgré la survivance des organes municipaux du moyen âge, elle bénéficia comme le département du zèle rénovateur de l'Assemblée constituante. Il n'est que juste de dire, d'ailleurs, que déjà l'édit de 1787 instituant les assemblées provinciales avait ouvert la voie, il réorganisait les municipalités et remettait la tutelle aux assemblées provinciales. Mais il y avait la plus grande bigarrure comme partout dans l'ancien régime, villes, bourgs, paroisses ou communautés, se juxtaposaient avec les organes et les privilèges les plus divers.

L'Assemblée constituante fit une double besogne (L. 14 déc. 1789) : elle ramena tous les types de communes à l'unité, et elle donna à la commune une organisation autonome, malheureusement un peu compliquée. Il y avait dans chaque commune trois or-

Source : BIU Cujas

Section I. — L'organe exécutif de la commune.

§ 1. — Le maire et les adjoints.

Article I. — Règles d'organisation.

L'organe exécutif de la commune se compose : 1° *D'une autorité administrative*, le maire; 2° d'un ou plusieurs *assesseurs* du maire, le ou les adjoints; 3° de *simples agents*.

ganes : 1° le maire, qui pouvait être seul ou assisté d'un ou plusieurs assesseurs, suivant la population, dans le dernier cas, il y avait bureau municipal, agence collective; 2° un conseil municipal; 3° un *conseil général* composé de notables en nombre double, ce conseil général s'est en somme, perpétué jusqu'en 1882 dans l'adjonction *des plus imposés*. Tous les membres de ces conseils et le maire étaient nommés directement à l'élection par tous les citoyens actifs de la commune. La tutelle était confiée au directoire du département et au directoire du district. Il n'y avait pas de représentant du pouvoir central; des *procureurs syndics* étaient bien chargés d'une mission de surveillance, mais ils étaient élus, eux aussi, par les citoyens actifs de la commune. Les lois des 16 août 1790 et 22 juillet 1791 conférèrent aux corps municipaux des pouvoirs de police et même certains pouvoirs de juridiction. Le pays n'était plus « qu'une fédération de quarante mille communes ». Ce fut bientôt l'anarchie.

Organisation de fructidor an III. — L'anarchie fut un peu bridée par l'énergie des représentants en mission envoyés par la Convention, qui remplacèrent les *procureurs syndics* par des *agents nationaux* sous leurs ordres. Cependant la Constitution de fructidor an III essaya d'en empêcher légalement le retour, en superposant aux communes rurales six mille municipalités de canton avec un commissaire de Gouvernement à côté. Mais ce régime arbitraire, qui comprimait la commune rurale, ne pouvait durer (Cf. Vergues, *Les municipalités de canton*, thèse, Toulouse, 1902).

Organisation de l'an VIII. — La Constitution de l'an VIII allait rétablir l'égalité entre les communes par un régime de centralisation à outrance, qui jusque-là n'avait jamais existé en France. Elle plaça dans la commune un maire nommé tantôt par le chef de l'État, tantôt par le préfet, assisté d'un conseil municipal dont les membres furent choisis par le préfet et qui n'eut aucune initiative.

Ainsi, après dix ans d'agitations, on était retombé plus bas que le point de départ. Non pas ici qu'on eût abusé de l'organisation collégiale, beaucoup de communes étaient administrées par le maire, magistrat unique, mais parce qu'on avait donné brusquement trop d'autonomie, et que le pouvoir modérateur de la tutelle avait été confié au directoire de département, incapable à ce moment-là de l'exercer. Il faut tenir compte aussi des temps troublés au milieu desquels s'était fait cet essai de liberté, de la crise agraire des biens nationaux, de la proscription des ci-devant nobles, de la guerre civile, de la guerre étrangère, des réquisitions continuelles du pouvoir central, de la dépréciation du papier-monnaie. Pendant toute la Révolution, on voit la plupart des petites municipalités uniquement occupées d'une chose, assurer la subsistance. L'essai avait été fait dans de mauvaises conditions, il était à recommencer. Malheureusement les communes avaient perdu dans la tourmente des richesses qu'elles ne devaient plus retrouver, leurs biens communaux, que les lois du 14 août 1792 et du 10 juin 1893 prescrivaient de partager entre les citoyens (vente arrêtée seulement en l'an IV).

Depuis 1830. — Le désir de rentrer dans la voie de la décentralisation se manifesta dès la chute de l'Empire, et même pendant les Cent-Jours. Cependant la Restauration ne fit guère que présenter des projets qui n'aboutirent pas; le plus important fut le projet Martignac (9 févr. 1829) dont le rejet entraîna la chute du cabinet. C'est le gouverne-

Source : BIU Cujas

Observation. — Il y a lieu de réunir pour les étudier le maire et les adjoints : 1° Les règles d'organisation sont les mêmes; 2° les adjoints n'ont pas d'attributions propres, leurs seules prérogatives sont : *a*) de remplacer provisoirement le maire en cas d'empêchement (art. 84); *b*) d'avoir un droit de priorité lorsque le maire délègue ses fonctions (art. 82). En fait, dans les grandes communes, les adjoints exercent tous d'une

ment de Juillet qui devait, ici encore, comme pour l'organisation départementale, donner satisfaction aux tendances décentralisatrices, par les lois du 21 mars 1831 et du 18 juillet 1837. Le mouvement, arrêté un instant sous le second Empire par les lois du 7 juillet 1852 et du 5 mai 1855, reprend avec la loi du 14 juillet 1867 pour aboutir à un résultat très satisfaisant avec la loi du 5 avril 1884 : *a*) Le premier point obtenu fut le retour à l'élection pour la nomination du conseil municipal. Cela fut réalisé du premier coup, en 1831, il n'y eut de modification ultérieure que celle résultant de l'établissement du suffrage universel en 1848. Le maire et les adjoints devaient être choisis par le chef de l'État ou par le préfet dans le conseil municipal. C'était une bonne solution. Depuis, il y en a eu de très variées : la nomination par le conseil municipal dans les petites communes et par le Gouvernement dans les grandes; la nomination par le Gouvernement dans toutes les communes d'un maire pris en dehors du conseil; enfin la nomination par le conseil municipal dans toutes les communes. Ce dernier mode, consacré pour la première fois par la loi du 28 mars 1882, est maintenu par la loi de 1884; *b*) Le second point fut le pouvoir propre donné aux conseils municipaux; il y eut en 1837 quatre cas seulement où le conseil prenait des décisions réglementaires. Ce nombre a été successivement augmenté jusqu'à la loi de 1884, où la décision réglementaire est devenue le droit commun; *c*) Enfin, un troisième point fut de savoir à qui, dans les cas où elle était maintenue, on confierait la tutelle de la commune. En 1837, on la laissa au préfet représentant l'État; mais, depuis, l'opinion s'est développée de la confier au conseil général, représentant le département. En 1871, en 1884, cette opinion fut vigoureusement soutenue, elle n'a pas triomphé complètement, cependant il y a déjà beaucoup de cas où le conseil général et la commission départementale sont appelés à donner des autorisations. Ainsi, par un progrès lent et mesuré, on aura réalisé les réformes que la Révolution avait voulu faire brusquement; il est à croire que cette fois ce sera durable.

Observation. — Il est une réforme que la Révolution a accomplie du premier coup, c'est l'uniformité dans le régime des communes. On peut se demander si elle est heureuse. Il est difficile d'organiser un régime qui aille à la fois à la taille des communes de trois cent mille habitants et de celles de trois cents. Dans la plupart des législations étrangères on trouve la variété. En Angleterre, dans l'Amérique du Nord, en Allemagne, il y a une distinction fondamentale entre les communes urbaines et les communes rurales. Dans l'État de Californie, la législation a même distingué six classes de corporations municipales soumises, suivant le chiffre de la population, à des régimes différents; et ce qui est, au premier abord, étonnant pour nos habitudes françaises, ce sont les communes les plus populeuses qui ont le plus d'autonomie. Cependant l'uniformité de régime est trop conforme à notre caractère national pour qu'on puisse songer à la détruire. D'ailleurs elle n'est peut-être pas si mauvaise : 1° C'est une simplification bien commode au point de vue du contrôle administratif; 2° En fait, les avantages et les inconvénients du chiffre de la population se balancent au point de vue administratif. Si la commune populeuse a plus de ressources et plus de lumières, et par conséquent si de ce chef elle mérite plus d'indépendance, en revanche elle a peut-être moins de sagesse électorale que la petite commune, par conséquent elle est bien placée dans la situation moyenne que lui a faite la loi. Enfin, à côté de la légalité il y a les faits, la grosse situation du magistrat municipal d'une grande ville, aplanit devant celle-ci bien des obstacles administratifs.

Source : BIU Cujas

façon continue des fonctions déléguées; de plus, les résolutions importantes qui doivent être prises sous la responsabilité du maire, sont arrêtées en conseil par le maire et les adjoints d'un commun accord. La réunion du maire et des adjoints forme alors ce qu'on peut appeler le *bureau municipal* ou *bureau d'administration*, mais ce bureau n'a pas d'existence légale, ou tout au moins ne constitue pas une autorité administrative distincte, à la différence de ce qui existe en certains pays, en Italie par exemple, sous le nom de *junte municipale*.

Le maire et les adjoints sont élus par le conseil municipal et pris dans le sein de celui-ci (L. 28 mars 1882; L. 5 avr. 1884, art. 73).

A. *L'élection du maire et des adjoints. — Nombre des adjoints.* — Il n'y a jamais qu'un maire dans une commune, mais le nombre des adjoints dépend de la population. Il est d'un dans les communes de deux mille cinq cents habitants et au-dessous, de deux dans celles de deux mille cinq cents à dix mille. Dans les communes de population supérieure, il y aura un adjoint de plus par chaque excédent de vingt-cinq mille, sans que le nombre des adjoints puisse dépasser douze, sauf en ce qui concerne la ville de Lyon, où le nombre sera porté à dix-sept (art. 73) (1).

Règle d'après laquelle le conseil municipal doit être au complet. — Au moment où il procède à l'élection du maire ou à celle d'un adjoint, le conseil municipal doit être au complet de ses membres (2). Par conséquent, s'il s'est produit des vacances, il faut procéder à des élections complémentaires avant la nomination du maire et de l'adjoint (art. 77). Cette règle relativement nouvelle n'avait été introduite d'abord que pour l'élection du maire (L. 22 juillet 1870), la loi de 1884 l'a étendue à l'élection des adjoints. La nomination d'un maire ou d'un adjoint est un acte trop grave pour qu'on le permette à un conseil incomplet (3).

(1) *Adjoints spéciaux*, art. 75 : « Lorsqu'un obstacle quelconque ou l'éloignement rend « difficiles, dangereuses ou momentanément impossibles les communications entre le chef-« lieu ou une fraction de commune, un poste d'adjoint spécial peut être institué sur la « demande du conseil municipal par un décret rendu en Conseil d'État. — Cet adjoint, « élu par le conseil, est pris parmi les conseillers et, à défaut d'un conseiller résidant « dans cette fraction de commune ou s'il est empêché, parmi les habitants de la fraction. « Il remplit les fonctions d'officier de l'état civil et il peut être chargé de l'exécution « des lois et des règlements de police dans cette partie de la commune. — Il n'a pas « d'autres attributions. »

(2) Toutefois, après un renouvellement intégral du conseil, si des vacances se produisent avant la nomination du maire et des adjoints, on ne procède pas à des élections complémentaires (Cons. d'Ét., 13 févr. 1885, *Saint-Pierre de Cole;* 15 mai 1885, *Villefloure*, etc.).

(3) Il faut tout prévoir. Cette règle très raisonnable, que le conseil doit être complété, pourrait servir d'arme à un parti obstructionniste pour empêcher l'élection d'un maire, il suffirait qu'à peine des élections complémentaires faites, des conseillers donnassent leur démission, tout serait à recommencer. Cette manœuvre a été déjouée par l'art. 77 : « Si après les élections complémentaires, de nouvelles vacances se produisent, le conseil municipal procédera néanmoins à l'élection du maire et des adjoints, à moins qu'il ne

Source : BIU Cujas

Éligibilité. — Tout conseiller municipal est éligible aux fonctions de maire ou d'adjoint, mais il y a des inéligibilités : Aux termes de l'art. 86, § 2, les maires et adjoints révoqués sont inéligibles pendant un an, à moins qu'il ne soit procédé auparavant au renouvellement général des conseils municipaux. — Il y a également des incompatibilités (1) : 1° « Ne peuvent être maires ou adjoints, ni en exercer même temporairement les fonctions, les agents et employés des administrations financières, les trésoriers-payeurs généraux, les receveurs particuliers et les percepteurs, les agents des forêts, ceux des postes et des télégraphes, ainsi que les gardes des établissements publics et des particuliers » (art. 80, § 1); 2° Les agents salariés du maire ne peuvent être ses adjoints (art. 80, § 2). Cette disposition a surtout en vue les régisseurs, intendants, secrétaires, chefs et contremaîtres de fabrique, employés de commerce, etc.; mais elle ne s'étend ni au fermier, qui est un véritable entrepreneur d'industrie, ni même au colon partiaire.

Date de l'élection. — En cas de renouvellement général du conseil municipal, l'élection du maire et des adjoints a lieu à la première séance de la session, aussitôt après l'installation du conseil (Circ. int., 10 avr. 1884). Lorsque l'élection est annulée, ou que pour toute autre cause le maire ou les adjoints ont cessé leurs fonctions, il y a deux hypothèses à distinguer : 1° Si le conseil est au complet, il est convoqué pour procéder au remplacement dans le délai de quinzaine; 2° S'il y a lieu de compléter le conseil, et s'il s'agit du remplacement du maire, il sera procédé aux élections complémentaires dans la quinzaine de la vacance, et le nouveau maire sera élu dans la quinzaine qui suivra. S'il ne s'agit que du remplacement d'un adjoint il ne paraît pas que la loi ait prescrit aucun délai (art. 79, §§ 2 et 3).

Convocation du conseil. — Pour toute élection du maire et des adjoints, les membres du conseil municipal sont convoqués dans les formes et délais prévus par l'art. 48, trois jours francs au moins avant celui de la réunion; la convocation contiendra la mention spéciale de l'élection à laquelle il devra être procédé. Après un renouvellement général et pour la première réunion, la convocation est faite par l'ancien maire qui n'a pas encore remis le service. Si le maire n'est pas élu à la première réunion, la convocation sera faite ensuite par les conseillers dans l'ordre du tableau (art. 81). On applique les règles ordinaires sur le *quorum* nécessaire pour délibérer, la moitié plus un des membres en exercice; il peut y avoir lieu à trois convocations successives aux termes de l'art. 50.

soit réduit aux trois quarts de ses membres. En ce cas, il y aura lieu de recourir à de nouvelles élections, il y sera procédé dans le délai d'un mois à dater de la dernière vacance » (Art. 77, §§ 2 et 3).

(1) Par deux arrêts en date du 9 juin 1893, *élection de Woincourt* et élection de *Vitray-sous-Brezolles*, le Conseil d'État a décidé que l'art. 80 ne visait que des incompatibilités, après toutefois plusieurs revirements.

Source : BIU Cujas

Formes de l'élection. — Le conseil municipal élit le maire et les adjoints par des scrutins isolés, au scrutin secret et à la majorité absolue. Si après deux tours de scrutin aucun candidat n'a obtenu la majorité absolue, il est procédé à un troisième tour de scrutin et l'élection a lieu à la majorité relative. En cas d'égalité de suffrages, le plus âgé est déclaré élu (art. 76). Ainsi, on procède d'abord à l'élection du maire, puis à celle de l'adjoint ou des adjoints. Lorsque la commune a droit à plusieurs adjoints il n'y a pas scrutin de liste, chacun d'eux est nommé par un vote distinct, de sorte qu'il y a un premier adjoint, un second adjoint, etc. Ce rang entre les adjoints sert d'ailleurs dans diverses circonstances. « La séance dans laquelle il est procédé à l'élection du maire est présidée par le plus âgé des membres du conseil municipal » (art. 77, § 1); mais, une fois élu, le maire prend la présidence du conseil pour l'élection des adjoints. Les nominations sont rendues publiques dans les vingt-quatre heures de leur date, par voie d'affiche à la porte de la mairie, elles sont dans le même délai notifiées au sous-préfet (art. 78).

Réclamations contre l'élection. — Un contentieux est organisé pour les élections du maire et des adjoints, il suit les règles de celui des élections au conseil municipal (V. *infrà*). Peuvent former des réclamations : 1° tout conseiller municipal et tout électeur de la commune dans un délai de cinq jours qui commence à courir vingt-quatre heures après l'élection; 2° le préfet dans le délai de quinzaine à dater de la réception du procès-verbal.

B. *La suspension et la révocation des maires et adjoints.* — « Les maires et adjoints peuvent être *suspendus* par arrêté du préfet pour un temps qui n'excède pas un mois, et qui peut être porté à trois mois par le ministre de l'intérieur (1). Les maires et les adjoints ne peuvent être révoqués que par décret; la révocation emporte de plein droit l'inéligibilité aux fonctions de maire et à celles d'adjoint pendant une année, à moins qu'il ne soit procédé au renouvellement général des conseils municipaux (art. 86, §§ 2 et 3).

C. *Le remplacement provisoire du maire.* — 1° En cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé dans la plénitude de ses fonctions par un adjoint dans l'ordre des nominations, et à défaut d'adjoint, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau (art. 84); 2° Dans les cas où les *intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune*, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats (art. 83).

(1) « Dans les colonies régies par la présente loi, la suspension peut être prononcée par arrêté du gouverneur pour une durée de trois mois. Cette durée ne peut être prolongée par le ministre. Le gouverneur rend compte immédiatement de sa décision au ministre de la Marine et des Colonies » (art. 86, §§ 1, 3 et 4).

Source : BIU Cujas

D. *La durée du mandat du maire et des adjoints.* — Les événements qui mettent fin au mandat du maire et des adjoints sont les suivants : 1° Cessation des fonctions du conseil municipal par suite d'expiration normale des pouvoirs, démission collective, dissolution ou annulation totale des opérations électorales (les pouvoirs du maire ne peuvent pas survivre en effet à ceux du conseil qui l'a nommé) ; 2° Révocation ou suspension (la suspension n'entraîne qu'une interruption) ; 3° Inéligibilité ou indignité résultant d'événements postérieurs à la nomination et atteignant l'élu dans sa capacité d'être conseiller municipal, et par suite maire ou adjoint (1). Les maires ou adjoints, qui tombent ainsi dans un cas d'exclusion ou d'incapacité, doivent être déclarés démissionnaires, la loi ne détermine pas les formes, les préfets doivent appliquer par analogie les dispositions de l'art. 36 relatif aux conseillers municipaux qui se trouvent dans le même cas ; 4° Démission. — Les maires et adjoints peuvent donner leur démission, elle doit être adressée au préfet, et elle n'est définitive que quand celui-ci l'a acceptée (Av. Cons. d'Ét., 20 janv. 1885) ; 5° Annulation de l'élection ; 6° Décès.

Remise du service. — Autant que possible, il ne doit pas y avoir d'interruption dans l'exercice du pouvoir municipal. Aussi, en principe, les officiers municipaux conservent-ils l'exercice de leurs fonctions jusqu'à *l'installation de leurs successeurs* (art. 81, § 2). Cette règle est traditionnelle depuis la loi du 14 décembre 1789, mais il y a tant d'exceptions que la règle en est presque détruite. En effet, les magistrats municipaux cessent immédiatement leurs fonctions dans les cas suivants : 1° Lorsque, après sa nomination, un maire ou un adjoint a été nommé à une fonction ou à un emploi que la loi déclare incompatible (art. 80-81) ; 2° Lorsqu'ils sont suspendus ou révoqués (art. 81-86) ; 3° Lorsque le conseil municipal étant dissous ou démissionnaire, il a été nommé une délégation provisoire (art. 81-87) ; 4° Lorsque l'élection du maire a été annulée soit comme maire, soit comme conseiller municipal (Arr. Cons. d'Ét., 14 mars 1890, *Louzolles*) ; 5° Enfin, en cas de renouvellement intégral du conseil municipal, les maires et adjoints continuent leurs fonctions jusqu'à l'installation du nouveau conseil, mais non pas jusqu'à celle de leurs successeurs (art. 81).

Gratuité du mandat. — Le mandat de maire ou adjoint est gratuit comme celui de conseiller municipal. A plusieurs reprises et notamment en 1884 la question de la rétribution a été agitée, mais on a reculé devant l'immense armée de fonctionnaires rétribués que cela eût créé. Seulement, il y a remboursement des frais nécessités par l'exécution des

(1) Ce sont par conséquent des incapacités électorales générales. On ne voit pas, en effet, que des incapacités *spéciales* d'être maire ou adjoint puissent surgir, après la nomination de façon à mettre fin au mandat. Les faits prévus par l'art. 80 n'entraînent que l'incompatibilité ; quant à l'incapacité de l'art. 86, elle résulte de la révocation, elle n'apparaît par conséquent que lorsque le mandat a déjà pris fin.

Source : BIU Cujas

mandats spéciaux (1) et, de plus, les conseils municipaux peuvent voter, sur les ressources ordinaires de la commune, des indemnités au maire pour frais de représentation (art. 74).

Article II. — Les attributions du maire.

Le maire a des attributions en vertu d'une double qualité, puisqu'il est à la fois représentant de l'État à titre d'autorité du pouvoir régional, et organe exécutif de la commune. Il faut distinguer soigneusement ces deux qualités (2) :

A. *Attributions du maire considéré comme représentant de l'État.* — En cette qualité, le maire a les attributions les plus variées, il en a qui ne sont pas ou presque pas d'ordre administratif, ainsi il est *officier de police judiciaire* et *officier de l'état civil.* Nous ne nous occuperons que des attributions d'ordre administratif : *a*) Le maire exerce au nom de l'État et sous l'autorité de l'administration supérieure certains droits de police, il est chargé, aux termes de l'art. 92, d'assurer dans sa commune : 1° la publication des lois et règlements; 2° l'exécution des lois et règlements; 3° l'exécution des mesures de sûreté générale. Pour ces trois objets, le maire peut être amené à prendre des décisions exécutoires qui seront dans l'espèce des *arrêtés de police* et à user du droit de *réquisition de la force armée ; b*) Il est chargé en outre, et là il exerce le droit de certifier et d'authentiquer qui est un droit de l'État, de délivrer une foule de certificats de bonnes vie et mœurs, de bonne conduite, d'indigence, de résidence, etc..., d'une façon générale, tous les certificats destinés à attester la réalité d'un fait qui intéresse un citoyen dans sa vie publique ou civile ; *c*) Le maire joue dans une certaine mesure le rôle de simple agent : 1° il exécute des décisions prises par l'autorité supérieure, ainsi il fait afficher le texte des lois, il notifie certaines décisions aux particuliers, il dirige le recensement de la population dans sa commune (L. 29 juill. 1792, art. 1) ; en matière militaire il dresse la liste des conscrits, il assiste au tirage au sort, etc..., etc... ; 2° il fournit des éléments d'information aux autorités supérieures, une foule de renseignements de statistique lui sont demandés; 3° il exerce une surveillance sur les prisons, sur les écoles primaires, sur les établissements privés d'aliénés, etc.; 4° il est un agent de transmission entre l'autorité supérieure et certains fonctionnaires ou même les particuliers.

B. *Attributions du maire considéré comme organe exécutif de la com-*

(1) Les frais des missions spéciales doivent être réglés sur état et non par abonnement (V. p. 307).

(2) Elles se marquent dans la loi municipale par des différences d'expressions qui sont traditionnelles depuis l'instruction législative des 12-20 août 1790 et depuis la loi de 1837 : lorsque le maire agit comme représentant de l'État, les textes disent qu'il est *sous l'autorité* de l'administration supérieure, art. 92; lorsqu'il agit comme représentant de la commune, il est *sous la surveillance* de l'administration supérieure (art. 90).

Source : BIU Cujas

mune. — I. *Pouvoirs propres du maire.* — Le maire agent de la commune est toujours une autorité administrative, il exerce, par des décisions exécutoires, un assez grand nombre de droits de la commune :

1° Le maire a l'organisation des services municipaux qui sont des applications de la police municipale, par exemple service d'inspection des denrées, service des communications à la presse, etc., il crée ces services par des arrêtés réglementaires organiques;

2° Le maire a la police des fonctionnaires de la commune. « Le maire nomme à tous les emplois communaux pour lesquels les lois, décrets et ordonnances, actuellement en vigueur, ne fixent pas un mode spécial de nomination. Il suspend et révoque les titulaires de ces emplois. Il peut faire assermenter et commissionner les agents nommés par lui, mais à la condition qu'ils soient agréés par le préfet ou le sous-préfet » (art. 88) (1). Les lois et règlements apportent dans un intérêt général des restrictions au droit de nomination et surtout au droit de révocation du maire. C'est ainsi que les agents de la police et le garde champêtre nommés par le maire, ne peuvent être révoqués que par le préfet (art. 102, 103. V. *infrà*, *situation du garde champêtre*). Le droit de nomination et de révocation entraîne forcément l'action disciplinaire;

3° Il exerce sur les citoyens les droits que comporte la police municipale et rurale. Nous verrons plus tard quels sont les objets précis de ce double pouvoir de police appartenant à la commune (*infrà*, *Droits de police*). Dans son objet général cette police a pour but d'assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire la tranquillité, la sécurité et la salubrité, à la ville et aux champs (art. 91, 97 et s., L. 5 avr. 1884; L. 21 juin 1898). Cela entraîne d'abord pour le maire le droit de faire des règlements de police généraux, ces règlements ne sont valables que dans le territoire de la commune, et ils n'ont d'autre sanction que celle de l'art. 471, n° 15, C. pén., c'est-à-dire une amende de un à cinq francs. Cela entraîne, en outre, le droit de prendre des mesures de police individuelles, pourvu que ce soit dans un intérêt général; ces mesures sont des injonctions ou des défenses ou des autorisations. Exemple : injonction de clore un terrain en bordure de la voie publique, défense d'établir un dépôt d'immondices, autorisation d'établir un dépôt de matériaux, etc. Comme complément de tous ces pouvoirs de police, le maire a la réquisition de la force armée;

4° Le maire a la police du domaine public de la commune; c'est ainsi qu'il délivre certains alignements le long des voies communales, ainsi encore qu'il prend des arrêtés pour empêcher que les édifices communaux ne soient détériorés. Il a spécialement la police des cimetières (D.

(1) Dans l'exercice de ce pouvoir disciplinaire sur les employés communaux, les arrêtés du maire ne peuvent pas être annulés par le préfet, parce qu'ils ne rentrent pas dans les termes de l'art. 95 (Cons. d'Ét., 8 avr. 1892, *maire de Rennes*).

Source : BIU Cujas

23 prair. an XII). Les arrêtés qu'il prend en ces matières ne sont pas toujours sanctionnés par l'amende de l'art. 471, n° 15, C. pén., quelquefois ils ne donnent lieu qu'à une action civile (Cass., 23 mai 1846);

5° Le maire est chargé, en vertu de son pouvoir propre, et sans avoir besoin de faire intervenir le conseil municipal, de l'administration des biens du domaine privé de la commune dans la limite des actes conservatoires (art. 90, 1°); spécialement, il peut accepter provisoirement les dons et legs et former avant l'autorisation toute demande en délivrance (art. 113); il peut faire tous actes conservatoires ou interruptifs de déchéance (art. 122), introduire une demande en référé.

II. *Le maire exécuteur des décisions du conseil municipal.* — Le maire est chargé d'exécuter les décisions du Conseil municipal (art. 90, n° 10). Il est à remarquer que la loi ne le charge pas d'une manière générale de la préparation des décisions; elle ne parle que de la préparation du budget (art. 90, n° 3). Il en résulte qu'en toute autre matière, le conseil municipal peut délibérer sans que l'affaire ait été étudiée par le maire, à la différence du conseil général, qui ne peut jamais délibérer que sur des affaires préparées par le préfet. En sa qualité d'exécuteur des décisions du conseil municipal, le maire a les attributions qui suivent :

1° Il exécute le budget communal à titre d'ordonnateur et il surveille la comptabilité (art. 90, n°s 2 et 3); 2° il passe les marchés et les contrats (art. 90, n°s 6 et 7). Pour les adjudications publiques, il lui est adjoint deux membres du conseil municipal désignés par le conseil ou à défaut désignés dans l'ordre du tableau, et le receveur municipal (art. 89) (1); 3° Il représente la commune en justice, soit en demandant, soit en défendant, mais, en principe, toutes les décisions sur la question de l'action à intenter ou à défendre, sont prises par le conseil municipal, sauf à obtenir du conseil de préfecture l'autorisation de plaider. Dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune, soit en justice, soit dans les contrats; 4° Le maire dirige les travaux communaux, et il pourvoit aux mesures relatives à la voirie municipale au point de vue de la viabilité des chemins (art. 90, n°s 4 et 5); 5° Il organise tous les services dont la création est décidée par le conseil municipal; 6° D'une façon générale il pourvoit aux mesures individuelles rendues nécessaires par les décisions de principe du conseil municipal (2).

C. *De la force exécutoire des actes du maire.* — Toutes les fois que le maire prend une décision en qualité d'autorité administrative, soit

(1) Tous ces marchés ou contrats ont été au préalable décidés par le conseil municipal. Pour les travaux publics et les fournitures, les adjudications et les marchés de gré à gré sont approuvés par le préfet (O. 14 nov. 1837, art. 2 et 10).

(2) V. ce qui a été dit p. 309 sur le partage d'attributions entre l'organe exécutif et l'organe délibérant.

Source : BIU Cujas

comme agent de l'État, soit comme agent de la commune, cette décision est exécutoire par elle-même. En principe elle est exécutoire immédiatement, par exception, les arrêtés réglementaires de police portant règlement permanent ne deviennent exécutoires qu'un mois après que copie en a été envoyée au préfet (art. 95). Ces arrêtés réglementaires peuvent après coup être suspendus ou annulés par le préfet mais ils n'ont pas besoin d'être approuvés par lui (art. 95) (1).

D. *Le contrôle des actes du maire par le préfet.* — Le maire est contrôlé dans son administration à la fois par le préfet représentant l'État, et par le conseil municipal représentant la commune.

Le contrôle du préfet sur le maire et sur ses actes est à la fois dans l'intérêt de l'État et dans celui de la commune, de sorte que c'est un contrôle hiérarchique en tant que le maire est agent de l'État, et un contrôle de tutelle en tant qu'il est agent de la commune. Il y a cette différence que l'action hiérarchique entraîne naturellement le pouvoir de réformation et d'annulation des actes, tandis que le contrôle de tutelle n'entraîne que le pouvoir d'annulation et encore lorsqu'il est formellement stipulé (V. p. 236). Le contrôle est d'ailleurs très énergique; à certains points de vue il a été aggravé par la loi de 1884, et c'est un peu la conséquence de ce que le maire n'est plus choisi par le Gouvernement, il faut bien assurer d'une façon ou de l'autre la subordination de la commune à l'État (2) : — 1° *Suspension et révocation du maire.* — Rappelons d'abord que le préfet peut suspendre le maire pendant un

(1) La forme normale des actes d'autorité du maire est l'*arrêté*, cela résulte de l'art. 94, mais comme la loi n'assujettit à aucune formule obligatoire les arrêtés municipaux, il faut décider qu'il suffit qu'ils soient écrits, datés et signés.

« Les arrêtés du maire ne sont obligatoires qu'après avoir été portés à la connaissance des intéressés par voie de publication et d'affiches toutes les fois qu'ils contiennent des dispositions générales, et dans les autres cas par voie de notification individuelle. — La publication est constatée par une déclaration certifiée par le maire. La notification est établie par le récépissé de la partie intéressée, ou à son défaut par l'original de la notification conservé dans les archives de la mairie. Les arrêtés, actes de publication et de notification, sont inscrits à leur date sur le registre de la mairie » (art. 96). Pour les actes de gestion qui sont des contrats, ils sont passés d'ordinaire *en la forme administrative* (V. p. 302).

(2) Des pouvoirs directs de tutelle seraient préférables à des moyens détournés. Dans les communes dont les maires n'ont pas la confiance du gouvernement l'administration préfectorale semble avoir pris l'habitude de se constituer un agent occulte; cet agent est le *délégué de l'administration*, c'est-à-dire le délégué choisi annuellement par le préfet pour participer à la revision de la liste électorale et qui est ordinairement un conseiller municipal. Ce délégué de l'administration, investi en fait d'une mission permanente, est chargé de renseigner la sous-préfecture qui correspond régulièrement avec lui; il apostille les demandes de secours et c'est par lui que s'obtiennent les faveurs. Il est à peine besoin de faire remarquer combien ces moyens détournés faussent le jeu normal des institutions, combien ce pouvoir occulte est irritant pour les municipalités et combien obliquement il ramène à la solution de 1837, le maire choisi par le gouvernement dans le sein du conseil municipal.

Source : BIU Cujas

mois, et qu'il peut provoquer soit un arrêté ministériel portant à trois mois le temps de suspension, soit un décret de révocation (art. 86); — 2° *Droits du préfet sur les actes du maire.* — Pour ce qui est des actes accomplis par le maire dans l'exercice de son pouvoir municipal : *a*) le préfet peut *suspendre* ou *annuler* les arrêtés réglementaires, il ne peut pas les *réformer*. Cette mesure peut être prise à toute époque, même contre les règlements permanents, alors que ces règlements sont devenus exécutoires par l'expiration du délai d'un mois. Le fait que le préfet aurait d'abord approuvé l'acte ne l'empêcherait pas de l'annuler par la suite (art. 95); *b*) Le préfet ne peut pas annuler les actes de gestion, c'est-à-dire les contrats passés par le maire, ni les arrêtés qui ne sont pas réglementaires (C. É., 8 avr. 1892, *maire de Rennes*. V. p. 454). — Pour ce qui est des actes accomplis par le maire comme représentant de l'État, le préfet peut les annuler ou les réformer (Cfr. Laferrière, *Jurid. adm.*, II, p. 513); 3° *Droit du préfet de substituer son action à celle du maire.* — Il ne fallait pas prévoir seulement l'hypothèse où le maire agirait incorrectement, mais aussi celle où il refuserait ou négligerait d'agir. La loi a pourvu à ce danger en permettant au préfet de substituer son action à la sienne, il faut distinguer deux hypothèses : *a*) Le maire néglige de faire un règlement de police indispensable, le préfet, après *une mise en demeure*, fera le règlement de police à sa place (art. 99 *in fine*)(1); *b*) Le maire refuse ou néglige de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi; le préfet, après l'avoir requis, ce qui équivaut à la mise en demeure de tout à l'heure, y procède d'office par lui-même ou par un délégué spécial (art. 85)(2).

E. *Le contrôle des actes du maire par le conseil municipal.* — Ce contrôle s'exerce directement au point de vue financier, en ce sens que tous les ans avant le vote du budget, le maire doit présenter son compte d'administration pour l'exercice clos; le conseil municipal peut refuser

(1) Cette disposition est nouvelle, ce cas de subtitution avait été formellement exclu dans la discussion de l'art. 15, L. 18 juill. 1837.

(2) Le texte de l'art. 85 est très général, il s'applique aussi bien aux actes que le maire accomplit sous la simple surveillance de l'Administration, c'est-à-dire comme agent de la commune, qu'à ceux qu'il accomplit sous l'autorité de l'Administration, c'est-à-dire comme agent de l'État. Par conséquent, il doit s'appliquer même aux mesures de police, même lorsque le maire refuse d'exécuter une décision du conseil municipal. La seule condition exigée est que l'acte *soit prescrit par la loi.* Cette interprétation large s'appuie sur les observations suivantes : 1° l'art. 85 est placé en tête de tous les articles qui énumèrent les attributions du maire; 2° l'art. 152 applique la règle au cas particulier où le maire est ordonnateur du conseil municipal; 3° l'art. 98 *in fine* va jusqu'à l'appliquer dans un cas où il s'agit d'un acte discrétionnaire de police municipale. Il est vrai que l'art. 85 ne fait que reproduire l'art. 15 de la loi du 18 juill. 1837 et que le conseil d'État, dans un arrêt du 20 avr. 1883, *de Bastard*, avait décidé que ce texte ne s'appliquait qu'aux actes accomplis sous *l'autorité* de l'Administration. Cela veut dire simplement que la loi n'a pas confirmé cette jurisprudence et qu'elle devra être abandonnée; cfr. Morgand, *Loi municipale*, sous l'art. 85; Laferrière, *Jurid. adm.*, 2e édit., p. 512.

Source : BIU Cujas

de l'approuver (art. 151). Sur tous les autres objets, le conseil municipal n'exerce qu'un contrôle indirect, en ce sens qu'il ne peut agir que par des ordres du jour destinés à amener la démission volontaire du maire, ou par des démarches auprès du préfet.

F. *Les voies de recours contre les actes du maire.* — Les particuliers lésés par un acte du maire peuvent former les recours suivants : 1° un recours adressé au préfet, afin que celui-ci use de son pouvoir de réformation ou d'annulation, s'il y a lieu (1); 2° des recours contentieux, recours pour excès de pouvoir ou recours contentieux ordinaire, suivant qu'il s'agit d'un acte d'autorité ou d'un acte de gestion publique. — Enfin, rappelons que les citoyens poursuivis devant l'autorité judiciaire pour infraction à un règlement de police du maire, peuvent soutenir que ce règlement est illégal (C. pén., art. 471, n. 15).

G. *La délégation des pouvoirs faite par le maire.* — Le maire est seul chargé de l'administration, mais il peut, sous sa surveillance et sa responsabilité, déléguer une partie de ses fonctions (2).

§ 2. — Les simples agents de la commune.

Les simples agents de la commune peuvent être : 1° des *employés de bureau;* 2° des *agents d'exécution* d'espèces très variées, receveur municipal (V. L. 25 févr. 1901, art. 50), conducteurs de travaux, employés de l'octroi, agents de la police (3), etc..... Tous les personnages

(1) Ce recours ne peut pas être qualifié de *hiérarchique* dans tous les cas, lorsque le maire agit au nom de la commune, c'est un recours *de tutelle.*

(2) Cette délégation est soumise aux règles suivantes : 1° Elle ne peut porter que sur une partie des fonctions; 2° Elle doit être faite par arrêté; 3° Le maire doit choisir les délégués dans l'ordre suivant : parmi les adjoints, puis parmi les conseillers municipaux, mais il n'est astreint à suivre ni l'ordre de nomination des adjoints ni l'ordre du tableau; 4° La délégation peut être rapportée; elle subsiste jusqu'à ce qu'elle ait été rapportée, à moins que le maire lui-même ne cesse ses fonctions (art. 82).

(3) *Les agents de la police.* — Ces agents sont : le garde champêtre, les agents de police, les commissaires de police :

Gardes champêtres. — Toute commune peut avoir un ou plusieurs gardes champêtres. Les gardes champêtres sont : 1° des officiers de police judiciaire chargés de rechercher et de constater les délits et contraventions en matière de police rurale et de police municipale. Ils dressent, pour constater ces contraventions, des procès-verbaux qui font foi en justice (C. I. C., art. 9 et 16; art. 102, L. 1884); 2° ce sont encore des agents de la police administrative qui prennent sous les ordres du maire des mesures de précaution ou d'exécution. Les communes sont libres de décider qu'elles auront ou n'auront pas de garde champêtre. La création du poste est du ressort du conseil municipal mais, une fois le poste créé et un garde nommé, la dépense devient obligatoire (art. 136, n° 6). La nomination appartient au maire. Les gardes champêtres doivent en outre être agréés et commissionnés par le sous-préfet, et celui-ci doit faire connaître son agrément ou son refus dans le délai d'un mois. Les gardes champêtres peuvent être suspendus par le maire pour une durée qui ne peut excéder un mois. Le préfet seul peut les révoquer (art. 102). Il résulte de cette combinaison de règles diverses, que lorsque le poste de garde cham-

Source : BIU Cujas

rémunérés par la commune ne doivent pas d'ailleurs être considérés comme fonctionnaires ou employés de celle-ci, l'art. 33, *in fine*, indique

pêtre a été créé par le conseil municipal et que le maire a nommé un garde, le conseil municipal ne peut plus s'en débarrasser qu'avec le concours du préfet; en effet, il ne peut pas refuser de voter la dépense du traitement, car c'est une dépense obligatoire; il ne peut pas non plus voter la suppression du poste, car ce vote serait considéré comme une fraude à la loi, comme un moyen d'arriver à une révocation détournée du garde en fraude des droits du préfet, du moins si après coup le poste était rétabli et un nouveau garde champêtre nommé (V. sur tous ces points, av. Cons. d'Ét., 30 juill. 1884, *Rev. d'adm.*, III, 326; Cons. d'Ét., 7 déc. 1888, *Marcillac-Lanville;* 8 avr. 1892, *Monflanquin;* 1er juill. 1892, *commune de Quarante*, S. 94. 3. 65 et la note; 17 nov. 1893, *commune de Lavardin*, S. 95. 3. 73 et la note, Cfr. art. dans *Rev. d'adm.*, avr. 1902). — V. cep. C. É. 22 févr. 1901, *Commune de Monticello*, où la jurisprudence commence à se relâcher de sa sévérité, S. 1902. 3. 57 et la note.

Agents de police (sergents de ville, gardiens de la paix). — Ce sont seulement des agents de la police administrative, et non pas des officiers de police judiciaire. Ils concourent à la constatation et à la répression des délits, mais pas de la même façon que les gardes champêtres : leurs procès-verbaux ne font pas foi en justice, et ils ne peuvent agir spontanément qu'en cas de flagrant délit, dans les mêmes conditions qu'un citoyen ordinaire. Dans les autres cas, ils sont simplement à la disposition des officiers de police judiciaire, commissaires de police, procureurs de la République, etc. Dans les villes de plus de quarante mille âmes, l'organisation de tout ce personnel de police est réglée sur l'avis du conseil municipal par décret; pour les villes ayant moins de quarante mille habitants, le système est le même que pour les gardes champêtres (art. 103). Les agents de police sont embrigadés, soumis à une discipline, ils ont une tenue, etc.

Commissaires de police ordinaires. — Les commissaires de police sont à la fois des officiers de police judiciaire et des agents de la police administrative, comme les gardes champêtres, avec cette différence que le commissaire de police a une plus haute situation comme officier de police judiciaire, qu'il a mission de constater tous les crimes et tous les délits, et qu'il peut requérir les agents de la force publique. Ce n'est pas tout : comme agents de la police administrative, les commissaires de police ont un caractère mixte, ils sont à la fois agents de l'État et de la commune. Agents de l'État. — Ils sont nommés par l'État, ils correspondent avec les préfets et sous-préfets, à qui ils doivent faire des rapports sur les objets de police d'État. Agents de la commune. — Ils sont payés par la commune, leur traitement est une dépense obligatoire, au moins dans les communes de plus de cinq mille âmes (art. 136, n° 6, combiné avec la loi du 28 pluv. an VIII; Arr. C. d'Ét., 26 déc. 1885, *comm. de Saint-Junien;* 16 juill. 1886, *ville de Mamers*). Ils sont placés sous les ordres du maire et mis à la tête du personnel de la police municipale. On peut même dire qu'ils sont plutôt agents de la commune que de l'État. La loi du 28 pluviôse an VIII a institué les commissaires de police, en même temps que les magistrats municipaux (tit. II, art. 13). Il y a un commissaire par ville de cinq mille à dix mille habitants, un commissaire de plus pour chaque fraction en plus de dix mille habitants. Beaucoup de villes n'atteignant pas cinq mille habitants n'auraient pas de commissaire de police à ce compte. Dans un certain nombre d'entre elles, le Gouvernement en a placé dont le traitement est payé par l'État (D. 23 déc. 1883 relatif aux commissaires spéciaux). D'autres communes contribuent dans une certaine mesure (le décret de 1852 avait rendu le traitement obligatoire). Dans les villes où il y a plusieurs commissaires de police, un décret du 22 mars 1854 leur a donné un chef sous le nom de commissaire central. La nomination est régie par le décret du 28 mars 1852, art. 6 : les commissaires de police des villes de six mille âmes et au-dessous sont nommés par les préfets sur une liste de trois candidats arrêtée par l'inspecteur général du ministère de l'Intérieur; la révocation pour être définitive, doit

Source : BIU Cujas

une exception relative « à ceux qui, étant fonctionnaires publics ou exerçant une profession indépendante, ne reçoivent une indemité de la commune qu'à raison de services qu'ils lui rendent dans l'exercice de cette profession. » Cela est particulièrement vrai de l'avocat de la ville ou du médecin de la ville.

Section II. — L'organe délibérant. — le conseil municipal.

§ 1. — Les règles d'organisation.

A. *Les règles générales de composition* (1). — Il y a un conseil municipal dans chaque commune. Le conseil municipal est une assemblée délibérante composée de représentants élus au suffrage universel direct par les électeurs de la commune. Le nombre des conseillers municipaux est en raison de la population de la commune. Il ne peut pas être inférieur à dix, ni supérieur à trente-six, sauf pour la ville de Paris qui a un régime spécial, et pour la ville de Lyon qui est divisée en six mairies et, pour ce fait, a trois conseillers de plus pour chaque mairie, ce qui porte le chiffre à cinquante-quatre (art. 10).

Les conseillers municipaux sont élus au scrutin de liste par la commune entière, qui, en principe, forme une seule circonscription. Cependant, exceptionnellement, la commune peut être sectionnée au point de vue des élections municipales. Chaque section forme alors une circonscription qui élit une liste de conseillers. Les conseils municipaux sont renouvelés intégralement tous les quatre ans à une date fixe, la même pour toute la France, le premier dimanche du mois de mai, lors même qu'ils ont été élus dans l'intervalle (art. 41).

A la différence des autres assemblées délibérantes, il n'est pas nécessaire que les conseils municipaux soient toujours au complet de leurs membres. Pour éviter des élections trop multipliées, on a posé les règles suivantes : 1° En temps ordinaire, il n'y a lieu à des élections complémentaires que lorsque le conseil est réduit *aux trois quarts de ses membres;* 2° Dans les six mois qui précèdent le renouvellement intégral, il n'y a lieu à des élections complémentaires que si le conseil est réduit *au-dessous de moitié ;* 3° Dans les communes divisées en sections, il y a toujours lieu à des élections complémentaires lorsque la section a perdu la moitié de ses conseillers (art. 42). — Toutefois, lorsqu'il y a lieu de procéder à la nomination d'un maire ou d'un adjoint, le conseil municipal doit au préalable être complété (art. 77).

être approuvée par le ministre; les commissaires de police des villes au-dessus de six mille âmes sont nommés par le chef de l'État sur la proposition du ministre de l'Intérieur.

(1) V. *Théorie des assemblées délibérantes administratives*, p. 350 et s.

Source : BIU Cujas

B. *Les élections au conseil municipal* (1). — I. *Du sectionnement électoral.* — Le sectionnement électoral est une opération préparatoire aux élections municipales qui ne se produit pas dans toutes les communes, mais seulement dans celles où elle est demandée. Cette opération a pour but de diviser la commune en deux ou plusieurs circonscriptions électorales, dont chacune élit une partie des conseillers municipaux. Cela suppose que chacune des sections électorales a des intérêts distincts à défendre dans les conseils de la commune. Le sectionnement électoral est en soi une chose excellente, mais dont il est facile d'abuser dans un but politique, aussi la loi de 1884, plus précise sur ce point que les lois antérieures, l'a-t-elle entouré de précautions minutieuses :

Conditions du sectionnement. a) Le sectionnement ne peut avoir lieu que dans deux cas : 1° Quand la commune se compose de plusieurs agglomérations d'habitants distinctes et séparées ; dans ce cas, aucune section ne peut avoir moins de deux conseillers à élire ; 2° Quand la population agglomérée de la commune est supérieure à 10.000 habitants ; dans ce cas, la section ne peut être formée de fractions de territoire appartenant à des cantons ou à des arrondissements municipaux différents et aucune des sections ne peut avoir moins de quatre conseillers à élire ; *b*) De plus dans tous les cas où le sectionnement est autorisé : 1° chaque section doit être composée de territoires contigus » ; 2° Les fractions de territoire ayant des biens propres ne peuvent être divisées en plusieurs sections électorales (2) ; 3° Chaque section électorale élit un nombre de conseillers proportionnel au chiffre des électeurs inscrits (art. 11) (V. sur tous ces points étude jurisprudentielle de M. Rabany dans la *Revue d'administration*, 1900, I, p. 5 et s.).

Procédure du sectionnement. — « Le sectionnement est fait par le conseil général sur l'initiative soit de l'un de ses membres, soit du préfet, soit du conseil municipal ou d'électeurs de la commune intéressée » (art. 12, § 1). « Aucune décision en matière de sectionnement ne peut être prise qu'après avoir été demandée avant la session d'avril, ou au cours de cette session au plus tard. Dans l'intervalle entre la session d'avril et la session d'août, une enquête est ouverte à la mairie de la commune intéressée et le conseil municipal est consulté par les soins du préfet » (art. 12, § 2). Chaque année, ces formalités étant observées, le conseil général, dans sa session d'août, prononce sur les projets dont il est saisi. Les sectionnements ainsi opérés subsistent jusqu'à une nouvelle décision. Le tableau de ces opérations est revisé chaque année par

(1) V. Juillet Saint-Lager, *Élections municipales*, 4e édition ; Daure, *Élections municipales, op. cit.;* Chardenet, Panhard et Gérard, *Les élections municipales jurisprudence du Conseil d'État*, 1902.

(2) Ces fractions de territoire ayant des biens propres sont des *sections de commune*, établissements publics qu'il ne faut pas confondre avec les sections électorales.

Source : BIU Cujas

le conseil général dans sa session d'août, ce tableau sert pour les élections intégrales à faire dans l'année. Il est publié dans les communes intéressées avant la convocation des électeurs par les soins du préfet qui détermine, d'après le chiffre des électeurs inscrits dans chaque section, le nombre des conseillers que la loi attribue. Le sectionnement adopté par le conseil général, sera représenté par un plan déposé à la préfecture et à la mairie de la commune intéressée. Tout électeur pourra le consulter et en prendre copie. Avis de ce dépôt sera donné aux intéressés par voie d'affiche à la porte de la mairie » (art. 12, §§ 3, 6).

Recours contre le sectionnement. — Les délibérations du conseil général relatives au sectionnement deviennent définitives, si l'annulation n'en a pas été demandée par le préfet dans les vingt jours de la clôture de la session (art. 43 et 47, L. 10 août 1871) (1). Le recours pour excès de pouvoir intenté par les électeurs n'est pas recevable, car tant qu'il n'y a pas d'élection, ils ne sont pas considérés comme ayant intérêt à l'annulation du sectionnement (Cons. d'Ét., 27 juin 1884, *Luchetti;* 8 août 1888, *Gapail*). Au moment des élections, le sectionnement irrégulier devient un vice de l'élection qui peut être invoqué devant le conseil de préfecture (Cons. d'Ét., 23 nov. 1889, *élect. d'Ardres;* 10 juin 1893, *élect. de Puech*).

II. *Les électeurs.* — Ce sont les électeurs ordinaires (V. p. 311 et s.).

III. *Les Éligibles.* — Sont éligibles tous les citoyens âgés de vingt-cinq ans accomplis, qui ont avec la commune une attache légale réalisée par l'un des deux faits suivants : 1° inscription sur la liste électorale de la commune ou justification qu'on devait y être inscrit; 2° inscription au rôle des contributions directes au 1er janvier de l'année de l'élection ou justification qu'on devait y être inscrit (art. 31) (2). Il n'y a pas de condition de résidence dans la commune; toutefois, le nombre des conseillers qui ne résident pas *au moment de l'élection* ne peut pas excéder le quart des membres du conseil; s'il dépasse ce chiffre, les non-résidents sont éliminés dans l'ordre du tableau (art. 31).

a) Il y a des *inéligibilités.* — Les unes résultent de la privation de la jouissance du droit par suite de condamnation (V. p. 324); à signaler seulement l'inéligibilité temporaire qui frappe le conseiller municipal déclaré démissionnaire par le Conseil d'État pour avoir refusé d'accomplir une fonction légale, il est inéligible pendant un an (L. 7 juin 1873); et cette autre inéligibilité temporaire qui frappe les conseillers municipaux condamnés pour avoir pris part à une conférence intercommunale dissoute, ils sont inéligibles pendant trois ans (Loi mun., art. 118). D'au-

(1) Lorsqu'un sectionnement illégal n'a pas fait l'objet d'un décret d'annulation en temps utile, il peut être annulé ultérieurement si le conseil général saisi d'une demande régulière de suppression déclare maintenir l'ancien sectionnement (D. C. É. 3 nov. 1897, *Hérault; id. Lot*). — Mais ce procédé ne peut réussir que lorsque le préfet est opposé au sectionnement.

(2) Il n'est donc pas nécessaire, pour être éligible, d'être électeur dans la commune.

Source : BIU Cujas

tres inéligibilités résultent de la privation de l'exercice du droit. Sont inéligibles : 1° les interdits (D. 1852) ; 2° les demi-interdits (art. 33, l. mun.) ; 3° ceux qui sont dispensés de subvenir aux charges communales et ceux qui sont secourus par les bureaux de bienfaisance (*ibid.*) ; 4° les domestiques attachés *exclusivement* à la personne (*ibid.*) ; 5° certains fonctionnaires. Ici il faut distinguer entre une inéligibilité *absolue* qui frappe les militaires et employés des armées de terre et de mer en activité de service (art. 31) et une inéligibilité *relative* qui frappe certains autres fonctionnaires énumérés dans l'art. 33 et qui les rend inéligibles seulement dans le ressort où ils exercent leurs fonctions (V. p. 325).

b) Il y a des *incompatibilités*. — 1° Ne peuvent cumuler le mandat de conseiller municipal avec leurs fonctions, les préfets, sous-préfets, secrétaires généraux de préfecture, commissaires et agents de police ; le gouverneur, le secrétaire général et les membres du conseil privé dans les colonies. Les fonctionnaires de cet ordre qui seraient élus membres d'un conseil municipal ont un délai de dix jours pour opter. A défaut de déclaration expresse, ils sont réputés avoir opté pour la conservation de leur emploi (art. 34) ; 2° Nul ne peut être membre de plusieurs conseils municipaux. Un délai de dix jours, à partir de la proclamation des résultats du scrutin, est accordé au conseiller municipal nommé dans plusieurs communes pour faire sa déclaration d'option. Cette déclaration est adressée aux préfets des départements intéressés. Si dans ce délai le conseiller élu n'a pas fait connaître son option, il fait partie de droit du conseil de la commune où le nombre des électeurs est le moins élevé (art. 35). 3° Dans les communes de cinq cent un habitants et au-dessus, les ascendants et descendants, les frères et les alliés au même degré ne peuvent être simultanément membres du même conseil municipal. Si des coélus se trouvent parents ou alliés au degré prohibé, on procède à des éliminations dans l'ordre du tableau (art. 35).

IV. *La convocation des électeurs*. — L'assemblée des électeurs est convoquée par arrêté du préfet pour le premier tour de scrutin ; le second tour ayant lieu de plein droit le dimanche suivant, il suffit d'une publication faite par le maire (art. 15 et 30) : 1° en cas de renouvellement normal des conseils municipaux, la date pour laquelle la convocation doit être faite est fixée par la loi, c'est le premier dimanche de mai de quatre ans en quatre ans, à partir de 1884 ; 2° au cas de dissolution ou de démission collective d'un conseil municipal, ou lorsqu'il y a impossibilité de le constituer, ou lorsque les élections ont été annulées en tout ou en partie, il doit y avoir réélection dans le délai de deux mois à partir de la dissolution ou de la dernière démission, etc. (art. 45) ; 3° en cas d'élection complémentaire par suite de la nécessité de combler les vacances, le délai est de deux mois à partir de la dernière vacance (art. 42) ; 4° en cas d'élection complémentaire, pour compléter le conseil

Source : BIU Cujas

avant l'élection du maire ou d'un adjoint, le délai est de quinze jours depuis la vacance du poste de maire ou d'adjoint (art. 79).

V. *La période électorale.* — Il doit y avoir quinze jours francs entre la *publication* de l'arrêté de convocation dans la commune et le jour du scrutin. Pour les faits de presse et les réunions électorales (V. p. 337).

VI. *Le scrutin.* — Il peut y avoir deux tours de scrutin. Le premier a toujours lieu un dimanche et le second le dimanche suivant (art. 15 et 30). L'arrêté de convocation fixe le local, l'heure de l'ouverture et celle de la fermeture (art. 15). Chaque scrutin ne doit durer qu'un jour (art. 20). Pour toute la procédure du scrutin, formation du bureau, réception des votes, dépouillement, recensement des voix, etc. (V. p. 338 et s.).

VII. *Le contentieux électoral.* — Le contentieux des élections appartient au conseil de préfecture en première instance et au Conseil d'État en appel. Peuvent former des réclamations : 1° tout électeur de la commune et tout éligible, c'est-à-dire tout citoyen âgé de vingt-cinq ans et inscrit au rôle d'une des contributions directes alors même qu'il n'est pas candidat (1) pour toute espèce de motifs; les réclamations peuvent être formulées immédiatement et consignées au procès-verbal du scrutin, ou bien déposées dans les cinq jours qui suivent le jour de l'élection au secrétariat de la mairie ou à la sous-préfecture, ou à la préfecture à peine de déchéance; 2° le préfet, « pour inobservation des conditions et formalités prescrites par les lois » (2) dans le délai de quinzaine à dater de la réception du procès-verbal (art. 37). Pour la procédure, voir l'art. 37 *in fine*, et les art. 38 à 40 (3). V. aussi p. 348 et s.

Le pourvoi devant le Conseil d'État peut être formé par *les parties intéressées* (art. 40), c'est-à-dire que tous les électeurs de la commune ont qualité pour se pourvoir contre l'arrêté qui annule une élection, alors même qu'ils ne sont pas intervenus pour la défendre (Cons. d'Ét.,

(1) La loi du 31 juillet 1875 sur le contentieux des élections au conseil général admet le recours du *candidat*, mais non pas de tout éligible.

(2) Ces expressions ne visent pas seulement des conditions de forme, mais des conditions de fond, telles que les questions d'éligibilité, etc... Si le recours du préfet est moins étendu que celui de l'électeur, c'est en ce qui concerne la moralité de l'élection.

(3) A signaler particulièrement : 1° la disposition de l'art. 38 destinée à accélérer la procédure : le conseil de préfecture doit statuer dans le délai de deux mois en cas de renouvellement général, dans le délai d'un mois dans toutes les autres hypothèses; faute par le conseil d'avoir statué dans ces délais, la réclamation est considérée comme rejetée; le préfet informe la partie intéressée qui n'a qu'un délai de cinq jours pour former recours au Conseil d'État, tandis qu'en cas de décision du conseil de préfecture le délai est d'un mois; 2° la disposition finale de l'art. 40 aux termes de laquelle « les conseillers municipaux proclamés restent en fonctions jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations », c'est-à-dire jusqu'à ce que le Conseil d'État ait statué sur le pourvoi lorsque l'appel a été formé. Cet effet suspensif du pourvoi, qui se produit contrairement à la règle ordinaire, a eu pour résultat d'augmenter beaucoup le nombre des pourvois formés et n'est pas sans inconvénients.

Source : BIU Cujas

16 janv. 1885, *élect. de Cormières;* 10 juill. 1893, *élect. de Sartène*); les candidats dont l'élection se trouve annulée par voie de conséquence, les élus dont le rang au tableau se trouve modifié, enfin l'administration représentée par le préfet ou par le ministre, ont encore qualité (1).

C. *Le fonctionnement des conseils municipaux.* — Les conseils municipaux ont des sessions, pendant lesquelles ils tiennent des séances, consacrées à la préparation et au vote de délibérations.

I. *Les sessions.* — Les conseils municipaux ont quatre sessions *ordinaires* par an, en février, mai, août et novembre. La durée de chaque session est de quinze jours, elle peut être prolongée avec l'autorisation du sous-préfet. La session pendant laquelle le budget est discuté peut durer six semaines. Pendant les sessions ordinaires, le conseil municipal peut s'occuper de toutes les questions qui rentrent dans ses attributions (art. 46). Il peut y avoir des sessions *extraordinaires :* 1° sur l'ordre du préfet ou du sous-préfet; 2° sur l'initiative du maire; 3° sur l'initiative des membres du conseil, quand la demande motivée en est faite par la majorité des membres en exercice (art. 47). Dans ces deux derniers cas, il n'y a point à demander l'autorisation préalable au préfet. Le maire convoque purement et simplement, il doit seulement, en même temps, donner avis au préfet et au sous-préfet de la réunion et des motifs qui la rendent nécessaire (art. 47). Cette faculté donnée aux conseils municipaux de se réunir spontanément est une des innovations les plus libérales de la loi de 1884. En cas de session extraordinaire, la convocation contient l'indication des objets spéciaux et déterminés pour lesquels le conseil doit s'assembler, et le conseil ne peut s'occuper que de ces objets. D'un autre côté, la session se prolonge jusqu'à ce que l'ordre du jour soit épuisé.

De la convocation. — Toute convocation est faite par le maire. Elle est mentionnée au registre des délibérations, affichée à la porte de la mairie et adressée par écrit et à domicile trois jours francs au moins avant celui de la réunion. En cas d'urgence, le délai peut être abrégé par le sous-préfet (art. 48). Il faut bien remarquer qu'il n'y a de convocation qu'au début des sessions ordinaires ou extraordinaires, il n'y en a point pour chacune des séances tenues à l'intérieur de ces sessions; lorsque le conseil doit tenir plusieurs séances, c'est lui qui s'ajourne. Il ne faut pas se laisser tromper par ce fait, très fréquent dans les petites communes, qu'il n'y a qu'une séance par session.

II. *Les séances.* — Les conseillers municipaux prennent rang à la séance dans l'ordre du tableau (art. 49, V. p. 355). Le conseil ne peut délibérer que lorsque la majorité de ses membres en exercice assiste à la séance. Quand, après deux convocations successives à trois jours au moins d'intervalle et dûment constatées, le conseil ne s'est pas réuni en

(1) V. pour les détails : Laferrière, *Jurid. administr.*, t. II, p. 349 et s.

Source : BIU Cujas

nombre suffisant, la délibération prise après la troisième convocation est valable, quel que soit le nombre des membres présents (art. 50). Pour les autres règles des séances, la présidence, la publicité des séances, les comptes rendus, voir la théorie générale des assemblées délibérantes, p. 353 et les art. 51-58.

III. *La préparation et le vote des délibérations.* — Pour les commissions d'études, les règles sur les votes, etc., voir p. 357 et les art. 51-59.

IV. *Les conférences intercommunales et les commissions syndicales de biens indivis.* — Aux termes des art. 116-118, deux ou plusieurs conseils municipaux peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs présidents et après en avoir averti les préfets, une entente sur les objets d'utilité communale compris dans les attributions et qui intéressent à la fois leurs communes respectives; ils peuvent faire des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages, ou des institutions d'utilité commune. Les questions d'intérêt commun seront débattues dans des conférences où chaque conseil municipal sera représenté par une commission spéciale nommée à cet effet et composée de trois membres nommés au scrutin secret. Les préfets et les sous-préfets des départements et arrondissements comprenant les communes intéressées, pourront toujours assister à ces conférences. Les décisions qui y seront prises ne seront exécutoires qu'après avoir été ratifiées par tous les conseils municipaux intéressés et sous réserve des approbations budgétaires. Si des questions autres que celles que prévoit la loi étaient mises en discussion, le préfet du département où la conférence a lieu déclarerait la réunion dissoute. Toute délibération prise après cette déclaration donnerait lieu à l'application des dispositions et pénalités énoncées à l'art. 34, L. 10 août 1871 (1).

— Aux termes des art. 161-163, lorsque plusieurs communes possèdent des biens ou des droits indivis, un décret du Président de la République instituera, si l'une d'elles le réclame, une *commission syndicale* composée de délégués des conseils municipaux des communes intéressées. Chacun des conseils élira dans son sein, au scrutin secret, le nombre de délégués qui aura été déterminé par le décret du Président de la République. La commission syndicale sera présidée par un syndic élu par les délégués et pris parmi eux. Elle sera renouvelée après chaque renouvellement des conseils municipaux. Les délibérations sont soumises à toutes les règles établies pour les délibérations des conseils municipaux. Les attributions de la commission syndicale et de son pré-

(1) Ces conférences intercommunales ne doivent pas être confondues avec les syndicats de communes organisés par la loi du 22 mars 1890, dont il sera parlé à propos des établissements publics. Le syndicat de communes est une association permanente formée entre des communes, pour la gestion d'un *service public intercommunal;* ici, il s'agit d'une entente passagère pour construire un ouvrage ou fonder une institution.

Source : BIU Cujas

sident comprennent l'administration des biens et droits indivis et l'exécution des travaux qui s'y rattachent; ces attributions sont les mêmes que celles des conseils municipaux et des maires en pareille matière, mais les ventes, échanges, partages, acquisitions, transactions demeurent réservés aux conseils municipaux qui pourront autoriser le président de la commission à passer les actes qui y sont relatifs. La répartition des dépenses votées par la commission syndicale est faite entre les communes intéressées par les conseils municipaux (V. la suite à l'art. 163) (1).

Aux termes de l'art. 72, il est interdit à tout conseil municipal, hors les cas prévus par la loi, de se mettre en communication avec un ou plusieurs conseils municipaux; la nullité des actes et des délibérations prises en violation de cet article est prononcée dans les formes indiquées aux art. 63 et 65 de la présente loi.

D. *La suspension et la dissolution des conseils municipaux.* — « Un conseil municipal ne peut être *dissous* que par *décret motivé* du Président de la République *rendu en conseil des ministres* et publié au *Journal officiel*, et, dans les colonies régies par la présente loi, par arrêté du gouverneur en conseil privé, inséré au *Journal officiel* de la colonie (2). — S'il y a urgence, il peut être *suspendu* par *arrêté motivé* du préfet qui doit en rendre compte immédiatement au ministre de l'intérieur. La durée de la suspension ne peut excéder un mois. Dans les colonies ci-dessus spécifiées, le conseil municipal peut être suspendu par arrêté motivé du gouverneur. La durée de la suspension ne peut excéder un mois. Le gouverneur rend compte immédiatement de sa décision au ministre de la marine et des colonies (art. 43). — Si les arrêtés ou les décrets qui prononcent la suspension ou la dissolution n'étaient pas motivés, il y aurait vice de forme et ouverture à recours pour excès de pouvoir.

De la délégation spéciale. — « En cas de dissolution d'un conseil municipal ou de démission de tous ses membres en exercice, et lorsqu'aucun conseil municipal ne peut être constitué, une délégation spéciale en remplit les fonctions. Dans les huit jours qui suivent la dissolution ou l'acceptation de la démission ou le second tour de scrutin resté sans résultat, cette délégation spéciale est nommée par décret du Président

(1) Ces commissions syndicales intercommunales ne doivent pas être confondues avec les syndicats de communes; sans doute, elles impliquent association permanente des communes, mais c'est pour l'administration de biens privés indivis et non pas pour la gestion de services publics intercommunaux.

(2) Les motifs les plus habituels de la dissolution d'un conseil municipal sont : 1° l'impossibilité de délibérer par suite du partage égal des voix; 2° l'impossibilité de procéder à la nomination du maire ou de l'adjoint; 3° l'annulation en première instance des élections municipales; mais lorsque les élections ont été définitivement annulées, il n'y a plus lieu à dissolution (C. É., 27 nov. 1891, *Saint-Louis du Sénégal*).

Source : BIU Cujas

de la République, et dans les colonies par arrêté du gouverneur. Le nombre des membres qui la composent est fixé à trois dans les communes où la population ne dépasse pas trente-cinq mille habitants, ce nombre peut être porté jusqu'à sept dans les villes d'une population supérieure, Le décret ou l'arrêté qui l'institue en nomme le président et au besoin le vice-président. Les pouvoirs de cette délégation spéciale sont limités aux actes de pure administration conservatoire urgente. En aucun cas, il ne lui est permis d'engager les finances municipales au delà des ressources disponibles de l'exercice courant, elle ne peut ni préparer le budget communal, ni recevoir les comptes du maire ou du receveur, ni modifier le personnel ou le régime de l'enseignement public » (Art. 44). — « Toutes les fois que le conseil municipal a été dissous, ou que par application de l'article précédent une délégation spéciale a été nommée, il est procédé à la réélection du conseil municipal dans les deux mois à dater de la dissolution ou de la dernière démission. Les fonctions de la délégation spéciale expirent de plein droit dès que le conseil municipal est reconstitué » (art. 45).

E. *Les événements qui mettent fin au mandat de conseiller municipal.* — Ces événements sont : 1° Le décès ; 2° L'expiration des pouvoirs ou la dissolution du conseil ; 3° La démission volontaire. « Les démissions sont adressées au sous-préfet, elles sont définitives à partir de l'accusé de réception par le préfet et à défaut de cet accusé de réception un mois après le nouvel envoi de la démission constaté par lettre recommandée » (art. 60, § 2) ; 4° La démission d'office (1).

§ 2. — Les attributions du conseil municipal (2).

Le conseil municipal prend des délibérations, il y a lieu de distinguer la force exécutoire de ces délibérations, leur contenu, leur validité juridique et les voies de recours qui existent contre elles.

(1) Cette démission est déclarée soit par le préfet, soit par le Conseil d'État dans les hypothèses suivantes : *a*) « Tout conseiller municipal qui, *pour une cause survenue postérieurement à sa nomination*, se trouve dans un cas d'exclusion ou d'incompatibilité prévue par la présente loi, est immédiatement déclaré démissionnaire par le préfet, sauf réclamation au Conseil de préfecture dans les dix jours de la notification et sauf recours au conseil d'État, conformément aux art. 38, 39 et 40 (art. 36) ; *b*) « Tout membre du conseil municipal qui, *sans motifs reconnus légitimes par le conseil, a manqué à trois convocations successives*, peut être, après avoir été admis à fournir ses explications, déclaré démissionnaire par le préfet, sauf recours dans les dix jours de la notification devant le conseil de préfecture » (art. 60, § 1er). Les trois convocations successives doivent être entendues de convocations à des sessions différentes et non pas de convocations à des séances d'une même session ; *c*) La démission est déclarée par le Conseil d'État, quand, sans excuse valable, un conseiller municipal refuse de remplir une fonction qui lui est dévolue par la loi (L. 7 juin 1873).

(2) Il est à observer que le conseil municipal ne peut déléguer aucune de ses attributions à aucune commission (C. É. 4 févr. 1898, *maire de Dijon*).

Source : BIU Cujas

A. *La force exécutoire des délibérations.* — Il n'y a que deux catégories, les délibérations réglementaires et celles soumises à approbation :

a) *Délibérations réglementaires.* — Les délibérations réglementaires sont exécutoires par elles-mêmes, un mois après le dépôt de la copie de la délibération à la préfecture ou à la sous-préfecture. Cependant, lorsque quinze jours se sont écoulés, le préfet, par un arrêté, peut déclarer qu'il ne s'oppose pas à l'exécution (art. 66 *in fine*, 68 *in fine*).

Pendant ce délai et avant, par conséquent, que la délibération ne soit devenue exécutoire, elle peut être annulée pour des causes qui entachent sa validité juridique : 1° La *nullité* peut en être *déclarée* par le préfet en conseil de préfecture, soit parce qu'elle a été prise hors d'une session légale, soit parce qu'elle porte sur un objet étranger aux attributions du conseil, soit parce qu'elle est prise en violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique (art. 63-65); 2° *L'annulation* peut en être *demandée* pour ce fait que *des membres du conseil intéressés à l'affaire, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires, ont pris part à la délibération* (art. 64), elle est prononcée par le préfet en conseil de préfecture (Pour le détail de ces voies de nullité, V. *infrà*, p. 474). En somme, ces décisions réglementaires ne peuvent être annulées avant de devenir exécutoires que pour des causes déterminées et leur annulation est entourée de garanties. Comme elles constituent le droit commun des décisions des conseils municipaux, il en résulte que ces conseils font exécuter leur volonté plus facilement que les conseils généraux, dont les décisions *ordinaires* peuvent être suspendues pour simple inopportunité et par un simple décret (1);

b) *Délibérations soumises à approbation.* — Ces délibérations, aujourd'hui l'exception, sont énumérées dans les art. 68, 115, 121 et s. et 140, mais il faut dire qu'elles sont relatives aux actes les plus graves de la vie communale (V. art. 68). En principe, l'approbation émane du préfet : « Les délibérations des conseils municipaux sur les objets énoncés à l'article précédent sont exécutoires sur l'approbation du préfet sauf les cas où l'approbation par le ministre compétent, par le conseil général, par la commission départementale, par un décret ou par une loi est prescrite par des lois et règlements. Le préfet statue en conseil de préfecture dans les cas prescrits aux n°s 1, 2, 4, 6 de l'art. 68 (baux de plus de dix-huit ans, aliénations ou échanges de propriétés communales, transactions, vaine pâture) ». « Lorsque le préfet refuse son approbation ou qu'il n'a

(1) Toutefois il convient de ne pas se faire illusion sur l'efficacité de ces décisions même réglementaires des conseils municipaux, elles ne constituent jamais que des décisions de principe qui *engagent des affaires*, mais, pour l'exécution de ces affaires, il faudra soit des décisions budgétaires, soit des décisions sur des opérations de gestion où la tutelle de l'administration locale reprendra ses droits. Ainsi le conseil municipal décide des travaux publics sous de certaines conditions, mais : 1° il y a la question budgétaire ; 2° l'adjudication des travaux doit être approuvée par le préfet.

Source : BIU Cujas

pas fait connaître sa décision dans le délai d'un mois à partir de la date du récépissé, le conseil municipal peut se pourvoir devant le ministre de l'Intérieur » (art. 69) (simple recours hiérarchique).

B. *Le contenu des délibérations.* — Les délibérations des conseils municipaux contiennent des décisions sur des affaires de la commune, des nominations, des manifestations d'opinion ou des actes de contrôle.

I. *Décisions sur les affaires de la commune.* — Le conseil municipal par ses décisions, exerce les droits de la commune dans la mesure suivante :

a) *Droits en matière de finance :* 1° *Budget.* — La commune est moins maîtresse de son budget que le département, le conseil municipal a moins de pouvoirs que le conseil général, voici, en effet, la situation : La délibération du conseil sur le budget est soumise à l'approbation tantôt du préfet, tantôt du chef de l'État (lorsque le revenu est de trois millions de francs) ; la portée de cette approbation et par conséquent les pouvoirs du conseil municipal seront précisés par les règles suivantes :

1° Sont rétablis d'office les crédits qui n'auraient pas été inscrits pour les dépenses *obligatoires*, opération prévue par l'art. 149. Notons que le conseil municipal est spécialement appelé à délibérer avant que le crédit ne soit rétabli et que l'inscription d'office ne peut être faite qu'au moment de l'approbation du budget, qu'elle ne saurait l'être par acte séparé après l'approbation (C. É., 22 févr. 1901, *Commune de Monticello*, S. 1902. 3. 57 et la note). Jusqu'ici, rien que de conforme à ce qui se passe pour le département, en apparence au moins, mais la liste des dépenses obligatoires est infiniment plus longue, elle comprend presque tous les actes de la vie communale ordinaire (V. art. 136) ;

2° Pour les dépenses *facultatives*, le conseil municipal n'a pleine liberté qu'à une double condition : Qu'il ait pourvu à toutes les dépenses obligatoires ; Qu'il n'ait employé pour les dépenses obligatoires ou facultatives ordinaires ou extraordinaires, aucune *ressource extraordinaire* (V. pour la distinction des ressources ordinaires et extraordinaires, les art. 133 et 134). Si l'une de ces deux conditions n'est pas remplie, et cela arrivera fréquemment pour la seconde, l'autorité supérieure peut rejeter ou réduire la dépense, elle ne peut pas l'augmenter (art. 145, § 2, et 148 combinés). Le conseil général, lui, a pleine liberté, pourvu bien entendu, qu'il y ait des ressources ordinaires ou extraordinaires ;

3° Enfin les conseils municipaux peuvent porter au budget un crédit pour les *dépenses imprévues*, mais cette somme peut être réduite ou rejetée si les revenus ordinaires, une fois les dépenses obligatoires payées, ne permettent pas d'y faire face (art. 147). Ce crédit est employé par le maire qui en rend compte.

En somme, le droit du conseil municipal se borne à être maître de son budget pour les dépenses facultatives et pour les dépenses imprévues *dans la limite des ressources ordinaires*, il faudra tenir compte de

Source : BIU Cujas

ce correctif à propos de toutes les mesures d'administration dont le conseil semble décider. A certains points de vue, le budget communal présente plus d'élasticité que le budget départemental : parce que les ressources communales sont plus variées, il y a beaucoup plus d'impôts communaux que d'impôts départementaux, il suffit de citer les octrois ; parce qu'il y a moins d'imputations de dépenses sur ressources spéciales ; parce qu'il y a une variété de *centimes* qui n'existe pas pour le département, les centimes pour insuffisance de revenu.

2° *Impôts.* — Les impôts communaux sont assez nombreux et les conseils municipaux ont pour les établir d'assez grands pouvoirs :

Centimes additionnels (1). Les conseils municipaux votent seuls les centimes additionnels dont la perception est autorisée par les lois — ils peuvent aussi voter trois centimes extraordinaires, exclusivement affectés aux chemins vicinaux ordinaires (de 3e catégorie) et trois centimes extraordinaires affectés aux chemins ruraux reconnus — ils peuvent en outre voter des centimes *pour insuffisance de revenus* appliqués à des dépenses ordinaires ou des centimes destinés à des dépenses extraordinaires dans la limite du maximum fixé chaque année par le conseil général. — Ils votent sauf approbation du préfet les contributions pour insuffisance de revenus ou pour dépenses extraordinaires qui dépassent le maximum fixé par le conseil général. — Toute contribution établie pour plus de trente ans est autorisée par décret rendu au Conseil d'État (art. 141-143, l. municip. modifiés par l. 7 avril 1902).

Impôt des prestations affecté spécialement à la construction et à l'entretien des chemins vicinaux. — Le conseil municipal pour subvenir aux besoins de la vicinalité peut opter entre l'impôt des prestations et des centimes additionnels spéciaux ; si les ressources ordinaires suffisent, il peut refuser d'établir ou supprimer l'impôt des prestations ; il fixe le nombre des journées de prestations nécessaires jusqu'à un maximum de trois et même de quatre (L. 21 mai 1836, art. 2 ; L. 11 juill. 1868) ;

Autres taxes directes. — Les taxes particulières dues par les propriétaires ou habitants, en vertu d'une loi ou d'usages locaux, sont réparties par une délibération du conseil municipal approuvée par le préfet (Pavage, balayage, etc., art. 140) ;

Octrois. — Les octrois sont établis sur l'initiative du conseil municipal par décret en Conseil d'État. Les conseils municipaux votent seuls la prorogation pour cinq ans des taxes existantes, ils peuvent même augmenter pendant le même temps les taxes, pourvu qu'ils restent dans les limites du tarif général (art. 139). Ils peuvent, avec l'approbation du préfet et après avis de la commission départementale, voter la suppression ou la diminution des taxes (art. 138). Pour tout le reste, établissement premier de l'octroi, établissement de taxes nouvelles, aug-

(1) Pour la définition des centimes additionnels, V. p. 426.

Source : BIU Cujas

mentation pour plus de cinq ans, modifications au périmètre, etc., etc., il faut l'intervention d'un décret en Conseil d'État ou d'une loi, après avis du conseil général ou de la commission départementale (art. 137) (1).

Autres taxes indirectes. — Les droits de place dans les halles, foires, marchés, abattoirs, etc., les permis de stationnement, les péages communaux, etc., sont perçus en vertu de tarifs votés par le conseil municipal, sauf autorisation (art. 68, n° 7).

3° *Emprunts.* — Le conseil municipal règle seul les emprunts remboursables sur les centimes qu'il peut voter seul, ou bien sur les ressources ordinaires et dont l'amortissement n'excédera pas trente ans. Pour les emprunts qui dépassent ces limites, autorisation du préfet en principe et du chef de l'État par décret en Conseil d'État lorsque l'amortissement dépasse trente ans ou bien lorsque la somme à emprunter dépasse un million, ou si, réunie au chiffre d'autres emprunts non encore remboursés, elle dépasse un million, quelle que soit d'ailleurs la durée de l'amortissement (art. 142-143, L. municip. modifiés par L. 7 avr. 1902).

b) *Droits de police et de tutelle.* — Le conseil municipal exerce une tutelle sur un certain nombre d'établissements publics, les fabriques, les bureaux de bienfaisance, les hôpitaux et hospices, la caisse des écoles primaires. Lorsqu'un hospice, un hôpital ou un établissement de bienfaisance, veut faire un emprunt dont la somme ne dépasse pas le chiffre de ses revenus ordinaires, et que le remboursement doit être opéré dans le délai de douze années, le conseil municipal donne son avis auquel le préfet est obligé de se conformer, en ce sens qu'il ne peut pas autoriser si le conseil désapprouve (art. 119). Le conseil municipal exerce encore les droits de police suivants : il décide l'établissement des simples marchés d'approvisionnement et il vote, sauf approbation, l'établissement ou la suppression des autres marchés (art. 68, n° 13).

c) *Droits relatifs au domaine public.* — Le classement, le déclassement, le redressement ou le prolongement, l'élargissement, la suppression, la dénomination des rues et des places publiques, la création et la suppression de promenades, squares ou jardins publics, champs de foire, de tir ou de course, l'établissement des plans d'alignement et de nivellement des voies publiques municipales, les modifications à des plans d'alignement adoptés, sont des décisions du conseil municipal soumises à l'approbation (art. 68, n° 7). Il faut rapprocher de cette matière celle de l'affectation des bâtiments à un service public. Le conseil municipal peut affecter librement les propriétés communales qui ne sont pas déjà affectées. Il ne peut pas changer l'affectation, ni désaffecter, sans l'autorisation de l'autorité supérieure (art. 68, n° 5).

(1) V. les lois du 29 déc. 1897, du 9 mars 1898 et du 29 juin 1899, suppression facultative des droits d octroi sur les boissons hygiéniques et remplacement par des taxes locales.

Source : BIU Cujas

d) *Travaux publics.* — Le conseil municipal décide seul les travaux publics, lorsque les dépenses totalisées avec les dépenses de même nature pendant l'exercice courant, ne dépassent pas la limite des ressources qu'il peut créer seul ; au delà, il faut autorisation, encore est-il bon d'observer que si une expropriation est nécessaire, l'utilité publique du travail doit être déclarée par une autorité supérieure.

e) *Droits de gestion privée.* — Le conseil municipal peut faire seul les actes de libre administration : baux jusqu'à une durée de dix-huit ans, aussi bien comme bailleur que comme preneur (art. 68, n° 1); acquisitions d'objets mobiliers (*eod.*, n°s 2 et 3); acquisitions d'immeubles, quand la dépense, totalisée avec les dépenses de même nature pendant l'exercice courant, ne dépasse pas les limites des ressources ordinaires et extraordinaires que les communes peuvent se créer sans autorisation spéciale ; acceptation de dons et legs lorsqu'il n'y a pas de réclamation de la part des familles, et alors même qu'il y aurait des charges ; en toute hypothèse, refus des dons et legs sauf, droit du préfet de demander une seconde délibération (art. 68, n° 8, 111 et 112, modifiés par L. 4 févr. 1901, art. 3). Le conseil municipal ne peut pas décider seul, il ne fait que délibérer avec nécessité de l'approbation de l'autorité supérieure, dans les cas suivants : baux de plus de dix-huit ans; aliénations et échanges des biens des communes (art. 68, n° 2); acquisitions lorsque les dépenses dépassent les limites des ressources ordinaires et extraordinaires; transactions, acceptations de dons ou legs lorsqu'ils donnent lieu à des réclamations de la part des familles (art. 68, n° 8, 111 et 112 modifiés par L. 4 févr. 1901, art. 3); comparution en justice (autorisation du conseil de préfecture).

II. *Les nominations.* — Le conseil municipal nomme ou élit le maire, le ou les adjoints, les délégués sénatoriaux, certains membres des commissions administratives des hospices et des bureaux de bienfaisance, les membres des comités des syndicats de communes, des conférences intercommunales, des commissions syndicales intercommunales, etc... (1).

III. *Les manifestations d'opinion.* — Le conseil défend les intérêts de la commune par des vœux, « qui doivent avoir pour objet l'intérêt local » (art. 61), par des réclamations, des avis et des propositions :

Avis. — *a*) Le préfet est toujours libre de consulter un conseil municipal ; *b*) Le conseil municipal est nécessairement appelé à donner son avis sur les objets suivants : 1° Les circonscriptions relatives aux cultes; 2° les circonscriptions relatives à la distribution des secours publics; 3° les projets d'alignement et de nivellement de grande voirie dans

(1) Les nominations du maire, des adjoints, des délégués sénatoriaux sont seules de véritables élections ayant un contentieux organisé, les autres désignations ne sont que des nominations qui ne peuvent être attaquées que par les voies de nullité communes à toutes les délibérations du conseil municipal (V. p. suiv.).

Source : BIU Cujas

l'intérieur des villes, bourgs et villages; 4° la création des bureaux de bienfaisance; 5° les budgets et les comptes des hospices, hôpitaux et autres établissements de charité et de bienfaisance, des fabriques et autres administrations préposées aux cultes dont les ministres sont salariés par l'État(1); les autorisations d'acquérir, d'aliéner, d'emprunter, d'échanger, de plaider ou transiger, demandées par les mêmes établissements; l'acceptation des dons et legs qui leur sont faits; 6° enfin tous les objets sur lesquels les conseillers municipaux sont appelés par les lois et règlements à donner leurs avis (art. 70); *c*) En règle générale ces avis sont purement consultatifs, cependant l'art. 119 contient un cas où le préfet ne peut agir sans l'avis conforme; *d*) Lorsque le conseil municipal régulièrement convoqué refuse ou néglige de donner son avis, il peut être passé outre.

IV. *Les actes de contrôle.* — « Le conseil municipal délibère sur les comptes d'administration qui lui sont annuellement présentés par le maire, conformément à l'art. 151 de la présente loi. Il entend, débat et arrête les comptes de deniers des receveurs, sauf règlement définitif, conformément à l'art. 157 de la présente loi » (art. 71).

C. *La validité juridique des délibérations, les recours et voies de nullité.* — Les délibérations sont soumises à toutes les conditions de fond et de forme qui ont été étudiées à propos de la théorie des assemblées délibérantes (V. p. 357 et s.). Elles peuvent être attaquées à deux titres différents :

1° *A titre de délibérations*, qu'elles contiennent ou non décision exécutoire, même si elles ne contiennent qu'une réclamation, un vœu ou une nomination, elles peuvent être attaquées par une voie de nullité spéciale qui s'ouvre dans deux cas :

a) Elles peuvent être arguées de nullité soit parce qu'elles portent sur un objet étranger aux attributions du conseil ou qu'elles ont été prises hors des réunions légales, soit pour cause de violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique. La nullité est déclarée par le préfet en conseil de préfecture, elle peut être soit prononcée d'office par le préfet, soit proposée ou opposée par les parties à toute époque (art. 63-65);

b) Elles peuvent encore être arguées de nullité pour participation de conseillers municipaux intéressés à l'affaire, dans cette deuxième hypothèse la voie de nullité enfermée dans des délais très courts aboutit encore à une décision du préfet en conseil de préfecture (art. 64 et 66);

Après la décision du préfet la voie de nullité suit dans les deux hypothèses la même procédure : toute partie intéressée peut se pourvoir contre l'arrêté du préfet devant le Conseil d'État, le pourvoi est introduit et

(1) Avant la loi du 5 avr. 1884, ces budgets n'étaient soumis à l'examen du conseil municipal que si les établissements demandaient des subventions à la commune.

Source : BIU Cujas

Jugé dans les formes du recours pour excès de pouvoir (art. 67) (1);

2° *A titre de décisions exécutoires* si elles contiennent une décision de ce genre. Si la décision constitue un acte de gestion publique, ce sera le recours contentieux ordinaire (C. É. 13 déc. 1889, *Cadot*). Si elle constitue un acte d'autorité, théoriquement le recours pour excès de pouvoir est possible, mais il arrivera rarement que ce recours, à raison de son caractère subsidiaire, ne disparaisse pas derrière la voie de nullité par laquelle on peut faire tomber la délibération (C. É. 1er avr. 1898, *Pillon de Saint-Philbert*).

Le régime spécial de Paris et de Lyon (2).

Nous savons déjà qu'à Paris il y a une confusion presque complète entre la ville de Paris et le département de la Seine, Paris est un département autant qu'une commune.

Paris a deux organes municipaux, un organe exécutif et un délibérant. L'organe exécutif est constitué par deux préfets nommés par le chef de l'État, le préfet de police et le préfet de la Seine. Ils jouent le rôle de maire, et sont en même temps organe exécutif du département de la Seine. Le partage des attributions est fait entre eux par un décret du 10 octobre 1859. L'organe délibérant est constitué par un conseil municipal, composé de quatre-vingts membres nommés au scrutin uninominal à raison de un par quartier. Ce conseil municipal, légèrement modifié par l'adjonction de conseillers de la banlieue, devient le conseil général de la Seine. La loi du 5 avril 1884 ne s'est pas appliquée au conseil municipal de Paris; il faut se reporter pour l'organisation, aux lois du 16 septembre 1871, 19 mars 1875 (3), pour les attributions, à la loi du 24 juillet 1867. La ville de Paris est en outre divisée en vingt arrondissements municipaux, circonscriptions créées uniquement par mesure d'ordre pour un certain nombre de services. Dans ces arrondissements sont des maires et des adjoints nommés par le chef de l'État, qui tiennent certains pouvoirs de la loi et des règlements. Le principal de ces pouvoirs est celui d'officiers de l'état civil. Le personnel des fonctionnaires subordonnés se partage entre les deux préfets ; celui de la police est, bien entendu, sous la direction de la préfecture de police.

La situation ambiguë de la ville de Paris tient non seulement

(1) Cette voie de nullité est devenue tout à fait intéressante depuis que le Conseil d'État a reconnu qualité au *simple contribuable* d'une commune pour attaquer les délibérations du conseil municipal engageant les finances de celle-ci (C. É. 29 mars 1901, *Casanova*, S. 1901. 3. 73 et la note).

(2) V. Alb. Lavallée, *Le régime administratif du département de la Seine et de la ville de Paris*, 1901.

(3) Cependant la loi du 5 juillet 1886, a rendu publiques les séances du conseil municipal ainsi que celles du conseil général de la Seine.

Source : BIU Cujas

à son énorme population, mais à ce qu'elle est le siège du Gouvernement et des principaux services publics. Le maintien de l'ordre intéresse la France entière ; de là, la mainmise de l'État sur la mairie et sur la police municipale. Dans l'avenir, la situation de Paris pourra se déterminer dans deux sens bien différents : ou bien, dans le sens municipal, il y aurait alors une mairie centrale ; ou bien, dans le sens départemental, Paris pour tous les services communs ne serait plus qu'un département, il y aurait pour la gestion des services locaux plusieurs communes dont les arrondissements actuels formeraient le cadre.

Banlieue. — Ajoutons que le préfet de police de Paris exerce une bonne partie des attributions de la police municipale, toutes celles qui intéressent la sécurité : 1° Dans toutes les communes du département de la Seine (L. 10 juin 1853) ; 2° dans certaines communes du département de Seine-et-Oise, Saint-Cloud, Meudon, Sèvres et Enghien (Arr. 3 brum. an IX ; L. 14 août 1850) ; en somme, dans toute la banlieue, laissant aux maires de ces communes le surplus de la police, c'est-à-dire les numéros 1, 4, 5, 6, 7, 8, art. 97 de la loi du 5 avril 1884.

Lyon et l'agglomération lyonnaise. — A raison de sa nombreuse population et pour des raisons politiques, la ville de Lyon a été à diverses reprises soumise au même régime que Paris, en ce sens que le préfet du Rhône devenait maire de Lyon. La dernière période fut de la loi du 4 avril 1873 à celle du 21 avril 1881. Depuis cette dernière date il y a un maire élu à Lyon. Cependant il reste quelques traces du régime précédent. Le préfet du Rhône est encore investi dans la ville de Lyon et dans les communes de la banlieue d'une partie des pouvoirs de la police municipale, laissant le reste aux maires. C'est le régime des communes suburbaines de la Seine (L. 5 avr. 1884, art. 104 ; L. 13 avr. 1900, art. 8, § 3) (1). D'autre part, Lyon est divisé comme Paris en arrondissements municipaux ; il y en a six, mais au lieu de maires fonctionnaires, ils sont administrés par des adjoints, deux par arrondissement. Ces adjoints sont chargés de la tenue des registres de l'état civil et des autres attributions déterminées dans un règlement d'administration publique du 11 juin 1881.

Les communes d'Algérie et des colonies.

Il existe en Algérie et dans plusieurs colonies trois catégories de communes qui toutes sont douées de la personnalité administrative, mais

(1) Une application de ces règles exceptionnelles avait été faite par la loi de sûreté générale du 5 mai 1855 dans toutes les villes chef-lieu de département dont la population excédait 40.000 âmes. Le préfet était chargé d'une bonne partie de la police municipale, à peu près dans les conditions des communes suburbaines de la Seine.

Ces dispositions ont été abrogées par la loi du 24 juill. 1867, art. 23, il en reste ceci que dans les villes de plus de 40.000 âmes, l'organisation de la police est réglée par le

Source : BIU Cujas

qui n'ont pas la même organisation : 1° Les communes de plein exercice où domine la population européenne ; 2° Les communes mixtes où la population est mélangée ; 3° Les communes indigènes situées en territoire militaire (1). Les communes mixtes et les communes indigènes ne sont pas décentralisées, c'est-à-dire que les administrateurs y sont nommés par le gouverneur et qu'ils ont à côté d'eux une commission administrative qui, suivant les cas, a voix délibérative ou consultative et dont les membres sont désignés par le gouverneur ; ce sont, d'ailleurs, des territoires plutôt que des communes.

Les communes de plein exercice de l'Algérie ont été soumises à la loi du 5 avril 1884 par cette loi elle-même, avec des réserves, art. 164. Pour les communes de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion, qui sont toutes de plein exercice, même solution (V. art. 165).

Il existe aussi des groupements pour lesquels on a laissé aux indigènes leurs usages ; tels sont les douars d'Algérie administrés par une *djemmâa* (conseil) et par un caïd ; les douars doivent être considérés comme des sections de communes ; tels sont les villages annamites, etc.

chef de l'État sur délibération du conseil municipal, et que la dépense en est obligatoire (Art. 103 de la loi du 5 avr. 1884 ; Cfr. L. 19 avr. 1900, art. 8).

(1) Pour la colonie de Madagascar et dépendances, le gouverneur général, par arrêté pris en conseil d'administration et approuvé par le ministre des Colonies peut ériger en communes les principaux centres de populations. Ces communes, qui se rapprochent du type mixte, ont pour maire l'administrateur civil et une simple commission consultative (D. 2 févr. 1899). — V. pour le Sénégal règle analogue (D. 13 déc. 1891). — Organisation municipale de Saïgon (D. 8 janv. 1877 et 29 avr. 1881), etc. — Organisation municipale dans les établissements de l'Inde (D. 12 mars 1880 ; 13 août 1883 ; 26 févr. 1884 ; 5 sept. 1887 ; 29 avr. 1889).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE IV

L'ORGANISATION DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

SECTION I. — DÉFINITION, PERSONNALITÉ, ÉNUMÉRATION DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS (1).

A. *La définition de l'établissement public.* — L'établissement public est une personne administrative qui gère un service public spécial. Il y a dans cette définition trois idées importantes :

I. La première est que l'établissement public gère un service *spécial*. Cela doit s'entendre en deux sens :

1° On l'entend, d'ordinaire, en ce sens qu'un établissement public donné ne gère qu'un seul service qui constitue sa spécialité administrative, par exemple, un hôpital ne fait qu'hospitaliser des malades, un bureau de bienfaisance ne fait que distribuer des secours aux indigents valides, etc. Cette unité de service établit une opposition facile entre les établissements publics et les autres administrations, départements, communes, etc., qui sont au contraire chargées de services multiples, seulement elle n'existe pas toujours (2);

(1) Pierre Avril, *Histoire de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique*, Paris, 1900. — Aucoc, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*, Rev. crit., 1901, 158, — Michoud, *La création des personnes morales*, br., 1900, extrait des *Annales de l'Université de Grenoble*, t. XII, n° 1.

(2) Il a été créé une catégorie nouvelle d'établissements publics, les syndicats de communes, qui vient à cet égard confondre les idées, car certainement un même syndicat de communes peut être chargé de plusieurs services intercommunaux ; il est même admis qu'un syndicat de communes, établissement public, peut à son tour organiser sous sa direction et sous sa surveillance d'autres établissements publics intercommunaux, tels que hospices, hôpitaux, bureaux de bienfaisance (art. 176, L. 5 avr. 1884, addition de la loi du 22 mars 1890) ; un syndicat de communes est donc une sorte d'organe d'administration générale, et la création de cette espèce d'établissement public porte un coup bien sensible à l'idée ancienne qu'un même établissement public ne saurait être chargé que d'un seul service qui constituerait sa spécialité. Une observation analogue doit être faite au sujet des chambres de commerce réorganisées par la loi du 9 avril 1898, V. art. 11, 14, 15. — D'autre part, il existe des écoles primaires annexées aux établissements de bienfaisance et d'assistance, D. 4 nov. 1894.

Source : BIU Cujas

2° On peut entendre la notion du service spécial en un autre sens, qui a le mérite de rester vrai pour tous les établissements. Si l'on part de cette idée que les services administratifs sont en principe communs à tous les habitants d'une circonscription et que les administrations de l'État, des départements, des communes, sont pour la gestion de ces services, on remarquera qu'il reste à pourvoir à d'autres services qui ne sont point communs à tous les habitants d'une circonscription, mais qui sont au contraire spéciaux à quelques habitants; c'est ainsi que les services variés de l'assistance publique, ne s'adressant qu'aux indigents de la circonscription, ne sont point communs à tous les habitants; il en est de même du service des cultes, par cela même qu'il peut y avoir dans une même circonscription des religionnaires de cultes différents, etc. — L'établissement public est chargé de ces services, *spéciaux* en effet, en tant qu'ils s'opposent aux services publics *communs* (1) (2). — Cette seconde signification du service spécial ne détruit pas la première, il demeure vrai que d'ordinaire un même établissement public n'est chargé que d'un seul service, mais elle est de nature à corriger l'étroitesse de cette règle; exceptionnellement un même établissement public pourrait être chargé de plusieurs services, à la condition que ces services fussent en eux-mêmes spéciaux ou particuliers au sens que nous venons de déterminer. Au besoin, à l'imitation de ce qui se passe pour les syndicats de communes, un établissement public principal pourrait organiser sous sa direction des établissements publics subsidiaires, on obtiendrait ainsi des groupements sympathiques, tout en respectant l'idée de l'unité de service (3).

II. La seconde idée importante de la définition est que l'établissement

(1) M. Michoud admet cette définition de la spécialité des services des établissements publics (*op. cit.*, p. 25 de la brochure); M. Aucoc la croit inutile (*op. cit.*, p. 171).

(2) Le nombre des services publics, spéciaux en ce sens, peut être augmenté dans deux directions : 1° un service en soi commun, comme celui de l'instruction publique, par exemple, est particularisé par une intention d'assistance publique ou une intention confessionnelle ou une intention corporative, ou même par une intention de classes sociales, alors, en tant que particularisé, il sera correctement géré par des établissements publics; on remarquera notamment que les établissements d'enseignement supérieur ou même d'enseignement secondaire, qui par la force des choses ne s'adressent qu'à la classe élevée et à la classe moyenne, sont des établissements publics, tandis que l'école primaire, la seule qui s'adresse vraiment à tous, n'est pas un établissement public, parce qu'elle constitue un service commun; 2° des services publics peuvent être créés pour gérer des intérêts profondément différentiels, par exemple les chambres de commerce: ici l'établissement public est au fond une corporation domestiquée par l'État et la forme de l'établissement d'utilité publique semblerait plus indiquée.

(3) L'intérêt pratique de ces observations apparaîtra surtout dans la matière des *dons et legs;* nous verrons que des libéralités sont faites fréquemment à des établissements publics à la charge d'organiser des services accessoires, qui les font sortir sans doute de leur spécialité si l'on part de l'idée du service unique, mais qu'il serait désirable de voir créer au point de vue du groupement des institutions utiles (hôpital auquel on voudrait annexer une école maternelle ou une crèche, par exemple).

Source : BIU Cujas

public gère un service public, c'est-à-dire qu'il est incorporé à l'administration publique, qu'il est un membre de l'État (Cass., 28 oct. 1885, S. 86. 1. 136, chambres de commerce; avis du Conseil d'État, 17 mai 1900, caisses des écoles, *Rev. d'adm.* 1901. 1. 301). C'est par là que l'établissement public se distingue de l'*établissement d'utilité publique*, avec lequel il présente de telles ressemblances que la distinction n'était faite ni dans notre ancien droit, ni même au commencement du siècle. La distinction s'est faite cependant après de longues controverses dont l'intérêt a disparu, elle est aujourd'hui universellement admise (1).

Mais la question de savoir si un établissement donné est incorporé à l'administration publique, et par conséquent s'il a la qualité d'établissement public, peut être en certains cas très douteuse si elle n'est pas tranchée par la loi elle-même. A quels signes reconnaîtra-t-on l'incorporation à l'administration publique? Il n'est guère de formule satis-

(1) D'une part, l'établissement d'utilité publique gère un service spécial tout comme l'établissement public, d'autre part des textes comme les art. 910 et 937 du Code civil employaient l'expression « établissement d'utilité publique » dans un sens général qui confondait les deux catégories d'établissements, si bien que toutes les deux furent également soumises à la nécessité de l'autorisation pour l'acceptation des dons et legs.

Au fond, la notion d'établissement public est nouvelle et un peu fausse. Les intérêts spéciaux n'appartiennent pas à la *chose publique* qui est essentiellement faite des intérêts communs; ils relèvent de l'organisation corporative. Ce que notre ancien droit appelait des établissements publics, ou plutôt des corps et communautés, étaient des établissements corporatifs que l'État n'avait point absorbés. La Révolution supprima un instant tous ces établissements (D. 14 déc. 1789, art. 50). Lorsqu'ils reparurent un à un à partir de l'an V (hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, etc.), ce fut avec un nouveau caractère : l'État eût la prétention de les considérer comme des rouages de sa propre administration, d'autant que pendant la Révolution, il avait nationalisé tous les services spéciaux. Il n'y eût donc d'abord que des établissements publics nouveau modèle, choses d'État et non pas choses corporatives. Mais bientôt l'État fut débordé, il reconnut l'utilité publique d'institutions qui n'étaient évidemment pas tirées de sa substance, par exemple des congrégations religieuses. La chose corporative opérait sa réapparition et, pour lui faire place, on était obligé de créer la catégorie des établissements d'utilité publique. Maintenant que la catégorie est créée, on devrait y reverser bon nombre d'établissements publics dont les services très spéciaux n'ont rien de commun avec la chose publique : telles les chambres de commerce ou les associations syndicales. La catégorie de l'établissement public ne se conçoit que pour des services communs légèrement particularisés V. la note précéd.). Sur la distinction des établissements publics et d'utilité publique, (V. Pierre Avril *op. cit.*; Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7e édit., t. VI; Aucoc, *Conférences*, nos 198 et s.; Block, *Dictionn.*, vo *Établissements publics*; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, nos 90 et s., etc.; la loi elle-même a consacré la distinction (V. la loi du 26 févr. 1862, relative au Crédit foncier; la loi du 14 avr. 1893 qui a créé toute une nouvelle catégorie d'établissement d'utilité publique, les sociétés indigènes de prévoyance d'Algérie; la loi du 30 nov. 1894 sur les comités des habitations à bon marché. — Les principaux intérêts pratiques de la distinction sont les suivants : 1o l'établissement public a une hypothèque légale sur les biens de son comptable (art. 2121, C. civ.); 2o l'établissement public n'est pas soumis pour ses dettes aux voies d'exécution du droit commun; 3o les décisions exécutoires des organes de l'établissement public sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Source : BIU Cujas

faisante. C'est une question à régler en fait par l'appréciation du juge (1) qui pourrait s'inspirer des considérations suivantes :

Un établissement n'est pas incorporé à l'administration publique lorsqu'il n'est pas *entretenu* par celle-ci (2), c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas la charge des trois éléments qui constituent un service public (personnel, matériel, moyens financiers); si donc, le personnel de l'établissement ne paraît pas absorbé dans le personnel administratif; ou bien, si les ressources pécuniaires de l'établissement n'ont pas un caractère public, il n'est pas possible qu'il y ait établissement public. Sans doute quand la loi déclare elle-même qu'il y a établissement public, par voie de conséquence le service devient public dans tous ses éléments, le personnel devient administratif, les deniers deviennent publics, mais lorsque la loi ne se prononce pas, le processus est inverse et ce n'est que si le service est devenu public dans tous ses éléments que l'on peut dire qu'il y a établissement public. Cela d'autant mieux que dans le doute il convient de se prononcer en faveur de la liberté corporative, c'est-à-dire pour le caractère d'établissement d'utilité publique (3).

III. La troisième idée importante est que l'établissement public est doué de la personnalité morale. C'est par là que l'établissement public

(1) Ce juge peut être la Cour de cassation si, par exemple, un établissement donné prétend avoir sur les biens de son comptable l'hypothèque légale, que l'art. 2121 du Code civil a certainement réservée aux seuls établissements publics (Cass. ch. req. 5 mars 1856, S. 56. 1. 517); ce peut être aussi le Conseil d'État (C. É., 13 juill. 1889, *Syndicat des marais du Petit-Poitou*) ce peut être enfin le Tribunal des conflits, exemple : Confl. 9 décembre 1899, *Canal de Gignac*, décision rendue sur la question des voies d'exécution de droit commun.

(2) L. 30 octobre 1885, art. 2 : « Les établissements d'enseignement primaire de tout ordre peuvent être publics, c'est-à-dire fondés et *entretenus* par l'État, le département ou les communes, ou privés c'est-à-dire fondés et entretenus par des particuliers ou des associations »; je crois que le fait de la fondation doit être mis hors de cause car un établissement fondé comme privé peut ensuite être pris en charge par l'administration (Ecole Monge), il n'y a donc à retenir que le fait de l'*entretien*.

(3 C'est parce que les ressources pécuniaires des caisses d'épargne ordinaires et des monts-de-piété n'ont pas un caractère public, mais sont au contraire fournies par des capitaux privés que ces deux espèces d'établissements ne sont pas des établissements publics (Cf. p. 96 et 99). Il résulte de ces principes qu'on ne saurait considérer comme suffisant à classer un établissement parmi les établissements publics : ni la main-mise de l'État caractérisée par l'inspection des finances, etc... car ce n'est qu'un fait de tutelle; ni au contraire la concession de droits de puissance publique faite par l'État à l'établissement, parce que l'État peut concéder des droits de ce genre même à des particuliers; ni enfin le fait que l'Administration interviendrait dans la création de l'établissement, les caisses d'épargne ordinaires sont le plus souvent fondées par les communes et cependant ne sont que des établissements d'utilité publique. Même solution pour les caisses de secours des ouvriers mineurs; bien que leur constitution soit obligatoire, aux termes de la loi du 29 juin 1894, bien que l'Administration fasse procéder à l'élection des délégués par les ouvriers et qu'il soit organisé un contentieux de cette élection, ces caisses ne sont point incorporées à l'administration publique, et la loi elle-même les rapproche des société de secours mutuels (art. 20).

Source : BIU Cujas

se distingue de certains services publics qui font incontestablement partie de l'administration publique, qui fonctionnent avec une autonomie apparente, mais qui ne sont pas doués d'une personnalité séparée, telles par exemple les directions des ministères, spécialement les régies financières, la direction de l'enregistrement ou celle des douanes, etc.

La question de savoir si un service public a reçu la personnalité morale séparée est très délicate. Il est admis que des services publics peuvent individuellement être érigés en établissements publics par décret en Conseil d'État ; il y a ainsi une *reconnaissance d'établissement public* analogue à la reconnaissance d'utilité publique qui se produit pour les établissements d'utilité publique et qui a le même effet de créer la personnalité (V. *infrà*, ce qui sera dit des institutions d'assistance départementale). Mais là où la question devient délicate, c'est lorsqu'il n'y a pas eu cette reconnaissance directe par décret en Conseil d'État, nous l'avons étudiée p. 193. La solution pratique est dans l'existence d'une dotation en propriété au profit du service.

La personnalité juridique des établissements publics est en soi toujours la même quelle que soit leur spécialité, elle contient pour tous les mêmes droits ; si l'exercice de certains de ces droits se trouve entravé, ce ne peut être qu'en vertu de la tutelle administrative (1).

(1) C'est ainsi que les établissements publics ont tous également le droit de recevoir des libéralités quelles que soient les charges imposées à ces libéralités, seulement l'acceptation étant subordonnée à l'autorisation du Gouvernement, il dépend de celui-ci de mettre des conditions à cette autorisation ; en fait le Gouvernement n'autorise que les libéralités dont les charges ne tendent pas à faire sortir l'établissement de sa spécialité administrative. La nécessité administrative de l'autorisation pour l'acceptation des dons et legs a été transformée par les articles 910 et 937, C. civil, en une règle d'incapacité dont il faut bien comprendre la portée, il ne s'agit pas pour l'établissement d'une incapacité d'être institué, mais seulement d'une incapacité de recueillir sans autorisation. C'est-à-dire que cette législation oblige à reproduire la distinction que faisaient les Romains entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*. La liberté de la personnalité juridique étant le principe, l'incapacité n'étant établie que sur le fait de l'autorisation, la capacité subsiste pour le fait de l'institution. Je reviendrai dans la matière des *dons et legs* sur cette question de l'incapacité de recueillir et sur le principe de la spécialité, mais je saisis l'occasion qui se présente ici d'affirmer que la personnalité juridique des établissements est en soi toujours la même quelle que soit leur spécialité administrative, car il serait dangereux de la croire *a priori* limitée par cette spécialité :

a) Observons d'abord en ce qui concerne les individus physiques que la personnalité juridique est la même pour tous, c'est le principe fondamental de notre droit public, tous les hommes sont égaux en droits, c'est le principe même de l'égalité civile ; pourtant, considérés comme individus, les hommes sont profondément différents et il est certain d'avance qu'ils se serviront très inégalement de cette personnalité juridique uniforme qui est mise à leur disposition ; mais c'est là justement la raison d'être du régime d'État, créer autour des individus quelque différents qu'ils soient une atmosphère mettant à la disposition de tous les mêmes virtualités, et en somme la même bonne volonté du milieu. Il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas de même au profit des personnes morales. Ces personnes cachent des individualités profondément différentes, répondant à des systèmes d'intérêts très divers, mais au service de ces individualités différentes

Source : BIU Cujas

B. *Énumération des principaux établissements publics* — Les établissements publics peuvent être rattachés soit à l'État, soit aux départements, soit aux communes, en ce sens que s'ils étaient supprimés les services qu'ils gèrent retomberaient à la charge tantôt de l'État, tantôt des départements, tantôt des communes. Mais il y a aussi des établissements publics subordonnés à d'autres établissements publics (1).

I. *Les établissements publics d'État.* — Les principaux établissements publics qui remplissent des services d'État sont les suivants :

1° Les établissements relatifs aux cultes, car le service des cultes est essentiellement d'État : Fabriques, menses curiales, menses épiscopales, séminaires diocésains et chapitres (Concordat, art. 15; Décr. 30 déc. 1809; Décr. 6 nov. 1813 (2); caisses diocésaines de retraites (D. d'abus, 31 mars 1884, *évêque d'Angers*); consistoires protestants (L. 18 germ. an X, art. 8 et 20; Ord. 2 avr. 1817, art. 9); consistoires israélites (Ord. 25 mai 1844);

2° Les établissements hospitaliers de l'État (Ord. 21 févr. 1841);

3° Les établissements d'instruction publique (L. 10 mai 1806; Décr. 17 mars 1808; L. 7 août 1850, art. 15). Rentrent dans cette catégorie l'Institut et les différentes Académies qui le composent (L. 5 fruct. an III; L. 3 brum., 15 germ. an IV; L. 11 flor. an X, etc.); l'Académie de médecine (L. 14 janv. 1821); le Collège de France, les Facultés d'enseignement supérieur (Décr. 25 juill. 1885); les Universités (L. 28 avr. 1893 et (L. 10 juill. 1896), les lycées et les collèges d'enseignement secondaire (Décr. 17 mars 1808, art. 5; L. 15 mars 1850, art. 71); les écoles normales d'instituteurs (L. 19 juill. 1889, art. 47) (3); le Conservatoire

caractérisées par leurs statuts ou par leurs charges administratives, il est conforme aux principes de notre droit public de mettre une personnalité juridique égale;

b) Il n'est pas dans la nature de la personnalité juridique d'être mesurée sur l'individualité de son possesseur et par conséquent sur la spécialité de ses aptitudes. La personne juridique est un représentant de l'individu, elle est le résultat d'une opération représentative, or, le propre de l'opération représentative est d'abstraire et d'universaliser. L'histoire de l'organisation politique démontre que le système représentatif a par lui-même la vertu d'universaliser le Gouvernement, de poser les questions sur le terrain des principes, si bien même qu'il se prête assez mal à la gestion des intérêts. Il en est de même de l'organisation de la personnalité juridique, elle universalise la capacité; se représenter en esprit ce que la *personne* pourra bien avoir à faire, c'est envisager toute la série logique des possibles, et c'est par là même lui conférer pouvoir pour toute la série des possibles.

(1) Cette classification est confirmée par la loi du 4 février 1901. V. Aucoc, *op. cit.* — A consulter sur l'énumération des établissements publics M. Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7e édit., t. VI; MM. Marquès di Braga et Camille Lyon, *Comptabilité de fait*, nos 172 et s.; M. Tissier, *Tr. des dons et legs*, nos 144 et s.; Michoud, *op. cit.*

(2) Sur la question de savoir si les diocèses constituent des établissements publics, V. p. 151.

(3) Les écoles primaires communales ne constituent pas des établissements publics parce que le service s'adressant à l'ensemble de la population n'est pas spécial (V. p. 479).

Source : BIU Cujas

national des arts et métiers et l'École nationale supérieure des mines (L. 13 avr. 1900, art. 32 et 34 et L. 25 févr. 1901, art. 58); la Caisse des musées nationaux (L. 16 avr. 1895, art. 52); la Caisse des recherches scientifiques (L. 14 juill. 1901); le musée Gustave Moreau (L. 30 mars 1902, art. 72);

4° Les établissements relatifs à l'agriculture et au commerce; chambres consultatives d'agriculture (Décr. 25 mars 1852, art. 10); Institut national agronomique (L. 25 févr. 1901, art. 57); chambres de commerce (L. 28 vent. an IX; Décr. 23 sept. 1806; L. 23 juill. 1820; Décr. 3 sept. 1851, art. 19; L. 9 avr. 1898);

5° Les établissements relatifs aux travaux publics, c'est-à-dire les associations syndicales autorisées (conflits, 9 déc. 1899, *canal de Gignac*);

6° Les établissements relatifs à un service de banque et de gérance :

a) La Caisse des dépôts et consignations (L. 28 avr. 1816; Ord. 22 mai 1816; L. 6 avr. 1876; Cass., 22 févr. 1893, S. 93. 1. 529) (1);

b) Les caisses administrées par la Caisse des dépôts et consignations : Caisse des offrandes nationales en faveur des armées de terre et de mer (L. 28 nov. 1872; Décr. 9 janv. 1873); Caisse des retraites pour la vieillesse (L. 18 juin 1850; L. 12 juin 1861; Décr. 27 juill. 1861; L. 20 juill. 1886; note de la section des travaux publics, 13 déc. 1876, *Thierry*) (2); caisses d'assurance en cas de décès, et en cas d'accidents résultant des travaux agricoles et industriels (L. 11 juill. 1868);

c) Les caisses qui doivent verser leurs fonds à la Caisse des dépôts :

(1) V. Bornot, *La caisse des dépôts et consignations;* Boucard et Jèze, *Science des finances*, 2e édit., p. 465. La Caisse des dépôts et consignations est un établissement d'une importance considérable. Elle fait valoir un capital de cinq milliards au moins qui lui est confié à des titres divers : les dépôts et consignations d'abord, la caisse est le seul dépositaire légal; les cautionnements des fonctionnaires; les fonds des diverses caisses administrées par elle; ceux de la caisse d'épargne postale; ceux des départements, des communes et des établissements publics; ceux même de certains établissements d'utilité publique qui ont le privilège de verser, comme les caisses d'épargne privées, les sociétés de secours mutuels. — Si la Caisse des dépôts n'était pas érigée en établissement public, tous ces fonds seraient versés directement au Trésor, ce qui serait une source dangereuse de la dette flottante, et ce qui dans une crise constitutionnelle pourrait permettre au Gouvernement de se passer du budget. Ce qui est sûr, c'est que la caisse est autonome sous le contrôle du pouvoir législatif. La caisse est bien en compte courant avec le Trésor, mais le montant de ce compte a été progressivement restreint. Une autre conséquence de la personnalité de la Caisse, c'est qu'elle peut acheter de la rente française sans que la dette de l'État soit éteinte par confusion. Elle est le plus gros acheteur de rentes françaises. — La personnalité de la Caisse des dépôts n'est pas admise par tout le monde. En notre sens : Aucoc, *Conférences*, I, n° 207, II, n° 604; *Rép. de droit adm.*, v° *Caisse des dépôts*, n° 52; Marquès di Braga, n° 183; Albert Wahl, note dans Sirey, 93. 1. 529; Mestre, note dans Sirey, 1901. 1. 137; Jèze, *op. cit.*, p. 476; — en sens contraire, Ducrocq, 6e édit., II, n° 1097; Tissier, *Dons et legs*, n° 97. Michoud, *op. cit.*, p. 42.

(2) En sens contraire, Michoud, *op. cit.*, p. 41.

Source : BIU Cujas

Caisse d'épargne postale (L. 9 avr. 1881; L. 29 juill. 1881, art. 34, L. 30 déc. 1883) (1);

d) Les caisses indépendantes de celle des dépôts et consignations : Établissement des invalides de la marine, Caisse des prises, Caisse des gens de mer, Caisse des Invalides de la marine (L. 13 mai 1791; Ord. 12 mai et 17 juill. 1816; Décr. 30 nov. 1887); Caisse de prévoyance des marins français (L. 21 avr. 1898);

7° L'ordre de la Légion d'honneur (L. 29 flor. an X; Arr. des 13 et 29 mess. an X; Ord. 26 mars 1816; Décr. 16 mars 1852).

II. *Les établissements publics départementaux.* — Le département a peu d'établissements publics : 1° On peut cependant lui attribuer l'*asile public d'aliénés*, là où le département a un asile à lui (2);

2° Les autres institutions d'assistance départementales n'ont pas en principe la qualité d'établissement public, ainsi en est-il du service des enfants assistés et des institutions variées qui peuvent être créés par le conseil général en vertu de l'art. 46, n°s 20 et 21 de la loi du 10 août 1871. Cependant il est admis que ces dernières institutions peuvent individuellement recevoir la personnalité par décret en Conseil d'État, par une sorte de reconnaissance d'établissement public (3). Parmi ces institutions se trouvent les *dépôts de mendicité* primitivement établissements d'État (Décr. 5 juill. 1808; Décr. 22 déc. 1808), actuellement départementaux de la catégorie de l'art. 46, n° 20 de la loi de 1871 (4).

III. *Les établissements publics communaux.* — Ce sont : 1° Les hôpitaux et hospices (L. 16 vend. an V; L. 4 vend. an IX; Arr. 7 mess. an IX et 14 niv. an XI; L. 22 janv., 8 avr., 7 août 1851); 2° Les bureaux de

(1) C'est à l'aide de cette caisse que s'ébauchent les retraites pour les vieux travailleurs V. L. 31 déc. 1895; 9 avr. 1898, art. 28; 25 févr. 1901, art. 60.

(2) L'asile public d'aliénés est, en effet, un établissement public, bien que cette qualité lui soit sérieusement contestée; cela résulte nettement de l'art. 4 de l'ordonnance du 18 décembre 1839 qui parle de ses biens, des procès à intenter en son nom, des acquisitions, des acceptations de legs ou donations, etc., toutes choses qui supposent un patrimoine, par conséquent la personnalité (V. cependant, av. Cons. d'Ét., 6 avr. 1842 corrigé il est vrai par l'avis du 23 mars 1880). V. en notre sens une excellente dissertation dans Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n° 153 et Michoud, *op. cit.*, p. 43. C'est de plus un établissement public départemental, parce que le service des aliénés est départemental. La preuve en est que le conseil général règle le budget (L. 10 août 1871, art. 46. n° 17). Il est vrai que le département a peu de prise sur l'administration de cet établissement qui est administré par un médecin directeur, sous l'autorité du ministre de l'Intérieur. Il existe une commission de surveillance, mais tous les membres y sont nommés par le préfet, qui n'est même pas tenu d'en prendre un seul parmi les conseillers généraux. Cela n'empêche point que l'établissement ne soit départemental, mais cela crée une anomalie. Le projet de loi sur les aliénés adopté par le Sénat corrige en partie cette anomalie, en faisant entrer dans la commission deux membres élus par le conseil général. Cfr. sur la situation du service des aliénés un article de M. Roussel dans *Revue du droit public*, 1902. 1. 473.

(3) Cfr. Th. Tisssier, *op. cit.*, n° 154.

(4) Cfr. Th. Tissier, *op. cit.*, n° 155.

Source : BIU Cujas

bienfaisance (L. 7 frim. an V ; 30 vent. an V ; D. 17 juin 1852) ; 3° Les bureaux d'assistance créés par la loi du 15 juillet 1893 en vue de l'assistance médicale gratuite ; 4° La caisse des écoles primaires (L. 10 avr. 1867, art. 15 ; L. 28 mars 1882, art. 17) (av. C. É. 17 mai 1900, *R. d'adm.*, 1901, 1. 301) (1). 5° La section de commune (L. 10 juin 1793, art. 1 ; Code forestier, art. 1 et 72 ; L. 18 juill. 1837, art. 3, 5, 6, 56 à 58) (2) ; 6° Les syndicats de communes (L. 22 mars 1890).

IV. — *Les établissements d'établissement public.* — Jusqu'à présent le seul exemple de cette combinaison nous est donné par les établissements publics intercommunaux créés par les syndicats de communes, hôpitaux-hospices, bureaux de bienfaisance intercommunaux (V. art. 176, L. 5 avr. 1884, addition de la loi du 22 mars 1890). Mais il nous paraît qu'elle pourrait se généraliser (V. p. 479).

Section II. — L'organisation des établissements publics.

Ce qui mérite d'être signalé tout d'abord quand on aborde l'étude de l'organisation des établissements publics, c'est que les uns sont décentralisés, que les autres ne le sont pas. Nous entendons par organisation décentralisée, une organisation fondée en tout ou en partie sur l'élection. Sont donc décentralisés les établissements publics dont les organes sont constitués en tout ou en partie par le suffrage des individus intéressés au service ; sont centralisés au contraire, ceux dont les organes sont constitués par le pouvoir central. Sont décentralisés à ce titre les établissements suivants : fabriques (élection par cooptation), consistoires protestants et israélites (élection par les religionnaires), hospices et hôpitaux, bureaux de bienfaisance, bureaux d'assistance (élection partielle par le conseil municipal) ; chambres de commerce (élection par les commerçants ou industriels) ; syndicats de communes (élection par les conseils municipaux) ; sections de commune (élection

(1) Il convient de remarquer que l'école primaire en elle-même n'est pas un établissement public, à la différence des lycées et collèges d'enseignement secondaire et des Facultés ou Universités de l'enseignement supérieur (V. p. 479). La caisse des écoles primaires est destinée à suppléer en partie à cette lacune. Elle existe virtuellement dans toutes les communes depuis la loi du 28 mars 1882, mais n'est pas en fait organisée partout. Liberté a d'ailleurs été laissée pour cette organisation qui n'est pas uniforme et qui résulte d'une délibération du conseil municipal approuvée par le préfet ; la caisse est gérée gratuitement par le percepteur. Un avis du Conseil d'État du 14 juin 1894 (*Rev. administration*, 1894, t. II, p. 307) a déclaré qu'elle était exclusivement destinée à faciliter la fréquentation de l'école par des récompenses aux élèves assidus et des secours aux élèves indigents. V. art. de M. Beurdeley, *Revue politique et parlementaire*, juill. 1896 ; l'avis du 17 mai 1900 déclare qu'elle peut acquérir des immeubles pour organiser des colonies de vacances.

(2) V. Aucoc, les *Sections de commune*, 2e édition.

Source : BIU Cujas

dans les cas où il est formé des commissions syndicales); universités (élections du conseil de l'université par les facultés) (1).

On peut faire d'autres remarques : il est des établissements publics qui n'ont point à proprement parler d'organisation administrative, ainsi les menses épiscopales et curiales sont de purs patrimoines qui sont représentés par des sortes d'usufruitiers, l'évêque et le curé; il en est d'autres, comme les sections de commune, qui n'ont qu'une organisation intermittente, à l'ordinaire, leurs intérêts sont gérés par le conseil municipal et le maire de la commune, ce n'est qu'en cas d'opposition d'intérêts avec la commune qu'il est organisé une commission syndicale; il en est où l'on ne trouve qu'un seul organe, une agence collective qui cumule les fonctions délibérantes et les exécutives, ainsi en est-il des chambres de commerce, des chapitres de chanoines; tandis que dans d'autres on trouve un organe exécutif et un conseil délibérant, ainsi en est-il dans les Facultés d'enseignement supérieur, les Universités, etc.

Le manque d'espace ne nous permettant pas d'étudier l'organisation de tous les établissements publics que nous avons énumérés, nous nous occuperons seulement des établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, bureaux d'assistance et des syndicats de communes (2).

N° 1. — *Les établissements communaux de bienfaisance.*

A. *De la coexistence dans une même commune d'hôpitaux, d'un bureau de bienfaisance et d'un bureau d'assistance.* — Il peut y avoir, dans une même commune, à la fois des hôpitaux ou hospices en nombre illimité, un bureau de bienfaisance et un bureau d'assistance; dans toute commune il y a au moins un bureau d'assistance qui assure le service de l'assistance médicale gratuite (L. 15 juill. 1893, art. 10) (3). Chacun

(1) Il est à remarquer que pour tous les établissements décentralisés, la législation a une tendance à se rapprocher de la législation communale pour les règles des délibérations des conseils, pour la force exécutoire des délibérations, pour l'organisation de la tutelle que conserve l'État, pour les règles de la comptabilité, etc., etc.

(2) Il a été parlé au chapitre de Droit ecclésiastique, p. 152 et s., de l'organisation de tous les établissements ecclésiastiques, menses, séminaires, caisses de retraites des prêtres âgés ou infirmes, fabriques, p. 175 et s., de celle des consistoires protestants et israélites. L'organisation nouvelle des chambres de commerce est tellement détaillée dans la loi du 9 avril 1898 qu'il suffit de lire le texte. Il sera parlé des associations syndicales en appendice aux travaux publics.

(3) L'existence du bureau d'assistance ne fait aucun obstacle à celle des hôpitaux et hospices. Au contraire, elle la suppose, car il faut que les malades qui ne peuvent pas être soignés à domicile puissent être hospitalisés; d'ailleurs la loi du 15 juill. 1893, art. 3, 4, etc., exige formellement que chaque commune soit rattachée à un hôpital si elle n'en possède pas un sur son territoire, l'art. 26 parmi les dépenses extraordinaires du service de l'assistance médicale prévoit les constructions d'hôpitaux, etc.

Au premier abord, il semblerait que l'existence du bureau d'assistance exclut la créa-

Source : BIU Cujas

de ces établissements a son patrimoine distinct; seulement l'administration des fondations, dons et legs qui ont été faits aux pauvres ou aux communes, en vue d'assurer l'assistance médicale, est dévolue au bureau d'assistance (L. 15 juill. 1893, art. 11, § 4), et les communes, les départements, les bureaux de bienfaisance et les établissements hospitaliers possédant, en vertu d'actes de fondation, des biens dont le revenu a été affecté par le fondateur à l'assistance médicale des indigents à domicile, sont tenus de contribuer aux dépenses du service de l'assistance médicale jusqu'à concurrence dudit revenu (art. 30, *eod.*).

B. *Des commissions administratives de ces établissements* (Décr. 23 mars 1852; L. 15 juill. 1893). — Ces divers établissements charitables sont gérés par des commissions administratives d'après les règles suivantes : 1° quel que soit le nombre des hôpitaux et hospices dans une commune, il n'y a qu'une commission administrative dite des hôpitaux; 2° il y a une autre commission administrative pour le bureau de bienfaisance s'il en existe un; 3° si dans la commune il n'y a que le bureau d'assistance, on lui constitue une commission administrative; s'il y a déjà dans la commune une commission des hôpitaux ou bien une commission du bureau de bienfaisance, elle sert en même temps d'organe au bureau d'assistance; s'il y a déjà dans la commune une commission des hôpitaux et une commission du bureau de bienfaisance, la réunion de ces deux commissions administratives devient l'organe du bureau d'assistance (L. 15 juill. 1893, art. 10).

C. *Organisation, fonctionnement et attributions des commissions administratives* (Décr. 23 mars 1852; L. 21 mai 1873; L. 5 août 1879; L. 15 juill. 1893). — Les commissions administratives des établissements charitables sont composées de sept membres, le maire membre de droit et six membres renouvelables. Deux des membres de chaque commission sont élus par le conseil municipal; les quatre autres membres sont nommés par le préfet (L. 5 août 1879, art. 1er) (1). Le nombre des mem-

tion de bureaux de bienfaisance, du moins dans les communes qui n'en possédaient pas lors de la mise à exécution de la loi du 15 juill. 1893, en effet, l'art. 10 *in fine* s'exprime ainsi : « Le bureau d'assistance possède, outre les attributions qui lui sont dévolues par « la présente loi, tous les droits et attributions qui appartiennent au bureau de bienfai- « sance ». Il semble donc que le bureau d'assistance tienne lieu du bureau de bienfaisance et que dans l'avenir il n'y ait plus à créer de bureaux de bienfaisance. Telle n'a pas été cependant l'interprétation du conseil d'État. D'après lui, la création de bureaux de bienfaisance peut être autorisée comme précédemment quand il y a des ressources suffisantes et ces ressources sont fixées à 300 fr. de revenu au moins (Av. Cons. d'Ét., 28 févr. 1894, *Sirey;* avis de la section de l'intérieur, 6 août 1895, *Chapelain;* av. Cons. d'Ét. 9 et 30 mai 1895, *Commune de Pontgouin;* V. *Rev. d'adm.*, janvier 1896).

C'est-à-dire que le bureau d'assistance, dont le service d'assistance médicale constitue la spécialité, peut suppléer le bureau de bienfaisance, mais ne l'exclut pas et sert surtout de lien entre tous les établissements d'assistance.

(1) Aux termes d'un avis du Conseil d'État du 28 juillet 1898, les femmes peuvent être nommées membres de ces commissions par le préfet et, aux termes d'une circulaire minis-

Source : BIU Cujas

bres renouvelables peut, en raison de l'importance des établissements et de circonstances locales, être augmenté par un décret spécial rendu sur l'avis du Conseil d'État. Dans ce cas « l'augmentation aura lieu par « nombre pair, afin que le droit de nomination s'exerce, dans une pro- « portion égale, par le conseil municipal et par le préfet » (Art. 2) (1).

« La *présidence* appartient au maire ou à l'adjoint, ou au conseiller « municipal remplissant dans leur plénitude les fonctions de maire. Le « président a voix prépondérante en cas de partage. — Les commis- « sions nomment tous les ans un vice-président. En cas d'absence du « maire et du vice-président, la présidence appartient au plus ancien des « membres présents, et, à défaut d'ancienneté, au plus âgé. Les fonc- « tions de membre des commissions sont gratuites » (L. 21 mai 1873, art. 3). La commission administrative du bureau d'assistance se réunira quatre fois par an au moins, un mois avant chaque session du conseil municipal (L. 15 juill. 1893, art. 12). — « Les commissions peuvent être « dissoutes et leurs membres révoqués par le ministre de l'Intérieur (2).

« Les *receveurs* des établissements charitables sont nommés par les préfets sur la présentation des commissions administratives. En cas de refus motivé par le préfet, les commissions sont tenues de présenter d'autres candidats. — Le receveur peut cumuler ses fonctions avec celles de secrétaire de la commission; il ne peut être révoqué que par le ministre de l'Intérieur » (L. 1873, art. 6).

Attributions des commissions administratives (L. 7 août 1851; L. 5 avr. 1884, art. 119 et 120). Les commissions administratives prennent

térielle du 9 sept. 1898, elles peuvent même être élues par les conseils municipaux. A Paris le D. du 15 novembre 1895 porte dans son article 4 : « Les femmes peuvent être nommées administratrices du bureau de bienfaisance ».

(1) « Les délégués du conseil municipal suivent le sort de cette assemblée quant à la « durée de leur mandat; mais, en cas de suspension ou de dissolution du conseil mu- « nicipal, ce mandat est continué jusqu'au jour de la nomination des délégués par le nou- « veau conseil municipal. — Les autres membres renouvelables sont nommés pour qua- « tre ans. Chaque année, la commission se renouvelle par quart. — Les membres sor- « tants sont rééligibles. — Si le remplacement a lieu dans le cours d'une année, les « fonctions du nouveau membre expirent à l'époque où auraient cessé celles du membre « qu'il a remplacé. Ne sont pas éligibles ou sont révoqués de plein droit les membres qui « se trouveraient dans un des cas d'incapacité prévus par les lois électorales. — L'é- « lection des délégués du conseil municipal a lieu au scrutin secret, à la majorité ab- « solue des voix. Après deux tours de scrutin, la majorité relative suffit, et en cas de « partage, le plus âgé des candidats est élu » (Art. 4).

(2) En cas de dissolution ou de révocation, la commission sera remplacée ou complé- « tée dans le délai d'un mois. — Les délégués des conseils municipaux ne pourront, « s'ils sont révoqués, être réélus pendant une année. — En cas de renouvellement to- « tal ou de création nouvelle, les membres que l'art. 1er laisse à la nomination du pré- « fet seront, sur sa proposition, nommés par le ministre de l'Intérieur. — Le renouvel- « lement par quart sera déterminé par le sort à la première séance d'installation. » (L. 5 août 1789, art. 5).

Source : BIU Cujas

des *délibérations* qui contiennent soit des *décisions* relatives à l'exercice des droits de l'établissement, soit des *nominations* ou présentations. Elles pourvoient aussi elles-mêmes à l'*exécution* de leurs décisions.

Au point de vue de leur force exécutoire, les délibérations des commissions administratives sont de deux classes, comme celles des conseils municipaux : 1° délibérations réglementaires exécutoires par elles-mêmes si trente jours après la notification officielle le préfet ne les a pas annulées, soit d'office pour violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique, soit sur la réclamation de toute partie intéressée (art. 8) (1); 2° Délibérations soumises à approbation (2).

(1) Dans le cas de réclamation de la partie intéressée, l'annulation peut être prononcée pour toute espèce de motif, même pour inopportunité, différence avec les décisions des conseils municipaux (V. L. 5 avr. 1884, art. 63 et 65).

Au point de vue de l'objet des décisions réglementaires, la loi pose les règles suivantes : « La commission règle par ses délibérations les objets suivants : — Le mode « d'administration des biens et revenus des établissements hospitaliers; — les con- « ditions des baux à ferme de ces biens, lorsque leur durée n'excède pas dix-huit ans « pour les biens ruraux et neuf ans pour les autres; — le mode et les conditions des « marchés pour fournitures et entretien dont la durée n'excède pas une année, les « travaux de toute nature dont la dépense ne dépasse pas 3.000 fr. — La commission « arrête, mais avec l'approbation du préfet, les règlements du service tant intérieur « qu'extérieur et de santé, et les contrats à passer pour le service avec les congrégations « religieuses » (art. 8).

(2) « La commission délibère sur les objets suivants : — les budgets, comptes, et « en général toutes les recettes et dépenses des établissements; — les acquisitions, « échanges, aliénations des propriétés de ces établissements, leur affectation au service, « et en général tout ce qui intéresse leur conservation et leur amélioration; — les pro- « jets des travaux pour constructions, grosses réparations et démolitions dont la valeur « excède 3.000 francs; — les conditions ou cahier des charges des adjudications de tra- « vaux et marchés pour fournitures ou entretien dont la durée excède une année; — les « actions judiciaires et transactions; — les placements de fonds et emprunts; les ac- « ceptations des dons et legs » (art. 9). — « Les délibérations comprises dans l'article « précédent sont soumises à l'avis du conseil municipal, et suivent, quant aux autorisa- « tions, les mêmes règles que les délibérations de ce conseil. Néanmoins, l'aliénation « des biens immeubles formant la dotation des hospices et hôpitaux ne peut avoir lieu « que sur l'*avis conforme* du conseil municipal » (art. 10). — Les délibérations des « commissions administratives des hospices, hôpitaux et autres établissements chari- « tables communaux concernant un emprunt, sont exécutoires en vertu d'un arrêté du « préfet, sur *avis conforme* du conseil municipal, lorsque la somme à emprunter ne dé- « passe pas le chiffre des revenus ordinaires de l'établissement et que le rembourse- « ment doit être effectué dans un délai de douze années. Si la somme à emprunter dé- « passe ledit chiffre ou si le délai de remboursement excède douze années l'emprunt ne « peut être autorisé que par un décret du Président de la République. — Le décret est « rendu en Conseil d'État si l'avis du conseil municipal est contraire, ou s'il s'agit d'un « établissement ayant plus de 100.000 francs de revenus. L'emprunt ne peut être auto- « risé que par une loi, lorsque la somme à emprunter dépasse 500.000 francs ou lorsque « ladite somme, réunie au chiffre d'autres emprunts non remboursés, dépasse 500.000 « francs » (L. 5 avr. 1884, art. 119). — Pour les affectations des locaux, V. L. 5 avr. 1884, art. 120.

Source : BIU Cujas

N° 2. — *Les syndicats de communes* (*L. 22 mars 1890*) (1).

Les syndicats de communes ont été créés en vue de permettre l'organisation de services intercommunaux, notamment de services d'assistance.

I. Ce qu'il faut d'abord bien comprendre, c'est que le syndicat de communes n'est qu'un établissement public subordonné aux communes qui l'ont constitué, que ce n'est pas du tout une circonscription administrative qui se superposerait aux communes. Il est vrai que, en fait, il pourra être formé des syndicats de communes à territoires contigus, ayant une circonscription analogue à celle du canton, mais : 1° le syndicat est constitué dans ses organes par des délégués des conseils municipaux *dont les pouvoirs tombent avec ceux de ces conseils*, art. 171 ; 2° il est soumis à la tutelle des communes pour son budget (art. 117) ; 3° il peut être créé à temps, il peut être dissous ; 4° il peut être formé de communes non contiguës, etc., etc. Ce n'est donc qu'un établissement public mais d'un caractère nouveau et qui pourrait bien influer sur les autres ; il n'est pas soumis à la règle admise jusqu'ici par la jurisprudence de la *spécialité* des services, au moins en ce sens qu'il peut cumuler plusieurs services (V. p. 479).

II. Les syndicats de communes ne doivent être confondus, ni avec les conférences intercommunales (2), ni avec les commissions syndicales intercommunales (3), ni avec les associations syndicales (4).

(1) *Bibliographie :* article de M. Ramalho, dans la *Revue d'administration*, 1895.

(2) Les conférences intercommunales, prévues par les art. 116-118 de la loi du 5 avril 1884, ont pour objet « d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune » tandis que les syndicats de communes sont « une association en vue d'une œuvre d'utilité intercommunale » (art. 169). La différence semble résider dans la continuité de collaboration que suppose une œuvre entreprise en commun dans le cas du syndicat et qui ne se retrouve pas dans le cas de la conférence intercommunale où il s'agit d'une entente momentanée. L'Administration aura donc à faire la distinction de la collaboration continue et de la collaboration momentanée, pour autoriser soit le syndicat de communes, soit la conférence intercommunale.

(3) Les commissions syndicales, prévues par les art. 161 et s. de la loi du 5 avril 1884, sont relatives à l'administration des biens et droits indivis entre plusieurs communes; leur mission est donc très déterminée et aucune confusion n'est possible avec celle des syndicats de communes qui suppose œuvre entreprise, c'est-à-dire service public.

(4) Les associations syndicales en revanche, peuvent présenter beaucoup d'analogie en certains cas avec les syndicats de communes. Que plusieurs communes forment un syndicat pour entreprendre des travaux de défense contre un fleuve, on se demandera si ce n'était pas plutôt le cas de constituer tous les habitants de ces communes en association syndicale autorisée. L'Administration s'est attachée ici à une distinction raisonnable. Il s'agit de savoir si les travaux sont entrepris en vue de donner de la plus-value à des terrains, alors il y a lieu à association syndicale ; ou bien s'ils sont entrepris dans un intérêt de sécurité publique et pour protéger même les habitants non propriétaires ; alors on peut admettre le syndicat de communes (D. 12 janv. 1894, *Lamothe et Mondragon*).

Source : BIU Cujas

III. Les œuvres intercommunales ou services intercommunaux que les syndicats de communes peuvent entreprendre sont du même ordre que les services communaux. Le syndicat de communes peut faire « plus grand » que la commune, il ne saurait faire « autre chose ». Cette idée a été appliquée aux services qui supposeraient gestion industrielle. Nous avons vu que les communes ne peuvent point organiser de services de ce genre (V. p. 446), ils sont interdits également aux syndicats de communes (Lettre ministérielle du 21 août 1894, *Revue générale d'administration*, 1895, t. I, p. 467) (1).

IV. Les dispositions de la loi sur l'organisation des syndicats de communes sont très explicites, nous ne pourrions que les transcrire, nous y renvoyons purement et simplement (2). Notons seulement, que le syndicat est administré par un comité composé de délégués nommés par les conseils municipaux intéressés, à raison de deux par commune, et qu'ils peuvent être pris parmi tous les éligibles au conseil municipal. Le fonctionnement de ce comité est comparable à celui du conseil municipal, la force exécutoire et les conditions de validité de ses décisions sont les mêmes. Quant aux établissements d'assistance ou autres, que le syndicat pourra fonder, ils seront administrés par des commissions de surveillance et des gérants que le comité choisira soit dans son sein, soit au dehors. Ils constituent eux-mêmes des établissements publics s'ils appartiennent à une classe connue d'établissements (art. 177, arg. du mot *Établissements*), par conséquent un hospice intercommunal est un établissement public (3).

(1) Le Gouvernement a seul qualité pour apprécier le caractère intercommunal d'un service, aucun administré n'a qualité pour discuter cette question au contentieux, de telle sorte que le décret organisant un syndicat de communes constitue un acte discrétionnaire (C. É., 17 juill. 1896, *tramways de Paris*. Cfr. p. 283).

(2) Art. 169 et s., L. 5 avril 1884, addition de la loi du 22 mars 1890.

(3) Le syndicat de communes qui présente déjà cette première singularité de gérer à la fois plusieurs services quoique étant un établissement public, présente donc en outre cette seconde particularité d'être un établissement public principal qui dirige des établissements publics subsidiaires (V. p. 479).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE V

L'ORGANISATION DES COLONIES (1) (2)

La possession coloniale et la métropole. — La possession coloniale présente ceci de particulier que, tout en étant dans l'État à de certains égards, à d'autres égards elle est hors de l'État, puisqu'elle est hors de la métropole qui est le territoire propre de l'État. Si l'on serre de près ce problème, on s'aperçoit que la possession coloniale est soumise au pouvoir de domination de l'État, mais qu'elle ne fait pas partie du « pays légal » organisé pour résister à ce pouvoir de domination, les habitants ne jouissant pas des mêmes garanties constitutionnelles ni de la même légalité (3). Ce n'est point que dans la possession coloniale il ne puisse pas y avoir un certain pouvoir de réaction contre la domination de l'État et un certain droit de cité des habitants, mais ils ne sont pas les mêmes que dans la métropole et ils contiennent moins de garanties. La métropole est donc le territoire où se trouvent réunis à la fois l'empire de la Souveraineté et ce que les Romains appelaient le *droit de cité* le plus

(1) *Bibliographie :* Arthur Giraud, *Principes de législation coloniale ;* Petit, *Législation coloniale ;* Dislère, *Répert. de droit adm.*, v° *Colonies.*

(2) *Colonies françaises et pays de protectorat en* 1902 : I. *Colonies :* 1° *Amérique :* Saint-Pierre et Miquelon ; les Antilles (Martinique, Guadeloupe et ses dépendances, la Désirade, Marie-Galante, les Saintes, Saint-Barthélémy, les deux tiers de Saint-Martin) ; la Guyane française ; 2° *Afrique :* l'Algérie avec le Sud-Oranais ; le Sénégal et le Soudan, les territoires militaires de la région du Tchad ; la Guinée française ; la Côte d'ivoire ; la Côte d'Or ; le Bénin et Dahomey avec le protectorat du Fouta-Djallon ; le Congo français (Congo et Gabon) ; la Réunion ; le gouvernement général de Madagascar et ses dépendances (Madagascar, Sainte-Marie, Nossi-Bé, îles Glorieuses, Saint-Paul et Amsterdam) ; Mayotte ; 3° *Asie et Océan indien :* les îles Kerguelen ; les établissements français de l'Inde (Pondichéry, Karikal, Yanaon, Mahé, Chandernagor ; le gouvernement général de l'Indo-Chine mélangé de colonies et de protectorats (Cochinchine, Tonkin, Annam, Laos, Cambodge) ; 4° *Océanie :* Nouvelle-Calédonie et dépendances (Calédonie, île des Pins, archipel Loyalty, Huon et Chesterfield, Wallis) ; établissements français de l'Océanie (Tahiti, etc., Marquises, Tuamotu, Gambier, Tubuai et Rapa). II. *Protectorats :* 1° Tunisie ; 2° protectorat des Comores (grande Comore, Mohéli, Anjouan) ; 3° protectorat français de la côte des Somalis (Obock, Djibouti, Cheick-Saïd, Doumeirah). III. *Sphères d'influence :* Nouvelles-Hébrides (océan Pacifique) ; Kouang-Si et Yunnan (Chine).

(3) On sait que les possessions coloniales sont soumises au régime du décret.

Source : BIU Cujas

haut, la possession coloniale est un territoire soumis à l'empire de la métropole, mais où il n'y a point de droit de cité, ou bien, où il n'y a qu'un droit de cité inférieur, finalement la distinction de la métropole et des possessions coloniales doit être tirée du *droit de cité* (cfr., p. 7)(1).

Lorsque les possessions coloniales ont un droit de cité, c'est ou un droit de cité indigène ou un droit de cité français. Ont un droit de cité indigène : 1° les pays de protectorat, pour la bonne raison que le pays protégé conserve son caractère d'État distinct aussi bien au point de vue du droit de cité interne qu'au point de vue des relations internationales; 2° les pays de conquête auxquels l'autorité militaire laisse en fait leur constitution locale. Mais presque toujours le droit de cité indigène se trouve compliqué d'éléments français qui s'introduisent progressivement, c'est ainsi que l'organisation de la propriété a été remaniée dans des pays de protectorat. En général, on laisse aux indigènes leur statut personnel (sauf abolition de l'esclavage), la liberté de leur culte, leur propriété (sauf à en modifier la réglementation), leurs municipalités indigènes, leurs juridictions, sauf à leur offrir le choix de la juridiction française (2).

Les possessions coloniales sont constituées par deux faits, l'annexion du territoire et le régime civil :

1° *L'annexion du territoire* transforme en une possession coloniale proprement dite un pays de protectorat ou une possession mal définie; elle peut être opérée par une loi avant même que le régime civil soit établi (3) : *a*) elle entraîne pour les habitants ou bien l'acquisition de la

(1) Si la possession coloniale est essentiellement un régime d'État différent de celui de la métropole, il n'est pas étonnant qu'elle ait tendance à devenir un État séparé plus ou moins complet; ce n'est pas seulement dans les colonies anglo-saxonnes que ce phénomène se manifeste, mais dans toutes les colonies et particulièrement chez les nôtres; on s'aperçoit bien vite que nos colonies sont très différentes de nos départements métropolitains, à signaler à ce point de vue : 1° le principe que la colonie a des finances complètement distinctes et doit se suffire au point de vue financier; les colonies françaises n'ont jamais payé les impôts métropolitains; la loi du 13 avril 1900, art. 33, met à leur charge toutes les dépenses qu'elles occasionnent; elles ont ainsi l'organisme financier séparé qui est l'un des éléments de l'État, tandis que les populations des départements font bourse commune dans le budget métropolitain; 2° des rudiments de pouvoir législatif, par exemple le droit de déterminer l'*assiette* des impôts coloniaux, droit qui est d'essence législative (V. *infrà*, *impôts*) et que n'ont point les départements ni les communes.

(2) L'indigénat est un statut variable suivant les colonies, mais ce qui est certain c'est que l'indigène est sujet français, que par conséquent il n'est pas étranger et que des procédés spéciaux de naturalisation lui permettent d'acquérir la nationalité française; il diffère du citoyen français en ce qu'il est soumis à un certain pouvoir disciplinaire des administrateurs civils (V. D. 27 juin 1897 portant organisation de l'indigénat dans l'archipel des îles Sous-le-Vent).

(3) Madagascar a été annexé par la loi du 6 août 1896 et le gouverneur civil n'y a été institué que par le décret du 30 juillet 1897; Tahiti a été annexé par la loi du 30 décembre 1880; les îles Sous-le-Vent de Tahiti par celle du 19 mars 1898.

Source : BIU Cujas

nationalité française (1), ou bien l'indigénat; *b*) L'annexion produit aussi des effets au point de vue du sol qui devient terre française (2), une des conséquences est la constitution sur ce territoire d'un domaine de l'État français (3), une autre conséquence est de donner à la réglementation française l'assiette territoriale indispensable à toute réglementation;

2° *Le régime civil* qui constitue la *colonie* proprement dite s'établit par la nomination d'un *gouverneur* (4). En soi, l'établissement du régime civil et sa substitution au régime militaire suffit à la constitution du droit de cité local et cela prouve combien sont fondamentales dans le régime d'État la séparation et la subordination de l'élément militaire; mais ce régime civil à partir de ce minimum est susceptible de degrés (5), il y a lieu de distinguer les garanties de législation et les garanties politiques et administratives : *a*) Les garanties de législation que possèdent certaines colonies contre le régime du décret ont été indiquées (p. 33); *b*) les garanties politiques et administratives consistent : 1° en institutions locales, telles que le conseil général de la colonie qui n'existe pas nécessairement (V. *infrà*), telles que des communes françaises de plein exercice, mixtes ou indigènes (V. p. 476); 2° en la représentation de la colonie, soit au conseil supérieur (6),

(1) Les anciens sujets du roi de Tahiti ont acquis de plein droit la nationalité française par la loi du 30 décembre 1880.

(2) C. 4 nov. 1848, art. 109 : « Le territoire de l'Algérie et des colonies est déclaré « territoire français et sera régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale « les place sous le régime de la présente constitution. »

(3) V. D. 16 juillet 1897 — détermination du domaine public à Madagascar.

(4) Les colonies ont droit à un gouverneur faisant partie du personnel de l'Administration des colonies et même à un gouverneur d'une classe plus ou moins élevée (V. D. 2 févr. 1890, 14 mars 1893).

(5) Il n'est d'ailleurs pas égal pour tous les habitants de la colonie tant qu'il subsiste des indigènes non naturalisés et c'est encore une différence avec le régime d'État métropolitain.

(6) Le conseil supérieur des colonies a été créé par le décret du 19 octobre 1883 modifié par plusieurs autres textes (D. 29 mai 1890, 13 juillet 1894, 19 septembre 1896, 17 octobre 1896). a) *Composition :* — Ministre des colonies, Président; Sénateurs et Députés des colonies; 12 délégués élus pour trois ans, à raison de 1 pour chacune des colonies suivantes : Nouvelle-Calédonie, — Etablissements français d'Océanie, — Saint-Pierre et Miquelon, — Guinée française, — Côte d'Ivoire, — Dahomey et dépendances, — Congo français, — Mayotte et dépendances, — Nossi-Bé et dépendances, — Madagascar, — Annam-Tonkin, — Cambodge — (n'ont pas de représentant : le Soudan, le Gabon, l'Oubanghi, Obock, l'archipel de Wallis, etc...); 21 membres de droit pris dans le Conseil d'État et parmi les hauts fonctionnaires des différents ministères; des membres en nombre illimité désignés par le ministre pour leur compétence, les présidents des Chambres de commerce de Paris, — Lyon, — Marseille, — Bordeaux, — Rouen, — le Havre, — Nantes, — Lille, ou leurs délégués; le directeur général de la Caisse des dépôts et consignations, le gouverneur du Crédit foncier, le directeur du Comptoir d'Escompte et celui de la banque d'Indo-Chine, le chef d'état-major du ministère de la Marine, le chef d'état-major du ministère de la Guerre, le directeur du commerce au ministère du Commerce, le secrétaire général du ministère des Colonies, les directeurs

Source : BIU Cujas

des colonies siégeant en la métropole soit au Parlement français (1).

L'avenir de l'empire colonial. — L'empire colonial peut évoluer dans deux directions opposées, ou bien les possessions coloniales tendront à s'assimiler de plus en plus à la métropole, à acquérir le même droit de cité et elles seront finalement des provinces ou des départements de la métropole ; ou bien, elles tendront au contraire à développer leur droit de cité local, en même temps que leur autonomie, elles deviendront alors des États indépendants, elles ne seront plus rattachées à la métropole que par une sorte de fédération impérialiste. Le type fédéral se dessine dans l'empire colonial de la Grande-Bretagne, plusieurs des colonies y sont émancipées au point de posséder un parlement et une législation locale, et par conséquent, de mériter le titre d'États (V. p. 8) ; ce type a pour lui de tenir compte à la fois du caractère lointain des possessions, de la discontinuité territoriale, et aussi de la diversité des populations. Le type centralisateur et assimilateur se concevrait au contraire pour un pays dont les possessions ne présenteraient aucune discontinuité territoriale. Les possessions de la France sont toutes, sinon très lointaines, du moins séparées du territoire métropolitain ; il serait prudent de prévoir des tendances séparatistes lorsque les colonies seront développées et outillées, et de préparer dès maintenant un certain relâchement des liens, mais la France est un pays trop latin pour renoncer facilement au type centralisateur qui fut celui de Rome (2).

du ministère des Colonies, l'inspecteur général des travaux publics au ministère des Colonies. Le conseil supérieur se divise en 4 sections : colonies d'Amérique et Réunion, Continent africain, Indo-Chine, autres colonies. — Une commission permanente du conseil supérieur des colonies a été créée par D. 19 septembre 1896 (2e de cette date), se composant : du ministre des Colonies, Président : 2 sénateurs et 2 députés coloniaux désignés par le ministre, les présidents des chambres de commerce, le directeur du commerce au ministère du Commerce, le secrétaire général du ministère des Colonies, les directeurs du ministère des Colonies, l'inspecteur général des travaux publics au ministère des Colonies. b) *Attributions :* Le conseil supérieur des colonies est purement consultatif ; il donne son avis sur les questions qui lui sont soumises par le ministre des Colonies. Chaque année il doit présenter au ministre un rapport sur ses travaux. *La commission permanente* « donne son avis sur toutes questions intéressant l'expansion commerciale et industrielle de la France dans ses colonies. *Nota.* — A signaler comme une tendance vers un Conseil d'État colonial, le Comité consultatif du contentieux des colonies créé par D. 17 juillet 1894, appelé à « donner son avis sur les questions de droit ainsi que sur les affaires contentieuses qui sont renvoyées à son examen par le ministre des Colonies ». — Composition : D. 9 mars 1896. — Auditeurs près du comité consultatif : D. 30 janv. 1897.

(1) Sénateurs : Martinique, 1 ; Guadeloupe, 1 ; Réunion, 1 ; Inde française, 1 ; Députés : Martinique, 2 ; Guadeloupe, 2 ; Réunion, 2 ; Inde française, 1 ; Guyane, 1 ; Sénégal, 1 ; Cochinchine, 1.

(2) Un projet de loi avait été *déposé par le Gouvernement* le 23 juin 1891 pour assimiler les Antilles et la Réunion à des départements. Comme symptômes de tendances opposées, à signaler la récente organisation de l'Algérie (*infrà*), et le régime financier consacré par la loi du 13 avril 1900, art. 33, pour les colonies.

Source : BIU Cujas

Organisation administrative des colonies. — Les colonies proprement dites, c'est-à-dire les possessions coloniales dotées du régime civil et d'un gouverneur, ont une personnalité administrative reconnue depuis les ordonnances du 26 janvier 1825 et du 27 août 1826; elles ont un domaine, un budget, des services multiples. Elles ont toutes un organe exécutif et un organe délibérant. Elles restent soumises au contrôle de la métropole.

A. L'*organe exécutif* se compose : 1° du gouverneur; 2° d'un secrétaire général et de directeurs; 3° du conseil privé; 4° d'agents d'exécution.

Le *gouverneur* est nommé par le chef de l'État, aucune condition particulière n'est exigée; le décret du 2 février 1890 a établi comme pour les préfets un système de classes et une situation de disponibilité.

Il a comme le préfet un double caractère, il est à la fois agent de l'État et agent de la colonie. En sa qualité d'agent exécutif de la colonie, il exécute les décisions du conseil colonial; comme agent de l'État, ses pouvoirs dépendent des délégations qu'il a reçues. Ils sont en général très étendus, il a, vis-à-vis du conseil colonial et des conseils municipaux, des pouvoirs de dissolution qui dans la métropole n'appartiennent qu'au chef de l'État. Il a un pouvoir réglementaire qu'il exerce par des arrêtés; il a même quelquefois des pouvoirs diplomatiques.

Le secrétaire général et les directeurs. — Le décret du 21 mai 1898 a établi dans la plupart des colonies des secrétaires généraux qui n'ont pas de pouvoirs propres, en remplacement des directeurs de l'intérieur qui avaient des pouvoirs propres et dont la fonction est supprimée. Le gouverneur des colonies désormais administre par lui-même comme un préfet, tandis qu'auparavant il planait au-dessus de l'Administration et ressemblait un peu à un chef d'État. Le secrétaire général de colonie ressemble au secrétaire général de la préfecture, sa fonction principale est de remplacer le gouverneur empêché. Il subsiste des *directeurs* de la justice et des forces militaires.

Le conseil privé est un corps purement consultatif, le gouverneur peut être tenu de prendre son avis, non de le suivre. Il se compose du gouverneur, des chefs de services et de notables désignés administrativement. Sa composition est d'ailleurs variable d'une colonie à l'autre. Grâce à l'adjonction de quelques magistrats, ce conseil se transforme en tribunal administratif sous le nom de *conseil du contentieux.*

B. *L'organe délibérant* est tantôt un *conseil d'administration* composé administrativement par l'adjonction au conseil privé de quelques notables (V. D. 25 juin 1897, *Saint-Pierre* et *Miquelon*); tantôt un conseil élu qu'on appelle *conseil général* (1). Les conseils généraux de colonie se

(1) Les conseils électifs ne réussissent pas partout : Saint-Pierre et Miquelon avaient un conseil général depuis 1885, il a fallu le supprimer et revenir à un conseil d'administration (D. 25 juin 1897) — Dans les Antilles, la situation électorale est faussée par

Source : BIU Cujas

rapprochent des conseils généraux de département, ils sont complétés comme ceux-ci par une commission coloniale tirée de leur sein, et jouant le rôle de la commission départementale.

Ces conseils sont électifs; dans les colonies où il y a des indigènes, ceux-ci sont représentés. Ainsi en est-il dans l'Inde et en Cochinchine. Partout on a découpé dans le territoire des circonscriptions équivalentes au canton. Il y a un conseiller par circonscription. Partout le conseil est divisé en deux séries et renouvelable par moitié; la durée du mandat est tantôt de six ans, tantôt de quatre. Partout on a organisé le système des sessions à époque fixe, tantôt deux, tantôt une, la commission coloniale siégeant dans l'intervalle.

Les attributions de ces conseils coloniaux sont les mêmes en principe que celles des conseils généraux de département : — Au point de vue de l'autorité des décisions, il en est de définitives, de soumises à annulation par décret suivant des formes et des délais variables; il est de simples délibérations soumises à approbation; — Au point de vue des objets des décisions : vote du budget et exercice des droits de la colonie; mais la colonie a plus de droits que le département, le budget notamment est plus important que celui du département, 1° parce que les habitants de la colonie ne payant pas d'impôts d'État, celle-ci a établi pour son compte presque tous les impôts intérieurs qui existent en France; 2° parce que la colonie étant pays isolé peut établir des droits de douane ou d'octroi de mer (1). Le budget est définitivement réglé

la haine des races noire et blanche. Aux Antilles et à la Réunion, l'organisation du conseil colonial date du sénatus-consulte du 4 juillet 1866. Dans les autres colonies elle est plus récente : Guyane (D. 23 sept. 1878); Sénégal (D. 4 févr. 1879); Inde (D. 25 janv. 1879); Cochinchine (D. 8 févr. 1880); Nouvelle-Calédonie (D. 2 avr. 1885); Océanie (D. 28 déc. 1885). La commission coloniale a été établie dans les Antilles et à la Réunion par le décret du 12 juin 1879; à la Guyane par le décret du 28 avril 1882; au Sénégal par le décret du 12 août 1885. — Cfr. Boulard, *Les conseils généraux des colonies*, thèse Toulouse, 1902.

(1) Sur le régime douanier des colonies, v. L. 11 janvier 1892. — Le régime financier des colonies a été gravement modifié par la loi de finances du 13 avril 1900, art. 33, dont voici la teneur : « Art. 33, § 1er : Toutes les dépenses civiles et de gendarmerie sont supportées en principe par le budget des colonies. — Des subventions peuvent être accordées aux colonies sur le budget de l'État. Des contingents peuvent être imposés à chaque colonie jusqu'à concurrence du montant des dépenses militaires qui y sont effectuées; § 2. Les dépenses inscrites au budget des colonies pourvues de conseils généraux sont divisées en dépenses obligatoires et en dépenses facultatives (suit l'indication des dépenses obligatoires); § 3. Les conseils généraux des colonies délibèrent sur le mode d'assiette, les tarifs et les règles de perception des contributions et taxes autres que les droits de douanes qui restent soumis aux dispositions de la loi du 11 janvier 1892; ces délibérations ne seront applicables qu'après avoir été approuvées par des décrets en Conseil d'État. — Il y a lieu de remarquer : 1° l'application progressive du principe que chaque colonie doit suffire à ses propres dépenses, principe qui se trouve posé, non plus seulement pour les dépenses civiles, mais aussi pour les dépenses militaires; 2° le droit reconnu aux conseils généraux des colonies de délibérer sur le mode

Source : BIU Cujas

par arrêté du gouverneur, mais celui-ci n'a pas plus de pouvoirs que le chef de l'État vis-à-vis des conseils généraux, il se borne à pourvoir aux dépenses obligatoires, il ne peut pas modifier les dépenses facultatives.

C. *Contrôle de la métropole.* — Il ne s'exerce pas seulement par l'intermédiaire du gouverneur de colonies, mais aussi par le moyen du corps des *inspecteurs des colonies* réorganisé par la loi du 25 février 1901, art. 54. L'inspection des services par des envoyés directs du ministre existe aussi dans la métropole mais démembrée entre les divers services spéciaux. Ce qui fait l'importance des inspecteurs des colonies c'est que l'inspection de tous les services est concentrée entre leurs mains, il a pour objet : « De sauvegarder les droits des personnes, les intérêts du Trésor et de constater dans tous les services l'observation des lois ». On peut beaucoup attendre, pour l'amélioration de l'administration coloniale, de cette institution du contrôle.

Établissement de l'Algérie. — L'Algérie est dans une situation à part, plus rattachée à la métropole qu'une colonie proprement dite, bien que depuis quelques années on se soit rendu compte qu'il est impossible de dépasser un certain point dans la voie du rattachement et qu'on se soit un peu orienté vers l'autonomie coloniale. Pendant longtemps la tendance avait été à considérer l'Algérie comme un prolongement pur et simple du territoire métropolitain ; c'est dans cet ordre d'idées qu'on l'a divisée en départements semblables à ceux de France (V. p. 438), il avait bien subsisté un gouverneur général, mais il n'avait pas autorité sur les préfets algériens, on avait graduellement diminué ses pouvoirs et des *décrets de rattachement* en 1881 avaient décidé qu'il n'agissait que par délégation du ministre. En outre, l'Algérie n'avait jamais eu d'autonomie financière, son budget était rattaché pour ordre au budget de l'État. Enfin elle n'avait pas de domaine et pas de représentation élue prenant des décisions exécutoires, par conséquent elle n'avait pas de personnalité administrative.

Depuis 1898 une politique plus raisonnable semble prévaloir : *a*) un décret du 22 février 1898 a placé les préfets d'Algérie sous l'autorité du gouverneur général, des décrets du 23 août 1898 et du 27 juin 1901 ont augmenté les attributions de celui-ci et en ont fait vraiment le chef responsable de l'administration locale ; *b*) de plus deux décrets du 23 août 1898 complétés par D. 4 janvier 1900 ont ébauché l'organisation d'une représentation de la colonie par assemblées délibérantes. Cette représentation est confiée à deux organes : 1° les *délégations financières algé-*

d'assiette des contributions locales qui est une véritable attribution législative très différente du simple pouvoir administratif d'établir le *quantum* de l'imposition, seule attribution des conseils généraux des départements et des conseils municipaux (V. *infrà*, *Impôt*).

Source : BIU Cujas

riennes (1), qui représentent auprès du gouvernement général les différentes catégories de contribuables français ou sujets français (colons, contribuables autres que les colons, indigènes musulmans) et qui procèdent de l'élection ; 2° le *conseil supérieur du gouvernement* qui contient des membres de droit, mais aussi des membres élus par les délégations financières et par les conseils généraux du département et qui délibère sur toutes les questions intéressant l'Algérie qui lui sont soumises par le gouverneur. Ces deux assemblées ont une session ordinaire par an, celle du conseil supérieur suivant immédiatement celle des délégations ; elles ont réellement des pouvoirs de délibération car leurs délibérations peuvent être annulées (art. 12 et 13, D. relatif aux délégations ; art. 10, D. relatif au conseil supérieur) ; *c*) enfin la loi du 19 décembre 1900 reconnaît formellement la personnalité morale de l'Algérie et la dote d'un budget propre. Ce budget délibéré par les délégations financières est approuvé ou rejeté par le Conseil supérieur du Gouvernement et réglé par décret. La tutelle de la métropole s'affirme par l'existence de nombreuses dépenses obligatoires ; mais en revanche, dans le vote de l'impôt, les conseils de l'Algérie ont le droit de déterminer l'assiette de celui-ci, ce que nous considérons comme un véritable droit législatif.

(1) V. article Thomas, *Les délégations financières algériennes et le droit public*, Rev. du droit public, 1899, II, p. 52.

Source : BIU Cujas

LIVRE III

LES DROITS DES PERSONNES ADMINISTRATIVES

TITRE PREMIER

LES DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE

Droits de police et moyens de gestion. — Les droits de Puissance publique sont les pouvoirs d'administration qui contiennent de la *puissance de domination sur les hommes libres*, en tant que ces pouvoirs d'administration sont envisagés comme appartenant aux personnes morales administratives (1). Ces droits comportent des

(1) Je ne prétends pas que les pouvoirs qui sont dans les attributions des administrateurs et qui contiennent de la Puissance publique puissent à tous les points de vue être ramenés à des droits appartenant aux personnes morales administratives; mais je soutiens qu'ils peuvent l'être à certains égards, jusqu'à un certain point, et que cela présente de l'intérêt. C'est ainsi que les pouvoirs de police eux-mêmes, s'ils se manifestent dans l'exécution d'un service de police, peuvent engager la responsabilité pécuniaire des administrations et par conséquent se conduire dans cette hypothèse comme des droits subjectifs incorrectement exercés (V. la théorie de la gestion publique, p. 204, cfr. pp. 194 et 246). C'est par des distinctions analogues à celle de la voie d'autorité (où les pouvoirs administratifs ne prennent pas la figure de droits) et de la voie de gestion publique (où ils prennent figure de droits) qu'il convient de répondre aux auteurs qui nient l'existence des droits de Puissance publique.

Source : BIU Cujas

prérogatives, c'est-à-dire des privilèges exorbitants du droit commun; ils se divisent en deux groupes, les *droits de police* et les *moyens de gestion*.

Dans les droits de police la puissance se traduit par l'*imperium*, c'est-à-dire par le pouvoir réglementaire, par la disposition de la force publique et par l'organisation des services publics, elle a pour but le maintien de l'ordre public ou de la paix publique; dans les moyens de gestion la Puissance publique se traduit par des modes particuliers de possession ou d'acquisition qui comportent des prérogatives (expropriation, impôts, travaux publics, recrutement des fonctionnaires, etc.), elle a pour but de procurer l'administration des éléments de la chose publique employés à l'exécution des services publics, c'est-à-dire l'administration des fonctions publiques, du domaine public, des matières publiques et des finances publiques (1).

D'une certaine façon les droits de police et les moyens de gestion sont séparés, et c'est même un principe de notre droit public que la police de l'ordre public ne doit pas être mise au service des intérêts domaniaux ou fiscaux, principe bien opposé à celui du droit féodal qui admettait au contraire que la police fût l'occasion d'une foule de redevances et de droits utiles (2). Mais, d'autre part, la police est toujours juxtaposée à la gestion et toujours la domine, même dans les opérations qui paraissent principalement domaniales ou financières, cela signifie que l'État est une organisation essentiellement politique, non point une entreprise économique; c'est ainsi que tout service public organisé, même celui des impôts ou des travaux publics, est dirigé et réglementé en vertu de la police; c'est ainsi que si des travaux d'intérêt public peuvent

(1) Les moyens de gestion sont donc des droits de Puissance publique. C'est une des vérités les plus méconnues, bien des gens s'obstinent à ramener au droit commun ces moyens de gestion. Il est cependant évident que le droit d'expropriation et le droit d'impôt sont exorbitants du droit commun; il en est de même du droit de travaux publics avec la série des dommages exceptionnels que son exercice entraîne pour les propriétés (V. C. É., 11 mai 1883, *Chamboredon*, conclusions Levavasseur de Précourt).

(2) Ce principe est établi par les applications suivantes : 1° La police du domaine public ne peut pas être employée en vue d'augmenter le rendement pécuniaire du domaine, les décisions prises par les autorités administratives chargées de cette police qui sont inspirées de cette pensée lucrative, sont annulées pour détournement de pouvoir (V. p. 290 les arrêts cités); 2° Les redevances pécuniaires perçues à l'occasion de la location du domaine public ou des concessions faites sur le domaine public doivent être expliquées, non point par le droit de police et de surintendance que l'Administration aurait sur ce domaine, mais par l'idée de la propriété du domaine qui appartiendrait à l'Administration (Voy. *infrà*, *Domaine public*); 3° Lorsque, par hasard, des redevances pécuniaires sont perçues à l'occasion de certains actes relevant de la police, droits d'examen, par exemple, droits de diplôme, taxe militaire, etc...; ces redevances tendent à se séparer de l'opération à l'occasion de laquelle elles sont perçues et prennent la physionomie d'un impôt, par exemple, les droits d'examen dans les Facultés sont versés entre les mains du percepteur; la taxe militaire est perçue comme une contribution directe.

Source : BIU Cujas

exceptionnellement être entrepris dans l'unique but de créer des plus-values (cas des travaux d'association syndicale), les véritables travaux publics répondent à des préoccupations de police, assainissement, sécurité publique, etc... ; c'est ainsi que la possession du domaine public donne lieu à une police, ainsi encore que les rapports entre l'administration et ses fonctionnaires sont un mélange de police et de gestion où la police domine, etc. (V. la fonction administrative, p. 183).

Rapports qui existent entre les droits de puissance publique et les droits individuels des citoyens. — Une des préoccupations du droit public moderne est de réduire au minimum strictement exigé par la nécessité publique les atteintes portées aux libertés individuelles par l'exercice des droits de puissance publique. Les garanties établies à cet effet sont constitutives du régime d'État, voici les principales :

1° *Pas d'expropriation par mesure de police.* La dépossession définitive ne peut résulter que de la procédure légale de l'expropriation avec les garanties que celle-ci comporte (V. *infrà*, *Expropriation indirecte*, et *suprà*, la *Voie de fait*, p. 237 ; l'exécution préalable, p. 228).

2° *Ni charge ni obligation nouvelle sans une loi*, par conséquent protection de la légalité, subordination du règlement à la loi (V. p. 28 et s. et sur l'absence de cette garantie aux colonies, p. 33) ;

3° *Égalité des charges pour tout le monde.* — Ce principe qui est le fondement même du régime d'État est la grande garantie contre l'excès des impôts ; le jour où l'on se sera départi de la proportionnalité qui est ici l'expression de l'égalité, il n'y aura plus aucun frein dans l'établissement d'impôts que tous ne paieront pas (V. *infrà*, *Impôts*). Ce même principe est le fondement dernier de toutes les théories qui assurent des indemnités aux administrés qui éprouvent des préjudices spéciaux à la suite de certaines opérations administratives, notamment dans la matière des indemnités pour les servitudes d'utilité publique imposées à la propriété. Lorsque l'opération administrative accomplie a pour résultat d'amener au profit de la masse des administrés la création d'une plus-value, ce qui se rencontre dans les travaux publics, le principe de l'égalité devant les charges acquiert une valeur particulière, car il serait insupportable que certains administrés souffrissent d'une opération qui profite à tous les autres, de là la théorie des dommages résultant des travaux publics (V. p. 239 et *infrà*, *Travaux publics*).

Des règles de droit qui doivent être appliquées aux droits de puissance publique. — Du moment que les droits de puissance publique dépassent les droits privés par les effets exorbitants qu'ils entraînent, il est clair que les règles du droit privé, et spécialement celles du Code civil, ne peuvent pas s'y appliquer *de plano*, puisque ces règles sont faites à la mesure des droits privés. Il faut donc se défier des tentatives d'assimilation entre les opérations de puissance publique et les opérations privées. Même pour les situations de gestion qui se rapprochent des

Source : BIU Cujas

situations contractuelles, il faut se défier de l'assimilation avec les contrats ordinaires; on a voulu, par exemple, bien des fois, définir la situation du fonctionnaire en disant qu'il y avait entre l'administration et lui contrat de louage ou contrat de mandat ordinaire, cela n'est pas exact, la situation du fonctionnaire est purement réglementaire, elle tient à la fois de la police et de la gestion publique; en tant que la situation du fonctionnaire participe de la gestion publique elle se rapproche de la situation contractuelle, mais sans jamais y atteindre. Même les contrats administratifs, tels que les marchés de travaux publics ou les marchés de fournitures, sont fortement influencés par la situation de gestion publique dans laquelle ils interviennent et cela entraîne non seulement des clauses exorbitantes, mais, à notre avis, des principes d'interprétation particuliers (V. *infrà*). Aux droits de puissance publique, qui sont spéciaux, il faut des règles spéciales qui sont la substance propre du droit administratif, elles se tirent soit de la légalité et des principes fondamentaux de celle-ci, soit de la nature même des engagements contractés par la Puissance publique dans la gestion publique.

De la concession des droits de puissance publique. — En principe, les droits de Puissance publique ne doivent être exercés que par l'État ou par les personnes administratives membres de l'État. Il arrive cependant que l'exercice de quelqu'un de ces droits soit concédé temporairement à des organisations privées. C'est ainsi que les compagnies de chemin de fer ont la concession d'une dépendance du domaine public, la voie ferrée, et en outre celle du droit de lever une taxe sur le public; c'est ainsi que la Banque de France a la concession du droit d'émettre des billets de banque; c'est ainsi que les compagnies de colonisation peuvent avoir la concession de divers droits, notamment le monopole de certains commerces ou de certaines industries, le droit d'établir certains péages, d'organiser certaines forces de police, etc.

Faisons remarquer : 1° que les concessions *de droits de Puissance publique*, quelles qu'elles soient, ne donnent jamais au concessionnaire le droit lui-même, mais seulement l'exercice du droit, c'est-à-dire une possession précaire. En ce sens, on peut dire que tous les droits de puissance publique sont entre les mains de l'État *inaliénables et imprescriptibles*, et que l'inaliénabilité spéciale des dépendances du domaine public est bien moins une exception qu'une application de la règle; 2° que, par suite, ces concessions sont essentiellement révocables ou rachetables, en tout cas temporaires; 3° qu'une règle d'interprétation importante doit être posée pour les contrats contenant des concessions de ce genre, à savoir qu'ils doivent être interprétés restrictivement, la Puissance publique étant censée ne se lier que dans la limite des clauses formellement stipulées (V. *infrà*, des applications de cette idée à propos des concessions d'éclairage au gaz et des concessions de chemin de fer).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE I

LES DROITS DE POLICE

Section I. — Les pouvoirs et les droits contenus dans la police.

La police est suivant l'expression de nos anciens auteurs le *règlement de la cité*, c'est-à-dire le maintien de l'ordre public assuré par une sage réglementation appuyée sur la force publique et sur des organisations publiques (1).

La police, en effet, a pour but d'assurer l'ordre public, mais elle atteint ce but par deux procédés : 1° au moyen d'une contrainte directe exercée sur les administrés, par des injonctions, des interdictions, des réglementations dont la force publique garantit l'obéissance; 2° au moyen de l'organisation des services publics qui, indirectement, par les facilités qu'ils créent et les satisfactions qu'ils donnent, sont condition de l'ordre et derrière lesquels d'ailleurs apparaissent encore la réglementation et la force publique.

La police, pour atteindre son but et dans les deux procédés qu'elle emploie, use donc de trois pouvoirs ou de trois droits : le pouvoir réglementaire, le droit de disposer de la force publique, le droit de créer, d'organiser et de diriger des services publics. En fait, par leur exercice même ces pouvoirs s'enchevêtrent : l'organisation des services publics donne lieu à une réglementation de ces services; en sens inverse le soin de veiller à l'observation des règlements de police est confié à un service organisé, celui des commissaires et agents de police; la force publique de son côté, surtout la force armée, donne lieu à la gestion de nombreux services et à une copieuse réglementation; mais cette complication inhérente à la vie n'empêche point que par l'analyse on ne puisse isoler le pouvoir réglementaire, le droit de disposer de la force publique, le droit en vertu duquel est créé, organisé ou dirigé tel ou tel service public.

Il a été traité du pouvoir réglementaire au début de cet ouvrage, p. 22 et s., nous n'y reviendrons pas; rappelons-nous seulement qu'il a été pris une précaution contre les abus possibles de ce pouvoir par la

(1) Cfr. *Dictionnaire* de Ferrière, v° *Police*.

Source : BIU Cujas

subordination constitutionnelle du règlement à la loi et par le principe de l'illégalité des règlements qui empiètent sur la matière de la loi (p. 28) ; c'est une des règles essentielles par lesquelles le régime d'État se défend contre les envahissements de l'État organisme public.

Nous n'avons pas le loisir d'étudier ici à fond les différents droits en vertu desquels l'État organise et dirige tels ou tels services. Si l'État a organisé un service des postes, un service des transports, un service de l'enseignement, un service de l'état civil, un service des hypothèques, etc., il est bien clair que cela suppose à son actif un certain monopole des postes, un certain droit d'enseignement, un certain droit à faire authentiquer les principaux événements de la vie privée, etc... Si une commune organise un service d'éclairage au gaz ou de tramways, c'est bien aussi qu'elle en a le droit. Mais quelle est la liste de ces droits et quelle est l'étendue de chacun d'eux, c'est ce qu'il serait fort long de déduire. Le régime d'État, ici, se trouve un peu désarmé contre l'envahissement de l'organisme public ; il n'y a aucune garantie constitutionnelle ou légale contre la création des services. La matière est abandonnée à la sagesse des pouvoirs publics. Au fond, c'est la question même de la compétence de la fonction administrative à laquelle nous avons touché déjà à diverses reprises (p. 181 et s.). Rappelons seulement qu'à défaut de garanties légales contre la multiplication des services et les abus de l'intervention de l'État, on peut ériger cette barrière doctrinale, savoir que les services publics, même ceux dont l'objet le plus immédiat est économique, ne doivent être organisés que comme des moyens de police, dans un but de police et en vertu de droits de police. Le monopole des postes, par exemple, ne se justifie que par l'intérêt supérieur de police qu'il y a à assurer la rapidité et la sécurité des communications ; les monopoles financiers comme celui des tabacs ou celui de l'alcool ne se justifient pas d'un point de vue strictement financier, mais d'un point de vue d'hygiène ou de salubrité publique, et de ce point de vue politique qu'il ne faut pas demander toutes les ressources de l'État à l'impôt direct. De ce point de vue, quoi qu'on en ait dit, la méthode juridique n'est pas stérile car, en permettant d'analyser les droits sur lesquels reposent les services publics, elle permet de contrôler leur caractère de droits de police (1).

(1) Il n'est pas douteux que le service des cultes n'ait été rétabli par le premier consul et n'ait été maintenu depuis par les divers gouvernements dans une pensée de police. Le service de l'enseignement s'explique lui aussi par une préoccupation de haute police, etc. Enfin, à titre d'exemple, il est intéressant de montrer combien de droits accessoires ou de services s'expliquent par un droit fondamental de l'État que l'on peut appeler le *droit d'authentication*, qui est le droit de garantir la vérité des faits ou la qualité des choses le tout dans un intérêt de police. Au groupe des droits d'authentication appartiennent : 1° Le droit de battre monnaie et le service des monnaies (D. 11 sept. 1790 ; D. 21, 27 mai 1791 ; O. 8, 26 déc. 1827 ; L. 21 juin 1871 ; L. 31 juill. 1879) ; 2° Le droit de créer de la monnaie fiduciaire ou papier-monnaie. Ce droit est actuellement concédé à la Banque de France pour la métropole et à certaines banques

Source : BIU Cujas

Nous traiterons seulement ici du droit de disposer de la force publique et de l'organisation de la force armée.

I. Le droit de disposer de la force publique a donné lieu à l'organisation de garanties dans l'intérêt de la liberté. Il existe une séparation radicale entre les autorités qui ont le droit de mettre en mouvement la force publique et les agents qui constituent à proprement parler cette force (1). Outre que cette séparation introduit un contrôle dans l'emploi de la force publique, elle assigne aux agents qui la représentent une situation subalterne; elle traduit dans les faits cette maxime si souvent proclamée par les textes révolutionnaires, que la force publique est essentiellement « obéissante (2) ». Cette séparation signifie que le pays vit sous un régime de « légalité, » que la loi est en général volontairement obéie, que les résistances et les infractions sont exceptionnelles, que, par suite, la force et la contrainte n'ont pas besoin d'être employées constamment, qu'elles peuvent être reléguées à l'arrière-plan. Elle signifie, en outre, que le pays vit sous un régime « civil » et non sous un régime militaire, puisque l'armée fait partie de cette force publique essentiellement obéissante et subordonnée.

Subordination de la force publique à l'administration civile et subordination de l'administration civile à la loi, toutes ces données qui domi-

coloniales (L. 22 avr. 1806; L. 17 mai 1834; L. 25 janv. 1893; Banque de l'Indo-Chine, D. 21 janv. 1875; Banque de l'Algérie, L. 4 août 1851; L. 3 avr. 1880); 3° Le droit de garantie des objets d'or et d'argent (L. 19 brum. an VI; L. 30 mars 1872; D. 27 juill. 1878); 4° Le droit de garantie des marques de fabrique et de commerce (L. 26 nov. 1873); 5° Le droit de vérification des poids et mesures et le service de vérification (L. 4 juill. 1837; O. 18 avr. 1839; D. 5 nov. 1852, etc.); 6° Le droit d'instituer des officiers ministériels dont la mission est de conférer l'authenticité à certains actes de la vie civile, tels que notaires, avoués, huissiers, commissaires-priseurs, agents de change; 7° Le droit de tenir des registres publics où se trouve authentiquement constaté l'état civil des personnes; 8° Le droit de tenir des registres publics où se trouvent authentiquement constatés l'état des parcelles territoriales, les mutations de propriété et les inscriptions d'hypothèques et de privilèges (cadastre, registres du conservateur des hypothèques); 9° Le droit de collation des grades et le service des examens. Par mesure d'ordre, l'État ne permet l'exercice d'aucune profession importante supposant du savoir, sans qu'il soit établi que le savoir nécessaire est acquis par le candidat, c'est lui qui en certifie l'existence par la collation d'un grade précédée d'un examen. Les jurys d'examinateurs déclarent l'aptitude au grade, le ministre décerne le grade. Sur la nature de ces opérations administratives, Cfr. Cons. d'Ét., 16 nov. 1894, *Brault et autres*, S. 96. 3. 65 et la note.

(1) Cette séparation est analogue à celle qui existe en matière de comptabilité publique entre les ordonnateurs et les comptables. De même que les ordonnateurs n'ont pas le maniement des deniers, de même les autorités administratives ou judiciaires n'ont pas le maniement direct de la force publique; de même que les comptables ne peuvent pas payer une dépense sans un ordre de l'ordonnateur, de même les agents qui ont le commandement direct de la force publique ne peuvent point employer celle-ci sans un ordre ou une réquisition d'une autorité compétente.

(2) C. 24 juin 1793, art. 112; C. 5 fructidor an III, art. 275.

Source : BIU Cujas

nent la matière des droits de police doivent être considérées comme conditions du régime d'État (V. p. 14).

Il convient de distinguer parmi les agents de la force publique, les agents civils et la force armée :

1° Doivent être considérés comme agents civils ou agents de la force publique proprement dite, ceux qui sont pourvus d'armes, mais qui en temps ordinaire ne font pas partie de l'armée. Tels sont les agents des douanes et des forêts, les gardes champêtres et les agents de police. Ces agents sont à la disposition des autorités compétentes en ce sens qu'il leur est donné des *ordres* même verbaux; et ceux d'entre eux qui sont communaux sont à la disposition des autorités communales en vertu d'un pouvoir propre de celles-ci, tandis que le droit de requérir la force armée dont il va être parlé n'appartient aux autorités communales qu'en vertu d'une délégation de l'État;

2° Doivent être considérés comme éléments de la force armée, les troupes de l'armée de terre et de mer et la gendarmerie; il ne leur est pas donné d'ordres, il leur est adressé des *réquisitions*, lesquelles sont astreintes à des règles sévères (1).

Les autorités qui ont le droit de mettre en mouvement la force publique

(1) Voici ces règles (L. 10 juill. 1791, art. 9, 13, 16, 17, 19; — L. 3 août 1791, art. 20, 22, 23; — Règlement sur le service des places du 13 oct. 1863, art. 211, etc.; — Circ. min. 4 déc. 1880) : 1° Nulle troupe ne doit agir que d'après les réquisitions *écrites* des autorités qui en ont le droit. Cependant en cas de flagrant délit et d'urgence, on n'attendra pas, pour agir, d'avoir reçu une réquisition écrite ou d'avoir pu se concerter avec les officiers civils. Le commandant des troupes ou du détachement prendra immédiatement les mesures qu'il jugera nécessaires pour disperser les rassemblements ou pour repousser l'agression dont il est l'objet (Art. 25. L. du 3 août 1791 ; art. 87, 92, 211 et 212, règlement pour le service des places); 2° La réquisition doit être faite dans la forme indiquée à l'art. 22, loi du 3 août 1791 : « Nous... requérons en vertu de la loi, M..... commandant, etc..... de prêter le secours des troupes de ligne ou de la gendarmerie nationale, nécessaire pour..... Pour la garantie dudit commandant, nous apposons notre signature »; 3° La réquisition doit indiquer clairement le but à atteindre, mais elle doit laisser au chef militaire le choix des moyens pour y arriver, après s'être concerté autant que possible avec les officiers civils auteurs de la réquisition; 4° Le fonctionnaire civil responsable du maintien de l'ordre reste seul juge du moment où la force armée doit intervenir, mais l'autorité militaire ne doit pas être prise à l'improviste par une réquisition, elle doit autant que possible recevoir des avis préalables (Circulaire, 21 juin 1869); 5° Nulle troupe, même requise, ne doit sortir de sa division sans un ordre donné par le général commandant le corps d'armée, ou de son département sans un ordre du général de division à qui le pouvoir est délégué. Nulle troupe, même requise, ne doit quitter la ville où elle se trouve sans un ordre du général commandant la subdivision. Le pouvoir de répondre aux réquisitions légales pour agir en dehors de la ville où ils sont établis, peut être délégué aux commandants de garnison et de détachement par les généraux commandant les divisions et subdivisions (Circ. 15 mars 1848), mais sous la condition de rendre compte immédiatement. Dans les cas de flagrant délit et d'urgence, une troupe peut toujours sortir de sa circonscription. Quant aux conditions dans lesquelles la troupe peut faire usage de ses armes, V. loi sur les attroupements du 7 juin 1848, et règlement sur le service des places.

Source : BIU Cujas

en temps de paix sont : Le chef de l'Etat, les préfets, les sous-préfets, les représentants du ministère public, les commissaires de police, les officiers et sous-officiers de gendarmerie, les maires ou adjoints, il faut y joindre les présidents de la Chambre des députés et du Sénat pour assurer la sécurité de ces assemblées, les présidents des bureaux de vote pour assurer le maintien de l'ordre pendant la durée du scrutin, les magistrats sur leur siège pour assurer la police de l'audience (1). En temps de guerre et en cas d'état de siège, il y a des règles spéciales.

La force publique ne peut être mise en mouvement que dans certains cas déterminés et avec certaines formes. Les principaux cas sont : l'attroupement qui comprend l'émeute et l'insurrection (V. L. 7 juin 1848); l'exécution des décisions juridictionnelles; l'exécution de certaines mesures de police telles que expulsions administratives, saisies administratives, abatages d'animaux contaminés, etc. Son action peut s'exercer soit contre les personnes : expulsions, arrestations, détentions, exécutions capitales, usage des armes dans la rue; soit contre les biens : perquisitions, prise de possession de locaux et d'immeubles, saisie ou destruction d'objets mobiliers, etc.

II. *L'organisation de la force armée et le service militaire.* — L'organisation de la force armée repose sur les principes suivants : 1° Il y a pour tous les Français mâles obligation de fournir personnellement un service militaire; 2° ce service personnel est réglé de façon à assurer par une période d'activité l'existence d'une armée permanente et par des périodes de disponibilité, l'existence de troupes de réserve; 3° un système d'engagements et de rengagements permet de combiner des éléments qui acceptent le métier des armes avec les recrues fournies par le service obligatoire; 4° il y a trois forces armées : l'armée de terre ou métropolitaine, l'armée coloniale, les équipages de la flotte : l'armée de terre est alimentée par le service obligatoire et par des engagements volontaires ou rengagements; l'armée coloniale est alimentée par le service obligatoire en ce qui concerne les contingents coloniaux et pour le surplus par des engagements volontaires ou rengagements (L. 7 juill. 1900, art. 14; L. 30 juill. 1893); les équipages de la flotte sont alimentés par le service obligatoire et par le régime d'inscription maritime qui est un régime d'engagements. — Cette organisation dans ses lignes générales paraît destinée à durer longtemps, car elle répond avec une souplesse suffisante aux nécessités d'une défense qui doit protéger à la fois sur terre et sur mer la métropole et ses possessions coloniales; elle fait contribuer à cette défense la plus grande masse d'hommes possible, tout en ne suspendant pas la vie intellectuelle et économique du pays; enfin elle fait défendre le pays par les enfants du pays, tous également, et non par des mercenaires. Tout ce que l'on peut prévoir, ce sont des réduc-

(1) Cfr. sur tous ces points, Rochoux, *op. cit.*, p. 157 et s.

Source : BIU Cujas

tions dans la durée du service obligatoire actif et une augmentation de la proportion des rengagés pour assurer la solidité des cadres malgré la réduction du service actif (V. l'appendice à la fin du volume) (1).

Nous ne traiterons pas de l'organisation de l'armée mais seulement des opérations du recrutement qui comportent : 1° la conscription pour le service obligatoire; 2° l'inscription maritime; 3° les engagements et rengagements.

I. *La conscription pour le service militaire obligatoire.* A. *Dispositions générales de la loi du 15 juillet 1889* (2). — 1° Le service militaire est égal pour tous. Tout Français doit le service militaire. Pour la question de savoir qui est Français, la loi, dans son art. 3, renvoie à la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, mais dans l'art. 11, elle pose des règles qu'il faut combiner avec celles de la loi du 26 juin. Par une disposition en partie nouvelle, l'obligation du service est étendue aux Français ou naturalisés Français de l'Algérie et des colonies, sous les distinctions faites par l'art. 81. Les Français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de la Réunion, sont soumis à toutes les obligations de la loi. Ceux de l'Algérie et des autres colonies ne font, en principe, qu'une année de service actif. Les dispenses de service qui existaient dans la législation antérieure, soit pour les membres du clergé, soit pour les membres de l'en-

(1) Cette armée moderne n'a pas été créée d'une seule pièce, il s'en faut, bien des lois se sont succédées depuis un siècle (19 fructidor an VI, 10 mars 1818, 21 mars 1832, 1er févr. 1868, 27 juill. 1872, 15 juill. 1889, 24 déc. 1896, 7 juill. 1900).

Le principe du service militaire obligatoire pour tous a été proclamé par l'Assemblée constituante dans un décret du 4 mars 1791, et de nouveau dans la loi du 19 fructidor an VI qui organisa la *conscription*, mais presque tout de suite on admit le tirage au sort qui dispensait certains conscrits de l'appel, et la faculté de se faire remplacer pour ceux qui étaient réellement appelés. Cette organisation a duré jusqu'en 1872 avec des modifications de détail, soit dans la façon d'appliquer le tirage au sort, soit dans la façon d'admettre le remplacement. La loi du 27 juillet 1872 supprima le remplacement, le service devint réellement obligatoire pour tous, seulement, pour la partie aisée de la nation, on organisa le volontariat d'un an qui était une exonération partielle à prix d'argent. Cette exception même parut à la longue fâcheuse, et la loi du 15 juillet 1889 l'a supprimée. En principe, d'après cette loi, tout le monde fait le même temps de service actif, c'est-à-dire trois ans; le tirage au sort n'a presque plus de signification, il sert à former une seconde partie du contingent qui peut être renvoyée dans ses foyers au bout d'un an, mais qui n'y a pas droit. Seuls, les jeunes gens qui poursuivent des études élevées peuvent, en obtenant certains diplômes, réduire leur temps de service à un an.

Le principe de l'organisation des réserves apparaît également dans les lois révolutionnaires, et des levées en masse furent faites par la Convention. Mais pour trouver un rudiment d'organisation réelle, il faut venir à la loi du 1er février 1868 qui créa une réserve et une garde nationale mobile ; malheureusement, ces réserves ne furent pas exercées. La loi du 27 juillet 1872 refondit cette organisation, elle créa une réserve de l'armée active, une armée territoriale et une réserve de l'armée territoriale, le service dans ces réserves se prolongeait jusqu'à quarante ans ; la loi de 1889 l'a reporté jusqu'à quarante-cinq ans. Enfin la loi du 24 décembre 1896 a réorganisé l'inscription maritime et la loi du 7 juillet 1900 l'armée coloniale.

(2) *Bibliographie*, Ch. Rabany, *Loi sur le recrutement*, 2 vol., 2e édit.

Source : BIU Cujas

seignement, sont supprimées ; seulement, par application de l'art. 23, ces deux catégories de citoyens pourront ne faire qu'une année de service actif (V. *infrà*, p. suiv.) ;

2° Le service militaire est un droit et un honneur en même temps qu'une obligation, les indignes doivent être privés de l'honneur mais il ne faut pas que leur indignité les exonère de la charge. La conclusion est qu'ils ne feront pas leur service militaire dans l'armée ordinaire, mais qu'ils le feront dans des corps spéciaux et d'une façon plus dure (V. les art. 4, 5, 6, 48, L. 15 juill. 1889 et LL. 24 mars et 1er mai 1897). Les uns sont mis à la disposition du ministre de la Marine, les autres sont incorporés dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique ;

3° Afin d'augmenter la solidité de l'armée, et surtout celle du cadre des sous-officiers, des récompenses sont offertes à ceux qui prolongent le temps de service requis par des engagements ou rengagements. Certains emplois salariés de l'État ou des départements sont réservés à ces rengagés à l'expiration du service (V. art. 84) ;

4° Il n'y a qu'une armée, par conséquent tout corps organisé, quand il est sous les armes, fait partie de l'armée et est soumis aux lois militaires (art. 8) : Douaniers (D. 22 sept. 1882) ; chasseurs forestiers, (*idem*) ; sapeurs-pompiers (D. 29 déc. 1875) ; sociétés de tir et de gymnastique (Décis. 16 juin 1886) ; bataillons scolaires (D. 6 juill. 1882).

B. *Obligations résultant du service militaire.* — Les obligations sont de deux sortes : 1° Le service militaire accompli réellement ; 2° La taxe militaire à la charge de ceux qui n'accomplissent pas complètement le service. Le service militaire a une durée de vingt-cinq années, il tient l'homme de vingt ans révolus à quarante-cinq ans révolus (art. 2) : « Tout Français *reconnu propre* au service militaire fait partie successivement de l'armée active pendant trois ans, de la réserve de l'armée active pendant dix ans, de l'armée territoriale pendant six ans, de la réserve de l'armée territoriale pendant six ans » (Art. 37, modifié par la loi du 19 juillet 1892) (1).

1° *Du service dans l'armée active.* — Le service s'accomplit, soit dans l'armée de terre, soit dans l'armée de mer (en effet, l'inscription maritime ne suffit pas à fournir les équipages de la flotte), la répartition se fait suivant les règles de l'art. 43. La répartition entre les différentes armes de chaque armée est opérée par le bureau de recrutement, administrativement, d'après les qualités physiques ou professionnelles de

(1) L'art. 38 explique que le service est réglé par classes et précise les classes qui font partie de l'armée active, de la réserve etc... L'art. 40 fixe le point de départ de la durée du service ; c'est le 1er novembre de l'année de l'inscription sur les tableaux du recensement, autrefois c'était le 1er juillet.

On appelle *exemptés* ceux que leurs infirmités rendent impropres à tout service (V. art. 20). Les Français résidant à l'étranger sont exemptés de service en temps de paix dans les conditions de l'art. 50.

Source : BIU Cujas

l'homme. La loi n'a pas prescrit le recrutement régional, liberté est laissée au ministre. Les hommes en service actif ne peuvent pas se marier sans autorisation.

Exceptions au service actif de trois ans. — Tous les hommes reconnus propres au service militaire ne font pas trois ans de service, et il y a des catégories nombreuses à établir : *a*) Les hommes classés dans *les services auxiliaires* à raison de défauts physiques (art. 20) ; Ceux-ci ne font pas du tout de service actif en temps de paix, ils sont astreints seulement à des revues d'appel, ils ne sont appelés qu'en temps de guerre. Ils peuvent se marier sans autorisation ; *b*) Les hommes envoyés *en disponibilité* après une année de service comme faisant partie de la seconde portion du contingent, par suite de nécessités budgétaires (art. 39-46). Ils peuvent se marier sans autorisation ; *c*) Les hommes envoyés *en congé* sur leur demande, après une année de service, à titre de *dispensés*, il y en a trois catégories :

α) *Les soutiens de famille légaux* (Art. 21, modifié par les lois du 6 nov. 1890 ; 20 juill. 1895 ; 13 mars 1896 et 26 mars 1898) ;

β) *Les soutiens de famille effectifs* (art. 22), *adde*, art. 45, L. 25 févr. 1901 ;

γ) *Les dispensés conditionnellement* à raison d'études utiles à la société. La dispense est conditionnelle, en ce sens que si l'emploi ou le diplôme visé n'est pas obtenu avant un certain délai, la dispense disparaît (il est d'ailleurs permis de viser plusieurs causes de dispense à la fois (Cons. d'Ét., 27 avr. 1894, *Isaïe Levaillant*) (1).

(1) Art. 23 modifié par la loi du 26 décembre 1892. — En temps de paix, après un an de présence sous les drapeaux, sont envoyés en congé dans leurs foyers, sur leur demande, jusqu'à la date de leur passage dans la réserve :

1° Les jeunes gens qui contractent l'engagement de servir pendant dix ans dans les fonctions de l'instruction publique, dans les institutions nationales de sourds-muets ou de jeunes aveugles dépendant du ministère de l'Intérieur, et y rempliront effectivement un emploi de professeur, de maître répétiteur ou d'instituteur ; les instituteurs laïques, ainsi que les novices et membres des congrégations religieuses vouées à l'enseignement et reconnues d'utilité publique, qui prennent l'engagement de servir pendant dix ans dans les écoles françaises d'Orient et d'Afrique subventionnées par le Gouvernement français ; les jeunes gens occupant des fonctions régulières dans les écoles publiques qui relèvent du ministère du Commerce ou des sections normales préparatoires au professorat industriel ou commercial.

2° Les jeunes gens qui ont obtenu ou qui poursuivent leurs études en vue d'obtenir :

Soit le diplôme de licencié ès lettres, ès sciences, de docteur en droit, de docteur en médecine, de pharmacien de 1re classe, de vétérinaire, ou le titre d'interne des hôpitaux nommé au concours dans une ville où il existe une faculté de médecine, soit le diplôme délivré par l'école des Chartes et l'école des langues orientales vivantes ; soit le diplôme supérieur délivré aux élèves externes par l'école des ponts et chaussées, l'école supérieure des mines, l'école du génie maritime ; soit le diplôme supérieur délivré par l'Institut national agronomique ; l'école des haras du Pin aux élèves internes ; les écoles nationales d'agriculture de Grandjouan, de Grignon et de Montpellier ; l'école des Mines de Saint-Étienne, les écoles des maîtres ouvriers mineurs d'Alais et de Douai, les écoles

Source : BIU Cujas

Observations. — En vertu de l'art. 59, modifié par la loi du 11 juillet 1892, tous les jeunes gens qui se trouvent dans le cas de l'art. 23 peuvent, lorsqu'ils sont âgés de dix-huit ans accomplis, contracter l'engagement volontaire, tout en réclamant le bénéfice de l'art. 23.

Les jeunes gens qui ont fait une année de service en invoquant l'art. 23

nationales d'arts et métiers d'Aix, d'Angers et de Châlons, l'école des hautes études commerciales et les écoles supérieures de commerce reconnues par l'État; soit l'un des prix de Rome, soit un prix ou médaille d'État dans les concours annuels de l'école nationale des beaux-arts, du Conservatoire de musique et de l'école nationale des arts décoratifs ;

3° Les jeunes gens exerçant les industries d'art qui sont désignés par un jury d'État départemental formé d'ouvriers et de patrons. Le nombre de ces jeunes gens ne pourra en aucun cas dépasser un demi pour 100 du contingent à incorporer pour trois ans.

4° Les jeunes gens admis, à titre d'élèves ecclésiastiques, à continuer leurs études en vue d'exercer le ministère dans l'un des cultes reconnus par l'État. En cas de mobilisation, les étudiants en médecine et en pharmacie et les élèves ecclésiastiques sont versés dans le service de santé.

Tous les jeunes gens énumérés ci-dessus seront rappelés pendant quatre semaines dans le cours de l'année qui précédera leur passage dans la réserve de l'armée active. Ils suivront ensuite le sort de la classe à laquelle ils appartiennent.

Des règlements d'administration publique détermineront : les conditions dans lesquelles sera contracté l'engagement décennal visé au § 1er ; les justifications à produire par les jeunes gens visés aux §§ 2 et 5, soit au moment de leur demande, soit chaque année pendant la durée de leurs études; la nomenclature des industries d'art qui donneront lieu à la dispense prévue au § 3, le mode de répartition de ces dispenses entre les départements, le mode de constitution du jury d'État pour les ouvriers d'art, ainsi que les justifications annuelles d'aptitude de travail et d'exercice régulier de leur profession que les jeunes gens dispensés sur la proposition du jury devront fournir jusqu'à l'âge de vingt-six ans. Les mêmes règlements fixeront le nombre des diplômes supérieurs à délivrer annuellement, en vue de la dispense du service militaire, par chacune des écoles énumérées au troisième alinéa du § 2, et définiront ceux de ces diplômes qui ne sont pas définis par la loi, ils fixeront également le nombre des prix et des médailles visés au quatrième alinéa du même paragraphe.

Art. 24 modifié par la loi du 13 juillet 1895. — Les jeunes gens visés au § 1er de l'article précédent qui, dans l'année qui suivra leur année de service, n'auraient pas obtenu un emploi de professeur, de maître répétiteur ou d'instituteur, ou qui cesseraient de le remplir avant l'expiration du délai fixé ; ceux qui n'auraient pas obtenu avant l'âge de vingt-six ans des diplômes ou les prix spécifiés aux alinéas du § 2; à l'exception toutefois des diplômes de docteur en droit, de docteur en médecine, de pharmacien de 1re classe et du titre d'interne des hôpitaux nommés au concours dans une ville où il existe une faculté de médecine, pour l'obtention desquels la limite d'âge en ce qui concerne le bénéfice résultant de l'art. 23, est fixé à vingt-sept ans (la présente disposition aura effet rétroactif à dater du 1er janvier 1895) ; les jeunes gens visés au § 3 qui ne fourniraient pas les justifications professionnelles prescrites; les élèves ecclésiastiques mentionnés au § 4, qui, à l'âge de vingt-six ans, ne seraient pas pourvus d'un emploi de ministre de l'un des cultes reconnus par l'État; les jeunes gens visés par les art. 21, 22 et 23 qui n'auraient pas satisfait, dans le cours de leur année de service, aux conditions de conduite et d'instruction militaire déterminées par le ministre de la Guerre ; ceux qui ne poursuivraient pas régulièrement leurs études en vue desquelles la dispense a été accordée; seront tenus d'accomplir les deux années de service dont ils avaient été dispensés.

Source : BIU Cujas

peuvent ensuite invoquer les motifs de dispense de l'art. 21, s'il en est survenu depuis lors à leur profit, et par suite ne sont pas obligés de terminer leurs études dans le délai fixé, à moins que la cause de dispense de l'art. 21 ne vienne elle-même à disparaître (Cons. d'Ét., 13 mars 1896, *Gau;* circ. ministre de la Guerre 24 janv. 1900).

Quand les causes de dispenses prévues aux art. 21, 22 et 23 viennent à cesser, les jeunes gens qui avaient obtenu ces dispenses sont soumis à toutes les obligations de la classe à laquelle ils appartiennent. Ils peuvent se marier sans autorisation. La liste des jeunes gens de chaque département, dispensés en vertu des art. 21, 22, 23, 50, sera publiée au *Bulletin administratif* et les noms des dispensés de chaque commune seront affichés dans leur commune, à la porte de la mairie. En cas de guerre, ils sont appelés et marchent avec les hommes de leur classe. Les dispositions de l'art. 55, ci-après leur sont applicables;

d) Les ajournés pour faiblesse de complexion (art. 27). Ils ne font que le reste du temps à courir depuis le jour où ils sont incorporés; ils peuvent se marier;

e) Les élèves de certaines écoles spéciales font, sous certaines conditions, leur temps de service dans l'école même (art. 28 modifié par la loi du 11 nov. 1892) : École polytechnique, École forestière, École centrale des arts et manufactures;

f) Les hommes envoyés en congé de maladie ou de convalescence (art. 45). Ces congés sont désormais les seuls possibles.

2° *Du service dans les réserves.* — Dans les réserves, les obligations sont relatives : 1° à la mobilisation (1); 2° aux périodes d'exercice (2); 3° aux déclarations à faire en cas de changement de résidence (3).

Sous les drapeaux, les hommes de la réserve et de l'armée territoriale sont soumis à toutes les obligations imposées aux militaires de l'armée active, par les lois et règlements en vigueur. Au point de vue spécial de la juridiction militaire : 1° Quand ils ne sont pas sous les drapeaux, ils ne sont soumis qu'aux juridictions du droit commun, sauf les exceptions

(1) *Mobilisation.* — Il peut y avoir mobilisation en temps de paix et en temps de guerre; la réserve de l'armée territoriale ne peut être appelée qu'en cas de guerre (art. 48). La mobilisation se fait autant que possible d'une façon régionale. Il peut y avoir des mobilisations partielles : armée de terre ou armée de mer, un ou plusieurs corps d'armée, telle ou telle arme. Nul ne peut se prévaloir de sa fonction ou de son emploi pour se soustraire à la mobilisation, sauf les exceptions indiquées à l'art. 51. Cfr. la loi du 23 juillet 1895 sur les obligations militaires des membres du parlement.

(2) *Périodes d'exercice.* — Les hommes de la réserve de l'armée active sont assujettis pendant leur temps de service dans ladite réserve à prendre part à deux manœuvres, chacune d'une durée de quatre semaines. Les hommes de l'armée territoriale à une période d'exercice d'une durée de deux semaines (art. 49). Il peut être accordé des dispenses jusqu'à concurrence de 6 p. 100 suivant la procédure indiquée à l'art. 49 (Soutiens de famille effectifs).

(3) *Déclarations à faire en cas de changement de résidence* (V. art. 55).

Source : BIU Cujas

des art. 52, 54 et 57 ; 2° Quand ils sont sous les drapeaux, ils passent entièrement sous la juridiction militaire (art. 52) ; 3° En ce qui concerne les contraventions militaires, ils sont soumis tout le temps à la juridiction disciplinaire de l'armée. — Les hommes de la réserve de l'armée active, et à plus forte raison ceux de la territoriale, peuvent se marier sans autorisation (art. 58). — Les réservistes, pères de quatre enfants vivants, passent de droit dans l'armée territoriale (art. 58).

3° *La taxe militaire* (L. 15 juill. 1889, art. 35 ; L. 19 juill. 1892 ; L. 26 juill. 1893, art. 16 ; D. 24 févr. 1894 ; L. 13 avr. 1898 ; D. 24 mai 1898) (1).

C. *Opérations du recrutement.* — 1° *Le recensement et le tirage au sort.* — Il y a dans les opérations du recrutement deux phases très distinctes : 1° Le recensement des conscrits dans chaque commune et leur réparti-

(1) Pour étudier cette obligation toute nouvelle, et déjà si souvent modifiée, il y a lieu de distinguer : 1° l'assiette de la taxe ; 2° les frais qui déterminent l'assujettissement à la taxe et son montant ; 3° le recouvrement :

1° *Assiette de la taxe.* — La taxe militaire est une contribution directe. Elle se compose de deux éléments : *a*) un droit fixe de 6 fr. ; *b*) un droit proportionnel égal à trois fois le montant en principal de la cote personnelle et mobilière de l'assujetti ; si l'assujetti a encore ses ascendants du premier degré ou l'un d'eux, on ajoute une certaine quotepart du triple du montant de la cote personnelle-mobilière de celui des ascendants qui est le plus imposé (V. art. 35, § 3).

2° *Assujettissement à la taxe.* — *a*) Peuvent seuls être assujettis à la taxe ceux qui sont assujettis au service militaire ; par conséquent, jusqu'à nouvel ordre, les étrangers n'y sont point assujettis ; *b*) Le fait qui détermine l'assujettissement à la taxe, est tout fait qui dispense du service actif de trois ans ou qui en réduit la durée ; par conséquent, l'exemption pour défauts physiques, l'ajournement, le classement dans les services auxiliaires ou dans la seconde partie du contingent, toutes les dispenses qui réduisent le service à un an, etc. ; *c*) Sont exempts de la taxe : 1° les hommes envoyés en congé dans leurs foyers comme soutiens indispensables de famille par application de l'art. 22 ; 2° les hommes envoyés en congé pour une cause de dispense autre que celle visée au précédent alinéa et les hommes classés dans les services auxiliaires lorsqu'ils sont reconnus remplir effectivement les devoirs de soutiens indispensables de famille. Cette reconnaissance est demandée par les intéressés et accordée, maintenue ou retirée par le conseil départemental de revision dans les formes déterminées par les art. 22 et 34 ; 3° les hommes renvoyés dans leurs foyers par application de l'art. 46 ; les jeunes gens qui se trouvent eux et leurs ascendants du premier degré dans un état d'indigence notoire (art. 35, § 2). *Durée de l'assujettissement.* — La taxe militaire est due pendant trois ans à partir du 1er janvier qui suit la décision par laquelle le conseil de revision a fixé définitivement la situation de l'assujetti (art. 35, § 4) ; elle n'est pas due pour les années qui suivent le décès ou la réforme de l'assujetti.

3° *Recouvrement de la taxe.* — La taxe est établie au 1er janvier pour l'année entière. Tout mois commencé est exigible en entier. Elle est recouvrée et les réclamations sont instruites et jugées comme en matière de contributions directes. La taxe est due par l'assujetti, mais elle est imposée au nom de celui des ascendants dont la cotisation a été prise pour élément du calcul de la taxe, sauf recours contre l'assujetti. Lorsque l'assujetti n'a plus ses ascendants du premier degré, lorsqu'ils sont indigents ou sans domicile connu en France, il est personnellement imposable à la taxe. Le paiement de la taxe est suspendu par l'engagement volontaire et par la mobilisation.

Source : BIU Cujas

tion en deux contingents opérée par le tirage au sort au chef-lieu de canton ; 2° la revision de ces opérations.

a) *Recensement.* — Chaque année, pour la formation de la classe, les tableaux de recensement des jeunes gens ayant atteint l'âge de vingt ans révolus dans l'année précédente, et domiciliés dans l'une des communes de canton sont dressés par les maires : 1° Sur la déclaration à laquelle sont tenus les jeunes gens, leurs parents ou leurs tuteurs; 2° D'office, d'après les registres de l'état civil et tous autres documents et renseignements (1).

Sont considérés comme légalement domiciliés dans le canton :

— Les jeunes gens, même émancipés, engagés, établis au dehors, expatriés, absents ou en état d'emprisonnement, si d'ailleurs, leur père, leur mère ou leur tuteur est domicilié dans une des communes du canton, ou si leur père, expatrié, avait son domicile dans une desdites communes; — les jeunes gens mariés dont le père, ou la mère à défaut du père, sont domiciliés dans le canton, à moins qu'ils ne justifient de leur domicile réel dans un autre canton ; les jeunes gens mariés et domiciliés dans le canton, alors même que leur père ou leur mère n'y seraient pas domiciliés ; — les jeunes gens nés et résidant dans le canton qui n'auraient ni leur père, ni leur mère, ni un tuteur; — Les jeunes gens résidant dans le canton qui ne seraient dans aucun des cas précédents et qui ne justifieraient pas de leur inscription dans un autre canton (2).

b) *Tirage au sort* (art. 16 et 17 modifiés par la loi du 2 févr. 1891). — L'examen des tableaux de recensement et le tirage au sort sont faits au chef-lieu de canton, en séance publique, devant le sous-préfet assisté des maires du canton. Dans les communes qui forment un ou plusieurs

(1) Ces tableaux mentionnent la profession de chacun des jeunes gens inscrits. Ils sont publiés et affichés dans chaque commune suivant les formes prescrites par les art. 63, 64 du Code civil. La dernière publication doit avoir lieu au plus tard le 15 janvier. Un avis publié dans les mêmes formes indique le lieu et le jour où il sera procédé à l'examen desdits tableaux, et à la désignation par le sort des numéros assignés à chaque jeune homme inscrit.

(2) Les jeunes gens résidant, soit en Algérie, soit aux colonies, sont inscrits sur les tableaux de recensement du lieu de leur résidence. Sur la justification de cette inscription, ils sont, en ce cas, rayés des tableaux de recensement où ils auraient pu être portés en France, par application des dispositions du présent article. — Sont, d'après la notoriété publique, considérés comme ayant l'âge requis pour l'inscription sur les tableaux de recensement, les jeunes gens qui ne peuvent produire ou n'ont pas produit, avant la vérification des tableaux de recensement, un extrait des registres de l'état civil constatant un âge différent, ou qui, à défaut des registres de l'état civil, ne peuvent prouver ou n'ont pas prouvé leur âge conformément à l'art. 46 du Code civil. Si, dans les tableaux de recensement des années précédentes, des jeunes gens ont été omis, ils sont inscrits sur les tableaux de recensement de la classe qui est appelée après la découverte de l'omission, sauf le cas prévu à l'art. 69, à moins qu'ils n'aient quarante-cinq ans accomplis à l'époque de la clôture des tableaux, et sont soumis à toutes les obligations de cette classe. Toutefois, ils sont libérés à titre définitif à l'âge de quarente-huit ans au plus tard.

Source : BIU Cujas

cantons, le sous-préfet est assisté du maire et de ses adjoints. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, chaque arrondissement est représenté par un officier municipal. Les tableaux de recensement de chaque commune sont lus à haute voix. Les jeunes gens, les parents ou représentants sont entendus dans leurs observations. Les tableaux sont ensuite arrêtés et visés par le sous-préfet et par les maires. Dans les cantons composés de plusieurs communes, l'ordre dans lequel elles sont appelées pour le tirage est chaque fois indiqué par le sort.

Le sous-préfet inscrit en tête de la liste du tirage : 1° Le nom des jeunes gens qui se trouvent dans l'un des cas prévus par l'art. 69 de la loi; 2° Le nom de ceux qui se trouvent dans les cas prévus par l'art. 15. Les premiers numéros leur sont attribués de droit. Ces numéros sont, en conséquence, extraits de l'urne avant l'opération du tirage.

Avant de commencer les opérations du tirage, le sous-préfet compte publiquement les numéros et les dépose dans l'urne, après s'être assuré que leur nombre est égal à celui des jeunes gens appelés à y prendre part; il en fait la déclaration à haute voix. Aussitôt après, chacun des jeunes gens, appelé dans l'ordre du tableau, prend dans l'urne un numéro qui est immédiatement proclamé. Pour les absents, le numéro est tiré par les parents ou, à défaut, par le maire de la commune. L'opération du tirage continue sans interruption jusqu'à ce que le dernier numéro soit extrait de l'urne. Elle ne peut être recommencée dans aucun cas. Les jeunes gens qui ne se trouveraient pas pourvus de numéros, seront inscrits à la suite des numéros supplémentaires et tireront entre eux pour déterminer l'ordre suivant lequel ils seront inscrits. La liste du tirage est dressée à mesure que les numéros sont proclamés, lue à haute voix, puis arrêtée et signée de la même manière que le tableau de recensement et annexée avec ledit tableau au procès-verbal des opérations. Elle est publiée et affichée dans chaque commune du canton.

2° *La revision.* — La revision se décompose elle-même en deux phases. Il y a une première revision au chef-lieu de canton, et une seconde au chef-lieu de département. Elles sont accomplies par deux conseils de revision qui sont à la fois conseils administratifs et juridictions :

a) *Conseil de revision cantonal. — Les opérations du recrutement sont revues, les réclamations auxquelles ces opérations peuvent donner lieu sont entendues, les causes d'exemption et de dispense prévues par les art.* 20, 21, 22, 23 *et* 50 *de la présente loi, sont jugées* en séance publique par un conseil de revision (1);

(1) Le conseil est composé : du préfet, président, à son défaut du secrétaire général, et exceptionnellement, du vice-président du conseil de préfecture, ou d'un conseiller de préfecture délégué par le préfet; d'un conseiller de préfecture désigné par le préfet; d'un membre du conseil général du département autre que le représentant élu dans le canton où la revision a lieu, désigné par la commission départementale, conformément

Source : BIU Cujas

Le conseil de revision se transporte dans les divers cantons. Toutefois, le préfet peut, exceptionnellement, réunir plusieurs cantons et faire exécuter les opérations dans un même lieu. Les jeunes gens portés sur les tableaux de recensement, ainsi que ceux des classes précédentes qui ont été ajournés, conformément à l'art. 27 ci-après, sont convoqués, examinés et entendus par le conseil de revision au lieu désigné. Ils peuvent faire connaître l'arme dans laquelle ils désirent être placés. S'ils ne se rendent pas à la convocation, s'ils ne s'y font pas représenter, ou s'ils n'ont pas obtenu un délai, il est procédé comme s'ils étaient présents. Les décisions du conseil de revision sont définitives (1).

b) *Conseil de revision départemental.* — Quand les listes de recrutement de tous les cantons du département ont été arrêtées, le conseil de revision, composé ainsi qu'il est dit à l'art. 18 ci-dessus, mais auquel seront adjoints deux autres membres du conseil général et un membre du conseil d'arrondissement, se réunit au chef-lieu du département et

à l'art. 82 de la loi du 10 août 1871 ; d'un membre du conseil d'arrondissement, autre que le représentant élu dans le canton où la revision a lieu, désigné comme ci-dessus, et dans le territoire de Belfort, d'un dixième membre du conseil général ; d'un officier général ou supérieur désigné par l'autorité militaire. Un sous-intendant militaire, le commandant de recrutement, un médecin militaire, ou, à défaut, un médecin civil désigné par l'autorité militaire, assistent aux opérations du conseil de revision. Le conseil ne peut statuer qu'après avoir entendu l'avis du médecin. Cet avis est consigné dans une colonne spéciale, en face de chaque nom, sur les tableaux de recensement. Le sous-intendant militaire est entendu dans l'intérêt de la loi toutes les fois qu'il le demande, et peut faire consigner ses observations au procès-verbal de la séance. Le sous-préfet de l'arrondissement et les maires des communes auxquelles appartiennent les jeunes gens appelés devant le conseil de revision, assistent aux séances. Ils ont le droit de présenter des observations. En cas d'empêchement des membres du conseil général ou du conseil d'arrondissement, le préfet les fait suppléer d'office par des membres appartenant à la même assemblée que l'absent ; ces membres, désignés d'office, ne peuvent être les représentants élus du canton où la revision a lieu. Si, par suite d'une absence, le conseil de revision est réduit à quatre membres, il peut néanmoins délibérer lorsque le président, l'officier général ou supérieur et deux membres civils restent présents, la voix du président n'est pas prépondérante. La décision ne peut être prise qu'à la majorité de trois voix. En cas de partage, elle est ajournée. Dans les colonies, les attributions du préfet, des conseillers général et d'arrondissement, sont dévolues aux gouverneurs, aux conseillers privés et aux conseillers généraux. Dans les colonies où il n'existe ni conseil privé, ni conseils généraux, des décrets règleront la composition des conseils de revision.

(1) Elles peuvent, néanmoins, être attaquées devant le Conseil d'État pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi. Le recours au Conseil d'État n'aura pas d'effet suspensif, et il ne pourra en être autrement ordonné. L'annulation prononcée sur le recours du ministre de la Guerre profite aux parties lésées. — Elles peuvent aussi être revisées par les conseils de revision eux-mêmes pour l'un des motifs ci-après : erreurs matérielles dans les pièces sur le vu desquelles la décision a été prise ou défaut de justification imputables aux fonctionnaires ou agents, civils ou militaires, chargés d'établir les pièces ou de les transmettre. La demande de revision est examinée dans la session qui suit immédiatement celle où la décision a été prise. — Elle est introduite par le ministre de la Guerre, soit d'office, soit à la requête de l'intéressé (art. 32, modifié par la loi du 20 avr. 1898).

Source : BIU Cujas

prononce, en séance publique, sur les demandes de dispenses à titre de soutiens de famille, stipulées à l'art. 22. — Les deux conseillers généraux et le conseiller d'arrondissement sont spécialement désignés à cet effet par la commission départementale.

II. *L'inscription maritime* (L. 24 déc. 1896; L. 28 janv. 1898). Le régime de l'inscription maritime crée, au profit des hommes de certaines régions du littoral, la faculté de s'acquitter de l'obligation du service militaire, par un certain *engagement* qui les assujettit au service de la flotte de guerre. Il ne faut donc pas considérer l'inscription maritime comme un système de recrutement de l'armée de mer indépendant de celui qui fonctionne pour l'armée de terre. Le recrutement obligatoire, tel qu'il est organisé par la loi du 15 juillet 1889, s'applique aussi bien à l'armée de mer qu'à l'armée de terre, et des conscrits sont incorporés dans l'armée de mer. L'inscription maritime n'est qu'une *facultas solutionis* de la dette militaire offerte à une partie de la population (1).

Elle constitue un privilège, et si d'ailleurs elle n'était pas avantageuse pour les inscrits maritimes elle ne fonctionnerait pas, puisqu'elle suppose une sorte d'engagement volontaire. Ce caractère de privilège s'explique à la fois par l'intérêt de la marine de guerre et par celui de la marine marchande : il importe que les vaisseaux de guerre soient montés par des hommes habitués à la mer; il importe, d'autre part, que les hommes habitués à la mer ne soient pas enlevés trop longtemps à la marine marchande; la marine de guerre et la marine marchande ayant besoin des mêmes hommes, il y avait une transaction assez délicate à trouver; elle a été réalisée de façon satisfaisante par le système de l'inscription maritime qui n'exige pas des hommes un temps très long de service actif, mais qui les laisse exposés longtemps à la mobilisation (2).

A. *De l'inscription ou immatriculation.* — Sont compris dans l'inscription maritime les Français et naturalisés qui exercent la navigation à titre professionnel, c'est-à-dire comme moyen d'existence, soit sur la mer, soit dans les ports ou dans les rades, soit sur les étangs ou canaux salés compris dans le domaine public maritime, soit dans les fleuves, rivières et canaux jusqu'au point où remonte la marée et, pour ceux où il n'y a pas de marée, jusqu'à l'endroit où les bâtiments de mer peuvent

(1) Art. 30, L. 15 juill. 1889 : « Sont considérés comme ayant satisfait à l'appel de leur classe... 2° les jeunes marins portés sur les registres matricules de l'inscription maritime... »

(2) Malgré les services qu'elle a rendus depuis deux siècles (elle remonte à Colbert), l'inscription maritime a été vivement attaquée dans ces dernières années. Cependant la loi du 24 décembre 1896 en a assuré l'existence en réformant un certain nombre d'abus sans toucher aux principes essentiels du système. On peut dire de l'inscription maritime, qu'elle est une prime à la marine marchande et qu'elle élève celle-ci à la hauteur d'un service public.

Source : BIU Cujas

remonter. Le territoire soumis au régime de l'inscription maritime est déterminé administrativement le long du rivage de la mer. Il est partagé quant à l'administration et à la comptabilité en cinq arrondissements ayant à leur tête un préfet maritime, et dont chaque chef-lieu est un port militaire — ces cinq ports sont Toulon, Rochefort, Lorient, Brest et Cherbourg. Les arrondissements se subdivisent en sous-arrondissements, administrés par un commissaire général ou par un commissaire de la marine. Les sous-arrondissements sont partagés eux-mêmes en quartiers, dont l'administration est confiée à un officier du commissariat de la marine, qui prend le nom de commissaire de l'inscription maritime; enfin chaque quartier comprend plusieurs syndicats, formés d'un certain nombre de communes.

On divise les inscrits en trois catégories : les inscrits provisoires, les inscrits définitifs, les inscrits hors de service :

1° Tout individu qui commence à naviguer et qui désire bénéficier de l'inscription peut, dès l'âge de dix ans, se présenter, accompagné de son père ou tuteur, et muni des pièces établissant son identité, devant le commissaire de l'inscription maritime du port où il s'embarque, pour en faire la déclaration. Il est alors immatriculé comme inscrit provisoire;

2° Lorsqu'il a atteint l'âge de dix-huit ans, et s'il a accompli, depuis l'âge de dix ans, dix-huit mois de navigation, l'inscrit provisoire est immatriculé comme inscrit définitif. Cependant, cette inscription n'est pas irrévocable, et tout inscrit définitif, quel que soit son âge, peut, s'il en manifeste la volonté, être rayé de l'inscription maritime. Cette radiation n'a d'effet qu'un an après la renonciation, et à la condition que le renonçant n'ait pas repris la navigation; pendant cette attente, il subit toutes les charges qui lui incombaient, et peut être levé si la guerre se déclare. La renonciation suit les mêmes règles que l'inscription;

3° Enfin, les inscrits ayant atteint l'âge de cinquante ans, sont classés parmi les inscrits hors de service, et leur inscription n'est plus qu'une mesure d'ordre.

B. *Du service sur la flotte.* — La durée de l'assujettissement est divisée en trois périodes : 1° La période qui s'écoule depuis l'âge de dix-huit ans jusqu'à la période obligatoire, pendant laquelle les inscrits ne peuvent être levés qu'en cas de guerre. Toutefois les marins, comme les hommes de l'armée de terre, peuvent devancer l'appel, s'ils ont été reconnus propres au service; 2° La période, dite obligatoire, qui est de sept années à partir du jour où l'inscrit est soumis à la levée permanente (1);

(1) Tout inscrit définitif, âgé de vingt ans, doit se présenter devant un commissaire de l'inscription maritime, pour faire statuer sur sa situation. Il est alors examiné par une commission de réforme; s'il est reconnu apte au service, il devient susceptible de la levée permanente et peut être incorporé soit dans l'armée de mer, soit dans les équi-

Source : BIU Cujas

3° Enfin la période de réserve commence, pour ceux qui ont été levés, du jour où la période obligatoire est terminée, et pour ceux qui ont bénéficié d'un congé ou d'un sursis, du jour où ils ont atteint la trentième année. Elle dure jusqu'à l'âge de cinquante ans, et pendant ce temps, ils ne peuvent être levés qu'en cas d'armements extraordinaires, et par un décret du Président de la République.

C. *Les privilèges des inscrits.* — En compensation de cet assujettissement et des charges militaires, on a accordé aux inscrits certains privilèges : 1° la profession de marin et l'industrie de la pêche pratiquées par eux, comme le droit de vendre les produits par eux pêchés ou récoltés, ne comportent à leur charge ni droits de patente, ni redevances personnelles d'aucune sorte ; 2° il leur est fait des concessions gratuites de parties de plages pour établissements de certaines pêcheries; 3° ils ont droit sur le fonds de la Caisse des invalides de la marine à des pensions de secours (art. 48-50). — Les inscrits maritimes ont ainsi un *état spécial*, ainsi que le reconnaît la loi elle-même (rubrique du titre IV).

III. *Les engagements, rengagements et commissions* (L. 18 mars 1889, L. 15 juill. 1889, art. 59-68 ; L. 6 janv. 1892 ; L. 11 juill. 1892 ; L. 31 juill. 1893 ; L. 1er mai 1897 ; D. 24 mai 1898 ; L. 7 juill. 1900 ; L. 9 juill. 1901). Le procédé des engagements volontaires est appelé à prendre une importance de plus en plus grande à mesure que l'on cherchera à assouplir davantage notre système de recrutement fondé sur la conscription. Il peut être conçu, ou bien comme une facilité donnée aux jeunes gens soumis à la conscription pour leur permettre de devancer l'appel et de choisir dans une certaine mesure le corps où ils doivent servir (L. 15 juill. 1889, art. 59, § 6, 8), ou bien comme un moyen d'assurer la constitution des cadres par des engagés ou rengagés (L. 15 juill. 1889, art. 63 et s.); ou bien comme un moyen de recruter certains corps spéciaux tels que l'armée coloniale ou la légion étrangère (L. 15 juill. 1889, art. 60 ; L. 31 juill. 1893 ; L. 7 juill. 1900).

On distingue des *engagements volontaires* qui se substituent au service actif de la conscription et qui sont de trois, quatre ou cinq ans; des *rengagements* qui se placent à l'expiration du service actif de conscription ou à l'expiration d'un premier engagement qui sont de deux, trois ou cinq ans et sont renouvelables jusqu'à la durée totale de quinze années de service effectif ; enfin des *commissions* qui sont le maintien sous les drapeaux de sous-officiers rengagés, mais alors sans durée conventionnelle, jusqu'à la retraite (L. 15 juill. 1889, art. 68). — Les rengagements, les commissions et même parfois les engagements volontaires

pages de la flotte. Il est exposé à accomplir ainsi cinq années de service actif, après lesquelles il est renvoyé dans ses foyers, et demeure deux ans en disponibilité.

Les inscrits âgés de vingt-cinq à trente ans et non présents au service peuvent être convoqués pour deux périodes d'exercices, chacune d'une durée de quatre semaines au plus ; quant à ceux qui sont en disponibilité, ils restent soumis aux appels du ministre.

Source : BIU Cujas

donnent droit à des hautes payes, à des primes, à des retraites proportionnelles à des emplois civils à l'issue du service (L. 18 mars 1889 ; D. 30 août 1890 ; L. 30 juill. 1893, art. 2) (1) et même dans l'armée coloniale à des concessions de terre (L. 30 juill. 1893, art. 2) : les sous-officiers rengagés ont un état (L. 18 mars 1889).

Les engagements sont contractés à la mairie en la forme d'actes de l'état civil (L. 15 juill. 1889, art. 62); les rengagements sont contractés devant les sous-intendants militaires (art. 66); les commissions résultent d'une décision de l'autorité militaire. — Le contentieux des engagements, rengagements et commissions est administratif, il s'engage devant le Conseil d'État à la suite des décisions du ministre, les contrats d'engagement volontaire et de rengagement sont au premier chef des contrats administratifs passés pour la gestion d'un service public (Cfr. Laferrière, *Juridict. adm.*, I, p. 614, et s.; C. É. 28 mars 1890, *Thomazou ;* 3 févr. 1893, *Despax*).

Section II. — Les polices de l'ordre public.

Nous allons étudier dans cette section les polices qui ont pour but direct le maintien de l'ordre public par une contrainte exercée sur le public, qui comportent par suite des injonctions, prohibitions, autorisations, réglementations édictées par des autorités administratives et accessoirement des services de surveillance et d'exécution. Ces polices dites *administratives* se distinguent de la police *judiciaire*, non pas comme on le dit souvent parce qu'elles auraient pour but de *prévenir*, tandis que la police judiciaire aurait pour but de *réprimer* (les polices administratives répriment souvent, par exemple dispersent les rassemblements), mais elles diffèrent en ce qu'elles n'ont pas pour but la *recherche des délits et infractions*, ce qui est l'objet propre de la police judiciaire.

L'ordre public, au sens de la police, est l'ordre comme état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble. Pour la police, mérite d'être interdit tout ce qui provoque du désordre, mérite d'être protégé tout ce qui n'en provoque point. Le désordre est le symptôme qui guide la police. Cela sous-entend le postulat que le corps social a la connaissance implicite des éléments qui lui conviennent, que tant qu'il demeure en paix c'est qu'il s'accommode des éléments introduits en lui, que lorsqu'il s'émeut, s'agite et se trouble c'est qu'il sent ne pas pouvoir s'y

(1) En vue de l'obtention de ces emplois civils les sous-officiers rengagés sont classés dans un certain ordre par une commission ; le classement n'étant qu'une mesure préparatoire n'est pas susceptible de recours (C. É, 7 août 1896, *Say*) ; mais l'art. 24, L. 18 mars 1889 ouvre un recours aux intéressés contre les nominations qui seraient faites à leur détriment.

Source : BIU Cujas

accommoder. Ce postulat est en principe fondé, toutefois il était bon de corriger par la réflexion ces mouvements spontanés de la conscience publique qui sont sujets à beaucoup d'erreurs. C'est pourquoi, dans les relations internes, la législation est venue déterminer la plupart des éléments fondamentaux de l'ordre public et par là même permettre à la police d'agir par mesure préventive. Les éléments de l'ordre public dégagés par la législation sont la tranquillité publique, la sécurité publique, la salubrité publique (1).

Les polices de l'ordre public se divisent en police administrative générale et polices spéciales.

Article I. — La police administrative générale (2).

Elle a pour but le maintien de l'ordre public envisagé dans ses trois éléments de tranquillité publique, sécurité publique, salubrité publique et par rapport à tous les objets. Elle n'appartient pas indifféremment à toutes les administrations, il y a une police d'État, une police communale et des polices mixtes.

I. *Police générale de l'État*; a) *Service de la sûreté générale*. Il existe au ministère de l'Intérieur une direction de la sûreté générale, son objectif est le maintien de la tranquillité publique et de la sûreté individuelle (3).

(1) En Droit civil l'ordre public a une autre signification. On dit d'une règle du Droit ou d'une institution qu'elles sont d'ordre public lorsqu'elles touchent à des objets sociaux tellement importants que les conventions privées ne peuvent y déroger; on dit d'une nullité qu'elle est d'ordre public lorsqu'elle ne peut être couverte par des renonciations particulières, etc., l'ordre public indique donc là la limite de l'action des particuliers sur ce qui est d'intérêt collectif.

(2) *Bibliographie :* Delamarre, *Traité de la police*, 1725, 2 vol. in-folio, 2e édit., revue par Desessarts 1732-38; — Lépine et Courcelle, *Répertoire de la police administrative*, 1898.

(3) Voici le sommaire de ses attributions :

Personnel des commissaires de police et des inspecteurs spéciaux. — Inspection générale de la gendarmerie et modifications à l'assiette des brigades. — Police des chemins de fer et des ports. — *Police des étrangers, demandes d'admission à domicile ou de naturalisation.* — Commerce des armes et poudres. — *Police administrative et librairie.* — Surveillance de l'émigration, agences autorisées, engagements d'émigrants, renseignements, statistique. — Police de la chasse et application de la loi Gramont. — Police de la mendicité, quêtes à domicile, collectes, souscriptions. — Vagabondage, professions ambulantes, bandes nomades, passeports. — Jeux et marchands forains, jeux de hasard sur la voie publique, jeux de salon. Courses de chevaux, de taureaux. — Police des cafés, cabarets et lieux publics. — Police de la librairie, dépôt légal des ouvrages, protection de la propriété littéraire. — *Police générale et associations* (police politique). — Affaires concernant la sûreté générale de l'État et la découverte de manœuvres qui tendraient à y porter atteinte. — Surveillance des étrangers dangereux. — Subsistances. — Grèves, coalitions. — Réunions publiques, cours publics. — Police des cultes, congrès, associations, pèlerinages, processions, ouvertures de chapelles. — Bataillons scolaires. — *Associations.* — Sociétés de tir, de gymnastique, sociétés diverses, demandes en autorisation, en reconnaissance d'utilité publique.

Source : BIU Cujas

Ainsi la direction de la sûreté générale n'est qu'une section du ministère de l'Intérieur, et son chef, le directeur de la Sûreté générale, n'est qu'un collaborateur du ministre, agissant toujours par délégation. L'action de la Sûreté générale s'exerce, soit sur les agents spéciaux de la police de l'État, soit sur les agents de la police communale.

Action sur les agents spéciaux de la police d'État. — Les commissaires spéciaux sont ceux qui sont entièrement payés sur les fonds de l'État, ils comprennent : 1° les commissaires spéciaux de police établis sur les chemins de fer (1); 2° les commissaires spéciaux des postes-frontières (2); 3° les commissaires de police institués dans certaines localités pour lesquelles le traitement n'est pas obligatoire (parce qu'elles comptent moins de 5.000 habitants), mais où ils sont nécessités par des circonstances particulières (3);

Surveillance sur les polices communales. — Le maire nomme dans sa commune les agents de la police, le commissaire de police excepté. Le préfet n'exerce qu'un droit de *veto*, sous forme d'agrément à la nomination (L. 5 avr. 1884, art. 103). La police locale est donc remise à une infinité de directions. Ce serait une source perpétuelle d'embarras, si le droit de surveillance de l'autorité supérieure, reconnu par l'art. 91 de la loi du 5 avril 1884, n'était exercé par la Sûreté générale. Cette surveillance s'exerce sous trois formes : 1° par le règlement du nombre d'hommes affectés au fonctionnement de la police, dans les villes de plus de 40.000 habitants ; 2° par les présentations des commissaires de police qui sont nommés, les uns par les préfets, les autres par le président de la République ; 3° par le règlement uniforme des questions de police communes à toutes les villes.

b) *Mesures sanitaires à la frontière.* — La police sanitaire des hommes et des animaux est devenue dans son ensemble une matière mixte où interviennent à la fois les autorités de l'État et celles de la commune (V. *infrà*), mais il est à remarquer que les mesures à prendre à la frontière sont restées de la compétence exclusive du chef de l'État.

Pour la police sanitaire des animaux la loi du 21 juin 1898 s'est expliquée catégoriquement : « Le Gouvernement peut prohiber l'entrée en

(1) Les commissaires spéciaux, chargés de la police des chemins de fer, ont pour mission les recherches dans les garnis et débits connus sur les voies ferrées ou sur les territoires dépendant des lignes. Il ne faut pas confondre ces commissaires spéciaux de la police des chemins de fer, relevant du ministère de l'Intérieur, avec les commissaires de surveillance administrative dépendant du ministère des Travaux publics et qui ont pour mission de relever les infractions relatives à l'exploitation de la ligne, commises par les compagnies.

(2) Les commissaires spéciaux établis aux frontières sont principalement chargés de la surveillance des voyageurs et de l'arrestation des criminels en fuite.

(3) Un décret du 23 décembre 1893 a étendu la compétence de ces commissaires spéciaux à tout le département de leur résidence.

Source : BIU Cujas

France ou ordonner la mise en quarantaine des animaux susceptibles de communiquer une maladie contagieuse, ou de tous les objets pouvant présenter le même danger. Il peut, à la frontière, prescrire l'abatage, sans indemnité, des animaux malades ou ayant été exposés à la contagion, et, enfin, prendre toutes les mesures que la crainte de l'invasion d'une maladie rendrait nécessaires » (art. 57).

Pour la police sanitaire humaine, la loi du 15 février 1902 sur la protection de la santé publique est muette, mais par cela même elle laisse subsister les dispositions de la loi du 3 mars 1822 complétée par les décrets du 4 janvier 1896 et du 31 mars 1897, en ce qui concerne les mesures à la frontière. Ces mesures sont relatives aux *quarantaines* que l'on fait observer dans les ports aux navires provenant de certains pays contaminés et à des mesures analogues qui pourraient être prises sur les frontières de terre en cas d'épidémie : « Le Président de la République détermine par décret : 1° les pays dont les provenances doivent être habituellement ou temporairement soumises au régime sanitaire ; 2° les mesures à observer sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets et autres lieux réservés ; 3° les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendrait nécessaires sur les frontières de terre ou dans l'intérieur, etc. »

II. *Police municipale.* — Il y a deux formes de la police communale, la police *municipale* qui a pour but le maintien de l'ordre dans les agglomérations bâties, la police *rurale* qui a pour but le maintien de l'ordre dans les champs (1). La police rurale n'est plus exclusivement communale, elle est devenue mixte, il en sera traité plus loin.

La police municipale est restée exclusivement communale, au moins en ce qui ne concerne pas la salubrité publique ; elle a pour objet le maintien de l'ordre dans les agglomérations bâties de la commune, et l'ordre se caractérise, ici comme partout, par ses trois éléments : tran-

(1) D'une part il est certain que les textes distinguent entre la police municipale et la police rurale (L. 5 avr. 1884, art. 91, art. 97 ; L. 21 juin 1898) ; d'autre part, il est non moins certain que les deux polices ont le même but général qui est d'assurer la tranquillité, la sécurité, la salubrité (art. 97, L. 5 avr. 1884 ; art. 1er, L. 21 juin 1898) ; on trouve d'ailleurs reproduites dans les deux polices beaucoup des mêmes indications de détail. — On ne saurait donc établir de distinction entre elles que d'après les lieux où elles s'appliquent. C'est pourquoi nous assignons l'une aux agglomérations bâties, l'autre aux champs. Encore convient-il d'éviter une erreur. La législation ne distingue point par là entre les communes, les unes étant considérées comme urbaines, les autres comme rurales ; c'est dans la même commune qu'il y a lieu de séparer les régions bâties et les régions rurales (art. 91, L. 5 avr. 1884). Quant à l'intérêt qu'il y a à la distinction de ces deux formes de la police communale, j'y vois celui-ci, la police municipale est restée entièrement communale au moins en ce qui ne concerne pas la salubrité publique, c'est le maire qui prend les décisions, le préfet ne peut intervenir qu'à défaut du maire et après l'avoir mis en demeure ; au contraire la police rurale n'est pas demeurée entièrement communale, elle est devenue mixte, la loi du 21 juin 1898 la partage entre le maire et le préfet.

Source : BIU Cujas

quillité, sécurité, salubrité. Une énumération des divers objets que cela comporte existe dans la loi, elle se trouve dans les art. 97 et 98 de la loi du 5 avril 1884 et dans quelques autres dispositions (1), elle n'est d'ailleurs pas limitative, l'art. 97, commence par ces mots : « Elle comprend *notamment*..... »

1° *Sécurité. — Police des rues et des places publiques.* — Le premier devoir de la police municipale est de procurer la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques existant dans les agglomérations bâties (art. 97-1°, 98, L. 5 avr. 1884). Peu importe que ces voies appartiennent ou non à la commune, le principe de l'unité de la police de la circulation, discuté sous l'ancienne législation, a été affirmé par la loi de 1884 dans l'art. 98. Cet état de choses est nécessaire pour assurer l'uniformité des règles de police dans la même ville, éviter les conflits, etc., mais bien entendu la construction, la réparation, l'entretien des rues restent dans les attributions des autorités de l'administration propriétaire de la voie.

La police des rues et places publiques est relative à deux objets différents, l'état matériel de la voie, la circulation sur la voie :

a) *État matériel de la voie.* — Cela comporte : le nettoiement (2), l'éclairage (3), l'enlèvement des encombrements, la défense d'exposer ou de jeter des objets susceptibles de nuire (4), la démolition des édifices

(1) Cette énumération est presque tout entière empruntée à la loi des 16-24 août 1790, tit. XI, art. 3.

(2) Le nettoiement comprend le balayage, l'enlèvement des boues et immondices, celui des neiges, celui des matériaux et fardeaux déposés et l'arrosement. Le balayage est une charge des propriétaires riverains, une véritable servitude dont le maire peut se borner à fixer le mode d'exercice; il en est de même, du reste, de la plupart des prescriptions de voirie. — Lorsque la ville se charge du balayage, l'obligation du propriétaire est convertie en une taxe qui se recouvre conformément à l'art. 154 de la loi municipale sur des états dressés par le maire. V. note dans Lebon sous C. É., 28 mars 1885, Languellier (affaire des Poubelles).

(3) L'éclairage comprend celui des rues et celui des dépôts de matériaux et excavations. Le second est prévu par l'art. 471, n° 4, *in fine*, C. P., le premier par le même art. 471, n° 3. Il semble résulter de ces articles que de simples citoyens peuvent être tenus à l'éclairage des rues, ce qui n'est pas admis par nombre d'auteurs. — D'ordinaire, la ville se charge elle-même de l'éclairage des voies publiques; elle passe un marché avec un entrepreneur, soit pour le gaz, soit pour l'électricité. C'est un marché de travaux publics et l'entrepreneur qui ne remplit pas ses obligations est tenu contractuellement des dommages-intérêts prévus au cahier des charges. — Mais le maire peut ne pas se contenter de passer un marché, il peut aussi prendre un arrêté de police réglant les conditions de l'éclairage, et cet arrêté de police s'impose à l'entrepreneur; il ajoute des obligations pénales aux obligations contractuelles. Ce cumul est parfaitement admis par la jurisprudence et non seulement ici, mais dans d'autres cas (entreprises de balayage par exemple), il soulève de délicates questions.

L'éclairage au gaz ou à la lumière électrique soulève aussi des questions de canalisation dans le sol des voies publiques.

(4) Cette matière peut être réglée par arrêté du maire (art. 97, § 1er, nos 5 et 6) Mais c'est presque inutile, attendu que l'art. 471, nos 6 et 12 punit déjà les mêmes faits

Source : BIU Cujas

menaçant ruine. — Cette matière délicate a été complètement remaniée par la loi du 21 juin 1898, art. 3 à 6 (1) : deux procédures ont été organisées, l'une pour le cas de péril imminent (art. 4), l'autre pour le cas de péril non imminent; elles présentent toutes les deux ceci de commun que l'arrêté du maire prescrivant la démolition ou des travaux est appuyé sur des rapports d'experts nommés par le juge, ou même est remplacé par une décision du juge qui est le conseil de préfecture; grâce à ces procédures, d'une part la propriété privée est protégée et d'autre part le maire est à couvert, il me paraît que le préfet ne peut pas annuler son arrêté et que sa responsabilité personnelle ne peut pas être engagée; ces résultats fâcheux se produisaient avec l'ancienne procédure qui ne faisait pas intervenir le juge (Conflits, 12 nov. 1881, *Pezet*);

b) *Circulation sur la voie publique.* — Le maire puise dans les pouvoirs de police que lui confèrent l'art. 97, § 1, et l'art. 98, §§ 1 et 2, le

de la même amende et que les deux amendes ne peuvent être cumulées. Un arrêté n'interviendra donc utilement que pour prescrire certains détails ou pour rappeler l'observation de l'art. 471, ou pour permettre l'exposition de certains objets avec certaines précautions.

(1) 3. Le maire peut prescrire la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices quelconques longeant la voie ou la place publique, lorsqu'ils menacent ruine et qu'ils pourraient, par leur effondrement, compromettre la sécurité. — 4. Dans les cas prévus par l'art. 3, l'arrêté prescrivant la réparation ou la démolition du bâtiment menaçant ruine est notifié au propriétaire avec sommation d'avoir à effectuer les travaux dans un délai déterminé, et s'il conteste le péril, de faire commettre un expert chargé de procéder contradictoirement et au jour fixé par l'arrêté à la constatation de l'état du bâtiment et de dresser rapport. — Si au jour indiqué le propriétaire n'a point fait cesser le péril et s'il n'a pas cru devoir désigner un expert, il sera passé outre à la visite par l'expert seul nommé par l'Administration. — L'arrêté et les rapports d'experts sont transmis immédiatement au conseil de préfecture. Dans les huit jours qui suivent le dépôt au greffe, le conseil, s'il y a désaccord entre les deux experts, désigne un homme de l'art pour procéder à la même opération. — Dans le cas d'une constatation unique, le conseil de préfecture peut ordonner telles vérifications qu'il croit nécessaires. — Le conseil de préfecture après avoir entendu les parties dûment convoquées conformément à la loi, statue sur le litige de l'expertise, fixe, s'il y a lieu le délai pour l'exécution des travaux ou pour la démolition, il peut autoriser le maire à y faire procéder d'office et aux frais du propriétaire si cette exécution n'a point eu lieu à l'époque prescrite. — Notification de l'arrêté du conseil est faite au propriétaire par la voie administrative. — Recours contre la décision peut être porté devant le Conseil d'État. — 5. En cas de péril imminent le maire, après avertissement adressé au propriétaire, provoque la nomination par le juge de paix d'un homme de l'art, qui est chargé d'examiner l'état des bâtiments dans les vingt-quatre heures qui suivent sa nomination. Si le rapport de cet expert constate l'urgence où le péril grave et imminent, le maire ordonne les mesures provisoires nécessaires pour garantir la sécurité. Dans le cas où ces mesures n'auraient point été exécutées dans le délai imparti par la sommation, le maire a le droit de faire exécuter d'office et aux frais du propriétaire les mesures indispensables. — Il est ensuite procédé conformément aux dispositions édictées dans l'art. précédent. — 6. Lorsqu'à défaut du propriétaire, le maire a dû prescrire l'exécution des travaux ainsi qu'il a été prévu aux art. 4 et 5, le montant des frais est avancé par la commune, il est recouvré comme en matière de contributions directes.

Source : BIU Cujas

droit de prendre des mesures pour régler la circulation afin d'en assurer la sécurité. Il peut notamment — α) *règler les stationnements* soit en délivrant *des permis de stationnement* (1) soit en interdisant le stationnement sur les voies publiques et leurs dépendances, des voitures, des troupeaux, des bêtes de somme ou de trait; le droit de réglementation du maire à cet égard est très étendu, il peut interdire le stationnement des voitures destinées au transport des personnes en commun (omnibus) de toutes entreprises qui n'ont pas obtenu la permission (2); quant aux voitures de place ou de remise, le maire ne peut pas en interdire le stationnement, il peut seulement déterminer des stations; — β) Interdire la circulation dans certaines voies à certaines heures; — γ) Interdire certaines allures trop rapides; — δ) Prescrire certaines précautions destinées à avertir les passants : sonnettes, cornets des tramways, des vélocipèdes, etc. Subordonner à une autorisation préalable qu'il est libre de donner ou de refuser dans l'intérêt de l'ordre public, la faculté pour les sociétés musicales de jouer sur les voies publiques (Cons. d'Ét., 12 janv. 1893, *Potiron*. V. *Rev. générale d'adm.*, 1893, I, 317).

2° *Tranquillité et sûreté.* — La loi du 14 décembre 1789 avait parlé de *la tranquillité publique* sans essayer d'en analyser les éléments, la loi de 1790, et après elle, celle de 1884, ont tenté une énumération qui est incomplète et que la jurisprudence a été obligée d'allonger. On s'accorde à faire rentrer dans la tranquillité publique les rixes et attroupements, les manifestations sur la voie, qui comprennent les processions et généralement les cérémonies du culte sur la voie publique (V. p. 165 et s.), le bruit et le tapage, la tranquillité de la circulation, la réglementation des professions qui s'exercent dans les lieux publics, etc., etc. (V. art. 97) (3).

(1) Les maires doivent veiller à ce qu'aucun encombrement ne se produise sur la voie publique (l'art. 471, n° 4, fait une contravention du fait d'avoir encombré la voie). — Mais ils peuvent aussi, moyennant le paiement des droits fixés par un tarif dûment établi sous les réserves imposées par loi du 11 frimaire an VII donner *des permis de stationnement* ou de dépôt temporaire sur la voie publique, sur les rivières, ports et quais fluviaux et autres lieux publics (L. 5 avr. 1884, art. 98-2°). Les tarifs de taxes municipales, pour permis de stationnement sur les dépendances de la grande voirie doivent être approuvés par le ministre de l'Intérieur; un décret n'est pas nécessaire, mais un arrêté du Préfet n'est pas suffisant (Cass., ch. réunies, 14 déc. 1900, *Compagnie générale de navigation*). — Il ne faut pas confondre ces *permis de stationnement* qui sont de la compétence du maire dans toute l'étendue de l'agglomération bâtie, même sur les dépendances de la grande voirie, avec les *permissions de voirie*, qui sont de la compétence de l'autorité propriétaire de la voie. Le stationnement se rattache au fait de la circulation, la permission de voirie est une occupation du sol.

(2) Cependant, le droit du maire ne va pas jusqu'à lui permettre d'établir indirectement un monopole au profit d'un seul entrepreneur, son arrêté serait entaché d'excès de pouvoir (Cons. d'Ét., 2 août 1870, *Bouchardon*, V. p. 291).

(3) Il est bon de faire remarquer, à propos de la tranquillité publique, que la *sonnerie des cloches* est une matière distraite de la police municipale, car elle fait l'objet de règlements concertés entre le préfet et l'évêque : « Les cloches des églises sont spéciale-

Source : BIU Cujas

3° *Salubrité.* — Les pouvoirs du maire en matière sanitaire sont indiqués maintenant surtout dans la loi du 21 juin 1898 sur la police rurale et dans la loi du 15 février 1902 sur la santé publique par conséquent cette matière est devenue mixte (V. *infrà*, p. 533 et s.).

Taxe du pain et de la viande. — La loi du 5 avril 1884 ne parle pas de cette taxe qui reste néanmoins dans les pouvoirs du maire en vertu de la loi des 19-22 juillet 1791. Elle constitue une réglementation très étroite relative au pesage, au débit, à la fixation du prix du pain et de la viande. La taxe implique d'ailleurs deux conséquences : l'obligation pour l'acheteur de payer le prix fixé, et l'obligation pour le marchand de livrer la denrée au consommateur qui lui offre ce même prix (Cass., 26 avr. 1861, S. 61. 1. 102) (1).

Les droits contenus dans la police communale. — Je désire présenter à l'occasion de la police communale quelques observations qui seraient de mise à propos de toute espèce de police, mais qui se placent très commodément ici. Il ne faut pas confondre le but de la police avec les droits de la police. De ce que les autorités chargées de la police ont le devoir d'assurer l'ordre public, il ne s'ensuit pas qu'elles aient le droit d'employer toutes sortes de moyens, ni qu'elles puissent toucher à toutes sortes d'objets, les règlements qu'elles font sont subordonnés à la légalité, laquelle est gardienne des libertés des citoyens; nous avons déjà eu l'occasion de signaler cette règle (p. 28), il est bon d'y revenir et d'y insister. Les autorités chargées de la police s'arrogent volontiers le droit de *prescrire* certains actes, d'*interdire* certaines manifestations de la vie sociale, ou de les *soumettre à l'autorisation préalable* et cependant, la question de savoir si elles ont ce droit est très délicate et ne peut être tranchée que grâce à de nombreuses distinctions de temps et de lieu (2) :

« ment affectées aux cérémonies du culte. Néanmoins, elles peuvent être employées dans « les cas de péril commun qui exigent un prompt secours, et dans les circonstances où « cet emploi est prescrit par des dispositions de lois ou règlements, ou autorisé par les « usages locaux. Les sonneries religieuses, comme les sonneries civiles, feront l'objet « d'un règlement concerté entre l'évêque et le préfet et les consistoires, et arrêté, en « cas de désaccord, par le ministre des Cultes. Une clef du clocher sera déposée entre « les mains des titulaires ecclésiastiques, une autre entre les mains du maire, qui ne « pourra en faire usage que dans des circonstances prévues par les lois ou règlements. « Si l'entrée du clocher n'est pas indépendante de celle de l'église, une clef de la porte « de l'église sera déposée entre les mains du maire » (Art. 100-101, L. 5 avr. 1884).

(1) Le commerce de la boucherie n'est libre (à Paris) que depuis le décret du 24 février 1858, celui de la boulangerie n'est libre (à Paris et dans les départements) que depuis le décret du 22 juin 1863; l'interprétation admise des effets de la taxe prouve que la liberté de ces commerces n'est même pas complète : Il y a liberté d'ouvrir ou de fermer boutique, mais, à boutique ouverte, il y a obligation de livrer le pain ou la viande au prix fixé.

(2) Il y aurait un procédé radical qui consisterait à dire qu'aucun de ces droits d'injonction ou d'interdiction n'existe s'il ne trouve son principe dans une loi, car la loi seule

Source : BIU Cujas

a) *Les droits de la police dans les propriétés privées.* — Nous pouvons nous attendre à ce que dans les propriétés privées les droits de la police soient réduits *au minimum* parce que la propriété privée est très déterminée et que l'exercice des diverses libertés à l'abri de la propriété privée et du domicile est également très déterminé et très garanti par la loi. Il n'y aura donc en principe aucun droit d'interdiction (1) et le droit d'injonction se réduira à ceci : on enjoindra au propriétaire de faire disparaître par lui-même et par les procédés qu'il jugera convenables la cause du trouble qui menace l'ordre public, sans lui prescrire aucun moyen particulier, c'est-à-dire que le droit d'injonction se bornera à charger le propriétaire ou l'habitant d'assurer lui-même l'ordre public, cela a été jugé maintes fois en matière de salubrité (2) et même en matière de tranquillité (3). Il semble que dans ces conditions l'arrêté de police n'ait plus aucune utilité, mais il en conserve au contraire une considérable; il produit cet effet de placer incontestablement le propriétaire visé dans une situation illicite vis-à-vis des voisins, par suite il le constitue en faute et les voisins peuvent lui demander des indemnités pour préjudice, même si les accidents restent éventuels.

Il y a cependant des exemples d'interdiction pour des actes accomplis dans des propriétés privées et notamment pour les bruits nocturnes, mais il semble que sur ce point la jurisprudence tende à restreindre les pouvoirs de la police (4).

peut porter atteinte à une liberté. Malheureusement ce procédé n'est pas absolument justifié comme principe d'interprétation, c'est plutôt un principe de législation. En fait, les textes législatifs se multiplient sur les matières de police (police sanitaire, police rurale, police de la santé publique, police des cours d'eau, etc.), mais, en l'absence de texte législatif, il est certain qu'un simple règlement de police peut apporter des restrictions à une liberté en tant justement que celle-ci n'est pas déterminée par une loi.

(1) C'est ainsi qu'avant le décret du 15 octobre 1810 l'administration ne se reconnaissait point le droit d'interdire ou de soumettre à autorisation préalable les ateliers dangereux, insalubres ou incommodes; c'est ainsi encore qu'avant la loi du 16 juillet 1856 elle ne se reconnaissait pas le droit d'interdire les fouilles nuisibles aux sources d'eaux minérales (Cass., 13 avr. 1844, *Brusson;* cfr. C. É., 2 mars 1900, *Rosambo*).

(2) C. É., 12 mai 1882, *Palazzi*, écuries; 26 février 1891, *Jarlet*, dépôt de pulpes; 18 mart 1898, *Noualhier*, hospitalisation de tuberculeux à domicile; cassation 28 juillet 1873, *Carré;* 26 nov. 1887, *maire de Caen.* Mais voyez comme hypothèse où l'injonction de la police s'appuie sur une obligation légale préexistante (C. É., 28 mars 1885, *Languellier*, affaire des Poubelles), et comme hypothèse d'une première injonction valable pourvu qu'elle réserve la liberté du moyen d'exécution (Cass., 29 juill. 1898, *Ribeyrolles*, S. 1900. 1. 157). — La loi du 21 juin 1898 et celle du 15 février 1902 sont venues augmenter considérablement les pouvoirs du maire en matière de salubrité; il peut notamment ordonner la suppression des puisards, interdire des dépôts de gadoue, etc., mais le principe consigné au texte n'en subsiste pas moins et s'en trouve même confirmé.

(3) C. É., 4 février 1898, *commune de Poigny*, institution des gardes-faisans (S. 99. 3. 1 et la note).

(4) « Art. 97, L. 5 avr. 1884. — ... 2° le soin de réprimer les bruits nocturnes qui troublent le repos des habitants »; défense de teiller du lin la nuit (Cass., 12 nov. 1812);

Source : BIU Cujas

b) *Les droits de la police dans les lieux publics.* — Il convient de distinguer les voies publiques et les autres lieux publics :

— Les voies publiques sont des dépendances du domaine public, la police y est chez elle, elle ne se heurte pas aux droits de la propriété privée; il est vrai qu'il y a liberté de la circulation, mais on peut prétendre que certaines restrictions à la liberté d'aller et de venir sont justement dans l'intérêt de la circulation. Ainsi, c'est dans l'intérêt de la circulation que le stationnement sur la voie publique est soumis à autorisation préalable (Cass., 20 avr. 1893, *Lemaire*); que la tenue d'un marché est interdite sur la voie publique (Cass., 21 mai 1898, *Croc*) (1). Toutefois il ne semble pas que les sorties en cortège et la circulation processionnelle puissent être interdites comme gênant la liberté de la circulation individuelle, car elles ne constituent pas des stationnements, mais elles sont interdites au nom de la tranquillité publique; il sera difficile de les soustraire à l'arbitraire de la police car la liberté de la circulation processionnelle, bien que traditionnelle, ne se trouve déterminée par aucun texte (V. néanmoins ce qui sera dit plus bas du règlement permanent ou temporaire) (2).

— Dans les lieux publics autres que les voies publiques la police, tout en ayant manifestement une mission à remplir, se trouve moins chez elle parce que les lieux publics appartiennent fréquemment à des particuliers et que la propriété privée ou la liberté de l'industrie et du commerce y conservent des droits. Il y a des textes pour un grand nombre de polices spéciales telles que police des théâtres, des cafés et cabarets,

interruption la nuit des travaux bruyants (Cass., 2 mars 1842, 19 janv. 1857; Cass., 18 juill. 1868; Cass., 24 oct. 1899, *Schener*); défense aux boulangers de geindre la nuit (Cass., 21 nov. 1828), défense de jouer d'instruments de musique à sons éclatants à de certaines heures, même dans les maisons (Cass., 4 mars 1882, 20 avr. 1883).

Mais Cass., 12 juin 1887, *maire de Malaucène*, *Rev. adm.*, 1888, I, 451 restreint le droit de prohibition aux lieux publics : « Attendu que si cet arrêté a été légalement pris en ce qui concerne l'interdiction du jeu des instruments de musique dans les lieux publics par l'autorité chargée de veiller au maintien de l'ordre dans les rues et à la tranquillité des habitants, le maire de Malaucène a dépassé la limite des pouvoirs qui lui sont attribués par la loi en prohibant l'usage de ces instruments dans les habitations particulières ».

(1) C. É., 30 mars 1900, *Hostein*, interdiction de voitures-réclames; Cass., 7 juin 1901, *Richermoz*, interdiction des étalages sur la voie publique le dimanche.

(2) Outre les processions religieuses dont la législation a été examinée p. 165, la question de la circulation processionnelle intéresse : 1° *la sortie en corps des sociétés musicales sur la voie publique* (l'interdiction de sortir sans autorisation est valable à la condition qu'elle soit générale, C. É., 2 déc. 1887, *Ross;* 13 janv. 1893, *Potiron;* 21 avril 1899, *Molin*). Mais en l'absence d'une interdiction générale, celle adressée à une société déterminée n'est valable que si elle est fondée sur la tranquillité publique, on peut démontrer qu'il y a motif politique et par conséquent détournement de pouvoir (C. É., 19 févr. 1887, *Joligny;* 1er avr. 1887, *Saint-Germain-en-Laye;* 1er juill. 1898, *Gary*); 2° la sortie en corps de toute société (Cass., 11 avr. 1889, *Quoniam*).

Pour les transports exécutés sur la voie publique, décision intéressante C. É., 12 février 1892, *Royer et Faitout*, transport de plâtre; le maire ne peut qu'enjoindre au voiturier de prendre les précautions convenables pour qu'il n'y ait pas de plâtre répandu sur la voie publique.

Source : BIU Cujas

des jeux, des bals publics, des courses de chevaux, des réunions publiques, mais là où il n'existe pas de textes permettant d'interdire ou de soumettre à autorisation telle ou telle réjouissance publique qui ne rentre dans aucune des catégories précédentes, j'estime que la police n'a pas le droit d'interdiction (V. courses de taureaux, note sous C. É., 3 déc. 1897, *Ville de Dax*, S. 98. 3. 145).

c) *Distinction du règlement permanent et du règlement temporaire.* — Il y a lieu de distinguer, parmi les règlements des maires, ceux qui sont permanents et ceux qui sont temporaires, par exemple ceux qui sont faits à l'occasion d'une fête publique ou d'une calamité publique. — Le maire a certainement plus de pouvoirs par règlement temporaire que par règlement permanent; d'une part, son arrêté s'exécute immédiatement sans aucun délai (art. 95, L. 5 avr. 1884); d'autre part, il peut édicter des prescriptions pour lesquelles il ne serait pas compétent s'il agissait par règlement permanent, par exemple des précautions contre des épidémies (C. É., 5 mai 1893, *Claudon*, S. 99. 3. 91 et la note), par exemple encore l'interdiction de circulation d'un chemin de fer sur routes un jour de fête nationale (C. É., 27 janv. 1893, *maire de Mustapha*, *eod.*). — Le pouvoir plus grand du maire dans l'arrêté temporaire se justifie par une nécessité plus urgente; mais ne serait-on pas autorisé à conclure des décisions précitées, que le règlement permanent ne doit pas être employé toutes les fois que la menace pour la paix publique n'est pas elle-même permanente? N'y aurait-il pas lieu de distinguer des dangers permanents et des dangers passagers? Si l'épidémie est un danger passager (*décision Claudon*), les cortèges processionnels ne le sont-ils pas aussi? Par conséquent les arrêtés permanents sur la sortie des cortèges et processions sont-ils bien justifiés (V. la note S. 99. 3. 91)? Il y a là je crois une théorie à creuser (1).

d) *Distinction du droit de réprimer et du droit de prévenir.* — En voici une autre : la loi emploie tantôt le mot *réprimer* tantôt le mot *prévenir* qui n'ont point la même signification, bien que réprimer et prévenir soient également de la compétence de la police administrative, selon les objets (sur l'idée fausse que la police administrative serait essentiellement préventive et non répressive, à la différence de la police judiciaire, V. p. 522). Or, en matière de tranquillité publique le maire doit se borner à *réprimer* tous actes de nature à compromettre la tranquillité (art. 97, n° 2); ces expressions sembleraient indiquer que seuls les actes qui auraient déjà causé du désordre pourraient être interdits puisque sans cela on ne réprime pas, on prévient. En matière de salubrité publique, au contraire, le maire aurait le soin de *prévenir* les fléaux calamiteux, etc. (art. 97, n° 6).

(1) Sur les pouvoirs plus grands par arrêté temporaire, cfr. en matière de curage des cours d'eau, C. É., 23 décembre 1898, *de Martin et autres*, en matière d'ateliers insalubres, *infrà*, p. 547.

Source : BIU Cujas

III. *Les polices mixtes.* — A mesure que la police administrative apparaît moins comme un pouvoir réglementaire à exercer que comme un service à assurer, à mesure aussi que l'on se pénètre davantage de la solidarité qui unit les diverses parties du territoire, on est conduit à faire intervenir dans les mêmes objets de police les autorités de l'État et celles de la commune et à combiner leur action. Déjà, pour ce qui est de la police, de la sécurité et de la tranquillité publiques, il est à remarquer que l'action de la *sûreté générale* s'exerce sur les polices municipales urbaines par une surveillance très efficace et par le caractère mixte des commissaires de police. La *police rurale* de ces mêmes objets est partagée par la loi du 21 juin 1898 entre le maire et le préfet en ce qui concerne le pouvoir réglementaire (Cfr. art. 8 à 14, art. 73 et s.), et, en ce qui concerne le service de surveillance, elle est assurée concurremment par les gardes champêtres, agents communaux, et par les gendarmes, agents de l'État sous l'autorité du préfet. — Mais c'est surtout pour la police de la salubrité que le caractère mixte de la police s'est marqué dans ces dernières années.

Polices de la salubrité. — On en peut distinguer jusqu'à trois : la police sanitaire des animaux, la police de salubrité rurale et la police de la santé publique.

1° La *police sanitaire des animaux* a été réglée par la loi du 21 juin 1898, art. 29 et s. (Code rural) — Ce service dépend du ministère de l'Agriculture. Il est institué un comité consultatif des épizooties auprès de ce ministère et, dans chaque département, il est organisé un service des épizooties confié à des médecins-vétérinaires (dépense obligatoire pour le budget départemental).

La loi commence par énumérer les maladies réputées contagieuses et les animaux dont les maladies sont surveillées, en ajoutant que des décrets rendus sur le rapport du ministre de l'Agriculture, après avis du comité consultatif des épizooties, pourront venir ajouter à ces nomenclatures (art. 29 et 30). Puis elle impose l'obligation de déclarer la maladie contagieuse, au propriétaire, à toute personne ayant la garde de l'animal, au vétérinaire chargé de le soigner. La déclaration est faite au maire qui prévient le préfet (art. 31 et 32). « Après la constatation de la maladie, le préfet statue sur les mesures à mettre à exécution dans le cas particulier, il prend, s'il est nécessaire, un arrêté portant déclaration d'infection ; cette déclaration peut entraîner, dans le périmètre qu'elle détermine, l'application des mesures suivantes : 1° l'isolement, la séquestration, la visite, le recensement et la marque des animaux et troupeaux dans le périmètre; 2° la mise à l'interdit de ce même périmètre ; 3° l'interdiction momentanée ou la réglementation des foires et marchés, du transport et de la circulation du bétail ; 4° la désinfection des écuries, étables, etc. » (art. 33).

Il peut y avoir aussi des abatages d'animaux malades ou contaminés

Source : BIU Cujas

prescrits tantôt par le maire, tantôt par le préfet ou par le ministre (art. 34-38). Dans le cas de peste bovine ou de péripneumonie contagieuse, il est alloué aux propriétaires des indemnités réglées par l'art. 46 ; elles sont fixées par le ministre, sauf recours au Conseil d'État (art. 50).

Pour les mesures à la frontière qui sont du ressort du chef de l'État V. p. 524.

2° La *police de salubrité rurale* a été réglée également par la loi du 21 juin 1898, art. 18 à 28 (1).

(1) 18. Les maires sont chargés de veiller à tout ce qui intéresse la salubrité publique. — Ils assurent l'exécution des dispositions légales et réglementaires qui ont pour but de prévenir les maladies contagieuses ou épizootiques. — Ils doivent donner avis d'urgence au préfet de tout cas d'épidémie, de tout cas d'épizootie qui leur seraient signalés dans le territoire de la commune. — Ils peuvent prendre des mesures provisoires qu'ils jugent utiles pour arrêter la propagation du mal. — 19. En cas d'insalubrité constatée par le conseil d'hygiène et de salubrité de l'arrondissement, le maire ordonne la suppression des fosses à purin non étanches et puisards d'absorption. — Sur l'avis du même conseil, le maire peut interdire les dépôts de vidanges ou de gadoue qui seraient de nature à compromettre la salubrité publique. — Il détermine les mesures à prendre pour empêcher l'écoulement sur la voie publique des liquides provenant des dépôts de fumiers et des étables. — Les décisions des maires peuvent toujours être l'objet d'un recours au préfet. — 20. Il est interdit de laisser écouler, de répandre ou de jeter soit sur les places et voies publiques, soit dans les fontaines, dans les mares et abreuvoirs, soit sur les lieux de marchés ou rassemblements d'hommes ou d'animaux, des substances susceptibles de nuire à la salubrité publique. — 21. Les maires surveillent, au point de vue de la salubrité, l'état des ruisseaux, rivières, étangs, mares ou amas d'eau. Les questions relatives à la police des eaux restent réglées par les dispositions des titres II et V du Code rural sur le régime des eaux. — 22. Le maire doit ordonner les mesures nécessaires pour assurer l'assainissement, et, s'il y a lieu, après avis du conseil municipal, la suppression des mares communales placées dans l'intérieur des villages ou dans le voisinage des habitations, toutes les fois que ces mares compromettent la salubrité publique. — A défaut du maire, le préfet peut, sur l'avis du conseil d'hygiène et après enquête de *commodo et incommodo*, décider la suppression immédiate de ces mares, ou prescrire, aux frais de la commune, les travaux reconnus utiles. — La dépense est comprise parmi les dépenses obligatoires prévues à l'art. 136 de la loi du 5 avril 1884. — 23. Le maire prescrit aux propriétaires de mares ou fossés à eau stagnante établis dans le voisinage des habitations d'avoir soit à les supprimer, soit à exécuter les travaux, ou à prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes causes d'insalubrité. — En cas de refus ou de négligence, le maire dénonce à l'administration préfectorale l'état d'insalubrité constatée. — Le préfet, après avis du conseil d'hygiène et du service hydraulique, peut ordonner la suppression de la mare dangereuse ou prescrire que les travaux reconnus nécessaires, seront exécutés d'office aux frais du propriétaire, après mise en demeure préalable. — Le montant de la dépense est recouvré comme en matière de contributions directes, sur un rôle rendu exécutoire par le préfet. — 24. Le préfet peut interdire la vidange des étangs et autres amas d'eau non courante dans les cas et dans les lieux où cette opération serait de nature à compromettre la salubrité publique. — 25. Il est interdit de faire rouir du chanvre ou du lin, ou toutes autres plantes textiles dans les abreuvoirs et lavoirs publics. — Le préfet peut réglementer ou même interdire le rouissage des plantes textiles dans les eaux courantes et dans les étangs. Cette interdiction n'est prononcée qu'après avis du conseil d'hygiène et de salubrité. — Les routoirs agricoles, c'est-à-dire ceux exclusivement destinés à l'usage des cultivateurs,

Source : BIU Cujas

3° La *police de la santé publique* (L. 15 févr. 1902). Il a été voté le 15 février 1902, une loi importante sur la protection de la santé publique qui ne deviendra exécutoire qu'un an après sa promulgation (19 févr. 1903) et dont le commentaire détaillé s'impose. Elle a pour objet les précautions à prendre pour la protection de la santé humaine dans les agglomérations bâties et par des mesures intérieures (quant aux mesures à la frontière, V. p. 524). Pour cet objet, elle a refondu la matière et se substitue à diverses lois, à la loi du 13 avril 1850, qui est formellement abrogée (art. 31), à plusieurs dispositions de la loi du 3 mars 1822 et de la loi du 5 avril 1884 qui sont abrogées en tant qu'elles seraient contraires à la présente loi. Elle ne touche pas d'ailleurs à la police spéciale des ateliers et manufactures (V. p. 545). Elle sera complétée par plusieurs règlements d'administration publique (art. 33, 6, 7, § 4, 10, § 4, 25, § 8). On peut diviser de la façon suivante ses dispositions : 1° Celles relatives à l'exercice du pouvoir réglementaire en matière de santé publique ; 2° Celles relatives aux droits et obligations ; 3° Celles relatives à l'organisation du service de santé.

A. *L'exercice du pouvoir réglementaire en matière de santé publique.* — Il y a des règlements sanitaires municipaux et des règlements sanitaires du chef de l'État :

a) Les règlements sanitaires municipaux sont pour déterminer : 1° les précautions à prendre en exécution de l'art. 97, de la loi du 5 avril 1884, pour prévenir ou faire cesser les maladies transmissibles dont la liste sera dressée par un décret rendu sur le rapport du ministre de l'Intérieur

ne sont point, comme les routoirs industriels, assujettis aux prescriptions des décrets des 15 octobre 1810 et 31 décembre 1866, relatifs aux établissements insalubres. — Toutefois, le préfet peut ordonner, sur la demande du conseil municipal ou des propriétaires voisins, la suppression de tout routoir établi à proximité des habitations et dont l'insalubrité serait constatée. — Le maire peut désigner, par un arrêté, les lieux où les routoirs publics seront établis, ainsi que la distance à observer dans le choix des emplacements destinés au séchage des plantes textiles apres le rouissage. — 26. Le Président de la République peut, par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, interdire les cultures qui pourraient être nuisibles à l'hygiène et à la salubrité publiques, ou ne les autoriser que dans des conditions déterminées. — 27. La chair des animaux morts d'une maladie, quelle qu'elle soit, ne peut être vendue et livrée à la consommation. — Tout propriétaire d'un animal mort de maladie non contagieuse est tenu, soit de le faire transporter dans les vingt-quatre heures à un atelier d'équarrissage régulièrement autorisé, soit, dans le même délai, de le détruire par un procédé chimique ou par combustion, soit de le faire enfouir dans une fosse située autant que possible à 100 mètres des habitations, et de telle sorte que le cadavre soit recouvert d'une couche de terre ayant au moins 1 mètre d'épaisseur. — Il est défendu de jeter des bêtes mortes dans les bois, dans les rivières, dans les mares ou à la voirie, et de les enterrer dans les étables, dans les cours attenant à une habitation ou à proximité des puits, des fontaines et abreuvoirs publics. — 28. Le maire fait livrer à un atelier d'équarrissage régulièrement autorisé, ou enfouir ou détruire par un procédé chimique, ou par combustion, le corps de tout animal trouvé mort sur le territoire de la commune et dont le propriétaire après un délai de douze heures, reste inconnu.

Source : BIU Cujas

après avis de l'Académie de médecine et du Comité consultatif d'hygiène publique de France, liste qui pourra être revisée dans la même forme. — Spécialement, ils détermineront les mesures de désinfection ou de destruction des objets souillés pouvant servir de véhicule à la contagion (art. 1, § 1 et 4); 2° les prescriptions destinées à assurer la salubrité des maisons et de leurs dépendances, des voies privées, closes ou non à leurs extrémités, des logements loués en garni et des autres agglomérations, quelle qu'en soit la nature, notamment les prescriptions relatives à l'alimentation en eau potable ou à l'évacuation des matières usées (art. 1, § 2).

Ces règlements présentent un certain nombre de caractères intéressants : 1° Dans chaque commune ils doivent leur origine à une combinaison de pouvoirs. Au lieu d'être pris par le maire seul sous la seule réserve du droit d'annulation du préfet comme les règlements de police ordinaires, ils sont pris par le maire après avis du conseil municipal (art. 1er), et doivent être formellement approuvés par le préfet après avis du conseil départemental d'hygiène (art. 2) (1); 2° Les communes peuvent être associées en syndicats de communes conformément à la loi du 22 mars 1890 pour l'exécution des mesures sanitaires, alors elles adoptent les mêmes règlements (art. 2, § 3); 3° la loi prévoit elle-même que les règlements sanitaires ne seront pas toujours à l'état de mise en vigueur; ils auront des périodes de sommeil, mais en cas d'épidémie ou d'un autre danger imminent pour la santé publique, il y aura une procédure pour les remettre en vigueur, le préfet en ordonnera l'exécution immédiate après urgence constatée par arrêté du maire, ou à défaut par arrêté du préfet lui-même (art. 3);

b) Les règlements sanitaires du chef de l'État sont prévus par l'art. 8. — Lorsqu'une épidémie menace tout ou partie du territoire de la République ou s'y développe et *que les moyens de défense locaux sont reconnus insuffisants*, un décret détermine, après avis du comité consultatif d'hygiène publique de France, les mesures propres à empêcher la propagation de cette épidémie. Il règle les attributions, la composition et le ressort des autorités et administrations chargées de l'exécution de ces mesures et leur délègue pour un temps déterminé, le pouvoir de les exécuter. Les frais d'exécution de ces mesures en personnel et en matériel sont à la charge de l'État. Les décrets et actes administratifs qui prescrivent l'application de ces mesures sont exécutoires dans les 24 heures à partir de leur publication au *Journal officiel*. — Sur ce point la loi nouvelle s'est substituée à celle du 3 mars 1822, art. 1, n° 3 et la conséquence

(1) Le préfet conserve d'ailleurs deux droits : Si dans le délai d'un an à partir de la promulgation de la présente loi une commune n'a pas de règlement sanitaire, il lui en imposera un d'office, le conseil départemental entendu; en outre, il conserve le droit de prendre des mesures spéciales dans les conditions de l'art. 99, loi municipale (art. 2).

Source : BIU Cujas

est que les sanctions excessives de la loi de 1822, ne s'appliquent plus, mais celles des art. 27 et s. de notre loi.

B. *Les droits et obligations en matière de santé publique.* — Ces droits et obligations sont intéressants à relever, car ils limitent par la question de légalité l'exercice du pouvoir réglementaire; on peut les répartir en trois catégories, les obligations à la charge des personnes, celles à la charge de la propriété, les droits et obligations des communes :

a) A la charge des personnes il convient de relever : 1° l'obligation de la vaccination antivariolique à 1 an, 11 ans et 21 ans (art. 6); 2° l'obligation de la désinfection (art. 7); 3° l'obligation pour les médecins de déclarer les cas de maladie épidémique (art. 5);

b) A la charge de la propriété bâtie sont établies : 1° Dans les agglomérations de 20.000 habitants et au-dessus, l'obligation du permis de bâtir délivré par le maire préalablement à toute construction (art. 11) et qui assure l'observation des conditions de salubrité prescrites par le règlement sanitaire (le permis de bâtir n'existait jusqu'ici que dans les villes où était applicable le décret du 26 mars 1852)(1); 2° l'obligation de subir les prescriptions de la commission sanitaire *pour les immeubles insalubres* lorsqu'un immeuble, bâti ou non, attenant ou non à la voie publique est dangereux pour la santé des occupants ou des voisins. — Cette matière était réglée autrefois par la loi du 13 avril 1850 sur les *logements insalubres;* cette loi s'était montrée inefficace, elle est totalement abrogée et remplacée par les dispositions des art. 12 à 17 de notre loi. Il s'agit d'obliger le propriétaire, soit à exécuter des travaux, soit à laisser son immeuble inhabité en totalité ou en partie. Le mécanisme de la loi consiste à charger la *commission sanitaire* (qui n'est pas municipale mais plutôt cantonnale V. *infrà*) à donner son avis sur ces points, après d'ailleurs une procédure contradictoire; à faire rendre cet avis exécutoire par un arrêté du maire approuvé du préfet, après avis du conseil départemental d'hygiène si le maire conteste l'avis de la commission sanitaire; à ouvrir un recours aux intéressés devant le conseil de préfecture (art. 13); à sanctionner les obligations des parties par des amendes et par le droit du maire, autorisé du tribunal de simple police, à faire exécuter les travaux d'office à leurs frais;

c) Les droits et obligations des communes sont les suivants : 1° *obligation d'assainir.* Cette obligation était posée en principe dans la loi du 16 septembre 1807, art. 35-37, mais n'étant pas suffisamment entourée de précautions n'avait été invoquée que rarement par le Gouvernement; l'art. 9 de notre loi vient modifier la situation : « Lorsque pendant trois

(1) Le permis de bâtir est le seul procédé pratique pour assurer l'observation des règlements sanitaires relatifs à la disposition intérieure des immeubles; on en peut conclure que dans les communes de moins de 20.000 habitants, cette sanction n'existant pas, le règlement sanitaire sera parfaitement inefficace sur ce point.

Source : BIU Cujas

années consécutives le nombre des décès dans une commune a dépassé le chiffre de la mortalité moyenne de la France, le préfet est tenu de charger le conseil départemental d'hygiène de procéder à une enquête sur les conditions sanitaires de la commune. — Si cette enquête conclut à la nécessité des travaux d'assainissement, s'ouvre toute une procédure qui met en mouvement le comité consultatif d'hygiène public de France et qui peut aboutir à un décret rendu en Conseil d'État. Toutefois la dépense ne peut être mise à la charge de la commune que par une loi; le département peut offrir son concours (1);

2° Droit à la protection des sources captées pour l'alimentation publique, ou des sources dont la commune a l'usage, périmètre de protection pour ces sources; facilités d'expropriation pour les sources dont le débit ne dépasse pas deux litres par seconde (art. 10);

3° Extension à toutes les communes des facilités d'expropriation créées par le décret du 26 mars 1852, expropriation de tout un quartier, avec faculté de revendre, après assainissement assuré (art. 18).

C. *Organisation du service de la santé publique.* — La direction de l'hygiène publique, qui dépendait autrefois du ministère du Commerce, a été transférée au ministère de l'Intérieur par décret du 3 janvier 1889 et réunie à la direction de l'assistance publique, pour former une sorte de direction de la santé publique (2).

La loi du 15 février 1902 a réorganisé le Comité consultatif d'hygiène publique désormais composé de 45 membres (art. 25); elle institue dans le département un conseil départemental d'hygiène, un service départemental d'inspection (facultatif); des commissions sanitaires fonctionnant dans des circonscriptions intercommunales; toute cette organisation départementale est créée par le conseil général avec une certaine liberté (art. 19, 20 et 21); enfin, dans les villes de 20.000 habitants et au-dessus et dans les stations thermales d'au moins 2.000 habitants, il sera institué, sous le nom de bureau d'hygiène, un service municipal sous l'autorité du maire (art. 19). Tous ces bureaux ou conseils ne font que de l'administration consultative.

La question des dépenses est réglée par l'art. 26, le principe est la contribution de l'État, des départements et des communes d'après les bases de la loi sur l'assistance médicale de 1893, c'est-à-dire d'après

(1) Les art. 35-37 de la loi du 16 sept. 1807 ne sont point abrogés et le principe de la contribution de la plus-value qui s'y trouve inscrit survit certainement. Cfr. article Monod, *Rev. d'adm.*, 1889. 1. 50; Jouarre, *des pouvoirs de l'autorité municipale en matière d'hygiène et de salubrité*, Paris, 1899.

(2) La raison qui justifie le rattachement au ministère de l'Intérieur, c'est que la principale préoccupation, actuellement, doit être de combattre les épidémies à l'intérieur par l'assainissement des villes, bien plus que de combattre l'invasion venant du dehors par l'organisation des quarantaines. Il est difficile d'arrêter la contagion, il est plus facile de créer des milieux qui lui soient réfractaires.

Source : BIU Cujas

le barème de la subvention inversement proportionnelle au centime. Les sanctions et pénalités sont réglées par les art. 27 à 30.

Article II. — Les polices spéciales de l'État.

N° 1. — *La police des cours d'eau non navigables ni flottables (L. 8 avril 1898)* (1).

A. *Condition légale des cours d'eau non navigables ni flottables.* — Ces cours d'eau ne sont pas des dépendances du domaine public de l'État à la différence des cours d'eau navigables et flottables (art. 538, C. civ.; art. 1er, L. 15 avr. 1829; L. 8 avr. 1898) (2). Leur condition juridique a été pendant longtemps discutée, la jurisprudence s'était fixée en ce sens qu'ils étaient *res communes*, que par conséquent ils n'appartenaient aux riverains ni pour le lit ni pour l'eau courante, ce qui était une solution libérale (3). La loi du 8 avril 1898 a consacré une solution moins libérale, assez singulière en soi, et qui jadis était la moins soutenue de toutes; elle consiste à distinguer dans le cours d'eau deux éléments, le lit et l'eau courante, le lit est propriété des riverains, l'eau courante reste *res communis* et l'écoulement de cette eau s'opère à titre de servitude de passage (L. 8 avr. 1898, art. 3-6) (4).

(1) *Bibliographie :* Picard, *Traité des eaux*, t. I et II; Boulet et Lescuyer, *Code des cours d'eau non navigables ni flottables*, 2e édit., 1900.

(2) Du moins dans la métropole, car en Algérie et aux colonies il est admis au contraire que tous les cours d'eau sans distinction font partie du domaine public; cela tient à ce que dans les colonies, pays chauds, les irrigations apparurent comme susceptibles de constituer un service public, tandis que dans la métropole la navigation seule présentait autrefois le caractère d'un service public. Aujourd'hui surgit une nouvelle question qui est celle de l'utilisation industrielle de la force motrice de l'eau dont l'importance se trouve décuplée par la possibilité des transports électriques. Dans les pays où les petits cours d'eau sont dans le domaine public, comme en Italie et en Suisse, la force motrice donne lieu à l'organisation des services publics; en France, il faudra s'accommoder de l'initiative individuelle des riverains et trouver quand même une réglementation qui assure une organisation puissante de la nouvelle industrie (V. *infra*, p. 541).

(3) Cass., 10 mai 1846, *Piard;* Cons. d'Ét., 8 avr. 1866, *de Colmont;* Conflits, 26 mai 1894, *de Gasté;* cfr. Picard, *op. cit.*, I, p. 197 et s. — Il résultait de cette jurisprudence : 1° qu'un propriétaire dont le fonds était traversé par un cours d'eau ne pouvait pas tendre une chaîne pour interdire la circulation des bateaux (Cass., 8 mars 1865, S. 65. 1. 108); 2° que le propriétaire d'une rive pouvait pousser un barrage à travers le lit et n'avait à demander au riverain opposé que l'appui; 3° qu'en cas de travaux publics rendant le cours d'eau navigable et le faisant tomber dans le domaine public, il n'y avait point à indemniser les riverains pour le sol du lit, mais seulement pour la perte du droit de pêche et du droit à l'usage de l'eau; 4° que le public et l'Administration elle-même pouvaient prendre librement du sable, des cailloux dans le lit, etc.

(4) Il a fallu remanier plusieurs articles du Code civil pour les mettre en harmonie avec cette *grande pensée* du Code rural, et véritablement ce n'était pas la peine. Au point de vue juridique le système ne tient pas debout : si le fonds où le cours d'eau se creuse son lit supporte une servitude de passage, où est le fonds dominant qui profite de cette servitude? Est-ce l'eau courante? On s'est inspiré d'une situation qui existe pour certains canaux d'amenée des usines, l'eau est, en effet, quelquefois conduite à l'usine en

Source : BIU Cujas

B. *Droits des riverains sur l'eau courante.* — Les riverains ont sur l'eau courante, qui en soi est restée *res communis*, un droit d'usage réglé par les art. 643 et 644, C. civ. et l'art. 2, L. 8 avr. 1898. — Ce droit d'usage leur permet soit des irrigations soit des utilisations usinières, il appelle les observations suivantes :

1° Il est un privilège *des riverains*, il ne s'étend pas à tous les propriétaires de la vallée, ni par conséquent à toutes les surfaces arrosables (1); en revanche, il est un droit *indivis* pour les riverains, ce qui entraîne la nécessité des partages d'eau et des règlements d'eau (V. *infrà*);

2° Ce droit d'usage remonte d'une certaine façon jusqu'à la source du cours d'eau, du moins « si dès la sortie du fonds où elles surgissent, « les eaux de sources forment un cours d'eau offrant le caractère d'eau « publique et courante, le propriétaire ne peut les détourner de leur « cours naturel au préjudice des usagers inférieurs » (nouvel art. 643, C. civ.); ce texte servira de base légale au droit à indemnité des riverains dans les cas fréquents où des villes acquièrent des sources et les captent pour alimenter leur canalisation, enlevant ainsi les eaux aux riverains de la vallée (2); le droit des riverains s'étend aussi d'une cer-

vertu d'une simple servitude de passage que l'usinier a acquise sur les fonds intermédiaires; ces fonds sont servants, mais il y a un fonds dominant qui est l'usine, la situation, exceptionnelle d'ailleurs, est donc juridiquement régulière. Elle ne l'est pas en ce qui concerne les cours d'eau naturels *qui ne conduisent à aucun fonds dominant.* — Au point de vue pratique, les inconvénients sont nombreux : le partage mitoyen du lit entre propriétaires des deux rives sera une source de contestations continuelles, surtout quand le cours d'eau se déplacera latéralement; quant au public et à l'Administration, ils perdent un certain nombre de facultés qui étaient très appréciables : la liberté de la circulation en bateau devient douteuse, ce qui est ridicule quand on songe que certains des cours d'eau non navigables sont très larges et que la pêche ne peut s'y pratiquer qu'en bateau (le droit de libre circulation a été considéré comme maintenu par la Cour de Paris, 26 juill. 1901, S. 1902. 2. 1, note de M. Saleilles, il est à souhaiter que la Cour de cassation se prononce dans le même sens); il ne sera plus permis de prendre dans le lit, ni sable, ni cailloux sans les acheter au propriétaire (l'Administration tirait du lit des ruisseaux une bonne partie des matériaux nécessaires à l'entretien des chemins); enfin quand un cours d'eau sera rendu navigable par des travaux et tombera dans le domaine public, il faudra indemniser les riverains pour le sol du lit. — Cette loi consacre une exagération tout à fait inutile de la propriété privée.

(1) Législation qui n'est ni très avantageuse au point de vue économique, ni très équitable, attendu que les non-riverains sont exposés aux inondations des cours d'eau et peuvent être contraints de participer au curage (L. 8 avr. 1898, art. 22) et que s'ils souffrent des inconvénients, ils devraient participer aux avantages. Du moment que le droit à l'usage de l'eau n'est pas purement individuel, mais indivis entre les riverains, on aurait pu établir qu'il serait indivis entre tous les propriétaires d'un périmètre arrosable déterminé administrativement, tout comme le périmètre du curage.

(2) Ces opérations de dérivation des eaux de source pour l'alimentation des villes avaient donné lieu à une très intéressante construction de la jurisprudence du Conseil d'État qui était arrivée à assurer des indemnités aux riverains du cours d'eau mis à sec, bien que d'après l'ancienne législation du Code civil le propriétaire de la source eût sur celle-ci des droits absolus qui paralysaient les droits des riverains sur le cours d'eau.

Source : BIU Cujas

taine façon au régime général du cours d'eau, par exemple ils peuvent faire abaisser les barrages d'amont ou d'aval qui préjudicieraient à leurs droits ;

3° Ce droit d'usage, bien qu'étant de nature civile, ne s'exerce que sous la condition d'autorisations administratives pour tout ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau (art. 11, L. 8 avr. 1898) (1) et sous la condition d'observer les règlements pour le partage des eaux.

Outre les droits à l'usage de l'eau, les riverains ont le droit de pêche (L. 15 avr. 1829, art. 2) sauf à respecter la réglementation de ce droit par les arrêtés annuels du préfet (V. aussi L. 31 mai 1865) ;

4° Le droit d'usage permet aux riverains l'utilisation de la force vive contenue dans l'eau courante et qui porte le nom technique de *pente de l'eau*. Cette utilisation se produit au moyen de barrages de retenue. — Il surgit ici une difficulté pratique qui est la concentration entre les mains d'un seul usinier de tous les droits de riveraineté existant dans le bief de retenue. On conçoit en effet que, dans toute l'étendue du bief de retenue au-dessus d'un barrage, toute l'utilité de l'eau retenue doit être réservée au barrage. Pratiquement, pour les moulins et usines anciens, la difficulté avait été résolue par des ententes amiables, l'usinier acquérant soit la pleine propriété de toutes les rives, soit du moins la cession de tous les droits de riveraineté. Il convient même d'ajouter que beaucoup d'installations anciennes furent d'abord des moulins seigneuriaux ou des moulins d'abbaye créés à des époques de grande propriété

L'affaire se présentait comme une demande d'indemnité pour dommages résultant des travaux publics. Pendant un certain nombre d'années, le Conseil d'État voulut subordonner l'indemnité à la question de savoir si les usagers du cours d'eau avaient un droit de nature civile sur la source et il renvoyait les parties à se pourvoir devant les tribunaux civils pour trancher cette question préalable, les tribunaux civils ne pouvaient que déclarer que les usagers n'avaient point de droits sur la source (d'après l'ancienne législation) (C. É., 10 mars 1864, *Commune de Salmagne* ; 9 févr. 1865, *Ville de Nevers* ; Cass., 8 févr. 1858, *Hubin*). Alors, dès 1868, le Conseil d'État inaugura une nouvelle tactique, comme il était consulté à titre de corps administratif pour la préparation des décrets prononçant l'utilité publique des travaux, il inséra, d'abord dans les visas, puis dans le dispositif des décrets, un engagement des villes à indemniser les usagers, le principe de l'indemnité devenait ainsi contractuel (*notes de jurisprudence adm.*, 1re série, ch. VIII). — Après quelques années de cette pratique, nouvelle étape, le conseil commence à estimer, que si les usagers n'ont pas de droits civils sur la source ils en ont sur l'eau courante et que la source est solidaire de l'eau courante ; que, par conséquent, ils ont droit à indemnité, alors même que la ville n'a pas pris d'engagement contractuel ; cette idée se fait jour dans un arrêt *Viviant* (C. É , 29 janv. 1886, conclusions du commissaire du Gouvernement), s'affirme dans C. É. 5 mai 1893, *Sommelet* (S. 1895, 3, 1 et la note) et est complètement consacrée par C. É. 8 juill. 1898, *commune de Rolampont*. — C'est bien le principe que le nouvel art. 643, C. civ. a consacré, la source est solidaire de l'eau courante, du moins, lorsque dès la sortie du fonds d'origine, elle forme un cours d'eau que l'on peut qualifier d'eau publique et courante, et c'est un progrès du droit civil dû à la jurisprudence du Conseil d'État.

(1) V. *infrà*, la situation de ces ouvrages.

Source : BIU Cujas

et vendus depuis avec leur barrage, leur canal d'amenée et leur bief de retenue. Ces procédés de création de barrages et de biefs de retenue reposant sur l'entente amiable vont devenir insuffisants car un nouveau facteur est entré en scène. La transmission de l'énergie sous forme électrique à de grande distance a appelé l'attention sur les énormes réserves de forces non utilisées que recèlent les eaux courantes; on a comparé ces réserves de forces, surtout dans les massifs montagneux où de grandes chutes découlent des glaciers et des champs de neige, à la réserve constituée par la houille et, par un contraste saisissant, on a appelé cette réserve de forces la *houille blanche*. Il est incontestable que l'utilisation rationnelle de cette force intéresse au plus haut degré l'industrie nationale et par conséquent l'État. Celui-ci ne peut guère plus se désintéresser de l'aménagement des chutes d'eau au commencement du XXe siècle, qu'il ne s'est désintéressé de celui des mines de houille au début du XIXe siècle. Il y a une législation à organiser, un procédé à trouver qui permette aux industriels de s'affranchir de la nécessité de l'entente amiable avec tous les riverains, il y a des précautions à prendre pour réserver aux services publics tels que les chemins de fer et tramways une partie de la force motrice en vue d'une traction électrique; il y a une condition à trouver pour les réseaux de distribution de force motrice qui seront créés. La question est à l'étude, mais il faut savoir que l'industrie n'a pas attendu la réforme législative pour marcher de l'avant; déjà d'importantes entreprises d'utilisation de chutes d'eau ont été fondées avec les anciens moyens juridiques, principalement dans la région des Alpes (1).

C. *Police de l'écoulement des eaux; situation légale des ouvrages de prise d'eau et des usines.* — Aucun barrage, aucun ouvrage destiné à l'établissement d'une prise d'eau, d'un moulin ou d'une usine ne peut

(1) On trouvera tous les renseignements possibles sur les projets de réforme législative dans le *Bulletin de la société d'études législatives*, 1901-1902, n°s 3 et 4 et dans le compte rendu du *congrès de la houille blanche* tenu à Grenoble en septembre 1902. Trois opinions principales se sont manifestées au sujet de la question capitale qui est la concentration des droits de riveraineté. Un projet de loi proposé par le Gouvernement repose sur l'idée de la concession de la force motrice par l'État; celui-ci, qui n'est point propriétaire des petits cours d'eau, interviendrait cependant pour concentrer les droits de riveraineté et concéder la force concentrée, l'usinier serait dans la situation d'un concessionnaire de travaux publics et les usines seraient dans le domaine public. Un second projet présenté par M. Michoud professeur de droit administratif à l'Université de Grenoble repousse absolument l'intervention de l'État et organise une *licitation judiciaire* qui permettrait aux riverains eux-mêmes de concentrer entre les mains d'un adjudicataire les droits de riveraineté. Enfin MM. Hauriou, professeur de droit administratif à l'Université de Toulouse, et Ader, ingénieur à Narbonne, ont présenté un projet transactionnel où la concentration des droits de riveraineté, tout en étant laissée à l'initiative des riverains, serait réalisée par une sorte de licitation administrative obtenue par la création d'associations syndicales qui auraient le droit de revendre la chute. La concession par l'État ne pourrait intervenir qu'à défaut d'organisation d'associations syndicales et comme accessoire de la concession d'un réseau de distribution.

Source : BIU Cujas

être entrepris dans un cours d'eau non navigable ni flottable, sans l'autorisation de l'Administration (art. 11) (1). — Les préfets statuent après enquête sur les demandes ayant pour objet : 1° l'établissement d'ouvrages intéressant le régime ou le mode d'écoulement des eaux ; 2° la régularisation de l'existence des usines et ouvrages établis sans permission (art. 12). — Les réclamations des parties intéressées contre l'arrêté du préfet peuvent se produire de deux manières, par un recours administratif qui aboutit à un décret en Conseil d'État et par le recours pour excès de pouvoir (art. 13). — Les permissions peuvent être révoquées ou modifiées *sans indemnité*, soit dans l'intérêt de la salubrité publique, soit pour prévenir ou faire cesser les inondations, soit enfin dans le cas de réglementation générale en vue du partage des eaux. — Dans tous les autres cas elles ne peuvent être modifiées que *moyennant indemnité* (art. 14). — Les préfets statuent sur la révocation ou la modification des permissions en la même forme qu'ils les ont accordées (art. 12). — Les autorisations d'ouvrages sont données sous réserve des droits des tiers qui peuvent avoir droit à faire abaisser le barrage (art. 17) et elles ne font pas obstacle non plus à ce que les propriétaires ou fermiers des moulins ou usines soient garants des dommages causés aux chemins et aux propriétés si leurs retenues d'eau occasionnent des inondations (art. 15). — Enfin les maires peuvent prendre toutes les mesures nécessaires pour la police des cours d'eau (à l'exception des autorisations ou suppressions de barrages), par exemple prescrire à des usiniers de ne pas corrompre les eaux par des produits chimiques (art. 16).

Les ouvrages construits avec autorisation ont *titre légal* ou *existence légale* (art. 12, § 2) ; cette expression signifie qu'ils existent en vertu d'un droit désormais parfait, droit fondé sur l'art. 644, C. civ., et complété par l'autorisation administrative ; lorsque l'ouvrage est un barrage destiné à produire la force motrice d'une usine et qu'il est régulièrement autorisé, on dit que *l'usine a une existence légale*, en réalité le barrage seul a une existence, l'usine n'est envisagée que comme exploitant l'utilité du barrage ; lorsqu'une usine à une existence légale et que l'utilité du barrage est amoindrie par le fait de l'Administration, sans que celle-ci puisse invoquer les motifs de police énumérés dans l'art. 14, par exemple par des travaux publics exécutés en rivière, l'usinier a droit à une indemnité basée sur l'importance actuelle de son usine (art. 48, L. 16 sept. 1807), mais ce n'est pas une indemnité d'expropriation parce que l'usinier n'a pas la propriété de la pente de l'eau (C. É., 17 août 1857, *Robo*).

D. *Police de l'utilisation des eaux; les règlements d'eau* (L. 8 avril

(1) Ces autorisations ne sont pas des concessions puisque le riverain a droit à l'eau, aussi n'y a-t-il point paiement de redevances, c'est un moyen pour l'Administration de s'assurer que la prise d'eau ne sera pas établie dans des conditions qui pourraient nuire à l'écoulement des eaux.

Source : BIU Cujas

1898, art. 9). — Nous savons déjà que les riverains n'ont qu'un droit indivis à l'usage de l'eau. Cette indivision est de nature à susciter des contestations et des troubles et il y a lieu de pourvoir au maintien de la paix. Deux autorités ont ici compétence, le tribunal civil pour procéder au partage si les riverains le demandent (art. 645, C. civ.), le Chef de l'État pour régler le régime général du cours d'eau « de manière à concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété et aux droits et usages antérieurement établis » (art. 9). Les compétences respectives des deux autorités se combinent de la façon suivante :

1° Les règlements d'eau *rendus après enquête dans la forme des règlements d'administration publique* opèrent le partage de l'eau entre *des groupes* d'intéressés (C. É., 9 juin 1876, *canal de Nivolas*) (1); les jugements des tribunaux civils procèdent au partage *individuel* entre intéressés d'un même groupe;

2° Les règlements d'eau s'imposent aux tribunaux comme une loi; lorsqu'ils sont antérieurs, les tribunaux doivent respecter le partage par groupes qu'ils ont opéré; lorsqu'ils sont postérieurs à la décision des tribunaux, ils rescindent cette décision en tant que besoin (C. É., 10 nov. 1882, *Delcasso*), ce qui n'est pas sans danger, particulièrement pour les usiniers. — En fait, l'Administration ne prend pas l'initiative des règlements d'eau, elle attend qu'on les sollicite.

E. *Police du curage.* — Le curage comprend tous les travaux nécessaires pour rétablir un cours d'eau dans sa largeur et sa profondeur *naturelles* (art. 18) (2) (3). L'opération du curage est à la charge des propriétaires intéressés au bon écoulement des eaux (non pas seulement des riverains), elle s'opère d'une façon collective sous la surveillance de

(1) Par exemple entre le groupe des arrosants et celui des usiniers, entre les arrosants de la rive droite et ceux de la rive gauche; le partage s'opère le plus souvent par des jours ou des heures d'arrosage, les uns le jour, les autres la nuit, les uns le matin, les autres le soir etc., mais il peut s'opérer aussi par les dimensions des prises d'eau.

(2) Il ne s'agit pas de rétablir le cours d'eau dans son ancien lit et c'est pourquoi on a renoncé à la formule « curer à vieux fond et à vieux bord », on laisse le cours d'eau là où il s'est placé; il ne s'agit pas non plus de lui donner la largeur et la profondeur *normales* pour son volume d'eau, ce qui serait le canaliser; il s'agit simplement de ramener le lit actuel à son état naturel, c'est-à-dire d'enlever les boues et les alluvions qui ne sont pas encore arrivées à maturité (recreusement, repurgement); d'enlever les herbes (faucardement) et d'élaguer les branches (récépage). L'art. 18 ajoute qu'il n'est rien innové à l'égard des alluvions dont le sort est réglé par les art. 556 et 557 du Code civil; on sait que les alluvions sont la propriété des riverains, mais ce n'est qu'à la condition qu'elles soient *mûres*, c'est-à-dire qu'elles s'élèvent au-dessus du niveau des plus hautes eaux, jusque-là elles peuvent être enlevées par l'opération du curage; on en doit conclure que jusque-là elles font partie de l'eau courante.

(3) Les travaux d'élargissement, de régularisation et de redressement des cours d'eau qui seront jugés nécessaires pour compléter les travaux de curage sont assimilés à ces derniers et leur exécution est poursuivie par les mêmes moyens (art. 25).

Source : BIU Cujas

l'Administration ; elle s'exécutait autrefois en vertu de la loi du 14 floréal an XI, cette loi est abrogée et remplacée par les dispositions de la loi du 8 avril 1898 ; c'est le préfet qui prescrit l'opération et qui est chargé d'en surveiller l'exécution, mais il faut distinguer deux hypothèses : 1° Il existe d'anciens règlements ou des usages locaux dont l'application ne présente pas de difficulté, les préfets sont chargés, sous l'autorité du ministre, de prendre les mesures nécessaires pour l'exécution de ces règlements et usages (art. 19) ; 2° Il n'y a pas d'anciens règlements ou usages locaux, ou leur application présente des difficultés, ou bien les changements survenus exigent des dispositions nouvelles, il sera constitué alors une association syndicale libre ou autorisée des propriétaires intéressés qui exigera un règlement d'administration publique (art. 20) (1) ;

Si les tentatives faites en vue d'arriver à la constitution d'une association syndicale libre ou autorisée n'aboutissent pas, il est procédé de la façon suivante : un décret rendu en Conseil d'État après enquête règle le mode d'exécution des travaux, détermine la zone dans laquelle les propriétaires intéressés, riverains ou non riverains et usiniers, peuvent être appelés à y contribuer et arrête, s'il y a lieu, les bases générales de la répartition de la dépense d'après le degré de l'intérêt de chacun à l'exécution des travaux (art. 21, 22, complétés par D. 13 nov. 1899).

— Dans toutes ces hypothèses, un certain nombre de règles communes s'appliquent : les contributions pour le curage sont recouvrées en les mêmes formes et avec les mêmes garanties qu'en matière de contributions directes ; toutes les contestations sont de la compétence du conseil de préfecture (art. 23, 24) (2).

N° 2. — *Police des établissements dangereux, insalubres ou incommodes* (3).

Les ateliers ou établissements dangereux, insalubres ou incommodes, sont exceptés du principe de la liberté du travail, en ce sens qu'ils ne peuvent être exploités qu'en vertu d'une permission administrative. Il ne faudrait pas voir cependant dans cette permission une concession de la part de l'État, c'est une simple mesure de police prise à l'occasion de l'exercice d'un droit. L'Administration prend en mains les intérêts contradictoires de l'industriel et des voisins et les concilie en prescrivant

(1) Cependant le préfet serait compétent pour assurer par des mesures *temporaires* l'écoulement des eaux, distinction entre le temporaire et le permanent (C. É., 23 déc. 1898, *de Martin et autres*).

(2) V. encore les dispositions des art. 26 à 28.

(3) *Bibliographie :* Tambour, *De la compétence en matière d'établissements dangereux...* etc... 1886 ; Le Marois, *Ateliers insalubres, dangereux*, etc... 1883 ; Birnel, *Établissements insalubres*, etc..., 1887 ; Porée et Livache, *Traité des manufactures et ateliers dangereux*, etc... ; Avisse, *Industries dangereuses*, etc. ; Dejamme, v° *Établissements dangereux*, Répert. Béquet-Laferrière, 1900.

Source : BIU Cujas

des conditions et des précautions d'exploitation, elle fait l'affaire des uns et des autres (1). Le texte fondamental est le décret-loi du 15 octobre 1810, qui a divisé ces établissements en trois classes d'après les inconvénients qu'ils présentent.

A. *Du classement des industries et des établissements non classés.* — Aux termes du décret de 1810 (art. 10), il appartient au Gouvernement seul de dresser le tableau des industries et par suite des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, et d'en faire la division en trois classes ; ce classement ne peut être effectué que par voie de décret portant règlement d'administration publique (V. D. réglem., 3 avril 1886, § 26) (2).

Les établissements d'une industrie *ancienne* non encore classée peuvent être créés et exploités sans autorisation, les décrets de classement ultérieurs n'ont pas d'effet rétroactif, par conséquent le préfet ne peut pas prononcer la suspension provisoire de l'établissement (D. 15 oct. 1810, art. 11, C. É., 28 janv. 1887, *Pral ;* 16 juin 1899, *Nessi*). — Il n'en est pas de même pour les industries *nouvelles*, les établissements qui se fondent avant que l'industrie ne soit classée sont exposés à la suspension provisoire prononcée par le préfet et il est plus prudent de la part des industriels de demander une autorisation et un classement provisoire (O. 14 janv. 1815, art. 5) (3).

B. *De l'autorisation des établissements classés.* — Aucun établissement classé ne peut être ouvert sans autorisation, sinon le préfet et le maire peuvent le faire fermer par mesure de police — il y a quelquefois des autorisations temporaires. — Une interruption d'exploitation pendant six mois entraîne la nécessité de demander une nouvelle autorisation.

1° *Établissements de la première classe.* — Les établissements de la première classe doivent être éloignés des habitations particulières. Il n'y a pas de distance réglementaire, c'est une question de fait à trancher pour chaque hypothèse (D. 1810, art. 1, § 2). L'autorisation est accordée par le préfet (D. 25 mars 1852, art. 2 et tableau B, n° 7) après une enquête *de commodo et incommodo* ouverte dans toutes les communes à 5 kilomètres de rayon. La demande est affichée dans le même rayon pendant un mois (D. 1810, art. 3; O. 14 janv. 1815, art. 4). S'il y a des oppositions, le conseil de préfecture donne son avis (D. 1810, art. 4).

(1) C'est donc un cas de gestion par bons offices ; ainsi s'explique l'existence d'un contentieux de pleine juridiction (V. p. 207).

(2) Des tableaux de classement avaient été annexés au décret du 15 octobre 1810, ils ont été plusieurs fois remaniés, le dernier tableau d'ensemble a été dressé par le décret du 3 mai 1886 ; on le trouvera reproduit dans le traité de M. Dejamme, n° 30.

(3) La distinction entre les industries anciennes et les industries nouvelles est très fondée. Du moment que plusieurs décrets de classement se sont succédés sans se préoccuper d'une industrie ancienne parfaitement connue, c'est sans doute qu'elle ne présente pas de gros inconvénients et on peut laisser libres les établissements anciens.

Source : BIU Cujas

2° *Établissements de la deuxième classe.* — Ce sont, d'après le texte : « les manufactures et ateliers dont l'éloignement des habitations n'est « pas rigoureusement nécessaire, mais dont il importe néanmoins de « ne permettre la formation, qu'après avoir acquis la certitude que les « opérations qu'on y pratique sont exécutées de manière à ne pas in- « commoder les propriétaires du voisinage, ni à leur causer des dom- « mages. » (D. 1810, art. 1, § 3). « La permission qu'exige la mise en « activité des établissements compris dans la seconde classe est accordée « par les préfets, sur l'avis des sous-préfets. » (art. 2, § 2). Les formalités sont les mêmes que pour la première classe, sauf qu'il n'y a pas d'affiches et que l'avis du conseil de préfecture n'est pas exigé sur les oppositions.

3° *Établissements de la troisième classe.* — « Dans la troisième classe sont « placés les établissements qui peuvent rester sans inconvénient auprès « des habitations, mais doivent rester soumis à la surveillance de la « police. » (D. 1810, art. 1er, § 4). L'autorité compétente pour délivrer l'autorisation est le sous-préfet, après avis préalable du maire; l'enquête de *commodo* n'est pas indispensable.

C. *Des recours en matière d'autorisation d'établissement.* — Il existe, soit au profit de l'industriel soit au profit des voisins, des recours contentieux ordinaires : Pour les établissements de la troisième classe, le recours de l'industrie, et celui des voisins sont tous les deux portés devant le conseil de préfecture (D. 1810, art. 8, § 2); pour ceux de la première et de la deuxième classe, afin de concilier deux textes un peu contradictoires (D. 1810, art. 7, §§ 1 et 2), il a été admis que le recours de l'industriel, en cas de refus d'autorisation, serait porté directement au Conseil d'État, tandis que celui des voisins, en cas d'autorisation accordée, serait porté devant le conseil de préfecture.

D. *De la police des établissements autorisés; leur fermeture et leur suppression.* — Les établissements insalubres sont soumis à un double pouvoir de police, celui du préfet et celui du maire.

Le préfet puise dans ses pouvoirs généraux de police le droit de faire fermer un établissement classé ouvert sans autorisation. Il a aussi, à notre avis, et bien que cela ait été discuté, le droit de prescrire la fermeture d'un établissement régulièrement autorisé, si des inconvénients graves se révèlent (V. art. 11 et 12, D. 1810; D. 25 mars 1852, art. 2) (1), mais il ne peut prescrire la fermeture des établissements de toute classe que d'une façon temporaire, soit jusqu'à ce que des précautions nouvelles aient été prises, soit, dans le cas d'établissement transformé, jusqu'à ce qu'une nouvelle autorisation ait été demandée et obtenue (Cfr. Dejamme, *op. cit.*, nos 176 et s., 193 et s.).

Il ne faut pas confondre la fermeture avec la *suppression*. La suppres-

(1) Sauf annulation pour détournement de pouvoir s'il était démontré qu'en réalité l'arrêté du préfet n'était pas motivé par des raisons de salubrité publique.

Source : BIU Cujas

sion, n'est possible par mesure administrative que pour les établissements de 1re classe, elle est opérée par décret en Conseil d'État et n'est pas susceptible de recours contentieux (D. 1810, art. 12) (1). La suppression des établissements de 2e et 3e classes ne serait possible que par expropriation et cette expropriation elle-même ne pourrait être faite qu'en vertu d'une loi spéciale car on n'exproprie pas uniquement pour détruire.

E. *Des dommages-intérêts demandés par les voisins.* — L'autorisation des établissements dangereux, comme celle des barrages sur les cours d'eau, n'est donnée par l'Administration que *sous réserve des droits des tiers.* Si donc, malgré les précautions prescrites par l'Administration, il subsiste des inconvénients de voisinage qui excèdent ceux que l'on peut considérer comme constituant le droit commun de la propriété, les voisins peuvent s'adresser aux tribunaux civils pour demander des dommages-intérêts ou même un supplément de précautions (2).

N° 3. — *Police des sources minérales* (L. 14 juill. 1856) (3).

Les sources minérales, qu'elles appartiennent à des particuliers ou à des personnes administratives (État, départements, communes, etc...) sont soumises à un régime spécial qui en fait des propriétés d'intérêt public (V. *Mines*) : 1° Elles ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'une autorisation administrative précédée d'une analyse chimique de l'eau; 2° si la source est exploitée d'une manière qui ne satisfait pas aux besoins de la santé publique, un décret délibéré en Conseil d'État peut en autoriser l'expropriation au profit de l'État, dans les formes réglées par la loi du 3 mai 1841; 3° à la condition d'avoir été au préalable *déclarée d'intérêt public* par un décret rendu en Conseil d'État après enquête, une source, même appartenant à un particulier, bénéficie de mesures de protection spéciales qui entraînent pour les propriétés voisines de véritables servitudes d'utilité publique : *a*) certains travaux sont interdits aux voisins; *b*) une sorte d'occupation temporaire est permise au contraire au propriétaire de la source sur les terrains voisins (4).

(1) Encore y a-t-il controverse sur la question de savoir si ce droit de suppression ne s'applique pas uniquement aux établissements qui existaient avant le décret de 1810 (Cfr. Dejamme, *op. cit.*, n° 176 et s.).

(2) Cfr. Cass., 28 févr. 1848, S. 48. 1. 311; Cass., 11 juin 1877, S. 78. 1. 209; Dejamme, *op. cit.*, nos 257 et s. — Du moment que les inconvénients de voisinage excèdent ceux qui rentrent dans le droit commun de la propriété, l'industriel sort de son droit (non pas de son droit d'industriel, mais de son droit de propriétaire ou de locataire de l'héritage où il exerce son industrie), par conséquent les dommages causés le sont par sa faute et le principe de l'art. 1382 C. civil est applicable.

(3) Jacquot et Wilm, *Les eaux minérales de France; Revue générale d'adm.*, 1901, II, 385, *Le périmètre de protection des sources de Vichy.*

(4) *a*) « Un périmètre de protection peut être assigné par un décret rendu dans les

Source : BIU Cujas

N° 4. — *Restauration des terrains en montagne* (1).

On sait aujourd'hui que les inondations proviennent en grande partie du déboisement des montagnes, les terrains boisés retiennent l'eau qui provient de la fonte des neiges et ne la laissent échapper que peu à peu, les terrains déboisés la laissent courir en torrent. Il faut donc reboiser les montagnes pour prévenir les inondations. Deux lois furent d'abord votées sans produire de résultat utile, celle du 28 juill. 1860 sur le reboisement des montagnes, et celle du 8 juin 1864 sur le gazonnement. Une loi nouvelle du 4 avr. 1882 a mieux réussi, elle prévoit :

1° Des travaux de restauration accomplis par l'État sur des terrains acquis par lui dans les ravins, soit à l'amiable, soit par expropriation, après de nombreuses formalités énumérées dans les art. 1 à 6. Les

formes établies en l'article précédent, à une source déclarée d'intérêt public. Ce périmètre peut être modifié si de nouvelles circonstances en font reconnaître la nécessité (art. 2). « Aucun sondage, aucun travail souterrain ne peuvent être pratiqués dans le périmètre de protection d'une source minérale déclarée d'intérêt public, sans autorisation préalable. A l'égard des fouilles, tranchées, pour extraction de matériaux ou pour un autre objet, fondations de maisons, caves, ou autres travaux à ciel ouvert, le décret qui fixe le périmètre de protection peut exceptionnellement imposer aux propriétaires l'obligation de faire, au moins un mois à l'avance, une déclaration au préfet, qui en délivre récépissé (art. 3). « Les travaux énoncés dans l'article précédent et entrepris, soit en vertu d'une autorisation régulière, soit après une déclaration préalable, peuvent, sur la demande du propriétaire de la source, être interdits par le préfet, si leur résultat constaté est d'altérer ou de diminuer la source. Le propriétaire du terrain est préalablement entendu. L'arrêté du préfet est exécutoire par provision, sauf recours au conseil de préfecture et au Conseil d'État par la voie contentieuse (art. 4). « Lorsque, à raison de sondages ou de travaux souterrains entrepris en dehors du périmètre, et jugés de nature à altérer ou diminuer une source minérale déclarée d'intérêt public, l'extension du périmètre paraît nécessaire, le préfet peut, sur la demande du propriétaire de la source, ordonner provisoirement la suspension des travaux. Les travaux peuvent être repris, si, dans le délai de six mois, il n'a pas été statué sur l'extension du périmètre (art. 5).

« Les dispositions de l'article précédent s'appliquent à une source minérale déclarée d'intérêt public, à laquelle aucun périmètre n'a été assigné (art. 6).

b) « Dans l'intérieur du périmètre de protection, le propriétaire d'une source déclarée d'intérêt public a le droit de faire, dans le terrain d'autrui, à l'exception des maisons d'habitation et des cours attenantes, tous les travaux de captage et d'aménagement nécessaires pour la conservation, la conduite et la distribution de cette source, lorsque ces travaux ont été autorisés par un arrêté du ministre de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics. Le propriétaire du terrain est entendu dans l'instruction (art. 7).

« L'occupation du terrain ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un arrêté du préfet qui en fixe la durée. Lorsque l'occupation prive le propriétaire de la jouissance du revenu au delà du temps d'une année ou, lorsqu'après les travaux, le terrain n'est plus propre à l'usage pour lequel il était employé, le propriétaire du terrain peut exiger du propriétaire de la source l'acquisition du terrain. Dans ce cas, l'indemnité est réglée suivant les formes de la loi du 3 mai 1841. « Dans aucun cas, l'expropriation ne peut être provoquée par le propriétaire de la source. » (art. 9).

(1) *Bibliographie :* Demontzey, *Reboisement et gazonnement des montagnes*, 2e édit.

Source : BIU Cujas

habitants du périmètre peuvent aussi se constituer en association syndicale pour accomplir les mêmes travaux ;

2° Des mesures de protection qui consistent dans l'interdiction ou la réglementation des pâturages dans certains périmètres. L'interdiction du pâturage qui porte le nom de *mise en défens* est prononcée par décret rendu en Conseil d'État après enquête ; elle entraîne une indemnité pour les propriétaires, réglée par le conseil de préfecture (art. 7 à 11).

La fixation des dunes au bord de l'Océan donne lieu à une intervention analogue de l'Administration (V. L. 14 déc. 1810).

N° 5. — *Police des monuments historiques et des objets d'art* (L. 20 mars 1887; D. 2 janv. 1889) (1).

Dans l'intérêt de la formation du goût public, le soin de conserver les belles choses appartient à l'État. Pour cela il lui faut des droits. Ces droits ont été pendant longtemps mal définis par des textes insuffisants (O. 19 févr. 1829). La loi nouvelle, infiniment plus large, se préoccupe :

1° Des monuments ayant un intérêt historique, c'est-à-dire des immeubles ; l'État a le droit soit de les acquérir par expropriation, soit, tout en les laissant au propriétaire, de les classer, le classement entraînant une véritable servitude qui interdit toute modification au bâtiment faite sans autorisation (art. 1 à 8) ;

2° Des objets d'art mobiliers appartenant à des administrations (la loi ne s'occupe pas des objets d'art appartenant à des particuliers, à la différence de certaines lois étrangères qui interdisent la vente hors du pays). Ces objets sont classés, et la conséquence est qu'ils ne peuvent être ni aliénés ni réparés sans autorisation. Les objets classés appartenant à l'État deviennent même *inaliénables* et *imprescriptibles ;* les objets des autres administrations, s'ils sont aliénés irrégulièrement, sont considérés comme volés ou adirés et peuvent être revendiqués pendant trois ans conformément aux art. 2279 et 2280, C. civ. (art. 8-14) ;

3° Des fouilles, en vue desquelles le droit d'expropriation est accordé (art. 14-15) ;

4° De la propriété des objets découverts en Algérie et dans les pays de protectorat, soit dans les terrains de l'État, soit dans les terrains concédés par l'État, soit dans le domaine militaire. Cette propriété est attribuée à l'État (art. 15-17).

N° 6. — *Autres polices spéciales.*

Il existe une quantité d'autres polices spéciales que nous ne ferons qu'indiquer ici : telles sont par exemple la police des mines, minières

(1) *Bibliographie :* Ducrocq, *La loi du 20 mars 1887*, Paris, Picard, 1889; Saleilles, *Loi du 20 mars 1887*, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 635.

Source : BIU Cujas

et carrières (V. *infrà, Mines*) ; la police du travail (V. p. 58) ; la police de la navigation (V. L. 21 sept. 1893 ; L. 27 vend. an II ; L. 10 avr. 1825 ; D. 19 mars 1852 ; D. 20 mars 1852, etc.) ; la police des chemins de fer (L. 15 juill. 1845 ; O. du 15 nov. 1846 ; L. 27 févr. 1850 ; D. 1er mars 1901, etc.) ; la police des courses de chevaux et du pari mutuel (L. 2 juin 1891 ; D. 7 juill. 1891) ; la police des pigeons voyageurs (L. 22 juill. 1896), etc.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

LES MOYENS DE GESTION

SECTION I. — LES FONCTIONS PUBLIQUES (1).

§ 1. — Les fonctions publiques et la situation générale des fonctionnaires

Les fonctions publiques sont le premier et le plus indispensable des moyens de gestion des services publics, en ce sens que les services publics ne peuvent s'exécuter que grâce à des fonctionnaires et que ceux-ci ne peuvent se recruter que grâce à un bon aménagement des fonctions. La théorie des fonctions publiques est devenue d'autant plus importante qu'elle intéresse non seulement l'exécution des services d'une administration très développée, mais la situation personnelle d'un nombre considérable de fonctionnaires (2).

Du point de vue du Droit administratif la théorie des fonctions publiques est extraordinairement complexe et il est besoin pour la saisir de faire de nombreuses distinctions. La première des distinctions nécessaires est celle de la situation du fonctionnaire par rapport à l'exercice de la fonction et de sa situation par rapport à l'État qui lui confie ou lui garantit l'exercice de la fonction.

A. *La situation du fonctionnaire par rapport à l'exercice de la fonction.* — L'intelligence de cette situation dépend de cette vérité fondamentale déjà énoncée p. 305, savoir que tout fonctionnaire d'État agit en une

(1) *Bibliographie :* Loyseau, *Traité des offices ;* Perriquet, *L'état des fonctionnaires ;* id., *Les contrats de l'État ;* Chante-Grellet et Pichat, v° *Fonctionnaires publics*, Répert. de Béquet-Laferrière ; Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 618 ; Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande*, 1898 ; H. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse, Paris, 1901 ; Léon Duguit, *L'État, les gouvernants et les agents*, 1900, ch. IV et V.

(2) D'après une évaluation de M. Turquan (*Réforme sociale*, sept. 1897) le nombre des fonctionnaires civils de l'Etat s'élèverait au chiffre rond de 400.000, celui des fonctionnaires départementaux à 8.000, celui des fonctionnaires communaux à 122.000 : total 530.000 fonctionnaires civils émargeant aux divers budgets pour une somme de 620 millions. Les plus récentes lois du budget ont pris des mesures de procédure destinées à enrayer la création des emplois nouveaux (L. 25 févr. 1901, art. 55 ; L. 30 mars 1902, art. 79).

Source : BIU Cujas

double qualité : 1° comme ayant reçu délégation de pouvoir au nom de la Puissance publique ; 2° comme ayant l'investiture d'une fonction qui répond à un besoin social et qui, à raison de son existence sociale autonome, indépendante dans une certaine mesure des régimes politiques, lui impose des devoirs, lui suggère des actes, lui confère une autorité propre. A ce dualisme fondamental correspondent des institutions juridiques :

C'est ainsi que tout fonctionnaire, en tant qu'il a reçu délégation de la Puissance publique, est investi d'une qualité ou *commission* personnelle qui résulte de la délégation même de la Puissance publique ; à cette qualité sont attachés certains avantages, et l'on peut dire que tous les fonctionnaires d'une même administration, en tant que commissionnés, ont une qualité commune. A ce point de vue, il y a une qualité de fonctionnaire de l'État *stricto sensu*, distincte de celle de fonctionnaire du département ou de la commune, et à cette qualité personnelle est attaché le droit à pension d'après la loi de 1853, puisqu'un fonctionnaire de l'État qui a traversé les fonctions d'État les plus diverses, qu'elles soient civiles ou militaires, pourvu que ses services n'aient pas été interrompus, conserve son droit à pension, tandis qu'au contraire le fonctionnaire de la commune qui passerait au service de l'État ne pourrait faire entrer en ligne de compte pour le droit à pension les services rendus à la commune (C. É., 27 févr. 1894, *Causse;* 21 janv. 1883, *Franceschi*).

A côté de la qualité juridique de *commissionné* qui échet au fonctionnaire par suite de la délégation de la Puissance publique, se créent d'autres qualités qui sont celles de *titulaire d'une fonction* ou *d'un emploi* et qui se rattachent à l'existence autonome de la fonction comme rouage social. Pour analyser convenablement les nouveaux rapports juridiques qui se créent autour de ces nouvelles qualités du fonctionnaire, il est indispensable de partir de cette idée que la fonction, ayant en soi une existence sociale indépendante, devient juridiquement une *chose* sur laquelle le fonctionnaire acquiert certains droits de possession, mais sur laquelle l'État Puissance publique a aussi certains droits antérieurs et supérieurs (1) ; l'agencement de ces droits, qui expriment les relations réciproques des parties en cause, ne saurait être mieux compris que si l'on admet une certaine assimilation avec le domaine public et les phénomènes d'occupation du domaine public ; les fonctions publiques, en tant que choses sociales autonomes dont l'État s'est emparé, peuvent être considérées comme les dépendances d'un domaine public incorporel et les fonctionnaires occupant une fonction peuvent être considérés comme

(1) Comme exemple de ces fonctions sociales autonomes dont l'État s'empare et dont il fait des choses publiques, on ne saurait trouver mieux que l'histoire des offices d'avoués et de notaires qui, supprimés à la Révolution comme fonctions publiques, ont reparu immédiatement comme fonctions sociales autonomes et dont il a fallu que l'État s'emparât à nouveau pour les moraliser. Ce n'est qu'un exemple entre bien d'autres.

Source : BIU Cujas

occupant d'une façon plus ou moins précaire une dépendance de ce domaine public inaliénable et imprescriptible.

La fonction publique est donc traitée comme une chose dans les rapports de l'administration et du fonctionnaire, en ce sens que l'administration, ayant mis la main sur un certain nombre de fonctions sociales et en ayant fait des dépendances inaliénables et imprescriptibles d'une sorte de domaine public incorporel, en concède à ses fonctionnaires l'occupation provisoire par des moyens divers, leur en garantissant plus ou moins fortement la possession, leur en concédant même parfois une propriété temporaire, mais en retenant toujours la *provision*, c'est-à-dire retenant toujours des droits suffisants pour faire retomber la fonction dans le domaine public, au moins à la retraite ou à la mort du fonctionnaire, et pour empêcher qu'elle ne devienne un élément du patrimoine de ce dernier (1).

Toutefois, dans cette voie qui conduit à considérer les fonctions publiques comme des choses, et à reconnaître aux fonctionnaires certains droits d'occupation sur ces choses, il faut distinguer deux étapes, il y a l'*emploi* et *le titre de la fonction*. Cette complication ne contribue pas peu à rendre la matière délicate, et cependant il faut encore en rendre raison. Il y a là une évolution historique. L'emploi correspond à un besoin social que l'on peut au début considérer comme passager ou provisoire; la fonction érigée *en titre* ou *en titre d'office* correspond à un besoin social permanent. Bien souvent, d'ailleurs, ce qui paraissait au début ne devoir être qu'un emploi provisoire est devenu, en réalité, une fonction

(1) La théorie des fonctions publiques envisagées comme des offices, c'est-à-dire comme des choses, est un des domaines les plus inexplorés du Droit administratif français moderne. Dans les brèves indications que je viens de donner je me suis borné à adapter aux faits contemporains les théories de notre ancien droit.

La plupart des auteurs modernes qui ont eu à apprécier cette tentative d'adaptation la condamnent; ils déclarent inacceptable cette assimilation des fonctions publiques à des choses et à des dépendances du domaine public; ils ajoutent que si la théorie des offices a eu sa raison d'être dans notre ancien droit, elle ne répond plus à rien de réel dans le droit actuel (V. notamment les critiques de Duguit, *op. cit.*, p. 389 et s., 573 et s.). L'espace me manque ici pour montrer que toutes les décisions positives de notre droit sur les fonctionnaires qui ont un état, se ramènent à cette idée que ces fonctionnaires ont, soit une forte possession, soit une propriété sur la fonction ou sur certains éléments de la fonction, la chose devient évidente jusqu'à l'excès dans le cas des offices ministériels qui sont en partie dans le commerce. — Mais il y a une autre réponse à faire : visiblement dans la théorie des fonctions publiques mes contradicteurs n'aperçoivent qu'un seul élément qui est celui du pouvoir exercé par le fonctionnaire et que j'appelle proprement la *commission*, et il est bien vrai que cette commission ne prend jamais la figure d'une chose sur laquelle le fonctionnaire aurait des droits, elle reste toujours dans la provision de la Puissance publique; mais *il y a autre chose dans la fonction publique qu'un pouvoir à exercer, il y a un office social à remplir*, un office qui a sa réalité en dehors de l'administration de l'État et des pouvoirs qu'elle donne, qui pourrait être rempli par une autorité sociale spontanée. Cet élément-là est la base de toute la théorie juridique des offices, et tant qu'on n'en aura pas démontré l'inexistence, on n'aura pas réfuté cette théorie,

Source : BIU Cujas

permanente, bien que le nom d'emploi soit resté. Aussi n'y a-t-il point de différence juridique appréciable entre les *fonctions publiques* et les *emplois publics* (1); mais il est arrivé aussi que toute fonction publique érigée en titre d'office s'est doublée d'un emploi ou de plusieurs emplois correspondants et ce dédoublement, qui rappelle d'une façon saisissante celui de la propriété et de la possession, produit des effets juridiques.

En un certain sens, le titre est le droit sur la chose, l'emploi l'exercice du droit, car un professeur titulaire en congé conserve le titre, c'est-à-dire le droit à la chaire, l'agrégé qui fait son cours détient l'emploi; en un autre sens, le titre exprime l'essence d'une fonction qui s'exerce en plusieurs emplois distincts, mais de même ordre; ainsi un magistrat ayant le titre de juge au siège d'un tribunal de première instance peut être chargé soit de l'instruction des procédures criminelles, soit des ordres hypothécaires, soit simplement du service des audiences, et cela rappelle toujours les rapports de la propriété et de la possession, car la propriété d'une chose s'exerce par des modes variés de possession. Le titre et l'emploi sont d'ailleurs dans une certaine relation, ainsi la propriété d'un titre donne un certain droit à un emploi correspondant (C. É., 19 nov. 1897, *Abbé Morin*, S. 98. 3. 113 et la note; 9 juin 1899, *Toutain*); la position par rapport à l'emploi caractérise aussi les principales *situations du fonctionnaire*, il est en *activité de service* lorsqu'il occupe son emploi, en *situation d'inactivité*, lorsque momentanément il a cessé d'occuper son emploi tout en conservant son titre (congé, disponibilité, retrait d'emploi), en *retraite*, lorsqu'il a définitivement cessé d'occuper l'emploi tout en conservant le titre.

Enfin le titre d'une fonction n'est pas toujours unique, dans les fonctions hiérarchisées, il se décompose en titres successifs qui sont les degrés ou les grades de la hiérarchie, tels sont les grades militaires, si on les considère comme des titres successifs de la fonction d'officier (2).

(1) La distinction que font le langage et les mœurs entre les fonctions publiques et les emplois publics se rattache historiquement à celle faite au texte entre les fonctions érigées en titre d'office et celles qui ne le sont pas; les emplois publics sont des fonctions qui primitivement n'étaient pas érigées en titre d'office, à raison de leur importance moindre; par exemple les employés de bureaux ou les employés subalternes n'étaient que de simples commis, souvent même ils n'étaient pas les commis de la Puissance publique, mais ceux d'un fonctionnaire supérieur, comme le sont encore les employés de la trésorerie générale, comme l'étaient il n'y a pas longtemps les employés des bureaux de la préfecture. Mais il se produit pour ces employés une évolution constante, qui d'abord les rend les commis directs de la Puissance publique, qui ensuite érige leurs emplois en titre d'office, à mesure que ceux-ci se fixent et deviennent permanents. Ce qui est certain dans tous les cas, c'est que la jurisprudence administrative ne fait actuellement aucune différence entre les emplois publics et les fonctions publiques, elle se reconnaît compétente aussi bien pour le contentieux des uns que des autres (Conf., 27 déc. 1879, *Guidet;* Cass., 18 nov. 1895, *Pierre;* cfr. Laferrière, *op. cit.*, 2e édit., t. I, p. 620).

(2) Il arrive aussi que des titres se cumulent dans certaines fonctions, ainsi, dans l'en-

Source : BIU Cujas

B. *La situation des fonctionnaires publics par rapport à l'administration de l'État.* — Les fonctionnaires ont des relations avec l'administration de l'État, soit qu'on les considère en leur qualité de commissionnés de la Puissance publique, soit qu'on envisage leur qualité de détenteurs d'une fonction publique. La nature juridique de ces relations sera précisée par les deux propositions suivantes : 1° la situation du fonctionnaire est légale ou réglementaire, elle n'a rien de contractuel ; 2° la situation du fonctionnaire relève de la *voie d'autorité* en tant qu'il s'agit de son état et de la voie de *gestion publique* en tant qu'il s'agit de la rémunération de ses services faits.

I. La situation des fonctionnaires est réglementaire et non point contractuelle ; le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration publique et vis-à-vis de sa fonction dans une situation analogue à celle du citoyen ordinaire qui bénéficie des services publics et des choses publiques et qui est soumis à la réglementation ; seulement, comme le fonctionnaire bénéficie d'une façon spéciale des fonctions publiques et qu'il est soumis à une réglementation spéciale, il est un *citoyen spécial* (1). Le caractère réglementaire de la situation du fonctionnaire est affirmé d'une façon certaine par la jurisprudence administrative qui s'est autorisée de cet argument pour établir sa compétence dans tout le contentieux des fonctions et des emplois publics (2).

Deux autres opinions pourraient être soutenues, d'après l'une le fonctionnaire serait lié à l'Administration par un contrat de droit privé, mandat ou louage de service (3), d'après l'autre il serait lié par une convention de droit public, qu'on pourrait appeler *contrat de service public* (4). Mais il y a pour défendre le système de la jurisprudence administrative de bons arguments : 1° les fonctionnaires de même ordre sont nombreux, ils constituent en général une collectivité dont la condition est uniforme, il est naturel dès lors que cette condition soit déterminée par le règlement et non par le contrat, car le règlement est naturellement collectif, le contrat naturellement individuel (5) ; 2° bien qu'il intervienne

seignement supérieur et dans l'enseignement secondaire, le titre de professeur titulaire vient s'ajouter à celui d'agrégé.

(1) Si l'on remarque que tandis que le citoyen de la métropole est soumis à une réglementation fortement surveillée par la loi, celui des colonies est soumis au régime pur du décret, on peut conclure que les fonctionnaires constituent une colonie à l'intérieur de la métropole, car ils sont soumis eux aussi au régime du décret. Mais cette observation est très contingente, il suffirait pour qu'elle cessât d'être exacte, qu'il fût fait en France une loi générale sur les fonctionnaires comme il en existe une en Allemagne.

(2) Conflits, 27 déc. 1879, *Guidet;* 4 juill. 1896, *Bergeon.* Cfr. Laferrière, t. I, p. 619.

(3) Cette opinion a compté d'assez nombreux partisans en France : Dareste, *La justice administrative*, 1re édit., p. 372 ; Perriquet, *Contrats de l'État*, p. 444.

(4) Opinion très en faveur actuellement en Allemagne. V. Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande*, p. 76 et s., et les auteurs qu'il cite.

(5) Il existe bien des contrats collectifs, contrat de travail dans les usines, dans les

Source : BIU Cujas

certainement un échange de consentements entre l'Administration qui nomme et le fonctionnaire qui accepte sa nomination, cet échange de consentements ne constitue pas un contrat qui règle la situation, d'une part parce qu'en la forme ce n'est pas un contrat, l'acte de nomination se présentant comme une ordonnance ou acte d'autorité, d'autre part parce qu'au fond ce contrat ne lie pas l'Administration qui peut impunément modifier après coup les éléments et les avantages de la fonction; or un acte qui d'une part ne contient pas de pacte, qui d'autre part ne confère pas de droits acquis, n'est pas un contrat véritable (1).

mines, dans les exploitations de chemin de fer, mais il est à remarquer que ces contrats sont de moins en moins libres, que le contenu en est de plus en plus fixé par des lois et règlements.

(1) V. en ce sens G. Meyer, *Deutsches staatsrecht*, 4e édit., 1895, et les auteurs cités par Kammerer, p. 87 et 93. — Que signifient donc les consentements échangés au moment de la nomination d'un fonctionnaire ? Uniquement la volonté *de se mettre ensemble*, de même qu'au moment de la démission acceptée l'échange des consentements signifie la volonté *de se quitter*. C'est qu'en effet il se crée entre l'Administration et son fonctionnaire un état de société, mais cet état de société n'est point enfermé dans les stipulations d'un contrat. « Il est très vrai, dit M. Laferrière, que la fonction publique comporte des « obligations réciproques du fonctionnaire et de l'État, mais ces obligations dérivent de « la loi et non des contrats. Ni l'administrateur, ni le fonctionnaire, ne peuvent en général « les modifier par des conventions particulières; l'amovibilité ou la perpétuité du titre, « la nature des services à rendre, le taux des traitements, les conditions du droit à pen- « sion, sont fixés pour tous les emplois de l'État par des actes législatifs ou réglemen- « taires auxquels il ne pourrait être suppléé ni dérogé par des contrats » (*Juridict. adm.*, t. I, p. 619).

Ce qui prouve, en effet, que malgré les apparences la situation n'est pas contractuelle, c'est que le fonctionnaire peut être déplacé ou révoqué d'une façon intempestive ou arbitraire, sans avoir droit à aucune indemnité (C. É., 13 déc. 1889, *Cadot*, S. 92. 3. 17 et la note; 28 mars 1890, *Drancey*, S. 92. 2. 65 et la note; 15 déc. 1899, *Adda*), alors que la rupture d'un contrat de louage dans les mêmes conditions donnerait droit à indemnité (Chambéry, 12 mars 1896, S. 98. 2. 67, fondé de pouvoirs, employé personnel du trésorier-payeur général); c'est encore que le traitement existant au moment de l'acceptation des fonctions qui, s'il y avait contrat, serait stipulé et constituerait droit acquis, peut être impunément réduit ou supprimé par des dispositions réglementaires postérieures qui rétroagissent (C. É., 16 déc. 1881, *Baude*, traitement de non-activité pour les fonctionnaires du département des affaires étrangères; l'O. du 22 mai 1833 en faisait un droit, un décret du 24 avr. 1880 a pu rétroactivement en faire une faveur à la discrétion du ministre); c'est encore que les conventions passées avec les ordres enseignants pour emploi de congréganistes dans les écoles publiques ne lient pas la Puissance publique (conflits *Demorgny*, 28 déc. 1878; *Legoff*, 11 janv. 1879). — A tous ces points de vue il n'y a aucune différence à faire entre les fonctionnaires de l'État et les employés des départements ou des communes. Il n'y a non plus aucune différence à faire entre des fonctions publiques qui seraient d'autorité, et d'autres qui seraient de gestion ainsi que le voudrait M. Berthélemy (*Traité de droit adm.*, 2e édit., p. 60 et s.). Au point de vue des relations entre l'Administration et les fonctionnaires, il ne s'agit pas de savoir si ceux-ci ont ou non une délégation de Puissance publique dans l'exercice de leur fonction, mais bien s'ils sont soumis à la Puissance publique au point de vue de leur situation personnelle; or en fait ils y sont tous également soumis (Conflits, 27 déc. 1879, *Guidet*; C. É., 10 juill. 1885, p. 664; Cass., 18 nov. 1895, *Pierre*). Ce serait remonter le courant que

Source : BIU Cujas

II. La situation du fonctionnaire implique à la fois des rapports de police et des rapports de gestion publique. En tant qu'il s'agit de définir la situation du fonctionnaire ou son état vis-à-vis de la Puissance publique et vis à-vis de la fonction que celle-ci lui a concédée, il y a *police* et *voie d'autorité;* en tant qu'il s'agit des conséquences de la collaboration du fonctionnaire à l'exécution des services publics il y a *gestion publique*. Cela va être développé dans les deux paragraphes suivants (V. d'ailleurs, note dans S. 99. 3. 105, § 3).

§ 2. — De la police des fonctions publiques et de l'état des fonctionnaires.

A. *Les pouvoirs de l'Administration sur les fonctionnaires.* — L'Administration a deux pouvoirs différents sur ses fonctionnaires, le pouvoir hiérarchique et le pouvoir disciplinaire.

Le *pouvoir hiérarchique* a deux objets : 1° déterminer la situation ou la position du fonctionnaire par rapport au titre de sa fonction et à l'emploi, ce qui comporte la nomination, le classement, l'avancement, la mise en congé, la mise à la retraite, etc...; 2° disposer du fonctionnaire en activité d'emploi suivant les besoins du service, par conséquent régler son emploi, déterminer le poste où il sera occupé, ses heures de service, lui donner des instructions, etc...

Le *pouvoir disciplinaire* (1) a pour objet de réprimer les écarts de conduite du fonctionnaire, soit dans l'exercice de sa fonction, soit même dans sa vie privée (Cons. sup. de l'Instr. pub., 6 déc. 1901, *Hervé*); il s'inspire autant du sentiment de la dignité du personnel administratif que de la gravité de la faute. L'exercice du pouvoir disciplinaire suppose la détermination des faits punissables et une certaine échelle des mesures et des peines qui va de la simple réprimande à la révocation, avec de nombreux degrés intermédiaires (2). Il s'exerce, soit par voie de police pure par des décisions ou mesures des supérieurs hiérarchiques, soit par voie juridictionnelle par des décisions de certaines juridictions disciplinaires.

Le progrès du droit est évidemment de substituer la décision juri-

de vouloir créer des garanties aux fonctionnaires en essayant de les soustraire à la Puissance publique; ces garanties on les obtiendra de la Puissance publique elle-même qui leur constituera un état.

(1) V. L. Drouille, *Le pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires publics*, Toulouse, 1900 (thèse).

(2) Il est intéressant de remarquer que de simples mesures hiérarchiques telles que le déplacement peuvent prendre en fait la couleur d'une mesure disciplinaire ou d'une disgrâce et que les fonctionnaires cherchent à se protéger contre elles aussi bien que contre les mesures disciplinaires (V. C. É., 8 déc. 1899, *Grenet*, S. 1900. 3. 41 et la note). La loi allemande du 31 mars 1873 a trouvé un moyen pratique de distinguer le déplacement hiérarchique du déplacement disciplinaire : le déplacement hiérarchique, qui ne

Source : BIU Cujas

dictionnelle à la mesure de police comme présentant plus de garanties (1).

B. *La situation des fonctionnaires en tant que déterminée par le pouvoir de police de l'Administration.* — Les décisions administratives prises à l'égard d'un fonctionnaire en vertu soit du pouvoir hiérarchique, soit du pouvoir disciplinaire, ont pour résultat de le mettre dans une certaine *situation ;* la nomination le met en possession de la fonction, la mise en congé d'inactivité le place en état de suspension d'emploi, la mise à la retraite le dispense définitivement de tout emploi, etc... Il y a lieu de faire sur cette situation du fonctionnaire les observations suivantes : 1° pour les fonctionnaires ordinaires qui n'ont pas d'état (V. *infrà*), les avantages de la situation sont précaires, et ne constituent point des droits acquis, néanmoins comme la situation est légale, les fonctionnaires ont un intérêt légitime à ce qu'elle ne soit pas modifiée par des décisions contraires à la légalité, ils sont donc recevables à intenter le recours pour excès de pouvoir (pour incompétence, vice de forme ou détournement de pouvoir) contre les décisions illégales qui porteraient atteinte à cette situation : ils sont en cela comparables à des concessionnaires du domaine public (2) ; 2° pour les fonctionnaires privilégiés qui ont un état (V. *infrà*), certains des avantages de la situation constituent des droits, contre les décisions qui porteraient atteinte à ces droits les fonctionnaires ne peuvent se pourvoir que par le recours pour excès de pouvoir parce que les décisions relatives à leur situation sont toujours des actes d'autorité, mais ils peuvent user de la quatrième ouverture à recours fondée sur la violation de la loi et les droits acquis; 3° une fois annulées les décisions illégales qui ont porté atteinte à la situation du fonctionnaire, celui-ci doit être replacé dans sa situation par une nouvelle décision administrative, mais il n'appartient pas au Conseil d'État d'ordonner la réintégration, il peut seulement condamner l'État à payer le traitement dont le fonctionnaire jouissait antérieurement jusqu'au jour où il sera pourvu d'un emploi de son grade (C. É., 9 juin 1899, *Toutain*).

La situation du fonctionnaire est déterminée par une série de mesures dont les plus importantes sont les suivantes :

1° *La nomination ou collation d'emploi.* — Les organes exécutifs ont en principe la nomination à toutes les fonctions publiques. La nomination entraîne le choix de la personne du fonctionnaire. Ce choix est libre et discrétionnaire (3) mais, d'une part, la loi peut avoir restreint la liberté

saurait être d'ailleurs qu'une mutation pour emploi équivalent, est accompagné de la bonification des frais de déplacement.

(1) On s'est demandé si les punitions disciplinaires comportent l'exercice du droit de grâce ou l'amnistie (V. sur tous ces points, Drouille, *op. cit.*).

(2) Comme exemple d'annulation pour détournement de pouvoir d'une mesure disciplinaire, V. C. É., 16 nov. 1900, *Maugras*.

(3) A l'exception du choix des ministres des différents cultes, qui, d'ailleurs, sont

Source : BIU Cujas

de l'Administration en imposant aux candidats certaines conditions d'âge, de grade, etc., ou bien l'Administration elle-même peut s'être lié les mains par des règlements ayant le même but; d'autre part, l'Administration peut avoir institué ce procédé mécanique de choix qui s'appelle le concours (1). Un détail essentiel à connaître est que, en principe, aucun citoyen n'ayant droit à être personnellement choisi pour une fonction publique, aucun n'a en principe un intérêt personnel suffisant pour être recevable à former recours pour excès de pouvoir contre une nomination faite en dehors des règles (2). C'est affaire au Parlement et à la presse de contrôler sur ce point l'action administrative;

2° *Le retrait d'emploi* lequel emporte de plein droit la suppression du traitement (conseil supérieur de l'instruction publique, 6 déc. 1901, *Hervé*);

3° *Le déplacement.* — En principe le fonctionnaire est essentiellement amovible. L'ordre qui lui prescrit le déplacement étant un simple ordre de service, n'étant par conséquent astreint à aucune forme, on n'imagine pas de recours, et d'autre part il n'y a pas droit à indemnité de déplacement. Pour certains fonctionnaires qui peuvent être envoyés d'un bout à l'autre de la France, le déplacement, avec les frais qu'il entraîne et la rupture des habitudes, est une des mesures les plus redoutables;

4° *Le classement et l'avancement.* — Dans tous les corps de fonctionnaires hiérarchisés, il y a un avancement qui peut être précédé de classement. Dans les corps des fonctionnaires non hiérarchisés, il y a un classement qui sert de base à une augmentation des traitements.

L'avancement et le classement peuvent être réglés par de simples traditions ou de simples arrêtés ministériels, auquel cas ils ne présentent aucune garantie et sont des façons de mutation d'emploi; ils peuvent aussi être régis par la loi ou par des règlements du chef de l'État, auquel cas ils représentent des garanties, deviennent des avantages de la fonction et comptent dans l'état du fonctionnaire, car la violation des règles peut donner lieu à recours pour excès de pouvoir. Sont à ce point de vue dans une situation privilégiée : 1° les officiers de l'armée dont l'avancement est réglé par la loi (L. 14 avr. 1832)(3); 2° les membres de l'enseignement supérieur (D. 12 févr. 1881), ceux de l'enseigne-

des fonctionnaires mixtes; à l'exception aussi des emplois réservés aux sous-officiers rengagés par les lois du 18 mars 1889, art. 14, 23 juill. 1897, etc.

(1) La décision du jury de concours ne vaut point par elle-même nomination, elle confère seulement l'aptitude à être nommé; la nomination et la collation d'emploi sont réservées au ministre pour les fonctions d'État.

(2) Il convient de faire exception cependant : 1° pour les emplois réservés aux sous-officiers rengagés (L. 23 juill. 1897, art. 2, *in fine*); 2° pour les fonctions précédées de concours, les candidats ayant participé aux épreuves et non admis, sont recevables à attaquer les nominations de concurrents faites en violation des règles du concours (Cons. d'Ét., 16 nov. 1894, *Brault*, S. 96. 3. 65 et la note).

(3) V. Laguens, *Etude sur l'avancement des officiers*, Thèse, Montpellier, 1901.

Source : BIU Cujas

ment secondaire (D. 16 juill. 1887), ceux de l'enseignement primaire (L. 19 juill. 1889, art. 6 et L. 25 juill. 1893), etc., etc.

5° *La mise à la retraite.* — V. *infrà*, *Pensions*.

6° *La révocation.* — Les fonctionnaires ordinaires peuvent être révoqués *ad nutum*. Cependant, comme la révocation arbitraire est le plus grand danger qui menace le fonctionnaire, non seulement parce qu'elle lui fait perdre sa situation, mais encore parce qu'elle le prive des droits à la pension de retraite, la jurisprudence du Conseil d'État s'efforce depuis quelques années d'astreindre l'acte de révocation au moins à des règles de forme. Ainsi, il a été décidé que la révocation ne peut être prononcée en principe que par l'autorité qui a fait la nomination et en la même forme (C. É., 21 avr. 1893, *Zikel*). Il résulte de la même décision que la déclaration qu'un fonctionnaire est démissionnaire équivaut à révocation et doit être entourée des mêmes garanties de forme. Il en est de même de la décision par laquelle un fonctionnaire est relevé de ses fonctions (1), de même encore de la décision par laquelle il est prématurément mis à la retraite (2). Mais aucune garantie n'a encore été admise, ni quant à la façon dont la révocation est portée à la connaissance de l'intéressé (3), ni quant à un délai qui pourrait être apporté aux effets de la révocation, par analogie avec le délai de congé qui existe dans le cas de louage de services d'une durée indéterminée (art. 1780, C. civ., modifié par la loi du 27 déc. 1890) (4); ni quant au moment plus ou moins intempestif où la révocation se produit, par exemple au moment où le fonctionnaire aurait droit à sa pension de retraite (5). Le fonctionnaire révoqué, qui a formé une demande en indemnité devant l'autorité administrative et auquel l'indemnité a été refusée par décision, est recevable à former devant le Conseil d'État un recours contentieux ordinaire, mais aucune indemnité ne lui est accordée, à moins qu'il n'ait passé avec l'Administration un contrat spécial (6).

C. *L'état des fonctionnaires.* — Les fonctionnaires ont un état lorsqu'ils peuvent opposer un droit, soit au pouvoir disciplinaire, soit au pouvoir hiérarchique de l'Administration (7), leur état, c'est leur *condition indi-*

(1) C. É., 6 août 1898, *Fontin*.

(2) 9 juin 1882, *du Bois de Roman*.

(3) La notification individuelle n'est pas exigée, l'intéressé peut apprendre sa révocation par la nomination de son successeur.

(4) Cfr. Orléans, 15 mars 1893.

(5) Il est vrai de dire que le Conseil d'État ne considère pas les révocations de ce genre comme entraînant perte du droit à pension, à moins qu'elles n'aient le caractère de mesures disciplinaires (Cons. d'Ét., 9 déc. 1879, *Thomas;* 16 janv. 1880, *le Goff*).

(6) Cons. d'Ét., 13 décembre 1889, *Cadot;* 28 mars 1890, *Drancey*, etc.; 24 mars 1899, *Créput;* 9 juin 1899, *Bergeon;* 15 décembre 1899, *Adda*.

(7) Ce serait une erreur de croire que l'état du fonctionnaire n'est une garantie que contre les mesures disciplinaires telles que la révocation ou le déplacement; sans doute il est cela avant tout, la preuve en est que les garanties contre la révocation et le dé-

Source : BIU Cujas

viduelle spéciale en tant qu'opposable à l'Administration par des moyens de droit. La garantie la plus apparente de l'état des fonctionnaires ainsi privilégiés est que les mesures modifiant leur situation ne peuvent être prises qu'avec l'observation de certaines formes, par une juridiction ou tout au moins sur l'avis conforme d'une commission ou d'un conseil qui s'interpose entre le chef hiérarchique et eux. Par exemple, les fonctionnaires inamovibles ne peuvent être ni destitués, ni déplacés, même pour emploi équivalent, sans l'avis conforme de certains conseils. Si ces règles de forme sont violées, le fonctionnaire a à sa disposition le recours pour excès de pouvoir du chef de violation des formes.

Mais cette garantie ne révélerait pas à elle seule chez le fonctionnaire l'existence d'un droit subjectif aux divers avantages qui constituent son état. Ce qui révèle le droit subjectif, c'est que le fonctionnaire privilégié peut, en outre, si des lois ou règlements ont été violés à son détriment, même sans vice de forme, user du recours pour excès de pouvoir du chef de la violation de la loi et des droits acquis, ouverture qui, nous le savons, exige comme condition de recevabilité l'existence d'un droit acquis (V. p. 292). C'est en ce point que le droit individuel spécial du fonctionnaire qui a un état, se rapproche des droits individuels des citoyens ordinaires, lesquels sont protégés contre les actes d'autorité de l'Administration par la même ouverture du recours pour excès de pouvoirs fondée sur la violation de la loi et des droits acquis (C. É., 13 mars 1852, *Mercier;* 19 nov. 1897, *Abbé Morin*, S. 98. 3. 113 et la note; 9 juin 1899, *Toutain;* cfr. C. É., 27 déc. 1894, *Avocats de Philippeville*).

En principe, les fonctionnaires français n'ont pas d'état au sens propre du mot, il n'a pas encore été fait de loi générale pour leur en conférer un. Une loi de ce genre existe en Allemagne (L. 31 mars 1873), et tous les fonctionnaires de l'empire bénéficient d'une certaine inamovibilité. En France, il n'existe que des décisions législatives ou réglementaires spéciales à des fonctionnaires privilégiés et la jurisprudence ne peut pas les étendre aux autres fonctionnaires parce que, le principe étant le pouvoir discrétionnaire de la police, toute concession d'état est exceptionnelle. Si même on se pose la question de savoir quelles sont les dispositions réglementaires ou légales constituant à des fonctionnaires privilégiés un véritable état avec droit subjectif opposable à l'Administration, il faut répondre que ce sont seulement celles qui subordonnent les mesures à prendre contre le fonctionnaire à l'*avis conforme* de quelque commission technique ou de quelque comité, car cette commission se trouve par là même érigée en juge du fond entre le ministre et le fonctionnaire, et l'intervention d'un juge du fond est mar-

placement suffisent à constituer l'inamovibilité qui est déjà un état très satisfaisant; mais le fonctionnaire cherche aussi à se protéger contre l'arbitraire du pouvoir hiérarchique, ainsi le grade de l'officier lui confère des droits à l'avancement, le professeur titulaire de l'enseignement supérieur est protégé contre la mise à la retraite prématurée, etc.

Source : BIU Cujas

que de l'existence de droits au profit des deux parties en présence (1).

L'état du fonctionnaire privilégié se présente sous la forme de droits de propriété plus ou moins spéciaux sur certains éléments de la fonction publique (chaire du professeur, siège du magistrat, grade de l'officier, office ministériel), ils affectent non seulement *le titre* de la fonction mais aussi *l'emploi*, bien que moins fortement (2). Voici comment doivent être entendus ces droits de propriété spéciaux : 1° Ils ne portent jamais sur la totalité de la fonction, la Puissance publique garde toujours une *provision*, c'est-à-dire se réserve certains droits de police qui lui permettent de rester maîtresse de la fonction; cette provision varie suivant les fonctions, elle comporte en principe le droit de nommer, celui de supprimer ou de modifier la fonction, au moins à la résignation du titulaire; elle peut comprendre en outre le droit de déplacer le fonctionnaire (comme dans l'état de l'officier), le droit de régler son avancement (comme dans l'état du magistrat), le droit de retirer momentanément l'emploi, etc.; 2° les avantages de la fonction sur lesquels porte le droit de propriété du fonctionnaire sont matérialisés en un objet sensible, la chaire du professeur, le siège du magistrat, le grade de l'officier, etc.; chacun de ces objets représente un groupe d'avantages, ainsi la chaire du professeur représente le droit à un certain poste, à un certain enseignement, à un certain traitement, à un certain avancement; le grade de l'officier représente le droit à un certain emploi, à un certain traitement, à un certain avancement, mais ne comporte pas de droit au poste ou à la résidence (3); 3° le droit de propriété du fonctionnaire est essentiellement viager et exclu du commerce, il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne les offices ministériels où le titulaire a le droit de présenter son successeur moyennant finance à la nomination du chef de l'État (4).

(1) Cfr. S. 1900. 3. 41, et la note sous C. É., 24 mars 1899, *Martin*. — L'Administration s'efforce en outre de créer des garanties pour beaucoup de ses fonctionnaires en organisant des conseils purement consultatifs dont l'avis est demandé avant qu'une punition disciplinaire ne soit infligée (employés des bureaux des ministères, ingénieurs des ponts et chaussées, etc. Cfr. Drouille, *op. cit.*, p. 65 et s.); ces avis auxquels le chef hiérarchique n'est pas tenu de se conformer ne sauraient être considérés comme limitant son droit, ni comme constituant au fonctionnaire un véritable état subjectif, cependant ils sont une garantie en ce sens que si l'avis n'a pas été demandé il y a vice de forme de la décision (C. É., 22 et 29 mars 1901, *Grevin*).

(2) N'oublions pas que le fonctionnaire n'est qu'un citoyen spécial; si les droits qui constituent son état revêtent la forme propriété, peut-être devons-nous en conclure que la forme propriété est aussi le fondement de l'état du citoyen ordinaire, que c'est sous la forme propriété que les droits privés de celui-ci s'opposent avec le plus de force à la Puissance publique *et deviennent véritablement subjectifs* (V. p. 74).

(3) Ces objets de propriété, chaire, siège, grade, etc., n'absorbent pas nécessairement tout le titre de la fonction, ni même toutes les garanties de l'état du fonctionnaire, V. sur cette délicate question, S. 98. 3. 113, la note.

(4) Le grand danger qu'il y a à reconnaître un état au fonctionnaire, c'est que cet

Source : BIU Cujas

1° *De l'état des officiers de l'armée* (L. 19 mai 1834). — Il consiste en ce que les officiers ont sur leur grade un droit qui a la forme d'une propriété, bien que ce droit soit viager et entièrement hors du commerce (1). Le grade est le titre de la fonction avec la modalité que lui a donnée l'avancement. Au grade sont attachés à titre d'accessoires le droit à la solde, en partie, le droit à l'avancement ultérieur, grâce au principe de l'ancienneté (Cfr. Laguens, *op. cit.*, p. 74), le droit aux honneurs et au costume, le droit à la pension de retraite (C. É., 13 déc. 1901, *Béasse*). Le poste n'est pas garanti par le grade, l'officier peut être déplacé pour un emploi de son grade selon les besoins du service. Quant aux droits que le grade donne sur l'emploi, il faut distinguer : *a*) si l'officier est en activité ou rappelé à l'activé, il a un certain droit déterminé par les règlements à un des emplois de son grade; *b*) l'officier a droit à l'activité en ce sens que les positions de non-activité sont déterminées par les lois et règlements et qu'il y a des garanties dont doivent être entourées les décisions le plaçant dans une de ces positions (2). Une partie du traitement est attachée à l'emploi, c'est-à-dire à la situation d'activité.

Les faits qui font perdre à l'officier son grade sont, d'après l'art. 1er de la loi de 1834 : la démission acceptée par le chef de l'État; la perte de la qualité de Français prononcée par jugement; la condamnation à une peine afflictive ou infamante; la condamnation à une peine correctionnelle pour certains délits; la condamnation à une peine correctionnelle d'emprisonnement avec surveillance de la haute police et interdiction des droits civiques, civils et de famille; la destitution prononcée par jugement d'un conseil de guerre (3-4).

état se traduisant fatalement par une sorte de propriété de la fonction, le fonctionnaire a une tendance très naturelle à faire de cette propriété tout administrative une propriété privée, un bien patrimonial, à la transmettre à ses héritiers, à la céder moyennant finance, etc. C'est cette pente qu'avaient suivie les fonctions publiques de l'empire carlovingien qui, en devenant héréditaires, contribuèrent à l'organisation féodale; c'est cette propension qu'exploitèrent les rois de France à partir de François Ier en vendant les offices. C'est contre ce danger que doit nous prémunir une bonne théorie domaniale des fonctions publiques qui considérera les propriétés spéciales des fonctionnaires pourvus d'état comme des avantages essentiellement temporaires constitués sur des dépendances d'un domaine public inaliénable et imprescriptible.

(1) L. 19 mai 1834, art. 1er : « Le grade est conféré par le roi, il constitue l'état de l'officier. » Cfr. Laferrière, *Jurid. adm.*, 2e éd., t. II, p. 34 : « Officiers propriétaires de leur grade. »

(2) L. 19 mai 1834, art. 2. Les positions de l'officier sont l'activité et la disponibilité, la non-activité, la réforme, la retraite. V. les articles suivants, sur ces diverses positions et sur les garanties.

(3) Il convient d'ajouter le bannissement des membres de familles ayant régné sur la France (L. 22 juin 1886).

(4) Pour l'*état des officiers de réserve et de territoriale*, V. décrets du 31 août 1878 et du 3 février 1880. Pour l'*état des sous-officiers rengagés ou commissionnés*, V. L. 18 mars 1889, art. 4. Ils ne peuvent être cassés ou forcés de rétrograder, que par décision du commandant de corps d'armée, après conseil d'enquête dont font partie deux sous-officiers.

Source : BIU Cujas

2° *De l'état des membres de la magistrature assise* (L. 30 août 1883, art. 13-16). — Les membres de la magistrature assise ont une sorte de propriété du *siège* qui est une forme du poste et qui leur assure une très forte possession de leur titre et même de leur emploi; ils ne peuvent être déplacés, même pour un emploi équivalent, que sur l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature (Cour de cassation, toutes chambres réunies); ils ne peuvent non plus être mis à la retraite d'office, même pour infirmités graves, que sur l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature. — Le conseil supérieur ne peut être saisi que par le garde des Sceaux et il ne doit statuer ou donner son avis qu'après que le magistrat aura été entendu ou dûment appelé.

C'est là ce qu'on appelle l'*inamovibilité de la magistrature;* elle donne aux magistrats une certaine indépendance qui serait plus grande assurément si la magistrature n'était pas un corps hiérarchisé et si le magistrat n'était pas tenu par l'espoir de l'avancement, c'est-à-dire par le passage d'un siège à un autre, ou bien si le siège donnait droit à l'avancement.

Cette législation ne s'applique qu'aux magistrats de l'ordre judiciaire pourvus des fonctions de juge, fût-ce celles de juge suppléant; mais les juges de paix ne sont pas inamovibles, les magistrats des colonies non plus.

3° *De l'état des professeurs de l'enseignement pourvus de chaire.* — a) *Enseignement supérieur.* — Les professeurs titulaires de l'enseignement supérieur ont une sorte de propriété de leur chaire (qui est encore une forme du poste) et qui leur donne une très forte possession de leur titre et même de leur emploi, en même temps qu'elle incarne certains avantages de classement et de traitement. La propriété de la chaire est protégée de la façon suivante : les professeurs titulaires ne peuvent être révoqués ou frappés de retrait d'emploi ou suspendus que par jugement du conseil de l'Université confirmé en appel par le conseil supérieur de l'instruction publique par une décision prise aux deux tiers des suffrages (L. 27 févr. 1880, art. 7, modifié par L. 10 juill. 1896, art. 3) (1). Ils peuvent être frappés de mutation pour emploi inférieur par le ministre, après avis conforme du conseil supérieur (L. 27 févr. 1880, art. 14); et de mutation pour emploi équivalent par le ministre, après avis conforme de la section permanente du conseil supérieur et après avoir été entendus par celle-ci (D. 28 déc. 1885, art. 34). Enfin, ils ne peuvent être admis à la retraite avant soixante-dix ans que sur leur demande ou en cas d'impossibilité de remplir leurs fonctions, constatée par la section permanente du conseil supérieur de l'instruction publique (D. 4 nov. 1882, art. 1er; D. 28 déc. 1885, art. 39).

(1) Cependant le ministre peut prononcer la suspension pour un temps qui n'excédera pas un an, sans privation de traitement (L. 27 févr. 1880, art. 15).

Source : BIU Cujas

b) *Enseignement secondaire.* — Même situation, sauf que pour la mutation pour emploi inférieur, il suffit de l'avis de la section permanente (et qu'il n'est même pas besoin que cet avis soit conforme) (L. 27 févr. 1880, art. 14) et que pour la mutation pour emploi équivalent aucune garantie n'existe (Pour les chargés de cours, V. D. 25 févr. 1897).

4° *De l'état des officiers ministériels* (L. 28 avr. 1816, art. 88-91). — Les officiers ministériels, notaires, avoués, huissiers, greffiers, commissaires-priseurs, agents de change, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sont des fonctionnaires publics. On a mis quelquefois cette qualité en doute parce qu'ils sont directement rémunérés par leur clientèle, mais il ne faut pas oublier que les offices de l'ancien régime, même ceux de judicature, outre les gages du roi, comportaient rémunération directe par le public, épices, etc., et n'en étaient pas moins des fonctions publiques (1). Les officiers ministériels sont propriétaires de leur office (étude, charge, greffe) et cette propriété, à la différence de celle de la chaire, du grade, etc., est en partie dans le commerce; on distingue en effet : *a*) la *finance* de l'office qui est le droit pour le titulaire de présenter son successeur à l'agrément du chef de l'État, moyennant finance, ce droit est patrimonial, transmissible aux héritiers dans de certaines conditions ; *b*) la *provision* de l'office qui est le droit de nomination et de destitution ainsi que le droit de suppression de l'office à la résignation du titulaire, elle reste inaliénable entre les mains de l'État. Les officiers ministériels ne peuvent perdre leur office que par une destitution entourée de très grandes garanties (pour les notaires, V. L. 25 ventôse an XI, art. 53, et pour les autres officiers ministériels, L. 10 mars 1898) (2).

§ 3. — La gestion des fonctions publiques.

Si, par rapport à la fixation réglementaire de leur situation et de leur état, les fonctionnaires se trouvent soumis à la police et à la voie d'autorité, en revanche, à raison de la collaboration qu'ils apportent à l'exécution des services publics, à raison aussi de ce que la manutention générale de leur carrière est confiée dans chaque ministère à un service

(1) MM. Chante-Grellet et Pichat, *op. cit.*, n° 33, dénient aux notaires et avoués la qualité de fonctionnaires publics parce qu'ils ne reçoivent pas commission de la Puissance publique et ne sont que des mandataires des parties. Cela n'est pas très sûr. Aux colonies les notaires sont commissionnés d'une façon apparente et rien n'empêche dans la métropole de sous-entendre cette commission; quant aux avoués, en dirigeant la procédure, ils remplissent l'office du juge autant qu'ils représentent les parties.

(2) Sur la façon dont s'est rétablie la vénalité des offices ministériels, v. Laferrière, *Des décrets de suppression d'offices ministériels*, *Rev. crit.*, 1873, p. 692 et s. — Sur les conditions et sur les conséquences de la suppression d'office où s'accuse de plus en plus la police de l'administration, v. notes dans Sirey, 1897. 3. 97; 1902. 3. 1, sous C. É., 22 mars 1901, *Roz.*

Source : BIU Cujas

spécial qui s'appelle la direction du personnel, ils se trouvent dans une situation de gestion publique qui est de nature à engendrer un contentieux de pleine juridiction. Il convient de distinguer les hypothèses :

1° Les fonctionnaires collaborent à l'exécution des services publics, en ce sens ils rendent des services à l'administration elle-même. Dans cette collaboration se trouve le fondement de leur droit à un traitement pour les services faits et de leur droit à pension au bout d'un certain temps de service (1). Il faut bien comprendre la nature de cette collaboration : le fonctionnaire, même celui qui est le plus actionné par la hiérarchie, n'est pas un pur agent de transmission, dans l'accomplissement de sa fonction il met du sien, non seulement parce qu'il est un être libre et susceptible d'initiative, mais parce que dans sa fonction même, en tant qu'elle est un office répondant à un besoin social, il trouve une source d'inspirations qui viennent compléter heureusement les instructions de ses chefs (V. p. 305);

2° En outre, les fonctionnaires sont soumis à une direction hiérarchique ou direction du personnel qui constitue un service spécial, si bien que dans chaque ministère il y a un directeur du personnel; dans ce service-là ils jouent le rôle d'administrés car il s'agit de la manutention de leur propre carrière et, comme tous les administrés, ils concourent à l'exécution du service par leur bonne volonté et par leur confiance; cela leur crée une sorte de droit au bon fonctionnement du service et cela pourrait service d'amorce à un droit à indemnité en cas de préjudice à eux causé par erreur (V. p. 247).

Nous nous occuperons seulement des traitements et des pensions.

A. *Les traitements des fonctionnaires.* — Il y a lieu de distinguer le droit éventuel au traitement et le droit acquis : 1° le droit éventuel au traitement est déterminé par les lois et règlements, il est attaché partie au titre de la fonction afin qu'il ne soit pas entièrement à la merci des suspensions ou des mutations d'emploi (V. une application dans C. É., 9 juin 1899, *Toutain*), partie à l'emploi parce qu'il est juste qu'une activité plus ou moins grande et d'un ordre plus ou moins relevé soit plus ou moins rétribuée; 2° le droit acquis au traitement ne se réalise qu'après les services faits, ou si c'est par le fait de l'administration que le fonctionnaire n'a pu exécuter ses services (*Toutain*, précité); il se réalise alors même que l'emploi est supprimé, si en fait les services continuent (C. É., 9 juin 1899, *Bergeon*; Cfr. 1er juin 1900, *dame Moreau*).

Les traitements des fonctionnaire de l'État font partie de la dette publique, ils sont payables par douzièmes échus, après liquidation et ordonnancement faits par l'autorité compétente. Chaque douzième échu est une

(1) Une décision très intéressante C. É., 9 juin 1899, *Bergeon*, consacre implicitement le principe de la gestion publique en accordant à un fonctionnaire municipal une indemnité représentative d'une prolongation de traitement correspondant à une prolongation de service après suppression d'emploi.

Source : BIU Cujas

dette véritable de l'État et donne lieu à un contentieux de pleine juridiction pour les difficultés qui peuvent s'élever sur la liquidation (1). Les traitements des fonctionnaires sont en partie insaisissables (L. 21 vent. an IX, et L. 12 janv. 1895, combinées).

En principe, les fonctions publiques peuvent être cumulées, les traitements aussi, mais pas en entier (2).

Retenue des traitements. — C'est une pénalité administrative infligée au fonctionnaire qui a pris un congé sans autorisation ou qui a commis des fautes dans le service (L. 9 juin 1853, art. 3 ; R. 9 nov. 1853, art. 17). Des recours contentieux seraient recevables sur la légalité de ces décisions disciplinaires. Les textes cités ne s'appliquent pas aux magistrats, aux membres du corps enseignant, ni aux ingénieurs des ponts et chaussées lesquels ont leurs juridictions disciplinaires. M. Laferrière pense même qu'ils ne s'appliquent pas au personnel non soumis à la loi du 9 juin 1853 sur les pensions (3).

B. *Les pensions de retraite* (4). — *La pension est une rente viagère à titre d'aliment servie au fonctionnaire qui est placé dans la situation de retraite, lorsque certaines conditions sont réunies.*

L'institution des pensions s'est étendue à toutes les administrations, les départements et les communes en servent à leurs employés, mais les pensions de l'État sont les plus importantes. Les pensions sont une lourde charge pour le budget : le total des arrérages des pensions civiles et militaires dépasse actuellement deux cent millions de francs. On s'est

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 198. Cfr. S. 99. 3. 49, la note ; C. É., 7 août 1900, *Deschamps*.

(2) Le principe a été posé en cette matière par la loi du 28 avril 1816, il a été repris et développé par l'ordonnance du 31 mai 1838, art. 44 et par le D. 31 mai 1862, art. 65 : « Il est interdit de cumuler en entier les traitements de plusieurs places, emplois ou commissions : en cas de cumul de deux traitements, le moindre est réduit de moitié ; en cas de cumul de trois traitements, le troisième est en outre réduit au quart, et, ainsi de suite, en observant cette proportion ; mais cette réduction n'a pas lieu pour les traitements cumulés qui sont au-dessous de 3.000 francs, ni pour les traitements plus élevés qui en sont dispensés par les lois ». Par exception (D. 31 mai 1862, art. 66) : « Les professeurs, les savants, les gens de lettres et artistes peuvent, sans qu'il leur soit fait application de la règle ci-dessus, remplir plusieurs fonctions et occuper plusieurs chaires rétribuées sur les fonds du Trésor public ; néanmoins le montant des traitements, tant fixes qu'éventuels, ne peut dépasser 20.000 francs. » Il y a aussi des règles sur le cumul des traitements avec l'indemnité de sénateur ou de député (V. plus haut, p. 307). Enfin, il y a des règles sur le cumul des traitements et des pensions de retraite (V. pour pensions civiles, L. 25 mai 1819 et L. 7 juin 1853 ; — pour pensions militaires, L. 26 déc. 1890, art. 31).

(3) Notamment, le droit de retenir les traitements ne semble pas reconnu au maire vis-à-vis des employés municipaux (Trib. Confl., 20 juin 1879, *Labrebis*). Il y a une difficulté spéciale pour les traitements des ecclésiastiques (V. p. 149).

(4) *Bibliographie :* Bavelier, *Traité des pensions*, 2 vol., 1885 ; Ourry, *Dictionnaire des pensions*, 1 vol. 1874 ; Laferrière, *Juridict. administ.*, t. II, p. 202 et s. ; Boucart et Jèze, *Éléments de la science des finances*, 2e édit., p. 406 et s.

Source : BIU Cujas

fréquemment récrié contre cette charge toujours croissante, surtout contre celle des pensions civiles, mais il ne semble pas qu'on puisse raisonnablement supprimer l'institution, ni même la restreindre d'une façon sensible. La raison qui a fait établir le régime des pensions subsiste toujours avec la même gravité. D'une part, il est nécessaire qu'il y ait dans les fonctions publiques, une limite d'âge au delà de laquelle le fonctionnaire puisse être remercié, sans cela on tomberait dans le gérontisme. D'autre part, on hésitera toujours à remercier et par conséquent à priver de son traitement, un serviteur dont la vie ne serait pas assurée. La pension de retraite est le seul moyen pratique d'obtenir le rajeunissement des cadres (1).

I. *Les pensions civiles de l'État* (L. 9 juin 1853). — L'État a déjà essayé de plusieurs systèmes en matière de pensions : il a fait d'abord de la pension une récompense nationale (L. 3-22 août 1790 ; L. 15 germ. an XI ; D. 13 sept. 1806), mais c'était pour un petit nombre d'agents ; pour les autres, il avait pris le parti de forcer les diverses administrations à constituer des caisses alimentées par des versements des fonctionnaires eux-mêmes ; enfin, comme ces caisses avaient constamment besoin de subventions de l'État, la loi du 9 juin 1853 les a supprimées, a rendu l'État directement débiteur des pensions, mais en maintenant les versements des fonctionnaires et en stipulant que chaque fois que le

(1) A cette raison fondamentale viennent s'en joindre d'autres : — supprimer en tout ou en partie les pensions, c'est, à bref délai, s'obliger à relever les traitements. Il est clair, en effet, que les serviteurs de l'État font entrer l'éventualité de la pension dans les calculs qui décident du choix de leur carrière, et qu'ils verraient au fond dans la restriction des pensions une diminution de traitement ; — supprimer les pensions, c'est relâcher d'une façon grave les liens qui attachent le fonctionnaire à l'État. La pension attache le fonctionnaire, celui-ci éprouve une répugnance bien naturelle à donner sa démission, parce qu'elle lui ferait perdre les droits qu'il a déjà acquis à la pension. De son côté, l'Administration hésite à révoquer le fonctionnaire dans des conditions qui lui enlèveraient ses droits à la pension. L'État pourrait perdre à ce que ces liens réciproques fussent brisés. — Enfin, l'institution des pensions se généralise, elle tend à s'imposer aux entreprises industrielles, les compagnies de chemins de fer ont des caisses, les compagnies minières ont des caisses obligatoires (L. 29 févr. 1894), beaucoup d'entreprises industrielles ont des caisses qui ont été réglementées par la loi du 27 décembre 1895, D. R., 14 octobre 1897, désormais les caisses patronales sont autorisées et soumises à l'inspection des finances ; il y a une Caisse des retraites pour la vieillesse fondée par l'État par une loi du 7 juillet 1856 ; l'Allemagne a organisé un système obligatoire de pensions de retraite pour tous les travailleurs, la question a déjà été agitée chez nous et a même reçu commencement d'exécution (V. L. 1er avr. 1898, art. 23 et s., et L. 29 mars 1897, art. 43) ; ce n'est pas au moment où l'institution se propage hors de l'administration publique, qu'on peut songer à la restreindre dans l'Administration.

Il faut donc chercher à perfectionner le système des pensions publiques et non pas à les supprimer. V. dans Boucart et Jèze, *op. cit.*, p. 437 et s., l'examen critique de la législation française sur les pensions et des projets de réforme. V. aussi la loi italienne sur les pensions, du 15 juin 1893, dont les dispositions sont très humaines (*Rev. gén. d'adm.*, 1893, t. II, p. 478).

Source : BIU Cujas

chiffre des pensions à créer dépasserait le chiffre des extinctions, un crédit spécial devrait être demandé au Parlement (art. 20). La loi de 1853 a ainsi combiné les deux idées, celle de la caisse de retraites et celle de la récompense donnée par l'État, car le chiffre des pensions servies dépasse de beaucoup celui des versements.

Le régime de la loi du 9 juin 1853 forme le droit commun, on l'appelle le régime du *personnel soumis à retenue*. — Mais il y a certains fonctionnaires tels que les ministres, les membres du Conseil d'État, les préfets et sous-préfets, qui ont droit à pension sans verser de retenues, ils sont restés sous l'empire de la loi du 22 août 1790 et cela tient à l'instabilité particulière de leur situation.

Il y a lieu de distinguer le droit éventuel à pension et la réalisation de ce droit, c'est-à-dire sa transformation en un droit acquis.

a) *Les conditions du droit éventuel à pension.* — Jusqu'à ce que le fonctionnaire ait été placé dans la situation de retraite, son droit à pension est purement éventuel et le versement des retenues lui-même ne lui donne aucun caractère contractuel (1), néanmoins l'existence de ce droit éventuel est elle-même soumise à des conditions qui sont relatives à la qualité des fonctionnaires, au versement des retenues, à la durée des services et à l'âge requis, et aux éléments du calcul :

1° *Des fonctionnaires qui peuvent bénéficier de la loi de 1853.* — Ce sont : 1° les fonctionnaires ou employés directement rétribués par l'État (art. 3); 2° les fonctionnaires de l'enseignement rétribués en tout ou en partie sur les fonds départementaux ou communaux ou sur des pensions payées par les élèves des lycées nationaux (art. 4); 3° les fonctionnaires ou employés qui, sans cesser d'appartenir au cadre permanent d'une administration publique, et en conservant leurs droits à

(1) M. Laferrière, *op. cit.*, 2e édit., t. II, p. 195, s'exprime ainsi : « La pension n'a « pas un caractère contractuel, même quand elle est régie par la loi du 9 juin 1853 « qui impose aux fonctionnaires une retenue sur leurs traitements. Le fonctionnaire « ne peut pas se prévaloir de ces prélèvements pour soutenir qu'il a le droit de conser- « ver son emploi jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge et le temps de service requis pour la « retraite, ni pour réclamer le remboursement des retenues lorsqu'il quitte le service « sans obtenir de pension (Cons. d'Ét., 20 févr. 1868, *Tournier;* 13 déc. 1889, *Cadot*, « etc..). » « Par une juste réciprocité, nous ne pensons pas que l'État puisse assimiler « le défaut de versement des retenues à une inexécution du contrat imputable au fonc- « tionnaire et autorisant l'État à décliner en tout ou en partie ses propres obligations, « l'art. 18, § 5 L. 9 juin 1853, dit que la pension n'est liquidée que pour le temps « pendant lequel les fonctionnaires *auront subi la retenue.* » Mais cela veut dire que l'on ne tiendra compte que de ce temps dans le calcul ; cela ne veut pas dire que l'interruption dans le paiement entraîne déchéance. Du reste l'omission vient de l'État, c'est lui qui omet de faire la retenue, il ne serait ni juridique ni équitable que cela préjudiciât au fonctionnaire (il y a eu quelques hésitations, avis de la section des finances, 12 nov. 1878; autre avis 7 juill. 1880. Mais avis 12 juill. 1892, *Larue* « si le défaut de retenue peut motiver un arrêté de débet, il ne saurait faire obstacle à la reconnaissance du droit à pension », enfin décisions contentieuses dans le même sens 24 janv. 1879, *Michelet;* 3 janv. 1881, *Bernard* et surtout 3 mars 1893, *Rassaya*).

Source : BIU Cujas

l'avancement hiérarchique, sont rétribués en tout ou en partie sur les fonds départementaux, sur les fonds des compagnies concessionnaires, et même sur les remises et salaires payés par les particuliers (art. 4). Cela s'applique notamment aux ingénieurs de l'État détachés au service des compagnies de chemin de fer. Pour les fonctionnaires coloniaux, voyez la loi de finances du 21 mars 1885, art. 9 et 10 ;

2° *Du versement des retenues.* — Les fonctionnaires ou employés... supportent indistinctement, *sans pouvoir les répéter dans aucun cas,* les retenues ci-après : 1° une retenue de 5 p. 0/0 sur les sommes payées à titre de traitement fixe ou éventuel, de préciput, de supplément de traitement, de remises proportionnelles, de salaires, ou constituant à tout autre titre un *émolument personnel ;* 2° (loi du budget du 29 mars 1897, art. 28) « une retenue du douzième des mêmes rétri- « butions, lors de la première nomination ou dans le cas de réintégra- « tion, à prélever par quart sur les quatre premières mensualités et du « douzième de toute augmentation ultérieure à prélever en une fois » (*add.* D. R., 28 juill. 1897) ; 3° les retenues pour cause de congé et d'absence, ou par mesure disciplinaire (1) ;

3° *De la durée des services et de l'âge requis.* — « Le droit à la pen- « sion de retraite est acquis par ancienneté à soixante ans d'âge et « après trente ans de services. Il suffit de cinquante ans d'âge et de « vingt-cinq ans de services pour les fonctionnaires qui ont passé quinze « ans dans la partie active. La partie active comprend les emplois et « grades indiqués au tableau annexé à la loi sous le n° 2 (douanes, con- « tributions indirectes, forêts et postes, enseignement primaire, etc.). « Aucun autre emploi ne peut être compris au service actif, ni assimilé « à un emploi de ce service, qu'en vertu d'une loi ; »

4° *De l'étendue du droit et des bases de la pension.* — La pension est basée sur la moyenne des traitements et émoluments de toute nature soumis à retenue, dont l'ayant droit a joui pendant les six dernières années d'exercice (2). « La pension est réglée, pour chaque année de ser- « vices civils, à un soixantième du traitement moyen ; néanmoins pour « vingt-cinq ans de services entièrement rendus dans la partie active, « elle est de la moitié du traitement moyen, avec accroissement, pour « chaque année de service en sus, d'un cinquantième du traitement. En

(1) Sont affranchies de ces retenues les commissions allouées en compte courant par le Trésor aux receveurs généraux des finances. — Les comptables, les receveurs particuliers et les percepteurs des contributions directes, ainsi que les agents ressortissant au ministère des Finances, qui sont rétribués par des salaires ou remises variables, supportent ces retenues sur les trois quarts seulement de leurs émoluments de toute nature, le dernier quart étant considéré comme indemnité de loyer et de frais de bureau (art. 3).

(2) Néanmoins, dans les cas prévus par l'art. 4, la moyenne ne peut excéder celle des traitements et émoluments dont le fonctionnaire aurait joui s'il eût été rétribué directement par l'État.

Source : BIU Cujas

« aucun cas elle ne peut excéder ni les trois quarts du traitement moyen, « ni les maxima déterminés au tableau annexé à la loi sous le n° 3 » (art. 7). Pour le concours des services militaires et des services civils, V. art. 8 (1).

b) *De la réalisation du droit à pension.* — Le droit à pension pour les fonctionnaires civils est dans une condition toute particulière, il est attaché à la situation de retraite et le fonctionnaire n'a aucun droit à cette situation; c'est donc un droit de gestion dont l'existence est subordonnée à des décisions prises par la voie d'autorité, et qui, en principe, sont discrétionnaires (2).

La réalisation du droit à pension est par là soumise à une condition préalable qui est la mise à la retraite, il y a ensuite une série d'autres actes qui sont la réalisation même du droit :

1° *L'admission du fonctionnaire à la retraite.* — Il ne faut pas confondre retraite avec pension, bien que le langage fasse quelquefois cette confusion. La retraite est une situation de la fonction, la pension est un secours alimentaire donné pendant la situation de retraite. Au sujet de la mise à la retraite préalable, on doit poser les règles suivantes :

Les fonctionnaires ordinaires peuvent être mis à la retraite avant même d'avoir acquis leurs droits à la pension, c'est-à-dire avant d'avoir l'âge et le temps de service requis, mais dans ces conditions la mise à la retraite n'est qu'une révocation déguisée (3). La véritable mise à la retraite suppose que le fonctionnaire a acquis des droits à la pension;

(1) *Observation.* — Les règles générales sur le droit à pension comportent des exceptions : 1° le fonctionnaire qui a le temps de service requis peut être dispensé par décision ministérielle de la condition d'âge, s'il est exceptionnellement fatigué; 2° des pensions dites *exceptionnelles* sont accordées, quel que soit l'âge ou le temps de service, dans le cas d'acte de dévouement dans un intérêt public, de lutte ou de combat soutenu dans l'exercice des fonctions, d'accident grave résultant de l'exercice des fonctions, v. art. 11, §§ 1 à 3; 3° des pensions *proportionnelles* à l'âge et au temps de service peuvent également être accordées à ceux qui ont contracté des infirmités graves dans l'exercice de leurs fonctions, v. art. 11, §§ 4 et 5; 4° enfin il y a des droits *pour la veuve et pour les orphelins*. La veuve peut obtenir une pension à titre de réversibilité de la pension acquise à son mari (L. 1853, art. 13). Aux termes de l'art. 50, L. 28 avril 1893 et 44, L. 13 avril 1898, la veuve obtient une pension à titre de réversibilité lorsque son mari est décédé après vingt-cinq ans de services, à la condition que le mariage ait été contracté six ans avant la cessation des fonctions; cette pension est égale au tiers de la somme produite par la liquidation des services du mari; elle a un droit propre dans des hypothèses exceptionnelles (art. 14). Pour le droit des orphelins, qui existe dans les mêmes cas que celui de la veuve et lorsque celle-ci meurt ou est incapable de toucher (V. art. 16, et art. 50, L. 28 avr. 1893).

(2) Il n'en est pas de même pour la pension militaire. L'officier qui a un certain temps de service a droit à la situation de retraite, V. *infrà*.

(3) Quoique répréhensible, cette révocation déguisée n'est pas susceptible de recours contentieux, à la condition d'avoir été faite par l'autorité compétente (Cons. d'Ét., 9 juin 1882, *du Bois de Roman*), mais elle ne fait pas toujours perdre le droit à pension. Pour les pensions départementales, V. C. É., 3 février 1899, *Chiroux*.

Source : BIU Cujas

Les fonctionnaires qui ont acquis leurs droits à la pension n'ont pas par cela même droit acquis à être mis à la retraite, le ministre peut les garder en activité de service ; la décision qui admet le fonctionnaire à la retraite est un acte discrétionnaire (L. 9 juin 1853, art. 19 ; Cons. d'Ét., 15 nov. 1872, *de Langle Cary ;* 8 juill. 1887, *Janvier*).

Il existe dans la plupart des services publics une limite d'âge pour les fonctionnaires, fixée par disposition réglementaire (1). Il est d'usage que le ministre attende qu'un fonctionnaire ait atteint cette limite d'âge pour le mettre à la retraite, mais les fonctionnaires ordinaires n'ont pas droit à l'atteindre (Cons. d'Ét., 7 janv. 1876, *de Brives*) ; les fonctionnaires qui ont un état, tels que les magistrats inamovibles et les professeurs titulaires de chaires, sont protégés en ce sens que tant qu'ils n'ont pas atteint cette limite, ils ne peuvent être mis à la retraite d'office que sur avis conforme du conseil supérieur de la magistrature ou de la section permanente du conseil supérieur de l'instruction publique (L. 30 août 1883, art. 15 ; D. 4 nov. 1882, art. 1er).

2° *Les décisions sur le droit à pension.* — Elles sont au nombre de trois : la décision ministérielle sur le droit, la concession de la pension, l'inscription au grand-livre de la dette publique :

α) *Décision ministérielle sur le droit.* — Le fonctionnaire admis à faire valoir ses droits à la retraite doit demander au ministre la liquidation de a pension et, à ce moment, le ministre se prononce sur le droit à pension. La demande doit être formée dans les cinq ans à dater du jour de l'admission à la retraite. Lorsque le ministre reconnaît le droit, sa décision est ordinairement implicite, elle résulte de la préparation et de l'envoi au Conseil d'État d'un projet de décret liquidant la pension. Une décision explicite serait inutile, si la partie entend critiquer les bases de la liquidation, elle le fera en attaquant le décret de concession. Si, au contraire, le ministre refuse tout droit à pension, il faut une décision explicite pour que l'intéressé puisse agir au contentieux (2).

Le droit à pension peut être suspendu ou perdu et le ministre se prononce sur ces déchéances. Il peut être suspendu pour les causes suivantes : 1° perte de la qualité de français durant la privation de cette qualité (L. 9 juin 1853, art. 29) ; 2° condamnation à une peine afflictive et infamante ; dans ce cas la suspension dure jusqu'à la réhabilitation (art. 27, § 3). La perte définitive a lieu : 1° si le fonctionnaire est dé-

(1) Depuis la loi de finances du 30 mars 1888, art. 22, la limite d'âge, même pour les fonctionnaires révocables, et même dans les cas où elle est fixée par simple règlement, ne peut plus être abaissée que par une loi.

(2) Le contentieux est de pleine juridiction, il s'étend à toutes les questions de fait et de droit, de fond, de forme, de déchéance ; s'il s'agit de pensions pour ancienneté, le conseil est juge de tout ce qui touche à l'âge et au temps de service, s'il s'agit de pensions pour blessures ou infirmités, il est juge de la gravité, de l'origine des blessures, de la question de savoir si elles sont incurables, etc.

Source : BIU Cujas

missionnaire ; 2° s'il est destitué ou révoqué d'emploi ; 3° s'il est constitué en déficit pour détournement ou convaincu de malversation (art. 27, §§ 1, 2, 3). Ces faits agissent, alors même que le fonctionnaire a l'ancienneté requise (1).

β) *Liquidation et concession de la pension.* — Une fois le droit reconnu, reste à liquider la pension, c'est-à-dire à en faire le calcul, à en fixer le montant et à en concéder le titre. La liquidation est préparée par le ministre compétent qui la soumet à l'examen du Conseil d'État avec avis du ministre des Finances. Le titre de la pension est concédé par un décret rendu sur la proposition du ministre compétent. Il est contresigné par lui et par le ministre des Finances (art. 24), publié au *Journal officiel* et inséré au *Bulletin des lois* (L. 16 avr. 1895, art. 40).

Un recours contentieux ordinaire est ouvert au fonctionnaire contre le décret en cas de violation de ses droits et de liquidation inexacte (2). Ce recours, ainsi que celui qui peut être intenté contre la décision ministérielle refusant de reconnaître le droit à pension, est dispensé des frais et du ministère de l'avocat (D. 2 nov. 1864, art. 1er).

γ) *Inscription de la pension au grand-livre.* — Tout n'est pas fini pour le fonctionnaire lorsqu'il a obtenu son titre de pension par décret ; ce titre n'entraîne pas par lui-même droit au paiement, il y a une dernière formalité à franchir, l'inscription au grand-livre. Pour les pensions militaires il intervient un décret spécial, pour les pensions civiles une simple décision du ministre des Finances (L. 9 juin 1853, art. 24 ; L. 16 avr. 1895, art. 40). Le ministre peut se livrer à un examen et refuser l'inscription pour irrégularité du décret de concession, pour infraction aux lois sur le cumul, etc... Un recours contentieux en annulation est ouvert contre la décision du ministre ; le Conseil d'État ne pourrait pas ordonner directement l'inscription, parce que le ministre des Finances est le gardien du grand-livre et que l'inscription est un acte à lui exclusivement réservé (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 223) (3).

(1) Pour la démission (Cons. d'Ét., 2 déc. 1862, *Descrimes ;* 2 déc. 1887, *Hébert*). Pour ce qui est de la révocation, le conseil a été amené à faire une distinction déjà signalée entre celle qui a un caractère de mesure disciplinaire, et celle qui n'est qu'une mesure de politique et d'administration, qu'il appelle le *remplacement administratif* et qui ne fait pas perdre le droit à pension (Cons. d'Ét., 9 déc. 1879, *Thomas ;* 16 janv. 1880, *le Goff*. Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 214).

(2) Comme il s'agit d'un contentieux de pleine juridiction et que le décret de concession de pension est plutôt un acte de gestion publique qu'un acte d'autorité, à la rigueur le Conseil d'État pourrait rectifier lui-même la liquidation ; en pratique, il s'en abstient et se borne à annuler le décret en renvoyant au ministre pour nouvelle liquidation (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 221).

(3) Aux termes d'un décret du 27 mai 1897 modifiant l'article 47 du Règlem. du 9 nov. 1853 : « Le fonctionnaire admis à faire valoir ses droits à la retraite *pour ancienneté* continue à exercer ses fonctions jusqu'à la délivrance de son brevet de pension, à moins de décision contraire rendue sur sa demande ou motivée soit par la suppression de son emploi, soit par l'intérêt du service. Après la délivrance de son brevet de

Source : BIU Cujas

c) *De la jouissance de la pension.* — La jouissance de la pension commence au lendemain du jour de la cessation du traitement ou du décès du fonctionnaire. Les arrérages sont payés par trimestre (art. 30), sur production d'un certificat de vie délivré par un notaire dont la signature doit être légalisée par le président du tribunal ou le juge de paix (D. 9 nov. 1853, art. 46; D. 29 déc. 1885) aux dates des 1er mars, juin, septembre et décembre (L. 12 août 1876, art. 13). Lorsque trois ans se sont écoulés sans réclamation d'arrérages, la pension est rayée des livres du Trésor, et son rétablissement ne peut donner lieu au rappel des arrérages antérieurs à la réclamation (art. 30) (1).

Les pensions sont incessibles, elles ne peuvent être mises en nantissement, elles sont insaisissables, sauf les exceptions de l'art. 26 (2).

II. *Les pensions militaires.* — Les textes législatifs qui régissent ces pensions sont extrêmement nombreux (3).

La retraite est la dernière position de l'état d'officier (L. 19 mai 1834, art. 14). Le mécanisme des pensions de retraite militaires est analogue à celui des pensions civiles. Il y a cependant des différences importantes : 1° L'officier a droit acquis à la situation de retraite dès qu'il a satisfait aux conditions de service; il peut donc réclamer immédiatement sa pension, il n'y a pas pour lui cette décision ministérielle sur l'admission à la retraite que, pour les pensions civiles, il faut attendre et qui est discrétionnaire; 2° la loi n'établit comme condition à la pension qu'une

pension, il peut encore lorsque l'intérêt du service l'exige être maintenu momentanément en activité. » Si ce décret était appliqué, on éviterait pendant la période de liquidation l'interruption des ressources du fonctionnaire. Malheureusement, ces dispositions ne sont pas appliquées et le fonctionnaire ne peut guère faire annuler les décisions contraires. V. C. É., 23 nov. 1900, *Lenoir*, S. 1901. 3. 105 et la note.

(1) Cette déchéance triennale se distingue de la prescription quinquennale de l'art. 2277, en ce sens qu'elle frappe tous les arrérages dus depuis trois ans, et non pas seulement ceux dus depuis plus de trois ans. Cette déchéance s'applique tout à fait au début; bien qu'on ait cinq ans pour faire liquider la pension, on ne peut jamais rappeler plus de trois années d'arrérages antérieures à la date de la publication au *Journal officiel* du décret de concession (L. 16 avr. 1895, art. 40).

(2) *Perte de la pension liquidée.* — Le fonctionnaire constitué en déficit pour détournement de fonds ou de matières, ou convaincu de malversations, le fonctionnaire convaincu de s'être démis de son emploi à prix d'argent, celui condamné à une peine afflictive et infamante, perd tout droit à la pension (art. 27). Il y a suspension de jouissance en cas de perte de la qualité de français (art. 29). Pour le cas de cumul de la pension avec un traitement ou de cumul de deux pensions, V. art. 18 et 31. La perte du droit à pension est prononcée par un décret rendu sur la proposition du ministre des Finances, après avis du ministre liquidateur et de la section des finances du Conseil d'État (D. 9 nov. 1853, art. 43).

(3) Il faut consulter, tant pour l'armée de terre que pour l'armée de mer, les lois des 11 avr. 1831, 18 avr. 1831, 26 avr. 1855, 25 juin 1861, 22 juin 1878, 5 août 1879, 18 août 1879, 16 avr. 1881, 18 août 1881, 8 août 1882, 22 mars 1885, 15 avr. 1885, 25 juill. 1887, 15 nov. 1890, 26 déc. 1890, art. 31, 26 janv. 1892, art. 49 et s., 27 juill. 1895, 29 mars 1897, 13 avr. 1898, art. 38 et s.; L. 25 févr. 1901, art. 46-48.

Source : BIU Cujas

certaine durée de service, il n'y a pas de condition d'âge autre que celle qui résulte des règles sur l'engagement (L. 11 avr. 1831; L. 18 avr. 1831); 3° le mode de calcul est différent.

Les pensions militaires peuvent être cumulées avec un traitement civil d'activité (L. 11 avr. 1831, art. 4 et 27; L. 18 avr. 1831, art. 4 et 29), toutefois, des limites ont été posées par la loi du 26 déc. 1870, art. 31.

III. *Les caisses départementales et communales de retraites* (1). — Les départements et la plupart des grandes villes ont constitué des caisses de retraites pour leurs employés. C'est, en général, le décret du 13 sept. 1806 qui est adopté comme type des règlements de ces diverses caisses, et le Conseil d'État a décidé que, en l'absence d'un règlement particulier, il y avait lieu d'appliquer les dispositions de ce décret pour la concession et la liquidation des pensions. — La loi du 10 août 1871 (art. 46, § 21) donne aux conseils généraux le pouvoir de statuer définitivement sur l'établissement et l'organisation des caisses de retraites, ou de tout autre mode de rémunération en faveur des employés des préfectures et des sous-préfectures, ainsi que des autres agents salariés sur les fonds départementaux. Les conseils municipaux ont le même pouvoir en ce qui concerne les caisses de retraites des employés communaux. — Les fonds appartenant aux caisses départementales et communales de retraites sont généralement centralisés à la Caisse des dépôts et consignations qui est chargée de les administrer. — Il y a lieu de distinguer, ici aussi, l'admission à la retraite et la liquidation de la pension. L'admission à la retraite est dans les prérogatives de l'organe exécutif, et, notamment, le préfet a le droit d'admettre un employé départemental à faire valoir ses droits à la retraite, sans attendre que le conseil général ait au préalable voté un crédit (D. en Cons. d'Ét., 5 janv. 1892). Quant à la liquidation de la pension, pour les pensions départementales elle est dans les attributions du conseil général, si celui-ci a voulu se la réserver (C. É., 23 déc. 1898, *Duchêne*), sinon elle est faite par le préfet (D. 7 déc. 1896); pour les pensions municipales, elle est dans les attributions du préfet (D. 25 mars 1852, tableau A, n° 38) (2).

(1) V. article Combarieu, *Rev. générale d'administration*, 1899, II, p. 385.

(2) Les pensions de retraite servies par les compagnies de chemins de fer à leurs employés commissionnés sont parmi les caisses patronales visées par la loi du 27 déc. 1895, elles sont en fait régies à peu près par les mêmes principes que celles de l'État (Cfr. Paul Soulier, *Les institutions de retraite des compagnies de chemins de fer*, Guillaumin, 1901). Cela prouve, ou bien que ces compagnies se rapprochent singulièrement des administrations publiques, ou bien que le droit public exerce ici une bien grande influence sur le droit privé. Ainsi : 1° alors même que l'employé a le temps de service et l'âge requis, il n'a pas droit absolu à la pension, il faut encore son admission à la retraite par la Compagnie (Cass., 26 nov. 1878, S. 79. 1. 379 et la note); 2° est licite la clause par laquelle une compagnie stipule que les retenues opérées sur les appointements au profit de la caisse des retraites ne seront sujettes à aucune répétition de la part de ceux qui cesseront de faire partie de ses cadres avant d'avoir droit à la retraite (Cass., 24 mai 1876, S. 76. 1. 320 et la note; Cass., 4 août 1879, P. 80. 55).

Source : BIU Cujas

Section II. — le domaine public.

§ 1. — Les dépendances du Domaine public (1).

Article I. — Caractères généraux de ces dépendances.

Les dépendances du domaine public sont *des propriétés administratives rendues inaliénables et imprescriptibles par leur destination d'utilité publique et par leur affectation.* A côté du Domaine public il existe une autre catégorie de propriétés administratives qui constituent le domaine privé, elles ne sont ni inaliénables, ni imprescriptibles et n'ont point reçu d'affectation spéciale à l'utilité publique. Le Domaine public et le domaine privé sont deux masses de biens qui figuraient autrefois avec d'autres éléments dans le *domaine de la couronne* devenu à la Révolution le *domaine national;* dans la réalité des choses, les deux masses de biens appartiennent, non plus à la couronne, bien entendu, non plus même à la nation, ni au public, mais aux diverses personnes administratives, soit pour les mettre à la disposition du public, soit pour les affecter à leurs services publics, soit pour en tirer des revenus; en d'autres termes, le Domaine, après avoir eu une importance politique, puis communiste, n'a plus qu'une valeur purement administrative (2).

(1) *Bibliographie :* Proudhon, *Du domaine public,* 1833; Macarel et Boulatignier, *Tableau de la fortune publique,* 1838; Gaudry, *Traité du domaine,* 1862; R. de Récy et L. Tisserant, *Traité du domaine* (Rép. Béquet-Laferrière), 1897; Léchalas, *Manuel de droit administratif,* t. II, 2e partie, 1898; Maguero, *Dictionnaire des domaines,* 1900; Ducrocq, 7e édit., t. IV, nos 1426 et s.

(2) Ces transformations sociales du domaine ont forcément leur contre-coup sur les doctrines juridiques. On ne doit pas entendre aujourd'hui la domanialité publique comme nos anciens auteurs entendaient la domanialité du domaine de la couronne et la notion de la domanialité publique elle-même constituée par les premiers commentateurs modernes, notamment par Proudhon, a évolué dans le sens d'une adaptation progressive du domaine à sa fonction administrative. Je sais bien que la définition que je donne du domaine public est nouvelle, elle diffère de la définition traditionnelle admise depuis le commencement du siècle en ce que je fais des dépendances du domaine public des *propriétés administratives,* en ce que j'élargis considérablement la domanialité publique en l'étendant *à tous les objets affectés à l'utilité publique,* par conséquent, même aux bâtiments affectés aux services publics et même aux objets mobiliers des collections publiques; mais si la définition est nouvelle, j'estime qu'elle est justifiée aussi par une situation nouvelle. Le développement des services administratifs a produit une double conséquence : d'une part, il a été constitué des services publics sur des objets qui autrefois servaient à l'usage du public pour ainsi dire à *l'état de nature,* les rivages de la mer, les fleuves, les chemins; aujourd'hui ces objets sont surveillés, entretenus, endigués, construits par des services administratifs qui en ont ainsi pris possession, ces objets sont devenus la chose des services, en même temps que celle du public; d'autre part, tous les services administratifs ont intérêt égal à ce que les bâtiments, les terrains, les objets dont ils se servent ou qu'ils conservent soient protégés par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Quelle raison y

Source : BIU Cujas

On compte, en effet, un domaine public d'État, un domaine public départemental, un domaine public communal, un domaine public colonial et il y a lieu peut-être de signaler aussi un domaine public d'établissement public (1) ; citons tout de suite, à titre d'exemple, comme dépendances incontestables du domaine de l'État, les routes nationales, les fleuves navigables, les rivages de la mer (art. 538, C. civ.) ; comme dépendances du domaine départemental, les routes départementales ; comme dependances du domaine communal, les chemins vicinaux.

Nous allons étudier, en premier lieu, la condition des dépendances du domaine public envisagées en soi comme des « choses publiques ».

A. *De l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des dépendances du domaine public.* — Les dépendances du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles à raison de leur destination d'utilité publique et tant que dure leur affectation (2). Cette règle est en partie traditionnelle, elle remonte au principe de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne posé par l'ordonnance de Moulins de 1566, mais en partie aussi elle s'appuie sur les textes du droit nouveau, car il faut expliquer qu'elle ne s'applique qu'aux dépendances du domaine public proprement dit, tan-

a-t-il pour que le service des bâtiments civils, par exemple, ne bénéficie pas du privilège de l'inaliénabilité pour ses palais nationaux, aussi bien que le service des ponts et chaussées pour les routes? Quelle raison y a-t-il de refuser à un musée ou à une bibliothèque la garantie de l'imprescriptibilité pour leurs richesses mobilières? — Ces nouvelles conditions de notre vie administrative sont senties par la jurisprudence et par les auteurs. Ils cherchent à y donner satisfaction, il intervient des décisions de détail, tantôt sur les objets d'art, tantôt sur des bâtiments; il se crée une quantité d'exceptions à la formule ancienne. Il devient évident que cette formule ne peut plus être maintenue, qu'elle est trop étroite, et cependant personne n'ose l'abandonner tellement est profonde la timidité doctrinale de l'école française. Le récent traité de M. R. de Récy, si consciencieux, est très intéressant à lire à cet égard, il traduit sincèrement l'état de malaise dans lequel se trouve une théorie qui ne répond plus aux faits; de même, les quelques pages que M. Planiol consacre au domaine public dans son traité élémentaire de droit civil, t. I, p. 344 et s. J'estime, quant à moi, qu'il convient de sortir de cette situation fausse et d'en sortir dans le sens d'une théorie simple qui soit adaptée aux besoins modernes (on constatera avec fruit sur l'histoire très compliquée des transformations antérieures de la notion du domaine, outre les ouvrages cités à la note précédente : Barkhausen, *Remarques sur la théorie des domaines*, Rev. critique, 1884 ; Mortet, *Grande encyclopédie*, v° *Domaine royal;* Brissaud, *Manuel d'histoire du droit français*, p. 912 et s.).

(1) Il est des églises affectées au culte paroissial qui appartiennent aux fabriques ; cela se présente dans certains pays annexés à la France dans des conditions spéciales, par exemple en Savoie (cfr. trib. Chambéry, 9 avr. 1898) ; il peut arriver aussi que des églises aient été construites par les fabriques depuis la Révolution et qu'elles soient restées leur propriété, alors que les églises anciennes ont été remises aux communes.

(2) Les dépendances du domaine public sont également insaisissables, mais ce privilège leur est commun avec les dépendances du domaine privé ; il n'a rien à voir avec la domanialité publique, c'est un privilège financier, il signifie que les créanciers des administrations publiques ne peuvent point employer les voies d'exécution du droit commun (V. *infrà*, *Finances publiques*).

Source : BIU Cujas

dis que l'inaliénabilité du domaine de la Couronne s'appliquait en principe à tout le domaine, il faut expliquer aussi la suppression de la pratique des engagements du Domaine (1). On peut invoquer la combinaison des art. 538, 1598, 2226, C. civ. : L'article 538 déclare dépendances du domaine public *les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée;* il résulte de ce texte que les dépendances du domaine public, quelles qu'elles soient, sont *mises hors du commerce* (j'ajoute qu'à mon avis, l'art. 538 décrète artificiellement cette mise hors du commerce et qu'il ne constate point une qualité naturelle des choses); l'inaliénabilité s'ensuit immédiatement, « ce qui n'est pas dans le commerce ne peut être vendu », art. 1598 *a contrario*, et l'imprescriptibilité, art. 2226, « on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont pas dans le commerce ».

La portée réelle de l'inaliénabilité appelle les observations suivantes :

I. *Durée de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité.* — Les dépendances du domaine public ne deviennent inaliénables et imprescriptibles que du jour de l'affectation de la chose à l'utilité publique ; ainsi, soit un terrain acquis à l'amiable par l'administration et qui n'est pas encore affecté par la construction d'un ouvrage public, ce terrain pourra être grevé d'une servitude privée en vertu de la cession amiable, et cependant la constitution d'une servitude réelle, qui équivaut à aliénation partielle, ne serait pas possible après l'affectation (C. É., 28 juill. 1852, *Mignon*. Cfr. Léchalas, *op. cit.*, p. 171). A l'inverse, les dépendances du domaine public redeviennent instantanément aliénables et prescriptibles du jour de la désaffectation, leur mise hors du commerce dure donc juste autant que leur affectation.

II. *Portée pratique que donne à la règle de l'inaliénabilité la possibilité de la désaffectation.* — Du moment que les dépendances du domaine public redeviennent instantanément aliénables et prescriptibles du jour de la désaffectation, il s'ensuit que pour celles qui ne sont pas affectées par des événements naturels, mais par des actes administratifs, par exemple pour les routes, chemins, canaux, etc., la règle de l'inaliénabilité ne constitue pas un obstacle insurmontable à une aliénation volontaire, elle impose seulement l'obligation de procéder au préalable à une désaffectation ; à la vérité, cet obstacle administratif est sérieux parce que le service affectataire qui doit provoquer la désaffectation n'est généralement pas le même que le service financier qui procéderait à la vente, ou bien l'autorité qui pourrait désaffecter n'est pas la même que celle qui procéderait à la vente, de sorte que l'opération exigera une entente entre deux services ou deux autorités, entente qui ne sera obtenue que pour des motifs

(1) Sur la pratique des engagements du domaine sous l'ancien régime, V. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit*, p. 917 ; cette pratique reparaît actuellement dans les États qui, pour emprunter, sont obligés de fournir des gages aux porteurs étrangers de leur dette.

Source : BIU Cujas

graves (1). Quant aux objets qui sont affectés à l'utilité publique par des événements naturels, comme le rivage de la mer et les fleuves affectés par les mouvements même des eaux, leur inaliénabilité ne peut pas être supprimée par un acte pur et simple de la volonté administrative, mais elle peut l'être si la situation naturelle des lieux a été modifiée par des opérations et des travaux qui sont en somme volontaires (soit des travaux publics, soit des travaux privés à la suite d'une concession d'endiguage) (2).

III. *Effets réels produits par la règle de l'inaliénabilité tant que dure l'affectation.* — Même pendant la durée de l'affectation, il ne faut pas croire que la mise hors du commerce de la chose soit absolue, elle est au contraire très relative, elle ne s'oppose qu'aux entreprises qui seraient inconciliables avec la destination d'utilité publique de la chose, cela doit être envisagé à plusieurs points de vue :

a) *Conventions relatives au domaine.* — Il est certain d'abord que les dépendances du domaine public ne sont pas mises hors du commerce au point de ne pas pouvoir être l'objet de conventions, l'art. 1128 du Code civil ne doit pas être appliqué ici d'une façon absolue, cela dépend de l'objet de la convention et, par exemple, des conventions relatives à des concessions temporaires et à des redevances sont possibles (3);

b) *Aliénations ou constitutions de droits réels volontaires.* — Les aliénations totales sont impossibles tant que dure l'affectation de la chose. Il en est de même des aliénations partielles, si petite soit la parcelle qu'il s'agirait de distraire du domaine. La doctrine et la jurisprudence ont tiré de

(1) Il n'est pas exact de dire comme le font certains auteurs (Planiol, *op. cit.*, p. 347), que la règle de l'inaliénabilité signifie que l'objet ne peut être aliéné que par une loi; sans désaffectation préalable, il ne saurait l'être même par une loi; après désaffectation, il peut souvent l'être sans une loi, par exemple les chemins déclassés, les lais et relais de la mer, etc... la loi n'intervient que pour certaines grandes masses de biens du domaine privé, qui le plus souvent n'ont même pas été affectées à l'utilité publique.

Il n'est pas exact non plus de dire, comme M. R. de Récy, *op. cit.*, n. 548, que l'inaliénabilité est *potestative,* puisque la désaffectation demande l'entente de plusieurs services et souvent même des autorisations de l'administration supérieure. Aussi, à mon avis, rien ne s'oppose à ce que l'on considère l'inaliénabilité des dépendances du domaine public comme fondée sur une incapacité des administrations publiques, d'aliéner sans avoir au préalable désaffecté; c'est une incapacité conditionnelle, si l'on veut, mais sous une condition qui n'est point purement potestative; cette interprétation est d'accord avec certaines règles positives, par exemple, avec celle qui autorise le service affectataire à ratifier par son silence l'expropriation pour cause d'utilité publique d'une dépendance du domaine public, et même à couvrir par son silence la nullité d'une vente volontaire (V. *infrà*, p. 582 et 583). Au contraire, l'opinion qui verrait dans l'inaliénabilité une indisponibilité réelle nous paraitrait inféconde en effets juridiques.

(2) De telle sorte que, même dans cette hypothèse, l'inaliénabilité se ramène bien plutôt à une incapacité conditionnelle, qu'à une indisponibilité réelle de la chose.

(3) La Cour de cassation avait sur ce point commis une erreur dans un arrêt du 7 juillet 1869 relatif aux concessions sur le rivage de la mer, elle avait déclaré que le rivage de la mer étant hors du commerce ne pouvait être l'objet d'aucune convention. Cette jurisprudence excessive fut condamnée par la loi du 28 décembre 1872

Source : BIU Cujas

là cette conclusion que les bâtiments qui sont dépendances du domaine public ne sont pas soumis à la servitude légale de cession de mitoyenneté, telle qu'elle résulte de l'art. 661 du Code civil (Cass., 16 juin 1856, de *Valary*, mur de soutènement d'une place publique; avis Cons. d'Ét., 13 avr. 1880). Cette solution paraît correcte. On ne peut pas objecter que la cession de mitoyenneté résulte d'une des servitudes légales qui forment le droit commun de la propriété, il est bien clair, en effet, que les dépendances du domaine public sont soustraites au droit commun de la propriété, en tant qu'il tendrait à les mettre dans le commerce.

Est impossible, non seulement l'aliénation de la pleine propriété, mais toute aliénation d'un démembrement de la propriété, par conséquent, toute constitution de servitudes. Il ne pourrait pas être concédé sur une dépendance du domaine public un droit de passage, une servitude de vue, etc., etc. Mais il convient de faire ici trois observations :

1° Il ne faut pas confondre avec des droits réels de servitude les *aisances de voirie*, droits d'accès et droits de vue des riverains des voies publiques et des places publiques. — Ces droits ne s'opposent point comme le feraient des servitudes du droit civil à des modifications de la voie, par exemple à son déplacement ni à son exhaussement; cependant il ne peut pas y être porté atteinte sans indemnité et, par conséquent, ce sont des droits acquis de nature administrative; ils semblent procéder d'une sorte de situation de gestion publique en ce sens qu'il ne saurait y avoir de rue sans bâtiments riverains et que par suite, il y a collaboration des riverains au service de la voie publique (1);

2° Il est des droits réels compatibles avec la destination de la chose parce qu'ils ne tendent point à la mettre dans le commerce ou que, s'ils l'y mettent, c'est en vertu même de sa destination. Tel est le droit d'usufruit spécial qui existe au profit de la fabrique sur l'église communale (V. p. 164), tel est encore le droit d'usufruit spécial qui appartient sur le presbytère communal soit au desservant, soit à la mense curiale (V. p. 154); tel est enfin le droit de propriété spécial que la jurisprudence admet sur les concessions perpétuelles dans les cimetières, qui est transmissible dans de certaines limites (transmission des caveaux de famille) (V. *infrà*);

3° De ce que des droits réels ne peuvent pas être constitués sur les dépendances du domaine public, il ne s'ensuit pas que des *concessions temporaires* ne puissent pas être faites sur ces mêmes dépendances. Les concessions de ce genre sont d'une pratique constante;

(1) Pour pratiquer des accès ou des vues, le riverain n'est point tenu d'observer les art. 678 et 679, C. civ.; il doit seulement observer les règlements administratifs (Cass., 28 oct. 1891), la question de l'existence du droit d'accès est de la compétence des tribunaux administratifs (Cour de Bourges, 26 oct. 1897, *Just Bernard*, R. A. 1898, 1. 317), — la perte du droit d'accès ou de vue par suite d'une opération de voirie peut donner lieu à une indemnité fondée sur la théorie administrative des dommages permanents résultant des travaux publics (C. É. 17 déc. 1886, *Ville de Chaumont*).

Source : BIU Cujas

elles ne confèrent au concessionnaire aucun droit réel véritable, mais elles lui donnent l'exercice du droit réel, sa possession ou sa quasi-possession vis-à-vis des tiers, si bien que le concessionnaire peut exercer vis-à-vis de ceux-ci l'action possessoire, c'est un véritable précaire. Nous reviendrons plus tard sur ces concessions.

c) *Aliénations forcées qui ont un but d'utilité publique.* — Il y a des aliénations forcées qui ont un but d'utilité publique comme, par exemple, celle qui résulte d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, ou celle qui résulte d'une servitude d'alignement. Les dépendances du domaine public sont-elles exposées à ces aliénations? La question a été tranchée négativement, bien qu'il y ait ici conflit de deux utilités publiques (Cass., 3 mars 1862, *ville de Fécamp;* 20 déc. 1897, *chemin de fer d'Orléans;* 29 oct. 1900, *chemin de fer du Nord*), la loi sur les monuments historiques du 30 mars 1887 est venue dans son art. 4 apporter un argument *a fortiori*, en mettant les monuments classés hors du droit commun en ce qui concerne l'expropriation et l'alignement. Une dépendance du domaine public ne peut donc pas être expropriée à proprement parler, elle n'est pas non plus soumise à l'alignement (1). Mais si, en fait, la procédure d'expropriation a été suivie, le service public chargé de la garde peut seul demander la nullité de l'expropriation, de sorte que si le service public y consent, la procédure d'expropriation sera valablement employée et un acte spécial de désaffectation ne sera pas nécessaire pour la cession amiable de la chose, ce qui, pratiquement, présente certains avantages (Cass. Ch. civ. 8 mai 1865, *Comp. P.-L.-M.; Adde*, Picard, *Traité des eaux*, t. III, p. 149; Léchalas, *op. cit.*, t. I, p. 180; L. 6 déc. 1897, art. 1er).

d) *Servitudes légales qui constituent le droit commun de la propriété.* — De ce que les dépendances du domaine public sont hors du commerce, il ne s'ensuit nullement, à notre avis, qu'elles soient soustraites en principe aux règles qui constituent le droit commun de la propriété, car ce sont des objets de propriété. Elles sont donc soumises aux servitudes légales : 1° quand ces servitudes n'ont pas pour effet d'entraîner une mise dans le commerce; 2° quand elles n'ont rien de directement contraire à l'utilité publique. En conséquence, les terrains, cours et jardins dépendant des bâtiments, peuvent être considérés comme soumis à l'obligation de la clôture, aux règles sur la distance exigée pour certains travaux et certaines plantations, aux règles sur les jours et vues et sur l'égout des toits. Les terrains du domaine public sont assujettis à l'obligation de recevoir l'égout des terrains supérieurs. Les dépendances du domaine public doivent être frappées par la contribution foncière lors-

(1) Il n'en est pas de même de l'immeuble dotal, que certains auteurs considèrent comme étant frappé d'indisponibilité. La différence tient à ce que la mise hors du commerce de l'immeuble dotal, à supposer qu'elle fût réelle, n'aurait jamais qu'un but d'intérêt privé. Elle devrait disparaître en cas d'utilité publique.

Source : BIU Cujas

qu'elles sont productives de revenu; c'est ainsi que les chemins de fer, même *exploités par l'État*, sont imposables comme les propriétés des particuliers (L. 18 mai 1878), etc..., les canaux aussi (L. 3 frim. an VII, 5 flor. an XI, 23 juill. 1820). Si les autres voies publiques et les cours d'eau sont exemptés, c'est par disposition expresse de la loi du 3 frimaire an VII, art. 103.

IV. *Sanction de l'inaliénabilité.* — Elle est triple : 1° la vente d'une dépendance du domaine public non précédée d'un déclassement doit être annulée, sauf indemnité à payer par l'administration qui a vendu (Cass., 11 févr. 1878, *Ville de Lille;* 30 mai 1881, *département de la Seine;* art. 13 cahier des charges du 1er avr. 1879 pour la vente des biens de l'État) (1); 2° Une action en revendication domaniale imprescriptible peut toujours être intentée (2); cette action est la même qui est intentée en cas d'anticipation ou d'usurpation du domaine, V. *infrà* (Cfr. de Récy, n° 561; Léchalas, p. 169); 3° Enfin, toutes les fois que l'Administration n'a pas perdu la possession de la chose ou qu'elle a pu la recouvrer par une action possessoire, toutes les actions qui tendraient à l'aliénation définitive sont neutralisées par l'exception de domanialité publique qui est infrangible. — Les actions en nullité de ventes domaniales, l'action en revendication domaniale, l'exception de domanialité publique ne peuvent être intentées ou opposées que sur décision du service au profit duquel l'objet était affecté; la nullité de l'aliénation n'est donc pas absolue, elle est relative et le service bénéficiaire de l'affectation peut renoncer à s'en prévaloir, ce qui équivaut à désaffectation et rend l'aliénation définitive par ratification (de Récy, *op. cit.*, n° 550) (3).

V. *De l'imprescriptibilité.* — Il s'agit d'un principe qui s'oppose aux usucapions, anticipations, usurpations du domaine, établissements de servitudes et qui rend imprescriptible l'action en revendication domaniale ou l'action négatoire de servitude. Il est affirmé par de nombreuses décisions (4) et ne soulève de difficultés que lorsqu'il y a incertitude sur

(1) On estime généralement que cette action en nullité n'est prescriptible que par trente ans (de Récy, *op. cit.*, nos 655 et s.; Léchalas, *op. cit.*, p. 168). Mais si nous admettons que l'inaliénabilité procède d'une incapacité de l'Administration, nous devons opter pour la prescription de dix ans, ce qui d'ailleurs s'accorde avec la possibilité de la ratification.

(2) Même dans le cas où il y a eu vente et indépendamment des actions nées de la vente.

(3) Cela prouve bien que la domanialité publique est considérée comme étant dans l'intérêt du service public plus que du public.

(4) Routes (C. É., 18 juillet 1866, *Dora*); chemins vicinaux (Cass., 1er août 1856, *Baillet-Hecquet*); domaine maritime (Cass., 8 juin 1875, *ville de Cette*); rivières navigables (C. É., 7 décembre 1854, *de Matha;* Cass., 8 décembre 1862, *Petit*). — Citations empruntées à M. Léchalas, p. 572. Sur l'imprescriptibilité de l'action domaniale en revendication, V. les décisions citées par Léchalas, p. 61. Cfr. de Récy, nos 590 et s.

Source : BIU Cujas

le point de savoir si le terrain occupé n'avait pas en fait été désaffecté (1) ou lorsque l'occupation remonte à l'ancien régime (2).

B. *Du critérium qui permet de déterminer les dépendances du domaine public.* — Il n'y a pas dans les textes d'énumération complète des dépendances du domaine public, les art. 538 et s. du Code civil contiennent bien une sorte d'énumération, mais il suffit de remarquer : 1° qu'elle n'est relative qu'au domaine de l'État, qu'elle passe complètement sous silence le domaine public départemental, communal et colonial ; 2° qu'il a fallu ajouter à la liste des dépendances du domaine public de l'État les objets de création récente comme les chemins de fer (3). Il s'agit donc de suppléer à l'absence d'énumération et aussi à l'absence de définition légale par une définition doctrinale. Cette définition donne lieu à controverse, il y a deux formules en présence, l'une qui a l'avantage d'être enseignée depuis le commencement du siècle, mais qui ne répond plus ni aux conditions modernes de la vie administrative, ni aux décisions de la jurisprudence, et qui d'ailleurs ne résiste guère à l'examen critique ; l'autre qui a le désavantage d'être nouvelle, mais qui répond aux besoins modernes, à des décisions très importantes de la jurisprudence et aux exigences de la logique.

La formule ancienne ne détermine qu'une domanialité publique très limitée, il n'y aurait en effet comme dépendances du domaine public que *les portions du territoire affectées à l'usage de tous et insusceptibles de propriété privée par leur nature*, ce qui ne vise guère que les routes, places publiques, fleuves et rivages de la mer (4). Seraient exclus de la domanialité publique par cette formule : 1° les bâtiments affectés aux services publics et les objets mobiliers des collections publiques parce que ce ne sont pas des *portions du territoire ;* 2° les terrains non bâtis qui ne sont pas directement affectés à l'usage du public, comme les champs de manœuvre militaires, champs de tir, etc. ; 3° les terrains qui ne sont pas insusceptibles de propriété privée *par leur nature* (sur ce point les partisans de l'opinion ne se sont jamais clairement expliqués, V. *infrà*).

La formule nouvelle détermine au contraire une domanialité publique très étendue, *sont dépendances du domaine public toutes les choses qui ayant une destination d'utilité publique ont été l'objet d'une affectation formelle.* Cette affectation résulte tantôt d'événements naturels comme le mouvement des eaux pour le rivage de la mer ou les fleuves, tantôt

(1) V. Léchalas, *op. cit.*, p. 172 et s.

(2) V. Léchalas, *op. cit.*, p. 171, et de Récy, nos 566 et s.

(3) La loi du 15 juillet 1845 dit simplement des chemins de fer qu'ils font partie de la grande voirie (art. 1er), or c'est une loi sur la police, ce texte ne peut pas être considéré comme statuant directement sur la domanialité publique des voies ferrées.

(4) Proudhon, *Du domaine public ;* Ducrocq, *Traité des édifices publics* et *Traité de droit adm.*, t. IV, nos 1430 et s. ; René de Récy, *Traité du domaine*, nos 209 et s. ; Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e édit., p. 389 et s.

Source : BIU Cujas

d'actes administratifs pour les dépendances artificielles, il n'est pas nécessaire qu'elle soit perpétuelle, il suffit qu'elle soit actuelle et formelle. Avec cette formule sont dépendances du domaine public, non seulement les terrains non bâtis affectés à l'usage direct du public comme les routes ou le rivage de la mer, mais les terrains non bâtis affectés à un service public, tels que les champs de manœuvre militaires, champs de tir, polygones ; sont aussi dépendances du domaine public les bâtiments affectés aux services publics et les objets mobiliers dépendant des collections publiques.

Avant d'entrer dans la discussion juridique de la controverse, il convient d'indiquer un certain nombre de conditions que doit remplir une bonne formule de définition des dépendances du domaine public :

1° Il y a une liste minima des dépendances du domaine public admise par tout le monde; elle contient les rivages de la mer, les ports, havres et rades, les étangs salés, les canaux de navigation, les fleuves navigables, les routes, chemins, rues et places publiques, les voies ferrées avec leurs bâtiments d'exploitations, les murs, remparts, fossés des places de guerre, les églises (1); on est obligé pratiquement, de tenir compte de cette liste et il faudra que la formule adoptée pour la définition de *la dépendance du domaine public* convienne à tous ces éléments;

2° Il y a aussi des textes relatifs à la domanialité publique (notamment L. 22 nov.-1er déc. 1790; L. 10 juill. 1791, titre IV, art. 1 et 2; Code civil, art. 537-541); on est obligé de tenir compte de ces textes et il faudra que la formule adoptée puisse être déduite également de tous (2) ;

3° Enfin il sera bon que la domanialité publique procède d'un fait facile à constater.

(1) M. Berthélemy, *op. cit.*, 2e édit., p. 260 et 396, refuse aux églises le bénéfice de la domanialité publique; la jurisprudence admet cette domanialité (V. *infrà*).

(2) Comme il y a de ce chef des difficultés, M. Berthélemy préfère écarter du débat les textes; il affirme que ceux-ci sont relatifs à la détermination du domaine national, mais non pas à sa division en un domaine public et un domaine privé (*op. cit.*, p. 391).

Il y a deux raisons très sérieuses qui, à mon avis, ne permettent pas de prendre ce parti : 1° la division de domaine national en un domaine public et un domaine privé, telle que nous l'entendons aujourd'hui, est le résultat d'un travail de jurisprudence et de doctrine qui s'est opéré *sur les textes*, elle est l'œuvre des premiers commentateurs et particulièrement de Proudhon; elle constitue une *interprétation* liée au texte qu'il serait aujourd'hui impossible d'en séparer; 2° la règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public telle que nous l'entendons aujourd'hui est, elle aussi, le résultat d'un travail d'interprétation opéré *sur les textes*, on ne saurait l'appuyer sur la tradition seule, car elle n'a plus la même portée que dans l'ordonnance de Moulins de 1566 (l'inaliénabilité du domaine de la couronne s'appliquait à tous les biens, l'imprescriptibilité ne frappait les biens qu'après un stage de dix ans, il y avait des apanages et des engagements du domaine que nous ne connaissons plus, etc...) ainsi donc on a besoin de textes pour appuyer les doctrines modernes reçues de tous, soit relativement à la distinction du domaine public et du domaine privé, soit relativement à l'inaliénabilité du seul domaine public.

Source : BIU Cujas

Or, la doctrine qui restreint le domaine public *aux seules portions du territoire affectées à l'usage de tous et insusceptibles de propriété privée* ne tient compte, ni de tous les faits, ni de tous les textes, ni des exigences pratiques d'un bon critérium : 1° elle ne tient pas compte de tous les faits, parmi les dépendances du domaine public généralement acceptées, il en est qui ne sont pas des *portions du territoire*, c'est-à-dire des terrains non bâtis, il y a des bâtiments comme les murs et remparts des places de guerre et les églises (1). — On ne peut pas dire non plus que toutes les dépendances soient à l'*usage de tous*, c'est-à-dire à l'usage du public, l'entrée du public est interdite dans les murs et remparts des forteresses, les églises étant des édifices confessionnels ne sont pas à l'usage de tous, les voies ferrées ne sont pas non plus à l'usage de tous, et le public ne peut en user que par l'intermédiaire d'un service de l'exploitation; — Enfin toutes ces dépendances du domaine public ne sont point également *insusceptibles de propriété privée*. En réalité, aucune d'elles n'est insusceptible d'appropriation par sa nature physique, car des portions du rivage de la mer lui-même et des fleuves peuvent très bien être usurpées et appropriées; la vérité est que les rivages de la mer et le lit des fleuves sont affectés par le mouvement naturel des eaux, mais d'une part cela détermine une affectation et non pas une impossibilité d'appropriation, d'autre part cette affectation naturelle n'existe pas pour les dépendances artificielles du domaine, routes, chemins, places publiques, etc. (2). — 2° Cette doc-

(1) Il y a aussi les eaux publiques destinées à l'alimentation des villes qu'il est difficile de regarder comme des *parties du territoire* et que la jurisprudence déclare d'ailleurs domaniales à *raison de leur destination* (Cass., 17 avr. et 28 mai 1866, S. 66. 1. 243 et 294; 24 janv. 1883, S. 83. 1. 321, etc., R. de Récy, *op. cit.*, n° 409).

(2) M. Berthélemy avance ceci (*op. cit.*, p. 394) : « Personne n'aurait supposé qu'on pût avoir l'idée d'acheter ou de vendre une portion de la place publique, une portion d'un port, une portion d'un fleuve? » — Mais il oublie qu'en fait des opérations de ce genre se pratiquent, qu'il existe par exemple des concessions *d'endiguage* ou de *crément futur* qui sont des aliénations de portion du rivage de la mer ou de portion du lit d'un fleuve, que pour des travaux d'utilité publique, portion d'une place publique peut être l'objet d'une cession amiable, etc. J'avoue n'avoir jamais compris qu'on ait pu soutenir que les dépendances du domaine public étaient insusceptibles de propriété privée par leur nature physique, indépendamment de leur destination d'utilité publique. Il n'y a de rebelles à l'appropriation que les choses appelées par les Romains, *res communes*, l'air atmosphérique et l'eau courante, mais les *res publicæ* n'échappent à l'appropriation qu'à raison de leur destination.

Il y a là-dessous une équivoque, *insusceptibles de propriété privée* cela peut s'entendre en deux sens, ou bien du fait que la propriété privée *ne peut pas* s'établir sur la chose, ou bien du fait qu'elle *ne doit pas* s'y établir et que les choses *doivent* être mises hors du commerce. Dans ce dernier sens on entend que ces choses deviennent insusceptibles de propriété privée à raison d'une nature *que leur donne leur destination d'utilité publique.* Nos anciens auteurs avaient besoin de cette équivoque pour soustraire les *res publicæ* aux engagements du domaine de la couronne, pour empêcher le roi d'aliéner par une raison plus forte que l'inaliénabilité, en prétextant une mise hors du commerce par la

Source : BIU Cujas

trine ne tient pas compte de tous les textes, elle s'attache exclusivement à l'art. 538, C. civ., qui donne des exemples de dépendances non bâties, elle néglige l'art. 540 qui donne des exemples de bâtiments, les portes, murs, remparts des places de guerre; — 3° enfin le critérium proposé n'est pas pratique. On ne saurait dire exactement ni quelles sont les choses insusceptibles de propriété privée par leur nature (V. *suprà*), ni quelles sont les choses directement affectées à l'usage de tous, un musée une bibliothèque, par exemple, ne sont-ils pas aussi bien à l'usage de tous qu'une place publique ou un jardin public?

Au contraire, notre doctrine qui fait découler la domanialité publique uniquement de la destination de la chose ou de son affectation à l'utilité publique satisfait à toutes les conditions d'une bonne solution : 1° Elle tient compte de tous les faits, car elle explique qu'il y ait dans le domaine public des bâtiments aussi bien que des terrains non bâtis; 2° elle tient compte de tous les textes car elle donne autant de valeur à l'art. 540 C. civ., qui vise des bâtiments, qu'à l'art. 538 qui vise des terrains nus; 3° elle fournit un critérium pratique, car le fait de l'affectation à l'utilité publique est toujours facile à constater (1). Elle a un avantage

nature même de la chose (Cfr. Domat, *Droit public*, Livre I, titre VI, sect. I, § 8). Mais nous n'avons plus besoin de cette équivoque et nous devons reconnaître que cette nature de la chose qui la rend insusceptible de propriété privée n'est pas autre que la destination d'utilité publique, dès lors, toutes les fois que la destination d'utilité publique existera, la domanialité publique aussi.

M. Berthélemy a senti qu'il fallait sortir de l'équivoque et il a précisé, malheureusement sa précision fait apparaître le vice du système. Il s'agit selon lui des choses qui *sont en fait assez différentes des biens qui composent les patrimoines particuliers pour qu'une réglementation spéciale leur soit nécessaire* (*op. cit.*, p. 394). Ainsi il invoque bien une certaine *forme de l'objet*, une *dénaturation effective et physique* qui s'ajouterait à l'affectation, et voici cependant deux chemins ruraux appartenant à une même commune, l'un a été l'objet d'une reconnaissance administrative et est tombé dans le domaine public, l'autre n'a pas été l'objet d'un arrêté de reconnaissance et est resté dans le patrimoine particulier de la commune (L. 20 août 1881, art. 6). On se demande en quoi le premier chemin est devenu assez différent du second *en fait* pour qu'une réglementation spéciale lui soit nécessaire. On n'aperçoit d'autre fait que l'affectation administrative, car les deux chemins conservent également leur forme ancienne. Voici deux étangs salés, l'un est dans le domaine public, l'autre est resté approprié par des particuliers et l'État le leur a laissé lors de la reconnaissance administrative de 1859 (V. *infrà*, p. 602), quelle différence de fait, c'est-à-dire quelle différence physique y a-t-il entre eux? Voici un oratoire public et un oratoire privé, un cimetière public et un cimetière privé, quelle différence physique y a-t-il entre eux? — Il est vrai que M. Berthélemy sacrifie à la logique de son opinion la domanialité publique des églises et celle des cimetières (pp. 395 et 396). Ira-t-il jusqu'à sacrifier la domanialité publique des chemins publics sous prétexte qu'il y a des chemins privés et celle des étangs salés sous le prétexte qu'il y en a de possédés par des particuliers?

(1) Il est à remarquer que notre critérium est à la fois formel et matériel. Il est matériel parce qu'il fonde la nature de la dépendance du domaine public sur la destination d'utilité publique de la chose; il est formel parce qu'il s'attache à la formalité de l'affectation qui est intimement liée à cette destination d'utilité publique.

Source : BIU Cujas

de plus, elle fournit un principe d'interprétation raisonnable pour la règle de l'inaliénabilité, en laquelle gît en somme tout l'intérêt de la domanialité publique. Cette règle se trouvant fondée uniquement sur l'affectation de la chose à l'utilité publique, on voit de suite pourquoi elle ne s'applique que depuis l'affectation jusqu'à la désaffectation, pourquoi elle ne s'oppose qu'aux actes dont les conséquences iraient à l'encontre de la destination d'utilité publique de la chose (V. p. 579); mais aussi pourquoi dans ces limites elle est une règle nécessaire, et pourquoi sans elle les dépendances du domaine public ne seraient point hors du commerce. C'est un point dont les partisans de la doctrine adverse ne se sont pas assez préoccupés (1-2).

Conséquences du critérium en ce qui concerne la domanialité publique des bâtiments affectés aux services publics. — De l'application du critérium que nous adoptons, il résulte que tous les bâtiments affectés à des services publics d'État, de départements, de communes, de colonies, d'établissements publics, doivent être considérés comme des dépendances du domaine public protégées par l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, aux deux seules conditions suivantes : 1° Il faut que le bâtiment ait été vraiment affecté à un service public par une décision administrative formelle (3); 2° il faut que le bâtiment soit une propriété administrative, un bâtiment pris en location d'un particulier ne pouvant être domanial (4).

(1) M. Berthélemy, *op. cit.*, p. 394, fait dériver la règle de l'inaliénabilité de ce que le domaine public par sa nature se dérobe à l'application des lois sur la propriété; mais alors cette règle juridique sous la forme précise qu'elle a revêtue serait complètement inutile, à quoi bon déclarer inaliénables des objets qui seraient par leur nature insusceptibles de propriété privée? Bien loin qu'une *réglementation spéciale* fût nécessaire pour ces biens, il n'y aurait eu qu'à les laisser sous l'empire des dispositions du droit sur les *res communes*. Le seul fait qu'il a fallu une réglementation spéciale depuis l'édit de 1566 pour assurer l'inaliénabilité prouve justement qu'il s'agit d'un principe artificiel.

(2) On peut reprocher à ma doctrine d'être extensive de la domanialité publique, d'interpréter les textes d'une façon large et évolutive, de leur faire dire des choses auxquelles les rédacteurs du Code n'avaient point songé. A quoi je répondrai, d'une part, que l'extension de la domanialité publique n'a que des avantages pour le domaine et ne fait de tort à personne; d'autre part, que je suis partisan de l'interprétation *a posteriori*, que l'intention primitive du législateur est maintenant lointaine et ne saurait nous lier indéfiniment, que les textes des lois appartiennent à la postérité, laquelle a le droit d'en tirer tout ce que leur sens littéral peut fournir lorsqu'on les rapproche des situations nouvelles; que la grande masse des bâtiments qui ont été construits et celle des objets mobiliers qui ont été réunis dans les musées et les bibliothèques crée une situation nouvelle à laquelle il faut pourvoir (V. p. 577).

(3) Un bâtiment dont la jouissance aurait été concédée à un établissement d'utilité publique ne remplirait pas les conditions voulues. — De même un bâtiment qui serait utilisé en fait par un service public, mais sans décision administrative d'affectation.

(4) Mais il n'est pas nécessaire que le bâtiment soit la propriété de la même personne administrative dont il abrite les services; il n'y a aucune raison pour écarter la domanialité publique dans les cas très fréquents où un bâtiment est la propriété d'une personne administrative et est affecté aux services d'une autre. Les facultés de l'enseignement supérieur, les écoles primaires sont des bâtiments municipaux en général et sont

Source : BIU Cujas

Bien des auteurs soutiennent encore que les bâtiments affectés aux services publics ne sont pas des dépendances du domaine public ; l'administration des bâtiments civils elle-même s'obstine à considérer les palais nationaux affectés aux services de l'État comme dépendant du domaine privé ; mais cette opinion se trouve condamnée, soit par les raisons plus haut déduites qui exigent que l'affectation à l'utilité publique devienne l'unique condition de la domanialité publique, soit par le mouvement qui porte à considérer les bâtiments comme des *ouvrages publics* (V. *infrà*, *Travaux publics*), soit par les multiples exceptions que la force des choses a fait admettre et qui ruinent la proposition principale. On a commencé par admettre la théorie de l'accessoire, en vertu de laquelle les bâtiments qui ne sont que l'accessoire des chemins, places publiques, rues, ports, participent de la domanialité publique de ces objets ; c'est ainsi que les gares des chemins de fer (1), les maisons des éclusiers des canaux (2), les monuments qui décorent les places publiques (3), les fontaines (4), etc..., les halles et marchés couverts, etc... sont généralement considérés comme dépendances du domaine public. La jurisprudence considère les bibliothèques publiques et les musées comme directement affectés à l'usage du public et à ce titre estime que non seulement ils sont dépendances du domaine public, mais qu'ils communiquent cette qualité aux collections qu'ils contiennent (5). Enfin les églises (6) et les arsenaux militaires (7) sont généralement considérés comme inaliénables et imprescriptibles. On conviendra que des exceptions en quantité pareille détruisent la règle que l'on prétend maintenir (8).

affectés à des services d'État, il en est de même des casernes, des hôtels des postes etc... On peut rapprocher de ces hypothèses, le cas des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun, comme propriété ils sont aux communes, comme service ils sont au département, cela ne les empêche pas cependant d'être considérés comme des dépendances du domaine public. Il est seulement très intéressant de noter que ces objets ainsi partagés comptent dans le domaine public de l'administration propriétaire, ainsi les chemins vicinaux de grande communication comptent dans le domaine public communal et cela prouve que la domanialité publique est essentiellement *une forme de propriété* (V. *infrà*).

(1) Cf. de Récy, *op. cit.*, n° 365.

(2) Cf. de Récy, *op. cit.*, n° 397.

(3) *Eod.*, n° 416.

(4) *Eod.*, n° 412 ; C. É., 1er juin 1849, *Pommier*.

(5) Voir les décisions à la page suivante.

(6) Cf. de Récy, *op. cit.*, n° 417 ; Cass., 5 déc. 1838, S. 39. 1. 33.

(7) Ducrocq, *Edif. publics*, n° 173 ; Cf. Douai, 21 août 1865.

(8) Le système qui range les bâtiments affectés aux services publics parmi les dépendances du domaine public, a pour partisans : MM. Toullier (III, 39), Mourlon (art. 538), Aubry et Rau (II, § 169), G. Bressolles (*Journ. de droit adm.*, t. XI, p. 117), Troplong (art. 2226), Bourbeau (*Traité des justices de paix*, p. 621), Dareste (*La justice administrative*, p. 253), Gaudry (*Traité du domaine*, I, 269, II, 636 et III, 693) ; Demolombe (*Distinct. des biens*, I, 458 *bis* et 460).

Le système qui les range parmi les dépendances du domaine privé a pour défenseurs :

Source : BIU Cujas

Conséquences au point de vue des choses mobilières. — Des objets mobiliers peuvent être protégés par la domanialité publique s'ils ont reçu une destination d'utilité publique évidente. La jurisprudence déclare inaliénables et imprescriptibles les collections des musées, les manuscrits et livres des bibliothèques publiques (1); d'autre part la loi du 30 mars 1887 sur les monuments historiques, dans son art. 10, déclare que les objets artistiques appartenant à l'État et spécialement classés sont inaliénables et imprescriptibles (2); enfin il serait difficile de considérer comme prescriptible et aliénable tant qu'il n'est pas *mis en réforme* le matériel de guerre, chevaux, canons, fusils (3).

C. *Du fait que les dépendances du domaine public sont des propriétés administratives.* — Nous avons jusqu'ici étudié l'inaliénabilité des dépendances du domaine public et agité la question du critérium qui permet de déterminer ces dépendances sans nous demander si elles sont des objets de propriété, nous avons seulement préjugé l'affirmative dans notre définition (p. 577). En réalité, il y a là encore une question discutée, car dans cette matière en évolution tout est discuté. Ce qui est sûr c'est que les dépendances du domaine public ne sont pas et ne peuvent pas être des objets de propriété pour des particuliers dans le même moment où elles sont affectées (4); mais sont-elles des *res nullius*, dont les administrations publiques auraient la garde, ou bien sont-elles des propriétés administratives sur lesquelles existerait une sorte de droit de propriété publique compatible avec leur affectation?

I. Il est singulier qu'on soit obligé d'insister sur cette idée que la condition des dépendances du domaine public est une *domanialité*, qu'on soit obligé d'établir que ces choses font partie d'un *domaine*, c'est-à-dire d'une masse de biens soumis à une certaine forme de propriété; et pourtant cela est nécessaire, la majeure partie des auteurs enseignent encore que le domaine public n'est pas une forme de propriété, tandis que le domaine privé en est une; les dépendances du do-

MM. Delvincourt (I, p. 145); Macarel et Boulatignier (*Traité de la fortune publique*, n° 70); Proudhon, *Du domaine public*, II, n° 334); Adolphe Chauveau (*Journ. du droit adm.*, X, p. 479); Ducrocq, *Traité de droit adm.*, t. IV, n° 1452 et s., et *Traité des édifices publics*, p. 47; Aucoc, *Dr. adm.*, II, p. 108; René de Récy, *Traité du domaine*, n° 425; Berthélemy, *op. cit.*, p. 378; une décision de la Cour de Paris du 18 févr. 1854, *Savigny*, refuse de ranger les hôtels de préfecture parmi les dépendances du domaine public.

(1) V. Dijon, 3 mars 1886, S. 90. 2. 74, la note et les renvois; Lyon, 10 juillet 1894, S. 95. 2. 185 et la note de M. Saleilles; Lyon, 20 février 1897, *Verna;* Trib. de la Seine, 13 mars 1897, Ménard; *adde*, de Récy, *op. cit.*, I, 216.

(2) Cette loi présente quelques difficultés d'interprétation. V. Saleilles, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 635.

(3) V. Cod. de justice militaire, art. 244. Pour ce qui est des *deniers publics* et des *approvisionnements*, V. *infrà*, *Finances publiques* et *matières publiques*.

(4) Aussi avons-nous décidé p. 588 que des immeubles pris en location par des services publics ne pourraient en aucun cas présenter les caractères de la domanialité publique parce que dans le moment même où ils sont affectés ils sont propriété d'un particulier.

Source : BIU Cujas

maine public sont d'après eux des *res nullius*. Ils sont logiques dans l'erreur, ayant déclaré qu'il n'y avait dans le domaine public que les choses insusceptibles de propriété privée par leur nature même (V. p. 584), il faut bien qu'ils affirment que le domaine public n'est pas une propriété (1). Pour nous, qui étendons la notion de domanialité publique à des choses qui ont été et qui redeviendront après désaffectation objets de propriété privée, il nous faut montrer que la mise hors du commerce qui frappe les dépendances du domaine public n'est pas destructive de l'idée de propriété.

Le langage nous en avertit, car on n'appellerait pas *inaliénabilité* une mise hors du commerce qui rendrait la chose *res nullius*, l'expression ne serait pas juste, *inaliénabilité*, cela n'exclut que les transactions et les aliénations *qui feraient circuler* la chose, cela laisse subsister une propriété immobilisée (2). Mais il y a mieux que le langage, il y a les principes juridiques et les faits. Admettons un instant qu'une portion de territoire devienne *res nullius* par le seul fait qu'elle est affectée à l'usage du public à titre de route (alors qu'avant son affectation elle était objet de propriété et qu'elle le redeviendra après sa désaffectation), elle ne conservera cette qualité qu'à la condition que le service affectataire ne l'occupera pas *animo domini*, car il est dans la nature des *res nullius* de devenir objets de propriété par l'occupation. Or il n'est pas difficile de démontrer que le service affectataire occupe *animo domini*. Je n'invoquerai pas ce fait que le service perçoit les fruits et revenus du domaine, car on pourrait voir là une sorte de contre-partie et de rémunération de la surveillance et de la garde qu'il exerce, mais j'invoquerai l'existence de l'*action domaniale* destinée à assurer l'intégrité du domaine public, inaliénable et imprescriptible, que le service affectataire est admis à in-

(1) V. Aubry et Rau, t. II, p. 38; Demolombe, *Distinction des biens*, t. I, nos 453, 457; Ducrocq, *Des édifices publics*, p. 42, 50 et s.; *Cours de droit adm.*, t. IV, nos 1429 et s.; Dalloz, *Rép.*, vo *Domaine public*, nos 4 et s, etc., etc., et même M. René de Récy, *Traité du domaine*, no 199, qui ne voit dans le domaine public qu'un « pouvoir de souveraineté »; encore M. Berthélemy, *op. cit.*, p. 396 et s. — La doctrine commence cependant à être ébranlée, M. Léchalas, dans son *Manuel de droit administratif*, t. II, 2e partie, p. 165, admet l'idée de propriété (1898); de même, M. Maguéro, *Dictionnaire des domaines*, vo *Domaine public*, nos 115 à 117; M. Le Masne, *Occupations temporaires du domaine public*, p. 37 (1900). Enfin il convient de noter parmi les précurseurs Cotelle, *Cours de droit administratif*, 2e édit., 1838, I, p. 293 et s.; III, p. 126; il se livre à toute une discussion et emploie l'expression « propriété d'une nature particulière », il avait pour adversaire Isambert, *Traité de la voirie*.

(2) Bien loin que l'inaliénabilité, ainsi qu'on l'a dit, soit inexplicable pour quiconque prétend que le domaine public est un domaine de propriété, au contraire le principe de l'inaliénabilité n'est explicable sous la forme qu'on lui a donnée, que si le domaine public est un domaine de propriété. Il en est de cette inaliénabilité comme de celle du fonds dotal, elle est destinée, non à supprimer la propriété, mais à l'immobiliser et, au fond, notre droit public a repris la formule de l'édit de Moulins de 1566, qui supposait la propriété du roi.

Source : BIU Cujas

tenter lorsqu'il a été commis des anticipations sur le domaine. Le service occupe si bien à titre de propriétaire qu'on lui permet d'intenter une action qui est une véritable revendication et qui est imprescriptible comme le domaine lui-même. — Ainsi, à supposer que la chose soit devenue *res nullius* par son affectation, elle est instantanément réoccupée *animo domini* et, à l'ancienne propriété privée disparue, en succède immédiatement une nouvelle qui est sans doute une propriété publique (1). Il n'y a point à chercher d'équivoque, il ne s'agit pas d'une propriété latente éventuelle, d'une propriété privée qui se réveillerait si la chose cessait de faire partie du domaine public, il s'agit bien d'une propriété actuelle, domaniale elle-même puisque l'action en revendication qui la représente est domaniale, et *imprescriptible comme la chose.*

Au reste, la jurisprudence a consacré toute une série de conséquences de l'idée que les dépendances du domaine public sont des objets de propriété (2). Les textes législatifs eux aussi, peu à peu, se sont

(1) On ne saurait trop insister sur cet argument auquel personne encore n'a donné toute sa valeur. Lorsque des entreprises ont été faites contre le domaine public, empiétements ou anticipations, il y a d'abord une action répressive qui, pour les dépendances de la grande voirie est portée devant les conseils de préfecture, pour la petite voirie devant les tribunaux de simple police, mais, à côté de cette action répressive dont le but est une amende, il y a une action civile tendant à la restitution du sol usurpé. Cette action n'est pas l'action civile de l'art. 1382, qui serait prescrite en même temps que l'action publique : « C'est, dit M. Laferrière (*Jurid. adm.*, t. II, p. 667), l'action domaniale par excellence, destinée à assurer l'intégrité du domaine public, inaliénable et imprescriptible. Ce qui domine, c'est la nécessité de défendre une *propriété publique*... Ces revendications sont imprescriptibles comme le domaine public lui-même ». Cette action peut être portée d'une façon indépendante devant les tribunaux civils. Et la Cour de cassation a rendu un arrêt récent en ce sens, à propos de fouilles sous un chemin vicinal et sous un chemin rural, où se trouve affirmé en propres termes à plusieurs reprises le droit de propriété de la commune : « attendu qu'une telle action avait sa base dans les dispositions du droit civil, étant fondée sur l'atteinte portée à la *propriété immobilière* de la demanderesse... qu'il n'importe pas qu'il s'agisse de chemins vicinaux ou de chemins ruraux, la commune demanderesse n'en ayant pas moins sur ces chemins tous les droits attachés à la *propriété foncière* et par suite le droit de poursuivre la réparation des dégâts et dommages causés à ces immeubles par le fait de tiers » (Cass., 11 juill. 1892, *Revue générale d'administration*, 1892, t. III, p. 445).

(2) *a*) L'Administration peut agir au possessoire pour réprimer les empiétements commis sur les dépendances du domaine (Cfr. Léchalas, *op. cit.*, p. 178 *in fine*). Le même droit a été accordé au concessionnaire. Cass., 20 nov. 1877, S. 78. 1. 64 ; ch. req. 6 mars 1878, S. 79. 1. 13. — Même entre particuliers, l'action possessoire peut être exercée à l'occasion du domaine public : 1° par celui qui se plaint d'être troublé dans l'exercice de l'usage collectif d'un chemin. — Cass., 25 mars 1857, S. 58. 1. 453. — Cass., 20 avr. 1862, D. P. 62. 1. 227. — Cass., 12 juin 1880, S. 82. 1. 140 ; 2° par celui qui a obtenu sur le domaine, spécialement sur un chemin, une concession précaire, par exemple une concession d'eau de pluie (Cass., ch. req., 21 mars 1876, S. 76. 1. 359). V. pour des concessions d'eau servant à l'irrigation. Cass., 6 mars 1855 ; 9 nov. 1858 ; 22 nov. 1864 ; 5 juin 1881, S. 83. 1. 411, etc... — *b*) Les alluvions qu'un cours d'eau dépose le long d'une route nationale ou départementale, ou le long d'un chemin vicinal, sont considérées comme profitant au chemin par application de l'art.

Source : BIU Cujas

placés au point de vue d'un domaine public objet de propriété et non

556, C. civ., ce qui suppose bien que celui-ci est un objet de propriété, *un fonds* suivant l'expression de la loi (Cass., 12 déc. 1832, S. 33. 1. 35; *id.*, 16 févr. 1836, S. 36. 1. 405; Bourges, 5 avr. 1837, D. P. 37. 2. 61. — Aubry et Rau, t. II, p. 248; Demolombe, *Distinction des biens*, t. II, n° 46; Proudhon, *Domaine public*, t. IV, n° 1271; Garnier, *Des rivières*, t. I, n° 83; Chardon, *Alluvions*, n° 159; Daviel, *Cours d'eau*, n° 133, etc., citations empruntées au traité de M. René de Récy). Et cela est également vrai du chemin de fer, Cass., 9 déc. 1895, *Simon :* l'autorité judiciaire est seule compétente pour trancher la question de savoir si une alluvion, à laquelle un riverain prétend avoir acquis des droits par prescription, est ou non frappée de domanialité comme dépendance d'une voie ferrée..... « qu'un tel litige soulevait une *question de propriété* rentrant exclusivement dans la compétence des tribunaux civils..... que de la sorte il a simplement statué sur une *question de propriété d'après les titres et selon les règles du droit commun.* » M. René de Récy objecte, il est vrai, qu'on pourrait l'expliquer en admettant de chaque côté du chemin une bande de terrain, aussi étroite qu'on voudra, qui serait restée à l'état de propriété privée et qui servirait d'amorce à l'accession (*Op. cit.*, n° 624), mais à quoi bon des inventions aussi subtiles? — *c*) Les voies publiques, et notamment les routes, doivent participer comme les propriétés privées aux dépenses des travaux d'endiguement dont elles sont appelées à bénéficier; l'exemption d'impôt établie au profit des routes par la loi du 3 frimaire an VII, ne saurait être étendue aux taxes établies par application des lois du 14 floréal an XI et du 16 septembre 1807 (Cons. d'Ét., 11 mai 1854, *département du Gard;* 23 janvier 1885, *commune de Sémussac*). La contribution doit s'appliquer aux voies ferrées (Cons. d'Ét., 19 juin 1885, Cie de P.-L.-M.). Pour les voies concédées, la contribution pèse sur le concessionnaire (Cons. d'Ét., 9 mai 1866, *Société du pont du Theil;* Picard, *Traité des eaux*, t. II, p. 366); — *d*) Les propriétaires des fonds séparés d'un cours d'eau par une voie publique ne sont pas considérés comme riverains au point de vue de l'obligation du curage (Cons. d'Ét., 28 déc. 1859, *Mouchet;* 28 mars 1860, *ville de Rouen*). C'est donc la voie publique qui est *riveraine;* — *e*) En effet, les voies de communication peuvent être cotisées pour le curage des cours d'eau dont elles sont riveraines comme les propriétés particulières; l'exemption d'impôt établie par la loi du 3 frimaire an VII en faveur des routes, est spéciale à la contribution foncière et ne saurait être étendue aux taxes créées en vertu de la loi du 14 floréal an XI (Cons. d'Ét., 8 août 1888, *Syndicat des vidanges d'Arles;* Picard, *Traité des eaux*, t. II, p. 231); — *f*) La redevance tréfoncière due par le concessionnaire d'une mine au propriétaire de la surface profite à l'État pour les parties de la mine qui occupent le sous-sol d'une route nationale ou d'un chemin de fer, au département pour les routes départementales, aux communes pour le sous-sol des voies communales; il est difficile de ne pas voir dans l'attribution de cette redevance que l'on a appelée *un coup de chapeau à la propriété*, la conséquence d'un droit de propriété; — *g*) Les produits naturels accrus sur les routes, arbres, herbes, etc., sont la propriété de l'État, des départements, des communes, cela n'a jamais fait l'ombre d'une difficulté. Mais n'est-ce point une conséquence de la propriété du fonds? N'est-ce point aussi en qualité de propriétaire des fleuves que l'État a le droit de pêche et qu'il le rend productif en l'affermant (L. 15 avr. 1829; L. 6 juin 1840; D. 25 mars 1863)? On reconnaît que les richesses minérales ou les sources qui se trouvent dans le tréfonds des routes nationales appartiennent à l'État (René de Récy, *op. cit.*, n° 643). La question n'a pas été résolue pour les richesses minérales qui se trouvent dans le sous-sol d'un chemin vicinal, mais elle a été posée dans un arrêt du Conseil d'État (C. É., 12 nov. 1892, Balu, *Rev. d'adm.*, 1892, III, 438, observations de M. Levavasseur de Précourt); — *h*) Une commune peut pour son domaine public invoquer la cession de mitoyenneté de l'art. 661 du Code civil au sens actif, parce que ce droit appartient à *tout propriétaire* (Cour de Paris, 11 nov. 1897, *Rev. d'adm.*, 98. 1. 180). — J'ai emprunté la plupart de ces

Source : BIU Cujas

pas seulement objet de police, de garde et de surintendance (1).

détails au traité de M. de Récy, v° *Domaine public*, dans le *Répertoire de droit administratif*, Béquet-Laferrière. Les dictionnaires ou répertoires ont ceci d'excellent que, forcés de recueillir avec sincérité tous les faits, ils échappent à l'esprit de système.

(1) *a*) Par le décret du 16 décembre 1811, l'État fit cadeau aux départements des routes nationales de dernière classe qui devinrent les routes départementales. Jusqu'à la loi du 10 mai 1838 on discuta la question de savoir si cette concession n'avait pas créé un patrimoine départemental, et si par suite cela n'entraînait pas la personnalité morale du département, la loi de 1838 voulut lever tous les doutes, l'art. 4, § 5 dit que le conseil général délibère « sur le mode de gestion des propriétés départementales » et les discussions qui précédèrent le vote de la loi prouvent que les routes départementales étaient comprises parmi ces propriétés. Néanmoins, comme les controverses avaient subsisté, l'art. 59, *in fine*, de la loi du 10 août 1871 y met un terme : « Sont comprises « définitivement parmi les *propriétés* départementales, les anciennes routes nationales « de 3e classe dont l'entretien a été mis à la charge des départements par le décret du « 16 décembre 1811 ou postérieurement. » Ces textes ne présentent aucune ambiguïté, dès le début c'est bien la question de propriété qui s'agite, puisqu'on veut savoir si le département aura un patrimoine, il s'agit bien d'un droit patrimonial; — *b*) Pour les chemins vicinaux on trouve dans Cormenin, *Droit adm.*, 5e édit., I, p. 288, les renseignements suivants : que déjà un décret du 24 vendémiaire an XI et un arrêt de la Cour de Metz du 28 thermidor an XIII avaient déclaré propriété communale les chemins à la charge de la commune; que dans la discussion au Conseil d'État sur l'art. 538, C. civ., les chemins vicinaux avaient été déclarés propriétés des communes; et il ajoute : « Il résulte de « toutes ces dispositions que la propriété du sol des chemins vicinaux appartient aux « communes; la jurisprudence du Conseil d'État confirme cette doctrine. En effet, beau- « coup de décrets autorisent les communes à vendre et à changer le terrain des chemins « supprimés. Enfin la loi du 21 mai 1836, en parlant des actions civiles intentées par les « communes ou dirigées contre elles à propos de leurs chemins, donne assez à entendre « que les communes en ont la propriété; car sans cela, à quoi bon intenter ou subir des « actions civiles. Cela posé, du principe que si les chemins vicinaux sont des propriétés « communales, ces propriétés ont une nature et une destination publique qui les placent « hors du commerce et qui ne permettent pas qu'ils soient, ni affermés, ni aliénés, ni « prescrits lorsqu'ils sont reconnus et classés, il suit que, etc. » Dans l'usage, ces chemins vicinaux devinrent d'autant mieux la propriété des communes que le sol en fut acheté par elles à chers derniers. Ils ne sont même restés communaux pour la plupart que quant à la propriété, beaucoup en effet, par application de l'art. 7, L. 21 mai 1836, ont été transformés par le conseil général en chemins de grande communication ou en chemins d'intérêt commun. La voirie des grands chemins vicinaux est devenue départementale, le service des agents voyers est départemental, si le domaine public était seulement de garde, d'entretien et d'administration, ces chemins ne devraient plus être aux communes; cependant la propriété des grands chemins vicinaux reste si bien aux communes et doit si bien leur être attribuée que des conseils généraux ayant déclassé leurs routes départementales pour en faire des chemins vicinaux de grande communication, mais ayant voulu retenir la propriété au profit des départements, leurs délibérations ont été annulées (D. 9 août 1893. V. *Rev. adm.*, 1894, t. II, p. 291); — *c*) Les chemins ruraux étaient certainement la propriété des communes avant la loi du 20 août 1881, on discutait seulement la question de savoir s'ils étaient inaliénables et imprescriptibles, la loi nouvelle a fait cesser toute incertitude pour ceux de ces chemins qui auront été l'objet d'arrêtés de reconnaissance : « Les chemins ruraux qui ont été l'objet d'un arrêté de reconnaissance deviennent imprescriptibles, » art. 6. Ils sont donc certainement devenus dépendances du domaine public. Ont-ils pour cela cessé d'être objet de propriété ? Non pas : « Les chemins ruraux sont les chemins *appartenant* aux communes affectés à l'usage

Source : BIU Cujas

Enfin, à mesure que s'établissait, dans les lois et dans la jurisprudence, cette idée que les dépendances du domaine public sont objets de propriété, un nouveau mode d'utilisation du domaine se propageait, nous voulons parler de la concession à charge de redevance. Il n'est pas douteux qu'il n'y ait un lien entre les deux idées (Cfr. Championnière, *Traité des eaux courantes*, p. 16 et s.) (1).

du public, qui n'ont pas été classés comme chemins vicinaux »; art. 1er. « Tout chemin affecté à l'usage du public est présumé jusqu'à preuve contraire *appartenir* à la commune sur le territoire de laquelle il est situé », art. 3. Et il n'y a pas d'ambiguïté dans le sens de ce mot *appartenir* car l'art. 3 fait allusion à un véritable débat sur la propriété qui peut s'engager entre la commune et les particuliers devant les tribunaux ordinaires (art. 7), et à une véritable présomption de propriété ; Cfr. C. E., 21 avr. 1899, *Ruellan*. — *d*) Enfin, les rues, places, promenades, jardins publics des villes, sont bien considérés comme étant des propriétés de la commune. Souvent ces objets ont été acquis par expropriation, ou bien ce sont d'anciennes fortifications déclassées dont l'État a fait remise à la ville avec permission de les démolir. En cas de modification dans l'alignement, lorsqu'un propriétaire reçoit la faculté de s'avancer sur la voie publique il est tenu de payer la valeur du terrain (art. 53, L. 16 sept. 1807). La loi du 20 mars 1813 qui attribuait en principe à la caisse d'amortissement tous les *biens des communes*, en excepte, art. 2 « ceux dont les habitants jouissent en commun ainsi que halles, marchés promenades et emplacements utiles pour la salubrité et l'agrément ». La loi du 5 avril 1884, art. 7, réglant les suites de la réunion d'une commune à une autre commune dit : « Les édifices et *autres immeubles* servant à un usage public et situés « sur le territoire de la commune réunie, deviennent *la propriété* de la commune « à laquelle est faite la réunion, » art. 110, parlant des voies d'exécution : « La vente des biens mobiliers ou immobiliers des communes, *autres que ceux servant à un usage public*, peut être autorisée, etc... »

(1) Tant que les dépendances du domaine public furent dans l'opinion générale des *res nullius*, il y eut des résistances à la perception des redevances pour concessions. On demandait des textes de loi pour autoriser cette perception. Pour les locations sur les routes nationales et promenades y faisant suite, il y avait la loi du 12 frimaire an VII, tit. I, art. 7; pour les concessions sur les cours d'eau navigables et flottables, la loi du 16 juillet 1840; mais pour les concessions sur le rivage de la mer, pêcheries et cabines de bains, il n'y avait pas de texte et, malgré les réclamations de l'administration des domaines, le département de la marine s'obstinait à faire des concessions gratuites. La Cour de cassation de son côté, dans un arrêt du 7 juillet 1869 (S. 69. 1. 418), déclarait que les rivages de la mer étant hors du commerce ne pouvaient faire l'objet d'aucune convention, aux termes de l'art. 1128, C. civ., et par conséquent d'aucune stipulation de redevance, que, d'ailleurs, bien que l'État eût sur les rivages de la mer, *un droit général*, il ne pouvait pas concéder en jouissance exclusive ce qui est à l'usage de tous (Cfr. C. É., 29 nov. 1878, *Dehaynin*, note dans Lebon). Il est de fait que si l'on écarte l'idée du droit de propriété de l'État, la concession privative faite par une administration qui a pour mission de sauvegarder l'usage de tous, paraît plus que singulière.

Il fallut que la loi de finances du 20 décembre 1872, art. 2, autorisât la perception de redevances à titre d'occupation temporaire ou de location de plages et de toutes autres dépendances du domaine maritime. Enfin, depuis la loi de finances du 29 juillet 1881, la disposition suivante est reproduite annuellement dans le budget des recettes : « Les redevances à titre d'occupation temporaire ou de location, et produits de toute nature du domaine public fluvial maritime et terrestre et de ses dépendances. » Pour ce qui est des concessions à redevances sur les voies communales, elles ont été autorisées par

Source : BIU Cujas

II. Je ne prétends pas d'ailleurs que la doctrine du domaine public objet de propriété soit utile à toutes les époques, celle du droit de garde ou de surintendance, sur des choses qui par elles-mêmes n'appartiendraient à personne, peut suffire pendant longtemps aux besoins juridiques, mais un jour vient où l'on s'aperçoit que la doctrine de la propriété est à la fois plus exacte et plus pleine d'effets; pour notre droit français actuel ce jour est venu (1).

toutes les lois municipales (art. 133, § 7, L. 5 avril 1884, qui ne fait que reproduire l'art. 31, § 7, D. 18 juillet 1837). Aussi aujourd'hui ne subsiste-t-il aucun doute sur la légalité des redevances perçues à l'occasion de concessions sur le domaine public ; la Cour de cassation l'a reconnu dans un nouvel arrêt du 11 août 1891 (S. 92. 1. 132), non seulement à cause des lois de finances, mais à raison « du droit général que l'État a sur son domaine public ». Qu'est-ce que ce droit, si ce n'est le droit de propriété, ainsi que l'administration de l'enregistrement l'a affirmé dans ses conclusions? La Cour de cassation n'a pas voulu encore se prononcer sur ce point, mais elle y sera conduite logiquement; n'a-t-elle pas affirmé le droit de propriété des communes sur les chemins vicinaux dans un arrêt du 11 juillet 1892 cité plus haut? Il nous répugne aujourd'hui de rattacher le paiement des redevances à la police, car la police ne doit pas se faire payer, la fiscalité policière était une conception féodale, nous préférons rattacher la perception des redevances à l'idée d'un droit domanial (V. p. 502).

Les considérations qui viennent d'être développées s'appliquent, dans leur ensemble, aussi bien aux fleuves et aux rivages de la mer qu'aux routes et aux chemins de fer. Les fleuves et les rivages de la mer doivent donc être considérés comme objets de propriété, autant du moins qu'ils sont appropriables. Rien dans leur nature ne s'y oppose absolument. Pour les fleuves, notamment, les textes révolutionnaires emploient couramment l'expression de propriété. A la vérité, la loi des 28 sept.-6 oct. 1791 sur la police rurale contenait la disposition suivante : « Nul ne peut se prétendre propriétaire « exclusif des eaux d'un fleuve ou d'une rivière navigable ou flottable ; en conséquence, « tout propriétaire riverain peut, en vertu du droit commun, y faire des prises d'eau... » Mais le 13 nivôse an V, un arrêté du Gouvernement revenait aux principes antérieurement consacrés par l'ordonnance d'août 1669, XXVI, 44, et par l'arrêt du conseil du 24 juin 1777 : « Toutes les rivières navigables et flottables..... *étant propriétés nationales*, « nul ne peut en détourner l'eau et en altérer le cours par fossés, tranchées, canaux ou « autrement..... », posant ainsi sur le terrain de la propriété la question des prises d'eau dans les fleuves. L'ordonnance d'août 1669, XXVII, 44, avait elle-même affirmé le droit de propriété sur les fleuves : « Déclarons *la propriété* de tous les fleuves et rivières portant bateaux sur leur fond, etc....., *faire partie du domaine de notre couronne.* »

(1) La vérité est qu'il se produit ici une évolution historique ; les dépendances du domaine public apparaissent d'abord avec le caractère de choses communes, et, en effet, si elles appartiennent à quelqu'un, c'est au public, puisque c'est à lui qu'elles servent; mais « le public » n'a point d'individualité juridique et se trouve, en soi, incapable d'employer les voies de droit qui seraient nécessaires à la protection et à la conservation du domaine ; dès lors il paraît simple de confier à l'État qui, lui, est doué de personnalité juridique, qui personnifie imparfaitement le public sans doute, mais qui cependant le représente partiellement, la garde et la protection du domaine, l'exercice des actions. Or, une fois qu'on est entré dans cette voie, il est logique que l'on aille jusqu'au bout, et que l'on finisse par expliquer les droits de plus en plus étendus, exercés par l'État à l'égard des dépendances du domaine, par un droit de propriété qui lui appartiendrait. L'État finit donc par être considéré comme ayant, à titre de dépôt, pour le compte du public, une sorte de propriété fiduciaire des dépendances du domaine qui

Source : BIU Cujas

B. *Le domaine public est un droit de propriété publique.* — Si le droit de domaine public est un droit de propriété, ce n'est pas la propriété ordinaire, c'est une propriété qui mérite le nom de *publique*, qui doit être rattachée à la puissance publique et qui est caractérisée dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose (1).

lui permet de les protéger facilement par toutes les voies de droit et en même temps de tirer d'elles leur maximum d'utilité.

Cette évolution, du simple droit de garde au droit de propriété, s'est, à notre avis produite plusieurs fois, ou du moins ébauchée à diverses reprises dans l'histoire. Il y aurait dans cette direction d'intéressantes recherches à faire et dans le droit romain et dans notre ancien droit. A consulter un excellent article de M. Barkhausen, professeur de droit administratif à l'Université de Bordeaux (*Revue critique de législation*, 1884), et deux remarquables études de M. Saleilles, professeur à l'Université de Paris : 1° *Le domaine public à Rome et son application en matière artistique* (*Nouvelle revue historique de droit*, 1888, p. 497, et 1889, p. 457) ; 2° *Loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments historiques*, *Revue bourguignonne*, 1891, p. 635 ; V. aussi, Girard, *Manuel de droit romain*, 2e édit., p. 233. Dans ce siècle-ci, depuis la Révolution, l'évolution s'est entièrement accomplie. Proudhon, dans son traité du domaine public (1833), a établi la doctrine de la police et de la surintendance, p. 267 : « Le domaine public n'est donc pour « personne, ni même pour l'État, un « domaine de propriété, puisque nul n'enest exclu » — « Il résulte de là que l'espèce de possessoire que le Gouvernement exerce sur les fonds « de ce domaine n'a lieu qu'au nom et dans l'intérêt du public, que c'est l'être moral « que nous appelons *le public* qui est le vrai possesseur du fonds et qui doit avoir au « besoin les avantages de la prescription acquisitive du terrain. » P. 269 : « Le domaine « de propriété est un domaine de profit immédiatement revenant à son maître, tandis « que le domaine public n'est pour le Gouvernement qu'un domaine de protection pour « en garantir la jouissance à tous les individus qui peuvent en avoir besoin ». Cette doctrine a été depuis dominante et on peut dire qu'elle règne encore dans les ouvrages, mais la jurisprudence a évolué.

(1) En ce sens, Léchalas, *op. cit.*, t. II, 2e partie, p. 165. Tout en partant de cette idée que le domaine public est une espèce de propriété, on pourrait être tenté d'interpréter autrement que nous ne le faisons au texte la nature de cette propriété et la situation juridique des dépendances du domaine public. On pourrait dire : les dépendances du domaine public sont en effet des objets de propriété, mais cette propriété n'est pas publique, elle est privée ; au point de vue de la propriété, les administrations n'ont qu'un domaine qui est le domaine privé, les objets affectés à l'utilité publique ne changent point de condition quant à la propriété, ils sont seulement placés sous la surintendance de la Puissance publique et le domaine public ne contient que des droits de surintendance. Quant à l'inaliénabilité entraînée par la domanialité publique, c'est une indisponibilité de la chose qui résulte du fait de l'affectation. En résumé, il n'y aurait qu'une seule propriété administrative, mais il y aurait deux masses de biens, les uns non affectés, les autres affectés à l'utilité publique, tous les effets de la domanialité publique seraient rattachés à l'affectation.

Cette opinion serait à certains égards séduisante : 1° Elle s'éloigne aussi peu que possible de l'ancienne doctrine qui ne voyait dans la domanialité publique qu'un ensemble de droits de garde et de surintendance ; si elle s'en éloigne c'est pour admettre que les dépendances du domaine sont au fond des objets de propriété administrative privée au lieu d'être des *res nullius*, or, cela semble avantageux car c'est une des formes de la théorie fiscale. Il y aurait dans chaque administration un fisc qui serait propriétaire et qui fournirait aux services publics les immeubles dont ils auraient besoin. N'avons-nous pas déjà les rudiments du fisc d'État dans les *services financiers* (régie de l'enregis-

Source : BIU Cujas

On ne peut pas dire que cette propriété publique soit l'opposé de la propriété privée ordinaire : 1° parce qu'elle produit en partie les mêmes effets (par exemple, elle autorise la perception des produits naturels et la location du domaine); 2° parce que par une simple désaffectation on fait reparaître la propriété ordinaire en replaçant la chose dans le domaine privé. La vérité est que cette propriété publique se caractérise par un ensemble de modifications apportées à la propriété ordinaire.

Il y a deux séries de modifications, les unes grandissent le droit de

trement et des domaines, régie des contributions indirectes)? Ces services n'interviennent-ils pas déjà dans les locations, les perceptions des produits, les concessions sur le domaine public et n'est-ce point marque qu'il y a un fond de propriété privée? Déjà le service des bâtiments civils n'est-il pas organisé de façon fiscale, les bâtiments restant dans le domaine privé de l'État et étant affectés aux services publics? 2° Pourquoi admettre deux espèces de propriétés, l'une privée et l'autre publique? Qu'est-ce qu'une propriété publique et comment la concevoir? Il faut donc la rattacher à la Puissance publique et voilà la Puissance publique propriétaire. Sans compter que lorsqu'une dépendance du domaine public est désaffectée, elle retombe dans le domaine privé, il faut donc admettre que la désaffectation modifie la condition de la propriété, que l'affectation la modifie aussi. Ne serait-il pas plus simple de considérer que la nature du droit restant la même, il y a seulement deux masses de biens, les affectés et les non affectés et qu'un objet peut passer d'une catégorie à l'autre?

Voici maintenant la réponse : 1° C'est justement parce que cette opinion serait une forme de la théorie fiscale qu'il convient de l'écarter, car nous savons cette théorie particulièrement dangereuse (V. p. 216). L'organisation fiscale de la gestion du domaine est d'ailleurs très loin d'exister. Il ne saurait en être question pour le domaine des administrations locales puisque celles-ci n'ont pas de services financiers. Pour ce qui est du domaine de l'État, sans doute les services financiers participent à sa gestion ; mais d'une part, pour éviter la centralisation de cette gestion entre les mains d'un fisc, on s'est adressé tantôt à la régie des domaines et tantôt à celle des contributions indirectes ; d'autre part, si les services financiers interviennent dans les locations, concessions et perceptions de produits pour préparer les actes, il ne faut pas oublier que c'est le préfet représentant la Puissance publique qui signe ces actes ; et puis la perception des produits n'est pas toute la gestion du domaine, s'il y a lieu de consentir à l'expropriation de la chose, c'est le service affectataire qui consent ; s'il y a lieu d'intenter la revendication domaniale à la suite d'une usurpation du domaine, c'est le service affectataire qui l'intente ; cette dernière observation est typique, elle prouve que si les services financiers interviennent c'est au point de vue des conséquences exclusivement financières de la gestion domaniale, mais que tout ce qui est exercice du droit de propriété reste confié aux services qui représentent la Puissance publique, comme s'il s'agissait bien d'une propriété publique ; 2° Il n'est pas impossible de concevoir une propriété publique ; la souveraineté renferme un élément de propriété, et il n'y a rien qui répugne à ce que le domaine de souveraineté qui plane sur l'ensemble du pays se précise en un domaine de propriété sur les objets particulièrement affectés à l'utilité publique ; d'ailleurs, le Droit romain a connu l'*ager publicus*, propriété publique qui a donné naissance à des institutions spéciales telles que le précaire que nous voyons reparaître dans la pratique moderne des concessions sur le domaine public. Quant au fait qu'avec l'affectation et la désaffectation un même bien changera de nature de propriété, ce n'est pas une objection, car il est certain que la chose avec l'affectation et la désaffectation change forcément de condition juridique à une quantité de points de vue et il est avantageux de pouvoir ramener toutes ces modifications de détail à un changement dans la nature de la propriété.

Source : BIU Cujas

propriété et le rendent exorbitant du droit commun, les autres diminuent au contraire ce même droit (1) :

1° Les droits que l'on avait l'habitude de considérer comme des conséquences de la garde et de la surintendance du domaine doivent être considérés désormais comme des prérogatives de la propriété publique, droits d'affectation et de désaffectation, droits de délimitation et d'alignement, droits de police ou de voirie, droits de concession, tous ces droits trouvent leur racine dans les facultés de la propriété, ils sont seulement grandis par la Puissance publique, ils doivent être considérés en principe, et c'est là une conséquence importante du système, comme appartenant tous à une seule et même personne administrative pour un même objet et à celle qui en est propriétaire : *a*) Le droit d'affectation et de désaffectation est dans son principe une faculté de la propriété, il appartient bien au propriétaire de donner telle ou telle destination à ses bâtiments ou à ses terrains; en matière administrative l'affectation et la désaffectation deviennent des actes de Puissance publique, mais sauf exception, c'est bien en effet à l'Administration qui avait les objets dans son domaine qu'il appartient de les affecter et de les désaffecter; *b*) Le droit de délimitation ou d'alignement est aussi dans son principe une faculté de la propriété, puisque c'est une sorte de droit de bornage qui produit il est vrai des effets exorbitants; *c*) Les droits de police dont l'ensemble constitue la voirie sont également dans leur principe des facultés de la propriété, tout propriétaire a la police de son domaine, la meilleure preuve est qu'il peut instituer des gardes particuliers assermentés, les droits de voirie sont seulement un agrandissement et une exagération de cette faculté inhérente à la propriété dus à la Puissance publique; *d*) Enfin, la faculté de faire des concessions est, elle aussi, inhérente à la propriété; les concessions sur le domaine public prennent seulement une physionomie particulière parce qu'elles sont faites par des actes de puissance publique et parce que, les dépendances du domaine public étant inaliénables, les concessions ne sauraient être que précaires, mais il est très certain que la concession doit être faite en principe par l'administration propriétaire (2);

2° En sens inverse il est des facultés de la propriété ordinaire qui se trouvent diminuées par la domanialité publique, des trois attributs qui

(1) Ces modifications se ramènent, si l'on envisage la personne des administrations propriétaires, à des augmentations et à des diminutions de capacité juridique; en effet, nous avons déjà analysé l'inaliénabilité du domaine en une *incapacité* (V. p. 580). Quant aux pouvoirs plus étendus que ceux du propriétaire ordinaire, ils s'analysent très logiquement et très exactement en des *privilèges de la Puissance publique*, qui sont en effet des augmentations de capacité.

(2) Ainsi une ville ne peut faire dans ses rues concession d'un réseau de tramway ou d'une canalisation pour le gaz, que si, au préalable, elle a obtenu elle-même concession de l'État ou du département pour celles des rues qui sont traverses de routes départementales ou de routes nationales et sont ainsi propriété du département ou de l'État.

Source : BIU Cujas

constituent le droit de propriété ordinaire *usus*, *fructus*, *abusus*, il n'en est pas un seul qui reste intact : *a*) l'*abusus*, ou droit de disposer, est paralysé par l'inaliénabilité, cependant il ne faut rien exagérer puisque l'aliénation devient possible après une simple désaffectation ; *b*) l'*usus* est modifié, en ce sens que le service affectataire doit respecter l'usage auquel la chose est consacrée par utilité publique, et cependant cela ne l'empêche pas de consentir à des occupations nombreuses du domaine qui restent compatibles avec cette utilité ; *c*) enfin le *fructus* est restreint, en ce sens que la chose ne peut plus produire de fruits qu'en tant que cela n'est pas nuisible à sa destination ; mais il subsiste en partie puisque, par exemple, les occupations temporaires donnent lieu à la perception de redevances (1).

Article II. — Énumération des principales dépendances du domaine public.

N° 1. — *Le domaine public de l'État.*

Le domaine public de l'État peut être subdivisé de la façon suivante : 1° domaine maritime et de navigation (rivages, fleuves, canaux) ; 2° voies de communication terrestres (routes et chemins de fer) ; 3° bâtiments et terrains affectés à un service public (domaine militaire et monumental). A ces trois groupes de dépendances du domaine correspondent des règles de droit différentes dans les matières de l'affectation et de la délimitation.

A. *Le domaine maritime et de navigation.* a) *Le domaine maritime.* — D'après M. Picard, le domaine maritime comprend tous les objets qui *soit par l'œuvre de la nature, soit par le fait de l'homme, sont affectés à la navigation et à la pêche maritimes.* Ce sont : les rivages de la mer, les étangs salés, les ports et leur outillage, les phares et balises (2) :

(1) Le grandissement des droits de police inhérents à la propriété et ce qui survit de l'*abusus*, de l'*usus* et du *fructus*, l'existence de l'action domaniale en revendication que nous avons signalée à la page 583, permettent d'affirmer que la propriété domaniale publique conserve bien les caractères indispensables d'une propriété, qu'elle n'est point éventuelle, mais actuelle, qu'elle ne porte point seulement sur des éléments accessoires du domaine, mais sur l'objet principal (quand des occupations temporaires du rivage de la mer sont concédées, elles portent sur l'objet principal et elles sont l'exercice actuel d'un droit). — En sens contraire, V. Berthélemy, *op. cit.*, p. 297. — Quant à la contradiction consistant à dire « d'une part que le droit de l'État sur le domaine public est un droit de propriété et, d'autre part, que les dépendances du domaine public sont indisponibles parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété », elle n'est point dans notre système, car des expressions de l'article 538 « portions de territoire *qui ne sont pas susceptibles de propriété privée* » nous n'avons jamais fait sortir, quant à nous, que cette espèce de mise hors du commerce artificielle qui conduit à la règle pratique de l'inaliénabilité et que d'ailleurs nous analysons simplement en une incapacité d'aliéner sans avoir au préalable désaffecté » (V. p. 580).

(2) *Traité des eaux*, t. V, p. 5. On remarquera que c'est une définition par l'affecta-

Source : BIU Cujas

1° *Les rivages de la mer.* — Le rivage de la mer est la bande de terrain que la mer couvre et découvre dans ses mouvements alternatifs (1). Il n'est pas déterminé de la même façon le long de l'Océan et le long de la Méditerranée : Pour l'Océan, on applique l'ordonnance de 1681, tit. VII, art. 1er, livre IV : « Tout ce que la mer couvre et découvre pendant les « nouvelles et pleines lunes, et jusqu'où le plus grand flot de mars se « peut étendre sur la grève (2) » ; Pour la Méditerranée, où il n'y a point de marées, on applique dans le silence de l'O. de 1681, la loi 112 au D. de V. S. « *litus publicum est eatenus qua maxime fluctus exæstuat.* » (V. aussi l. 96, *eod. titul.*), et il s'agit même des terrains *habituellement* couverts par les plus grands flots d'hiver (Cons. d'Ét., 27 mars 1874, *Barlabé;* 27 juin 1884, *Ville de Narbonne*). Le rivage de la mer est interrompu à l'embouchure des fleuves, il remonte un peu dans leur estuaire, car la mer elle-même y remonte, mais il arrive un point où la rive du fleuve doit succéder au rivage. Ce point est assez délicat à fixer et cela constitue une difficulté de la délimitation des rivages (V. *infrà*). Les rivages de la mer se développent sur les côtes de France sur une longueur de 2.500 kil.

Aux colonies, les rivages de la mer sont également dépendance du domaine public de l'État. Il y a en outre une bande de terrain superposée au rivage; elle est large de cinquante pas équivalant à 80 mètres, on l'appelle les *cinquante pas du roi* ou les *cinquante pas géométriques;* elle était primitivement destinée à faciliter la défense des côtes des îles (V. avis Cons. d'Ét., 31 mai 1892).

Lais et relais. — Il ne faut pas confondre avec le rivage de la mer les lais et relais : « Les *lais* sont des dépôts marins formés sur le littoral et émergeant au-dessus du grand flot; les *relais* sont les portions de rivage que la mer abandonne et ne couvre plus au moment du grand flot », parce qu'elle est animée d'un lent mouvement de déplacement (3). — On

tion de la chose à l'utilité publique tout à fait d'accord avec notre définition générale des dépendances du domaine public.

Quant à la mer elle-même, sa situation est réglée par le droit international. Elle est *res communis*, et par conséquent libre, mais chaque État a un droit de souveraineté sur la zone commandée par le canon du littoral et que l'on appelle mer territoriale. Cependant, aux termes de l'art. 538, C. civ., les havres et rades, qui sont des parties de mer, sont dépendances du domaine public.

(1) Cass. req., 11 mars 1868, *Mussart;* ces mouvements ne sont pas uniquement les marées, puisque dans la Méditerranée il n'y a pas de marées proprement dites, ce sont aussi les changements de niveau suivant les saisons.

(2) Après des difficultés, on a interprété finalement ce texte ainsi : La plus haute marée de mars de l'année où se fait la délimitation, ou une autre marée de l'année devant atteindre théoriquement la même hauteur (Cons. d'Ét., avis, 26 janv. 1888, circ. min. Marine, 17 sept. 1888). — Il n'y a point à tenir compte du sens spécial du mot grève, tout terrain, rochers, falaises, couvert par le flot, fait partie du rivage.

(3) V. Picard, *op. cit.*, t. V, p. 59. Dans l'ancien Droit, les lais et relais étaient considérés comme appartenant au petit domaine aliénable et prescriptible; ils étaient com-

Source : BIU Cujas

appelle *Droit d'endiguage et crements futurs* des concessions de portions de rivages « qui peuvent être sans inconvénient soustraites à l'action des flots au moyen de digues » ; ce sont des concessions de *lais futurs* à conquérir, autorisées par l'art. 41, L. 16 septembre 1807 (1).

2° *Les étangs salés.* — Les étangs salés sont d'anciennes parties de la mer qui en ont été coupées par l'apport de sables, et ne restent en communication que par un étroit goulet qui, sur le littoral méditerranéen, porte le nom de *grau* (2).

pris sous la dénomination générale de « terres, prés, marais et palus vagues » de l'édit de février 1566. La loi du 22 novembre-1er décembre 1790 et l'art. 538, C. civ., les ont rangés dans le domaine public, mais cela voulait dire seulement domaine de l'État et la preuve en est dans l'art. 41, L. 16 septembre 1807 : « le Gouvernement concédera aux conditions qu'il aura réglées les... *lais et relais* de la mer ». Ils sont donc dans le domaine privé de l'État, les riverains n'y ont pas droit. Il n'est pas besoin de désaffectation ni de délimitation pour que les lais et relais tombent dans le domaine privé, ils sont désaffectés par le mouvement même de la mer. Ces terrains sont vendus, le plus souvent de gré à gré, quelquefois avec publicité et concurrence. Avant la vente, ils sont remis à l'administration des domaines qui les immatricule au tableau général des propriétés de l'État, l'acte de vente est passé devant le préfet du département.

(1) Picard, *op. cit.*, t. V, p. 67. Ces concessions peuvent être faites elles aussi de gré à gré ou à l'adjudication; un délai est en général indiqué pour l'exécution des ouvrages, et, en cas de déchéance, les ouvrages exécutés appartiennent sans indemnité à l'État. Quel est le droit du concessionnaire? Y a-t-il déclassement immédiat du terrain et propriété immédiate, ou la propriété privée n'existe-t-elle qu'au moment où les terrains sont effectivement soustraits aux eaux? C'est le second système qui a été admis par le Conseil d'État, sections réunies des travaux publics et des finances, pour les cours d'eau (Avis, 29 juin 1881). Il doit être admis aussi pour la mer, d'autant mieux que l'art. 1130, C. civ., reconnaît la légalité des obligations sur choses futures. On appelle *polders* les terrains conquis à la suite de ces concessions. Les principales exploitations se trouvent dans les baies du Mont-Saint-Michel, de Veys, de Bourganeuf.

(2) Tous ces étangs sont incontestablement soumis au régime de l'inscription maritime, à la police de la navigation et de la pêche (O. août 1681 et 31 oct. 1784; D. 9 janv. 1852 sur la pêche côtière, art. 1 et 2; D. 19 mars 1852 sur le rôle d'équipage; L. 24 déc. 1896 sur l'inscription maritime). Mais reste la question de domanialité, intéressante pour la situation du rivage. En l'absence de textes anciens, cette question a donné lieu à de grandes difficultés. L'administration de la marine les a tranchées en fait par un moyen dont la légalité aurait pu être contestée, mais qui a réussi (Picard, *op. cit.*, t. V, p. 155), le D.-L. du 9 janvier 1852, sur la pêche côtière, avait délégué au chef de l'État le droit de régler par des décrets spéciaux l'exercice de la pêche; plusieurs décrets intervinrent, sans avis du Conseil d'État, impartissant aux particuliers qui se prétendraient propriétaires d'étangs salés un délai pour produire leurs titres, passé lequel ils seraient déchus (V. not. D. 19 nov. 1859 pour la Méditerranée).

Les titres furent produits, en effet des décisions du ministre de la Marine reconnurent le droit d'un grand nombre de propriétaires ; le domaine ne retint que les étangs de Salses, Leucate, Lapalme, Bages, Sigean, Gruissan, Grazels, Thau, Ingril, Perols, Mauguio, Gloria, Garronte et Berre (Mémoire présenté par M. Aucoc à l'Académie des sciences morales et politiques : *Les étangs salés des bords de la Méditerranée et leur condition légale*, 1882. — Picard, *op. cit.*, t. V, p. 145 et s. La loi du 24 déc. 1896 peut être considérée comme ayant régularisé toute cette procédure, elle vise dans son art. 1 « les étangs ou canaux salés compris dans le domaine public maritime ».

Source : BIU Cujas

3° *Les ports et leur outillage* (1). — Le port est une portion du rivage de la mer aménagée pour le service de la navigation; un grand port se compose d'une rade qui est une sorte de vestibule abrité contre les vents et les lames du large; puis d'un avant-port, séparé de la rade par un chenal où les bâtiments perdent leur *erre*, c'est-à-dire la vitesse qui leur a été nécessaire pour entrer, puis de bassins à flot pourvus de quais, d'appontements, etc., reliés à l'avant-port et entre eux par des écluses. La domanialité publique des ports est consacrée par l'art. 538 (2).

4° *Phares et balises* (3). — Il y a 668 phares sur les côtes de France et d'Algérie. Les amers ou balises sont des signaux à très courtes distances, il y en a d'éclairés, de sonores, etc., il y a 2.207 balises en maçonnerie, en bois ou en fer, dont 99 bouées lumineuses et 40 à cloche ou à sifflet.

Les phares, fanaux, amers, balises, bouées et autres ouvrages du même genre font partie du domaine public (Arr. du conseil du 24 juin 1777 pour les balises en rivière; D. 10 avr. 1812 qui vise les *travaux à la mer;* C. d'Ét., 29 juin 1883, ponton de feu flottant).

b) *Le domaine fluvial et de navigation.* 1° *Les fleuves et rivières navigables ou flottables* (4). — La navigabilité n'est autre chose que l'aptitude physique d'un cours d'eau à un service de navigation, que cette aptitude soit naturelle, ou qu'elle ait été obtenue à la suite de travaux. La question de savoir si un cours d'eau est navigable est donc une question de fait (5). Aux cours d'eau navigables, l'art. 538 du Code civil assi-

(1) Picard, *op. cit.*, t. V, p. 17 et s.

(2) On distingue les ports militaires qui relèvent du ministère de la Marine (Cherbourg, Brest, Lorient, Rochefort et Toulon) et les ports de commerce qui relèvent du ministère des Travaux publics, il y en a 214 entretenus par l'administration des ponts et chaussées, 85 sur la Manche, 158 sur l'Océan, 71 sur la Méditerranée, en Algérie 20 ; ils sont classés, suivant la qualité des vaisseaux auxquels ils sont accessibles, en principaux, secondaires et petits ports.

Rentrent dans les dépendances des ports : la rade et la superficie des ports et bassins, plus les ouvrages établis pour assurer la circulation et le stationnement des navires (digues, mâts, brise-lames, jetées, bassins, portes, écluses, ponts mobiles) et pour assurer l'embarquement et le débarquement des passagers et des marchandises (quais, appontements, estacades, cales, débarcadères) ; plus les bassins, canaux, écluses de chasses destinés à assurer l'entretien des passes; plus enfin les apparaux immobiliers de l'outillage public d'exploitation administré par l'État ou devant lui revenir au terme de la concession, notamment les engins de radoub, les bigues ou grues à mâter. Ces appareils d'outillage peuvent appartenir aux chambres de commerce (L. 9 avr. 1898, art. 15). La délimitation des dépendances artificielles des ports est faite par le préfet. Lorsque les quais des ports servent à la circulation et touchent immédiatement à des propriétés privées, celles-ci sont soumises à l'alignement.

(3) Picard, *op. cit.*, t. V, p. 429 et s.

(4) *Bibliographie :* Picard, *Traité des eaux*, t. III; Ploque, *Des cours d'eau navigables et flottables;* Guillemain, *Traité de la navigation intérieure;* loi sur le régime des eaux du 8 avr. 1898.

(5) Il est rendu des déclarations de navigabilité, mais elles n'ont d'importance qu'au point de vue de la pêche, non pas au point de vue de la domanialité (V. *infrà*, affectation des dépendances du domaine public).

Source : BIU Cujas

mile ceux qui sont flottables. Il s'agit seulement de ceux qui supportent le flottage par trains ou radeaux équivalent à une navigation (Av. Cons. d'Ét., 21 févr. 1882; art. 1er, L. 15 avr. 1829; art. 34, L. 8 avr. 1898). Quant aux cours d'eau flottables à bûches perdues, il faut les ranger parmi les petits cours d'eau (V. p. 539) (1).

Un même cours d'eau peut ne pas être navigable ou flottable pendant toute l'étendue de son parcours, mais il fait partie du domaine public depuis le point où il commence à être navigable ou flottable jusqu'à son embouchure (art. 34, L. 8 avr. 1898) (2). Dans les sections où le cours d'eau est navigable dans l'une de ses branches, toutes les autres branches, ainsi que les *noues, boires,* etc., font partie du domaine public, bien que ne servant pas directement à la navigation, lorsqu'elles ont pris naissance au-dessous du point où le fleuve est navigable ou flottable (L. 8 avr. 1898, art. 34) (3).

Le fleuve fait partie du domaine public dans son ensemble d'eau courante et de lit. Pour déterminer l'étendue du lit, à défaut de texte, la jurisprudence avait adopté la règle du Droit romain : *ripa ea putatur esse quæ plenissimum flumen continet* (4), c'est-à-dire tout le terrain que couvrent les eaux à leur plus haut point d'élévation dans l'habitude de leurs cours et sans débordement (5); l'art. 36 (L. 8 avr. 1898) a confirmé cette jurisprudence. Nous verrons à propos de la délimitation que cette règle n'est pas toujours facile à appliquer.

Les îles, îlots, atterrissements (6), qui se forment dans le lit des fleuves et rivières navigables et flottables appartiennent à l'État, mais tombent dans son domaine privé, par conséquent sont aliénables et prescriptibles (art. 560, C. civ.). Les alluvions de rive formées insensiblement par lai ou relai appartiennent aux riverains (art. 556 et 557, C. civ.), à une double condition cependant : 1° elles doivent être adhérentes à la rive;

(1) Ils peuvent cependant être soumis à une réglementation spéciale pour le flottage (V. Picard, *op. cit.*, t. II, p. 473), mais cela ne porte pas atteinte à leur nature de petits cours d'eau (L. 8 avr. 1898, art. 30-33).

(2) Cfr. Cons. d'Ét., 11 janv. 1851, *Roux-Laborie;* Cass., 23 août 1819, *Brousse;* Picard, *op. cit.*, t. III, p. 34.

(3) Cfr. Picard, *op. cit.*, t. III, p. 42 et s. Mais il en est autrement des dérivations ou prises d'eau artificielles établies dans des propriétés particulières, à moins qu'elles n'aient été pratiquées dans l'intérêt de la navigation (art. 35, L. 8 avr. 1898).

(4) L. 3, § 1, D. *De fluminibus.*

(5) Cass. req., 9 juill. 1846, *Vauchel;* req. 8 déc. 1863, *Petit;* Cons. d'Ét., 24 janv. 1890, *Drouet;* 27 févr. 1891, *Dolnet.*

(6) Il s'agit des atterrissements qui ne sont pas des alluvions de rive, puisque ces alluvions sont propriétés des riverains. Lorsque les atterrissements ont été provoqués par des travaux d'endiguement ou autres, faut-il distinguer entre ceux qui se produisent par alluvion et ceux qui se forment subitement, ou bien ne conviendrait-il pas d'en attribuer dans tous les cas la propriété à l'État? Sur cette délicate question, V. Picard, *op. cit.*, t. III, p. 93 et s.

Source : BIU Cujas

2° elles doivent être mûres, c'est-à-dire s'élever au-dessus du niveau des plus hautes eaux (1) (L. 8 avr. 1898, art. 39).

La France possède environ 8.000 kilomètres de rivières navigables et 9.000 kilomètres de rivières flottables à train et à radeau.

2° *Les canaux de navigation* (2). — Les canaux qui sont la propriété de l'État, même concédés temporairement, font partie de son domaine public (3). Ils en font partie avec leurs francs-bords, leurs chemins de halage et de contre-halage, leurs écluses, les ponts qui servent à les franchir, à moins que ces ponts ne soient incorporés à une voie départementale ou communale, etc. ... La navigation sur les canaux est affranchie de toute taxe depuis la loi du 19 février 1880 portant suppression des droits de navigation intérieure, à moins que les canaux ne soient concédés. La France possède 5.000 kilomètres de canaux. Les canaux d'irrigation et les canaux de desséchement appartenant à l'État sont aussi considérés comme des dépendances du domaine public.

B. *Les voies de communication terrestres, les chemins, routes et rues à la charge de l'État. — a*) Cela comprend en premier lieu *les routes nationales et les rues des villes, bourgs ou villages qui leur font suite.* Ces routes partent en général de Paris et se rendent, soit à la frontière, soit à un grand port maritime. Un décret du 16 décembre 1811 les divise en trois classes, mais il n'y a pas d'intérêt juridique à cette division. Ces routes ont un développement de 38.000 kilomètres. On peut évaluer leur prix de revient à 1.300 millions, et leur entretien annuel à 30 ou 40 millions;

b) Cela comprend en second lieu les *chemins de fer d'intérêt général* qu'ils soient construits et exploités par l'État, ou bien qu'ils soient construits et exploités par des compagnies concessionnaires. Les compagnies n'ont que l'exercice d'un droit de jouissance sur la voie, une possession précaire, elles n'ont pas un véritable droit réel. La domanialité publique des chemins de fer entraîne, non seulement celle de la voie, mais aussi celle de tous les bâtiments qui servent à l'exploitation, et cela, même dans le système des auteurs qui écartent en principe du domaine public les bâtiments. Cela tient à ce qu'ici les bâtiments sont considérés comme l'accessoire du sol. Et il n'y a point de distinction à

(1) Jusque-là elles ne constituent qu'une simple expectative et l'administration peut les détruire par des travaux de curage (Conf. 7 août 1886, *Drouet;* cfr. Picard, *op. cit.*, t. III, p. 87).

(2) Picard, *Traité des eaux*, t. III, p. 519 et s; Carpentier, *Essai sur le régime des canaux*, 1892.

(3) Quant aux canaux concédés à perpétuité avant 1789 (canaux de Grave, de Lunel, etc.), il est de jurisprudence qu'ils sont, pour les concessionnaires, une propriété privée grevée d'une servitude perpétuelle d'utilité publique (Cass. req., 5 mars 1829, *canal de Briare;* 22 avr. 1844, *canal du Midi;* 7 nov. 1865 et 11 nov. 1867, *canal du Midi;* Cons. d'Ét., 30 déc. 1858, *canal de Givors;* 10 août 1860, *canal du Midi;* 19 mai 1864, *canal du Lez.* Le canal du Midi a été racheté par l'État (L. 27 nov. 1897).

Source : BIU Cujas

faire entre les différents bâtiments, à moins que l'on ne puisse estimer que la propriété en appartient plutôt à la compagnie qu'à l'État (ateliers d'ajustage, forges ou autres) (1). Le réseau des chemins de fer d'intérêt général en exploitation atteint plus de 35.000 kilomètres, les recettes nettes en sont évaluées à 500 millions (V. *infrà*, *Concessions de chemins de fer*.

C. *Les bâtiments et terrains affectés aux services publics.* — Les citadelles, forteresses et fortifications sont rangées, par l'art. 540, dans le domaine public de l'État. Elles y sont avec toutes leurs dépendances, telles qu'elles sont énumérées dans la loi des 8-10 juillet 1791, titre Ier, art. 13, remparts, parapets, chemins couverts, fossés, glacis, etc.

Les églises cathédrales et métropolitaines, les palais nationaux, les ministères, les hôpitaux nationaux, les grandes écoles, les manufactures de l'État et généralement tous les bâtiments qui sont la propriété de l'État et qui sont en même temps affectés à un service public, sont à notre avis dépendances du domaine public de l'État (V. p. 588 et s.).

N° 2. — *Le domaine public départemental.*

Le domaine public départemental ne comprend que des dépendances artificielles et elles ne sont pas très nombreuses :

A. *Les routes départementales et les chemins de fer départementaux.* — Le premier fond de ces routes a été constitué par le décret du 16 décembre 1811 qui a abandonné aux départements une partie des anciennes routes royales. Ce fond s'est augmenté depuis. En 1882, on comptait 33.691 kilomètres de routes départementales; leur largeur moyenne est de 12 mètres, elles ont coûté près de 700 millions et leur entretien coûte 9 à 10 millions. L'histoire des routes départementales aura été assez curieuse en ceci, qu'après avoir été en 1811 données par l'État aux départements et avoir contribué ainsi à faire admettre la personnalité morale de ceux-ci (V. p. 413), finalement elles sont repassées par les départements aux communes. Nous savons en effet, qu'il y a actuellement un grand mouvement pour déclasser les routes départementales et les transformer en chemins vicinaux. Le déclassement a déjà été opéré par les conseils généraux dans plus des trois quarts des départements et bientôt sans doute les routes départementales auront disparu (V. p. 428).

Les routes départementales seront remplacées dans le domaine public des départements par les *chemins de fer départementaux*, chemins de fer à voie étroite en général, et par les *tramways départementaux* dont la création a été décidée par beaucoup de départements en vertu de la loi du 11 juin 1880 et dont il y a déjà en exploitation plus de 10.000 kilomètres.

B. *Les bâtiments affectés.* — Tous les bâtiments qui appartiennent

(1) Cfr. de Récy, *op. cit.*, n° 365.

Source : BIU Cujas

au département et qui sont affectés à un service public sont à notre avis des dépendances du domaine public départemental (V. p. 588 et s.).

Sont dans cette catégorie, d'abord un certain nombre de bâtiments dont l'État avait fait cadeau au département dans le décret du 9 avril 1811 : « Édifices et bâtiments nationaux actuellement occupés par le service de l'administration, des cours et tribunaux, » donc, les hôtels des préfectures et sous-préfectures, palais de justice, prisons (1). Ensuite, des bâtiments que les départements sont obligés de fournir, comme les évêchés, les asiles d'aliénés (2), les écoles normales primaires (3).

N° 3. — *Le domaine public communal.*

Le domaine public communal ne comprend, lui aussi, que des dépendances artificielles.

A. *Chemins et voies de communication.* — Le domaine public communal peut comprendre de ce chef, des chemins vicinaux, des chemins ruraux, des rues, places et jardins de ville, avec tout ce qui fait corps, comme les colonnes, les grilles, les statues, les becs de gaz, etc., des chemins de fer, des canaux.

Les chemins vicinaux et les chemins ruraux demandent des développements particuliers :

a) *Chemins vicinaux* (4). — Les chemins vicinaux sont ceux qui font communiquer entre elles les communes (L. 28 juill. 1824, art. 1er). Juridiquement, ce sont ceux qui ont été classés comme tels par les autorités compétentes. De plus, toute rue qui est reconnue dans les formes légales être le prolongement d'un chemin vicinal, en fait partie intégrante (L. 8 juin 1864). Il y en a trois catégories : les chemins de *grande communication*, les chemins d'*intérêt commun* et les *chemins ordinaires*. Suivant leur catégorie, ces chemins ont une largeur différente fixée dans chaque département par le conseil général ou par la commission départementale. La création du réseau des chemins vicinaux, commencée par la loi du 28 juillet 1824, date surtout de la loi du 21 mai 1836. La construction, activement poussée grâce à de larges subventions de l'État et des départements, est actuellement presque achevée, et c'est assurément une des œuvres les plus utiles accomplies en ce siècle. On en compte 600.000 kilomètres. La dépense de premier établissement doit être évaluée à plus de trois milliards, l'entretien annuel absorbe une centaine de millions. Nous avons vu ailleurs (p. 414) que le service

(1) Pour les prisons, V. la loi du 4 févr. 1893 qui suppose qu'elles peuvent être rétrocédées par les départements à l'État.

(2) L. 30 juin 1838, art. 1er.

(3) L. 18 juillet 1889, art. 3, § 2.

(4) Guillaume, *Traité pratique de la voirie vicinale*, 1892; Henry, *Traité pratique des chemins vicinaux*, 1897.

Source : BIU Cujas

des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun est départemental.

Au point de vue juridique les chemins vicinaux sont intéressants par plusieurs particularités : 1° lorsqu'il s'agit de leur élargissement, l'annexion des terrains se fait d'une façon simple, par arrêté du conseil général ou de la commission départementale et par la procédure de l'alignement (art. 15, L. 21 mai 1836 ; art. 46, nos 7 et 86, L. 10 août 1871. V. *infrà, Alignements*) ; 2° de plus, ils sont dotés de ressources spéciales, *centimes spéciaux*, *prestations*, *subventions industrielles*, qui ont assuré leur construction, mais qui deviennent moins utiles maintenant qu'il n'y a plus qu'à les entretenir (V. L. 21 mai 1836 ; L. 24 juill. 1867 ; L. 11 juill. 1868, et pour l'impôt des prestations, *infrà, impôts*).

b) *Chemins ruraux* (1). — Les chemins ruraux sont les chemins appartenant aux communes, affectés à l'usage du public et qui n'ont pas été classés comme vicinaux. Ainsi les définit la loi du 20 août 1881, qui est venue régler la situation de ces chemins jusque-là un peu délaissés. Au fond, il n'y a pas de différence de nature entre les chemins ruraux et les chemins vicinaux ; seulement, comme ils paraissent moins indispensables que les autres, les communes n'ont pas engagé les procédures nécessaires pour les faire classer comme vicinaux et ne se sont pas procuré de ressources pour leur réfection (2).

B. *Bâtiments affectés.* — Le domaine public communal peut contenir de ce chef des objets nombreux :

(1) Féraud-Giraud, *Traité des voies rurales*, 1896, 4e édit.

(2) Avant la loi du 20 août 1881, la condition juridique de ces chemins était douteuse, on hésitait à les faire tomber dans le domaine public de la commune. Cette loi a posé les règles suivantes : Il y a deux catégories de chemins ruraux : 1° ceux qui ont été l'objet d'un arrêté de reconnaissance pris par la commission départementale après les formalités de l'art. 4 et qui sont des dépendances du domaine publie (art. 6) ; 2° ceux qui, sans avoir été l'objet d'un arrêté de reconnaissance, sont cependant certainement la propriété de la commune, ceux-là sont dans le domaine privé (art. 3 et 6). La question de propriété est tranchée par les tribunaux ordinaires, mais il y a présomption au profit de la commune lorsqu'il est constaté administrativement que le chemin est affecté à l'usage du public. Cette constatation se fait en suivant les règles de l'art. 2 ; il faut s'attacher à la destination du chemin jointe à l'un des deux faits suivants : le fait d'une circulation générale et continue, ou bien des actes réitérés de surveillance et de voirie de l'autorité municipale. La présomption au profit de la commune admet d'ailleurs la preuve contraire (art. 3).

Ressources des chemins ruraux. — La commune « pourvoit à l'entretien des chemins « ruraux reconnus, dans la mesure des ressources dont elle peut disposer. En cas d'insuf- « fisance des ressources ordinaires, les communes sont autorisées à pourvoir aux dé- « penses des chemins ruraux reconnus, à l'aide, soit d'une journée de prestation, soit « de centimes extraordinaires en addition au principal des quatre contributions directes. » (art. 10, §§ 1 et 2, L. 1881 ; art. 141 et s., L. 5 avr. 1884). Il peut aussi y avoir des subventions industrielles (art. 11) et des souscriptions volontaires (art. 12). Enfin, lorsque la commune n'exécute pas des travaux régulièrement autorisés ou cesse d'entretenir le chemin, les propriétaires intéressés peuvent se constituer en syndicat pour faire eux-mêmes les travaux (art. 19 et s.).

Source : BIU Cujas

Dans les communes rurales, il y aura : *a*) l'*église*, qui est bien en principe une propriété communale, c'est aujourd'hui universellement admis (Av. Cons. d'Ét., 2 pluv. an XIII ; avis 24 déc. 1898) et qui est de plus une dépendance incontestée du domaine public (1) ; *b*) le *presbytère*, à la condition qu'il soit la propriété de la commune, ceci n'est pas généralemeut admis, mais c'est une conséquence de notre opinion sur les bâtiments affectés ; *c*) le *cimetière*, on range assez généralement le cimetière dans les dépendances du domaine public, quelques auteurs s'y refusent, cependant, sous le prétexte que dans le cimetière il est fait des concessions de terrain perpétuelles qui constituent de véritables aliénations, et que cela est incompatible avec la nature du domaine public inaliénable ; nous verrons plus loin, à propos des concessions sur le domaine public, que celles-ci sont parfaitement compatibles avec la destination du cimetière (2) ; *d*) la mairie et la maison d'école, à la condition que ces bâtiments appartiennent à la commune et ne soient point pris en location (3) ; *e*) la *halle* ou le *marché couvert*.

Dans les villes, il y aura, en outre, ou pourra y avoir : *a*) Les casernes et tous les bâtiments affectés à l'instruction publique, facultés, lycées, collèges, etc., soit qu'ils aient été donnés aux villes par l'État (D. 9 avr. 1811), soit qu'ils aient été bâtis depuis par les villes en vertu de conventions avec l'État, de même les hôtels des postes et tous les autres bâtiments fournis au service d'État ; *b*) Les bâtiments fournis aux établissements publics : hôpitaux, hospices, maisons de secours, à la condition qu'ils soient la propriété de la commune ; *c*) Les bâtiments qui sont affectés à des services municipaux : théâtres, casernes de sapeurs-pompiers, postes de police, musées, bibliothèques, etc. ; *d*) Les eaux de la

(1) Sur la domanialité publique des dépendances et accessoires de l'église, V. *Rev. d'adm.*, 1897, t. III, p. 53.

(2) Toute commune doit avoir un cimetière ; il doit être à une certaine distance des maisons d'habitation (D. 23 prair. an XII ; O. 6 déc. 1843). Le préfet a le pouvoir d'ordonner la translation d'un cimetière trop rapproché des habitations, après avoir pris l'avis du conseil municipal, mais sans être obligé de s'y conformer. Ce pouvoir ne lui a pas été enlevé par la loi du 5 avril 1884. — Il est d'autant plus naturel que le cimetière soit dans le domaine public inaliénable et imprescriptible que d'après la jurisprudence de la Cour de cassation les sépultures, même dans les cimetières privés, sont hors du commerce (Cass., 23 janv. 1894). — Sur la police des inhumations, incinérations, V. D. 27 avril 1889.

(3) Toute commune doit avoir au moins une maison d'école publique. Selon la population, cette école est mixte, ou bien il y a école séparée pour les filles et les garçons. De plus, une école de hameau est obligatoire dans les centres d'habitation réunissant au moins vingt enfants d'âge scolaire et distants d'au moins 3 kilomètres d'une autre école (L. 20 mars 1883, art. 8 ; L. 30 oct. 1886, art. 12). Enfin, même en dehors des conditions précédentes, le conseil départemental peut imposer une école dans un hameau (L. 30 oct. 1886, art. 13). L'État donne de fortes subventions pour la construction des maisons d'école et généralement aussi le département.

Source : BIU Cujas

ville, toutes les conduites qui servent à lès amener, les aqueducs, châteaux d'eau, machines élévatoires, filtres, etc. (1). Ce qu'il y a de très particulier ici, c'est que le domaine public communal peut s'étendre hors du territoire de la commune; il arrive souvent, en effet, que les aqueducs vont chercher les eaux à de très grandes distances.

N° 4. — *Le domaine public colonial.*

Le domaine des colonies, public et privé, a été constitué par les ordonnances du 26 janvier et du 17 août 1825, qui concédaient aux colonies certaines propriétés domaniales de l'État. Les colonies, interprétant largement ces textes, ont continuellement empiété sur le domaine de l'État. Dans les colonies anciennes, il ne reste plus à l'État que certains objets formellement réservés par ces ordonnances, comme les fortifications, les bâtiments militaires et les cinquante pas du roi avec le rivage de la mer (2), de telle sorte que, outre le domaine *artificiel*, les voies de communication, les bâtiments affectés aux services publics, etc., les colonies ont un domaine public *naturel*, les cours d'eau ; il n'y a même point à faire comme en France la distinction de ceux qui sont navigables ou de ceux qui ne le sont pas, tous sont dépendances du domaine public (3); dans les colonies neuves l'État tend à se réserver tout le domaine public (V. Madagascar, D. 16 juill. 1897).

La police et la surintendance du domaine public.

N° 1. — *L'affectation et la désaffectation, le classement et le déclassement.*

La police et la surintendance du domaine comportent les opérations suivantes : 1° affectation et désaffectation, classement et déclassement; 2° délimitation et alignement; 3° police de la voirie; 4° concessions.

Nous devons nous occuper d'abord de l'affectation et de la désaffectation. En soi, c'est *le fait qui détermine l'utilisation de la chose à une fin publique ou qui fait cesser cette utilisation ;* ce fait résulte tantôt d'événements matériels, tantôt de décisions administratives. Lorsqu'il résulte de décisions administratives il cache un droit qui est évidemment de police ou de puissance, le droit qu'a le propriétaire de commander que sa chose soit utilisée pour tel usage ou cesse d'être utilisée (V. p. 599).

(1) Cass., 30 avr. 1889, S. 89. 1. 268.

(2) L'interprétation des ordonnances de 1825 est cependant matière à controverses. V. en des sens divers, Dislère, *Traité de législation coloniale*, n° 884; Girault, *Principes de législation coloniale*, p. 560; Demartial, *La question du domaine aux colonies* (*Rev. polit. et parlem.*, juill. 1897); Gustave Garnier, *Législation domaniale et propriété foncière dans les colonies*. Paris, 1897.

(3) Les cours d'eau de l'Algérie sont dans la même situation (L. 16 juin 1851, art. 2).

Source : BIU Cujas

A. *Affectation et désaffectation des rivages de la mer et des fleuves.* — Les rivages de la mer sont affectés par le fait matériel que la mer les couvre et découvre alternativement dans son flux et reflux. Donc, si la mer se déplace complètement, ainsi qu'elle le fait sur presque toutes les côtes d'un mouvement lent, un nouveau rivage est affecté, et l'ancien rivage est désaffecté par le fait même.

Si la mer se déplace en se retirant des côtes, l'ancien rivage désaffecté se trouve en terre ferme, nous savons qu'il tombe dans le domaine privé de l'État sous le nom de *relai;* il est en général vendu soit à l'amiable, soit par adjudication, et les riverains n'ont point de droit de préemption (V. p. 601). Si la mer se déplace en rongeant les côtes, le rivage s'enfonce dans les terres sans qu'il y ait droit à aucune indemnité pour les riverains dépossédés, l'ancien rivage est alors couvert par les eaux.

L'affectation ou la désaffectation du rivage ne donnent lieu par elles-mêmes à aucun acte administratif, mais il y a lieu de constater les limites du rivage, telles que les faits matériels les ont déterminées, c'est l'objet de l'opération administrative de la délimitation (V. *infrà*).

— En ce qui concerne l'affectation ou la désaffectation des fleuves et rivières navigables ou flottables, il faut distinguer deux catégories d'événements : 1° *l'affectation des terrains au lit du cours d'eau* qui suit les mêmes règles générales que celles posées pour les cours d'eau non navigables (V. notamment, en cas de formation spontanée d'un nouveau lit et d'abandon de l'ancien lit, le nouvel art. 563, C. civ., remanié par la loi du 8 avril 1898); 2° *l'affectation du lit du cours d'eau à la domanialité publique.* Cette seconde affectation résulte du fait matériel de la navigabilité ou du flottage par train ou radeau (1). Peu importe que ce fait se produise naturellement ou qu'il soit la conséquence de travaux publics entrepris pour améliorer le cours d'eau (2). La désaffectation domaniale du lit se produit également de façon naturelle ou de façon artificielle. Lorsqu'une portion du lit à la suite de travaux légalement exécutés, cesse de faire partie du domaine public, elle doit être

(1) Il y a bien des déclarations de navigabilité rendues par décret après enquête (L. 15 avr. 1829, art. 3; L. 8 avr. 1898, art. 49), mais elles ne font que constater la domanialité publique, elles ne la créent pas; leur effet propre est : 1° de servir de point de départ à une véritable expropriation du droit de pêche des riverains au cas où la navigabilité a été obtenue artificiellement (Cass., 26 juin 1891, S. 94. 1. 153); 2° de soumettre dans le même cas les riverains aux servitudes de chemin de halage (L. 8 avr. 1898, art. 49).

(2) Cela importe peu au point de vue de la domanialité publique, mais outre les conséquences de l'affectation artificielle relevées à la note précédente, il se pose une question depuis la loi nouvelle du 8 avril 1898. Cette loi attribue aux riverains la propriété du lit des cours d'eau non navigables ni flottables; l'effet des travaux rendant un cours d'eau navigable va être d'enlever aux riverains la propriété du lit de ce cours d'eau; faudra-t-il une expropriation préalable, ou du moins n'y aura-t-il pas lieu à indemnité ultérieure pour expropriation indirecte (V. p. 539)?

Source : BIU Cujas

aliénée et les riverains ont un droit de préemption (art. 38, L. 8 avr. 1898) (1).

Quant aux canaux, ils sont affectés en vertu des actes qui les ont déclarés d'utilité publique, à la condition qu'ils aient été ensuite livrés à la navigation.

B. *Classement et déclassement des voies de communication.* — Pour les voies de communication, l'affectation et la désaffectation prennent le nom de classement et de déclassement. Le classement et le déclassement résultent d'actes d'autorités administratives diverses. Nous verrons plus loin, pour chaque voie publique, quelles sont ces autorités, il convient d'examiner d'abord les effets de ces actes :

a) *Effets du classement.* — Le classement peut intervenir dans deux hypothèses différentes : 1° La voie publique n'existe pas encore, il s'agit de la créer ; l'acte de classement, suivi du tracé, va servir de base aux déclarations d'utilité publique à fin d'expropriation et aux opérations de travaux publics nécessaires à la construction du chemin; il constitue donc une première mesure d'exécution qui fait sortir le chemin de l'état de simple projet et justifie des recours (L. 10 août 1871, art. 86-88) ; mais l'affectation domaniale ne sera réellement effectuée que lorsque le chemin sera construit et livré à la circulation, ici, un fait matériel vient se joindre à la décision administrative; 2° La voie publique préexiste, c'est un chemin déjà fréquenté par le public, mais qui n'a encore été placé dans aucune des catégories administratives ; ou bien c'est un chemin déjà classé dans une catégorie, que l'on classe dans une autre, par exemple un chemin rural que l'on classe comme vicinal. Dans le premier cas, le classement a pour effet immédiat de faire tomber le chemin dans le domaine public ; c'est ce qui arrive depuis la loi de 1881 pour le chemin rural qui est l'objet d'un arrêté de reconnaissance. Dans le second cas le chemin, étant déjà dans le domaine public, change seulement de catégorie.

b) *Effets du déclassement. — Droit de préemption.* — Le déclassement d'une voie de communication peut être total ou partiel. Le déclassement total est en général accompagné d'un reclassement dans une autre catégorie, c'est ainsi que les conseils généraux déclassent en ce moment les routes départementales et les reclassent comme chemins vicinaux de grande communication (2). Un déclassement de ce genre peut

(1) Au cas où un cours d'eau cesserait en fait d'être navigable ou flottable dans tout son cours, les riverains devraient demander son déclassement afin de faire tomber l'effet des déclarations de navigabilité.

(2) Ce changement de catégorie peut d'ailleurs entraîner un déplacement de la propriété de la voie, qui passera du domaine public d'une personne administrative dans celui d'une autre. C'est ce qui est arrivé pour le déclassement des routes départementales dont la propriété est passée aux communes à titre de chemins vicinaux (D. 9 août 1893, *Rev. adm.*, 94, II, 291 ; Cons. d'Ét., 8 août 1894, *commune de Parlebosq*).

Source : BIU Cujas

être accompagné, bien que ce ne soit pas nécessaire, d'un rétrécissement de la voie. La partie retranchée tombe alors dans le domaine privé et devient aliénable. Le déclassement est partiel lorsque, par suite d'une rectification du chemin, une section de l'ancienne voie est devenue inutile à la circulation. La portion déclassée tombe alors également dans le domaine privé.

Dans tous ces cas où une portion de voie publique est déclassée soit par suite d'un rétrécissement de la voie, soit par suite d'une rectification, la portion déclassée doit être aliénée (1). Au moment de l'aliénation se pose la question du *droit de préemption* des riverains : Les riverains n'ont-ils pas le droit d'exiger que ce terrain leur soit vendu par préférence à tout autre? Les raisons d'équité ne manquent pas pour justifier ce droit de préemption : 1° en supprimant la voie publique on supprime un droit d'accès qu'avaient les riverains, leurs fonds se trouvent maintenant isolés, on leur doit une compensation ; 2° le sol de la voie avait probablement autrefois fait partie des fonds riverains, il est naturel qu'il y retourne ; 3° au point de vue de la culture, il est mauvais de trop multiplier les parcelles, il vaut mieux réunir les portions déclassées à des fonds déjà constitués, que d'en faire des parcelles nouvelles. Ces raisons d'équité n'auraient point suffi à créer de toutes pièces le droit de préemption mais, comme des textes l'ont établi pour certaines voies publiques, elles peuvent servir à l'étendre aux autres (2).

(1) Nous ne traitons pas la question de savoir au profit de quelle personne administrative est faite l'aliénation ; certaines hypothèses sont délicates. Il y a des formalités pour ces aliénations. A remarquer celle qui a été introduite dans la loi du 20 août 1881 sur les chemins ruraux ; lorsqu'un chemin rural est déclassé, la loi établit avant la vente certains délais destinés à permettre la formation d'un syndicat de propriétaires ; si ce syndicat se forme et se charge d'assurer l'entretien, le chemin est maintenu (art. 16). Façon originale d'organiser un contrôle de l'administration municipale.

(2) Le droit de préemption est établi à propos du déclassement des routes nationales par la loi du 24 mai 1842 ; à propos du déclassement des chemins vicinaux par l'art. 19 de la loi du 21 mai 1836 ; à propos des rues et places des villes, lorsque des terrains ont été retranchés en vertu de plans d'alignement régulièrement approuvés par la L. 16 sept. 1807, art. 53 ; à propos du déclassement des chemins ruraux par la loi du 20 août 1881, art. 17. Il est étendu sans difficulté par la pratique administrative au déclassement des routes départementales. Il est étendu aussi aux portions retranchées du lit des fleuves à la suite de travaux publics (art. 38, L. 8 avr. 1898). Mais le droit de préemption n'est étendu, ni aux terrains retranchés des chemins de fer, ni à ceux retranchés des canaux de navigation, parce que sur ces voies-là, les riverains n'avaient pas de droit d'accès, et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de les indemniser. On voit que l'Administration se place uniquement au point de vue de la première raison que nous avons donnée pour justifier le droit de préemption. Mais alors, pour être logique, elle devrait admettre ce droit sur les lais et relais de la mer, car les riverains avaient bien un droit d'accès sur le rivage. La raison que l'on peut invoquer pour écarter le droit de préemption ici, c'est que les lais et relais sont parfois trop considérables pour être considérés comme un accessoire des fonds riverains. Pour les formalités de la préemption, il faut

Source : BIU Cujas

c) *Autorités qui procèdent au classement et au déclassement.* — En principe, c'est la même autorité qui procède au classement et au déclassement (1).

C. *Affectation et désaffectation des bâtiments aux services publics.* — I. *Affectation.* — Il y a lieu de poser les règles suivantes : 1° L'affectation résulte d'un acte de l'autorité administrative, mais pour entraîner la domanialité publique, cet acte doit être suivi d'une prise de possession effective par le service affectataire ; 2° Lorsque l'édifice est bâti à la suite d'une expropriation qui a nécessité une déclaration d'utilité publique, il n'est pas besoin d'un autre acte administratif pour entraîner l'affectation. Celle-ci est déjà impliquée en effet dans la déclaration d'utilité publique, on exproprie toujours pour un objet déterminé, pour bâtir un hôtel de ville, un marché couvert, etc....; 3° Lorsqu'il s'agit d'affecter à un de ses propres services un édifice qui est d'avance dans son domaine, et qui n'est encore affecté à aucun service, une personne administrative est généralement capable car l'affectation est l'exercice d'un droit de propriétaire. Ainsi peut faire la commune par décision réglementaire du conseil municipal, ainsi peut faire le département par délibération définitive du conseil général (art. 46, n° 4, L. 10 août 1871). Quant à l'État, ses immeubles sont en principe affectés par décret, après avis du ministre des Finances (O. 14 juin 1833 ; D. 24 mars 1852) ; 4° Pour les bâtiments qu'une commune doit fournir à un service d'État en vertu d'une conven-

voir les textes. Chacun des riverains prend le terrain en droit soi, c'est-à-dire dans une direction perpendiculaire à l'axe de la route.

(1) *Routes nationales.* — Elles sont classées et déclassées par un décret en Conseil d'État (D. 16 déc. 1811). Par exception, lorsqu'il s'agit de la création d'une route toute nouvelle, il faut une loi (D. 1811, art. 4 ; L. 27 juill. 1870, art. 1er). — *Routes départementales.* — Elles sont classées et déclassées par le conseil général du département (art. 46, §§ 6, 8, L. 10 août 1871). Les décisions du conseil général sur ce point sont de la catégorie des décisions définitives ; elles sont précédées d'une enquête en la forme de celle qui précède la déclaration d'utilité publique en matière d'expropriation (L. 20 mars 1835 ; D. 13 nov. 1878). — *Chemins vicinaux.* — Le conseil général statue définitivement sur le classement et le déclassement des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun ; la commission départementale sur le classement des chemins vicinaux ordinaires (L. 10 août 1871, art. 46-7° et 86). Le tout après avis des conseils municipaux des communes intéressées. Ces décisions portent, en outre, fixation de la largeur, avec cette observation que pour l'occupation des terrains à bâtir il faut procéder conformément à la loi du 3 mai 1841, c'est-à-dire faire déclarer l'utilité publique par décret (L. 8 juin 1864, art. 2). — *Chemins ruraux.* — Les arrêtés de classement, qui portent ici le nom d'arrêtés de reconnaissance, sont pris par la commission départementale, sur la proposition du préfet, après avis du conseil municipal et après enquêtes. Le déclassement est opéré dans les mêmes formes (L. 20 août 1881, art. 4 et 16). — *Rues et places.* — Le conseil municipal délibère, sauf, approbation préfectorale, sur le classement, le déclassement, le redressement, le prolongement, l'élargissement, la suppression des rues et places publiques (L. 5 avr. 1884, art. 68-7°). Il convient d'ajouter que le caractère des rues et places publiques peut se trouver établi aussi par un usage prolongé (Cass., 13 juill. 1861, *Chicard*).

Source : BIU Cujas

tion, comme les facultés, les casernes, les hôtels des postes, l'affectation a lieu en général par décret.

II. *Désaffectation et changement d'affectation.* — 1° L'affectation étant un acte de puissance publique est toujours révocable, même lorsqu'elle a été effectuée en exécution d'un contrat ou d'une libéralité. Si la désaffectation prononcée dans les formes requises constitue la violation d'un contrat ou des conditions d'une libéralité, la question se réglera par des indemnités ou des restitutions ; 2° Les personnes administratives ont moins de capacité pour désaffecter que pour affecter (1). 3° L'affectataire n'est qu'un détenteur de la chose d'autrui; à moins de stipulation contraire, il est non recevable à réclamer des indemnités pour impenses, améliorations ou constructions (Cour de Paris, 25 avr. 1894, *domaine d'Yseure*) (2).

N° 2. — *Délimitation et alignement.*

Cette matière comprend la détermination des limites des dépendances du domaine public et la protection de ces limites. Il faut distinguer ici encore : 1° les rivages de la mer et des fleuves ; 2° les voies de communication; 3° les bâtiments et terrains affectés à un service public. Aux premiers correspond la matière de la *délimitation* proprement dite, aux secondes celle de *l'alignement*, aux troisièmes une sorte de bornage.

I. *Délimitation des rivages de la mer et des fleuves.* — La délimitation est la fixation des limites des rivages de la mer, des fleuves et des ca-

(1) Ainsi le conseil municipal ne peut prononcer une désaffectation ou un changement d'affectation, même pour un service communal, qu'avec l'autorisation du préfet (art. 58, n° 5, L. 5 avr. 1884). Pour les presbytères, il y a des difficultés spéciales résultant de la question de savoir si le desservant est affectataire ou bien s'il n'a pas plutôt une sorte d'usufruit (V. p. 154). — Le conseil général peut prononcer par décision définitive des changements d'affectation toutes les fois qu'il ne s'agit pas des hôtels de préfecture et de sous-préfecture, des palais de justice, des écoles normales, des casernes de gendarmerie et des prisons (art. 46, n° 4, L. 10 août 1871). Lorsqu'il s'agit de l'un de ces bâtiments, les décisions sont soumises à suspension (art. 48, n° 2). Bien entendu, si un bâtiment municipal a été affecté par décret à un service d'État, il ne peut être désaffecté que par décret.

(2) *Observation.* — En dehors des bâtiments affectés à un service public, il peut y avoir des bâtiments affectés à un usage d'utilité publique et concédés ainsi à des établissements privés, ecclésiastiques ou civils; par exemple, un bâtiment peut avoir été concédé par une commune à un établissement des frères de la doctrine chrétienne. Ces affectations ne font point tomber l'édifice dans le domaine public, elles constituent une forme de subvention ; dans ce cas, au moins lorsqu'elle a été faite par une commune, l'affectation peut perdre son caractère de précarité, et cesser d'être un acte révocable; elle peut être interprétée comme une attribution de jouissance faite en vertu d'un contrat, et l'interprétation de l'acte est de la compétence des tribunaux judiciaires (Trib. des confl., 12 juill. 1890, *frères de la rue Oudinot;* Cass., 17 juin 1901, *id.*). Si la désaffectation peut être prononcée, elle doit l'être dans la même forme que l'affectation (art. 167, L. 5 avr. 1884).

Source : BIU Cujas

naux opérée dans l'intérêt de la navigation, par une décision administrative. Bien que rendu dans l'intérêt de la navigation, l'acte de délimitation n'en produit pas moins des effets au point de vue de la propriété et cela donne lieu à l'application très délicate des règles suivantes : 1° l'acte de délimitation n'est que *déclaratif* de la propriété domaniale, il n'est pas attributif de propriété comme le sont en certains cas les actes d'alignement; 2° il n'appartient qu'à l'autorité administrative de fixer les limites du domaine public *dans le présent*, parce que le service de la navigation est toujours intéressé à cette fixation ; si une contestation s'engage entre un particulier et l'Administration devant l'autorité judiciaire, relativement à la propriété de terrains que l'Administration prétend faire partie du domaine public, la délimitation doit être faite au préalable par l'autorité administrative dans l'intérêt de la navigation et, si l'autorité judiciaire fixe ensuite une autre limite pour la propriété privée, le seul effet de cette fixation sera de donner à l'intéressé droit à une indemnité (V. *infrà*) (1).

a) *Délimitation des rivages de la mer* (Décr.-loi 21 févr. 1852) (2). Cette délimitation donne lieu, aux termes de ce décret, à deux sortes d'actes administratifs différents : 1° *Des décrets de délimitation* rendus en forme de règlements d'administration publique ; 2° Des *arrêtés de domanialité* pris, soit par les préfets maritimes, soit par les préfets de départements et visés par le ministre de la Marine. Tout de suite s'élève la question de savoir pourquoi il y a deux actes et quelle est l'utilité de chacun d'eux :

(1) Le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que la délimitation soit faite par l'autorité judiciaire (C. É. Conflits, 4 mai 1843, *Alibert*; Trib. Conflits, 3 juin 1850, *Vignat;* 11 janv. 1873, *Paris-Labrosse;* 1er mars 1873, *Guillé*, etc... mais l'Administration doit procéder à la délimitation uniquement dans l'intérêt de la navigation, non dans celui de l'agrandissement du domaine (C. É., 6 août 1861, *Revol;* 9 janv. 1868, *Archambaud.* — Cfr. Picard, *Traité des eaux*, t. III, p. 68; t. V, p. 52). — S'il s'agit d'une délimitation dans le passé, c'est-à-dire s'il s'agit de savoir si des terrains ont fait partie du domaine public *autrefois* et non pas *actuellement*, alors, comme il y va tout au plus des intérêts du domaine privé de l'État dans lequel actuellement les terrains peuvent être tombés, la puissance publique n'a pas à intervenir et les limites peuvent être déterminées par le tribunal civil (Cfr. Picard, *op. cit.*, III, p. 68).

(2) Un point particulièrement délicat, c'est la question de savoir où s'arrête le rivage de la mer à l'embouchure des fleuves, pour faire place à la rive du fleuve. Il y a des intérêts pratiques au point de vue des alluvions, nous savons que les riverains des fleuves profitent des alluvions, tandis que les riverains du rivage de la mer n'en profitent pas. Divers systèmes ont été soutenus, notamment celui qui fait remonter le rivage de la mer jusqu'au point où le flux se fait sentir dans le fleuve, ce qui est beaucoup trop haut. Le Conseil d'État a adopté un système complexe dans lequel on tient compte, en les combinant, des éléments suivants : le parallélisme des rives, le degré de salure de l'eau, la nature fluviale de la végétation et des atterrissements sur les bords (Cons. d'Ét., 10 mars 1882, *baie de la Seine*, Avis cons. d'Ét., 26 juin 1884; avis Cons. d'Ét., 16 janv. 1890; cfr. Picard, *Traité des eaux*, t. V, p. 29 et s.; Léon Aucoc, *De la délimitation du rivage de la mer à l'embouchure des fleuves*, Annales de l'école libre des scienees politiques, 1887.

Source : BIU Cujas

L'opinion la plus sage est que les arrêtés de domanialité ne peuvent intervenir qu'après un décret de délimitation qui a eu pour objet toute une étendue de rivage, pour appliquer ce décret à telle ou telle parcelle riveraine. Les arrêtés de domanialité sont ainsi un moyen de faire connaître aux parties intéressées la délimitation telle qu'elle résulte du décret; ils ont une utilité comparable à celle des *alignements individuels*, lorsque ceux-ci s'appuient sur un plan général d'alignement. Mais ne constituant qu'un acte de notification, ils ne peuvent faire l'objet d'un recours contentieux (C. É., 1er févr. 1901, *Nollet*).

b) *Délimitation des fleuves.* — Les fleuves sont délimités par arrêté préfectoral rendu après enquête et sous l'approbation du ministre des Travaux publics (L. 8 avr. 1898, art. 36). Les canaux de navigation également (L. 22 déc. 1789; cf. Picard, *op. cit.*, III, 586).

Nous savons qu'on doit appliquer une règle qui paraît simple et attribuer au fleuve tout ce qui est couvert par le plan d'eau le plus élevé avant toute inondation (même art. 36). Dans la pratique, la détermination de ce plan d'eau donne lieu à des difficultés, à cause de la pente du fleuve. On est obligé de procéder par échelons, de diviser le fleuve en sections et de déterminer le plan d'eau en prenant le niveau des terrains les plus bas dans chaque section. La conséquence de cette façon de procéder est que presque jamais le lit du fleuve ne remonte jusqu'à la crête des berges, que les talus des berges sont très fréquemment la propriété des riverains (Cons. d'Ét., 22 mars 1889, *Véron;* 24 janv. 1890, *Drouet;* 6 juin 1890, *Dolnet*) (1).

c) *Des voies de recours contre les actes de délimitation. Théorie des recours parallèles.* — La délimitation est un bornage opéré d'une façon non contradictoire. L'opération peut avoir été mal faite, une propriété riveraine peut avoir été à tort englobée dans les dépendances du domaine public ou tout autre préjudice avoir été causé aux riverains (Cfr. l'hypothèse intéressante de C. É., 1er févr. 1901, *Nollet*). Quelles voies de recours le propriétaire riverain a-t-il à sa disposition? La jurisprudence admet qu'il en a deux : 1° le recours pour excès de pouvoir contre l'acte de délimitation, qui peut entraîner annulation de cet acte et par conséquent restitution du terrain; 2° une action devant le tribunal civil, qui peut aboutir à une indemnité payée par l'Administration à cause de l'emprise du terrain. L'intéressé a le choix entre les deux voies, on appelle cela le système des recours parallèles (2).

(1) Le ministère des Travaux publics est ici en désaccord avec le Conseil d'État, il voudrait l'indépendance des deux rives et même l'indépendance des différents profils d'une même rive. — Procédé bien plus près de la réalité, car les accidents de terrain font gonfler et refluer les eaux à certains endroits et il n'est pas dit qu'un fleuve ait la même hauteur des deux côtés (Cfr. Picard, *op. cit.*, t. III, p. 53).

(2) Pendant longtemps le Conseil d'État avait refusé de recevoir les recours contentieux dirigés contre les actes de délimitation, il prétendait que ces actes étaient dis-

Source : BIU Cujas

Cette construction originale de la jurisprudence, en même temps qu'elle s'explique par une évolution historique, se maintient par la faveur dont est entouré le droit de propriété et par le désir d'aérer le droit administratif, de ne pas rendre la juridiction administrative odieuse en interprétant son monopole d'une façon trop rigoureuse. Elle ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs parce que l'autorité judiciaire, en fixant une indemnité de dépossession, n'apprécie aucunement la validité de l'acte de délimitation; l'indemnité est fondée uniquement sur le fait de la dépossession définitive et celle-ci résulte, moins de l'acte de délimitation, que de l'occupation réalisée par l'Administration au nom du service de la navigation. En d'autres termes, la dépossession définitive est ici une circonstance séparable de l'acte administratif (1).

crétionnaires et ne pouvaient être annulés, même sous le prétexte d'emprise de la propriété privée (Cons. d'Ét., 4 avr. 1845, *Barsalou ;* 31 mars 1847, *Ballias ;* 7 août 1856, *David*). Puis, à partir de 1860, par un revirement complet, il a au contraire admis les recours (Cons. d'Ét., 27 mai 1863, *Drillet de Lanigou ;* 27 juin 1884, *ville de Narbonne.* pour les rivages de la mer. — Cons. d'Ét., 13 déc. 1866, *Coicaud ;* 9 janv. 1868, *Archambaud ;* 30 mai 1873, *Pascal*, etc...., pour les fleuves). De sorte que, avec la nouvelle jurisprudence du conseil, des recours pour excès de pouvoir peuvent être formés, peuvent réussir, et l'acte de délimitation étant annulé en tant que besoin, le riverain reprendra son héritage en nature, comme s'il n'avait jamais été annexé au domaine.

Mais, alors que le Conseil d'État refusait d'annuler les actes de délimitation et que par conséquent l'emprise demeurait définitive, la Cour de cassation admettait que cette emprise équivalait à une expropriation indirecte et elle déclarait recevables des actions en indemnité portées devant les tribunaux civils, à la suite desquelles l'Administration était condamnée, non pas à restituer le terrain puisqu'il demeurait annexé, mais à en payer la valeur à titre d'indemnité d'expropriation (Cass., 23 mai 1849, *préfet du Rhône ;* 20 mai 1862, *Perrachon*, etc.). Le Conseil d'État avait acquiescé à cette combinaison (Cons. d'Ét., 20 avr. 1854, *ville de Nogent-sur-Seine*). Depuis la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État, qui admet l'annulation des actes de délimitation et la possibilité pour le riverain de recouvrer son héritage à la suite de cette annulation, il semble que les actions en indemnité portées devant les tribunaux civils soient devenues sans objet, car elles n'avaient été qu'un moyen d'obtenir justice par une voie détournée, alors qu'il n'y avait pas de voie directe, et maintenant la voie directe existe.

Malgré ces raisons de douter, la Cour de cassation a continué d'admettre les actions en indemnité portées devant les tribunaux civils (Cass., 6 nov. 1872, *Ouizille*) et qui plus est, cette jurisprudence a été approuvée par le Tribunal des conflits (Trib. Confl., 11 janv. 1873, *Paris-Labrosse ;* 1er mars 1873, *Guillé*). De telle sorte que, actuellement, les deux voies de recours s'ouvrent devant la partie intéressée.

(1) La théorie des recours parallèles ne s'établira pas sans de longues controverses doctrinales. Bien des auteurs déjà s'étaient montrés hostiles (Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 6e édit., t. II, p. 151 ; Schlemmer dans le t. VIII des *Annales des ponts et chaussées ;* Picard, *Traité des eaux*, t. III, p. 78; Léchalas, *Manuel de droit adm.*, t. II, 2e partie, p. 189 et s.), mais devant une jurisprudence très ferme et devant la haute autorité de M. Laferrière qui, après quelques hésitations, avait approuvé cette jurisprudence et avait insisté sur sa signification libérale (*Jurid. adm.*, 2e édit., t. I, p. 544 et s.), les critiques s'étaient apaisées. Brusquement la querelle vient de se réveiller à propos de l'art. 36 de la loi du 8 avril 1898 relatif à la délimitation des fleuves navigables. M. Berthélemy a soutenu que cet article, et surtout les travaux préparatoires de la loi, contenaient

Source : BIU Cujas

II. *Protection des limites des rivages de la mer, des fleuves et des canaux.* — Les entreprises faites sur les rivages de la mer, sur le lit des

la condamnation de la jurisprudence des recours parallèles (*Revue générale d'administration*, 1899, I. 385; *Traité élém. de droit adm.*, 2e éd., p. 456); l'opinion contraire a été défendue par M. Bouvier (*La délimitation du domaine public fluvial*, *Rev. critique*, 1899, nos 1 et 2) et par M. Sanlaville, *La délimitation des fleuves et rivières*, *Rev. générale d'administration*, 1899, t. III, p. 395). De la lecture de ces articles, tous excellents, on retire cette conviction qu'en réalité la loi du 8 avril 1898 n'a rien changé à la situation légale antérieure; le texte de l'art. 36 est semblable à celui de l'art. 2 du décret du 21 févr. 1852 sur la délimitation du rivage de la mer; quant aux travaux préparatoires ils sont confus, on y trouve des affirmations contradictoires; d'ailleurs, il n'est pas d'une bonne méthode de chercher des arguments dans les travaux préparatoires, la force de ces arguments diminue à mesure qu'on s'éloigne de l'époque de la rédaction, le texte finit par rester seul en présence des situations à régler; donc, dès le début, les choses doivent se passer comme si le texte était très ancien. La jurisprudence ne s'est pas émue de la loi nouvelle, le Tribunal des conflits par une décision du 10 décembre 1898, *Mirandol*, a persisté dans son système. Mais si cette reprise de la discussion n'a pas compromis l'avenir de la théorie des recours parallèles, elle est néanmoins pour les partisans de cette théorie un avertissement qu'il y a lieu d'en examiner de très près la base véritable. C'est ce que nous allons essayer de faire brièvement :

1° Le point de départ de la théorie est que le principe de la séparation des pouvoirs, pour si important qu'il soit, n'a pourtant qu'une valeur relative, en quoi il ressemble à tous les principes juridiques; il peut donc être limité dans ses applications par d'autres principes venant prendre place à côté de lui. Ce point de départ est inattaquable. M. Berthélemy, *op. cit.*, p. 456, l'oublie certainement lorsqu'il cherche à enfermer toute la question dans ce dilemme : « De deux choses l'une : ou bien la délimitation admi-« nistrative est tenue pour exacte, et il ne saurait, sans contradiction à l'acte administra-« tif, être jugé qu'elle empiète sur la propriété privée; ou bien il y a réellement empié-« tement sur la propriété privée, mais alors c'est que la délimitation est inexacte et son « inexactitude ne peut être déclarée que par le Conseil d'État. » On échappe bien facilement à ce dilemme en faisant observer que le principe de la séparation des pouvoirs réserve seulement à l'autorité administrative l'appréciation de la validité des actes administratifs et la connaissance de leurs conséquences inséparables, *mais qu'il ne s'étend pas aux conséquences de ces actes qui par elles-mêmes en sont « séparables »*. Si donc l'empiétement sur la propriété privée peut être rattaché à une conséquence de l'acte de délimitation *séparable* de cet acte, il ne sera pas vrai de dire qu'en constatant l'empiétement on contredit à l'acte. M. Berthélemy a le tort d'argumenter comme si le principe de la séparation de pouvoirs était absolu alors qu'il est relatif, comme celui de l'autorité de la chose jugée et comme tant d'autres;

2° La question est donc de savoir si l'empiétement qui résulte d'une délimitation mal faite est ou non une conséquence *séparable* de l'acte de délimitation. Or, cette question se ramène à la distinction de l'existence juridique de l'acte administratif et de son existence matérielle. Les actes administratifs sont des faits en même temps que des actes : considérés comme des actes, on n'y peut toucher sans toucher par là même à leurs effets juridiques et par conséquent à la volonté administrative qui les a inspirés; considérés comme des faits ils appartiennent à l'histoire, c'est-à-dire à tout le monde et par là même à l'autorité judiciaire. Le droit administratif connaît cette distinction, elle est appliquée dans la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique pour déterminer la compétence du tribunal civil qui prononce le jugement d'expropriation, ce tribunal n'a pas le droit d'apprécier la validité juridique des actes administratifs qui ont déclaré l'utilité publique du travail ou la cessibilité des terrains, mais il a le droit de constater leur existence matérielle ou leur inexistence. Eh bien! la même distinction

Source : BIU Cujas

fleuves et sur les dépendances des canaux, constituent des contraventions de grande voirie qui sont de la compétence du conseil de préfecture. La contravention entraîne : 1° le rétablissement des lieux dans l'état primitif ; 2° une amende variable, mais dont le minimum est de 16 francs et qui peut s'élever à 50 et même à 300 francs. Donc les riverains doivent bien faire attention à respecter la limite de ces dépendances du

s'impose ici. L'emprise du terrain résultant d'une délimitation mal faite ne saurait être considérée comme une conséquence juridique de l'acte de délimitation, puisque cet acte par sa nature n'est pas attributif de propriété, mais purement déclaratif ; un acte ne saurait produire des effets juridiques contraires à sa nature. Si un effet de ce genre s'est produit, il provient de l'existence matérielle de l'acte, par suite de certaines complications qu'elle entraîne, mais non pas de son existence juridique. C'est bien le cas dans notre hypothèse. En réalité, l'existence matérielle de l'acte de délimitation sert de base à une occupation des terrains par le service administratif chargé de la navigation, le service va y exercer sa police, y faire des concessions, y percevoir des produits ; et cette occupation sera définitive, toujours à cause de l'existence matérielle de l'acte de délimitation, parce que tant que cet acte ne sera pas rapporté, le service administratif se gardera bien de renoncer à l'emprise. Il la retiendra, non pas à cause de la vertu juridique de l'acte de délimitation, mais à cause de sa seule existence matérielle dont les règles hiérarchiques lui imposent le respect. L'existence matérielle de l'acte de délimitation entraîne donc l'occupation des terrains. Il se produit là un accident comparable à ceux qu'amène parfois la plantation d'un ouvrage public si on l'établit par erreur sur des parcelles de propriété privée qui n'ont pas été expropriées ; l'occupation ne résulte d'aucun acte juridique, mais de la seule existence matérielle de l'ouvrage, elle est définitive cependant parce que personne ne songe à faire démolir l'ouvrage mal planté. Dans ces deux cas l'occupation définitive est un fait séparable des actes administratifs qui sont intervenus, elle n'est la conséquence juridique d'aucun ;

3° Du moment que l'occupation définitive qui s'établit à la suite d'une délimitation mal faite est séparable des conséquences juridiques de cet acte, nous ne sommes pas obligés d'appliquer la compétence administrative, il y a place pour la compétence judiciaire et nous rencontrons immédiatement un principe qui nous l'impose. De cette occupation définitive opérée par l'Administration il résulte une *dépossession définitive* pour le propriétaire, or c'est maintenant un principe admis que la dépossession définitive, lorsqu'elle n'est pas le résultat directement voulu par une opération administrative, lorsqu'elle est pour ainsi dire un accident, donne lieu par elle-même à une indemnité de dépossession et rend le tribunal judiciaire compétent pour apprécier tous les éléments de l'indemnité. Ce principe nouveau n'est même pas une limitation du principe de la séparation des pouvoirs, il est bien plutôt, ainsi que le dit M. Laferrière, une façon plus large de l'entendre, il en est une interprétation bilatérale. En face de la compétence exclusive de l'autorité administrative pour l'appréciation de la validité des actes administratifs, il pose la compétence exclusive de l'autorité judiciaire pour l'appréciation de l'indemnité en cas de dépossession définitive ; en face de privilège de la Puissance publique, il pose celui de la propriété privée. La théorie de la dépossession définitive a été consacrée par la jurisprudence en matière d'ouvrage public planté par erreur sur un terrain privé non exproprié, et là cependant il s'agissait de limiter la compétence du conseil de préfecture sur les conséquences d'une opération de travaux publics, compétence que l'on sait très envahissante (Conf. 26 mai 1894, *de Gasté ;* 29 juin 1895, *Sanières ;* cfr. Léchalas, *Droit adm.*, t. II, deuxième partie, p. 159). — C'est elle aussi qui est consacrée par l'ensemble des décisions rendues sur notre matière (V. notamment la décision *Mirandol*, conf. 10 déc. 1898). — Sur la théorie de la dépossession définitive, V. *suprà*, p. 240 et *infrà*, expropriation indirecte.

Source : BIU Cujas

domaine public, soit qu'ils établissent des constructions, soit qu'ils établissent des clôtures. Mais il faut noter qu'ils ne sont pas tenus à demander autorisation préalable quand ils veulent faire des travaux de ce genre; en d'autres termes, ils ne sont pas tenus à demander *alignement individuel*, même le long des fleuves et des canaux. La servitude d'alignement n'existe qu'en vertu de textes. Ils agissent donc à leurs risques et périls (1). Cependant, il leur est loisible, par mesure de précaution, de demander un *arrêté de domanialité* au préfet (Cfr. Picard, *Traité des eaux*, t, III, p. 183; t. V, p. 126, 212).

B. *De l'alignement* (2). — L'alignement est la fixation des limites des voies de communication dans l'intérêt du service de la voirie. La législation de l'alignement fournit aussi les moyens de protéger ces limites, une fois qu'elles sont fixées. Le droit d'alignement est un droit de puissance publique, en aucun cas un tribunal judiciaire ne doit fixer les limites d'un chemin; si en l'absence d'alignement une difficulté s'élève sur les limites réelles, il appartient à l'Administration de la résoudre (Cons. d'Ét., 4 juill. 1884, *Peytavie*)(3).

I. *Fixation des limites par l'alignement.* — α) *Des plans d'alignement.* — Il y a deux espèces de plans d'alignement : 1° ceux qui existent pour les routes et chemins classés dans des catégories déterminées, tels que routes nationales, départementales, chemins vicinaux. Ces plans qu'il ne faut pas confondre avec les actes portant fixation du tracé de la voie, sont dressés par le service compétent *après achèvement de la voie*, ils peuvent contenir des redressements, des élargissements, des rétrécissements de la voie, ils sont soumis à enquête et homologués par l'autorité supérieure(4). Ils s'appliquent tout le long de la voie, même dans la traversée des champs en dehors des agglomérations bâties, par conséquent aux maisons isolées(5);

(1) Cette doctrine, qui résulte des arrêts du Conseil d'État des 26 juin 1843, 28 juin 1844, 19 déc. 1848, avait été précédée de la doctrine contraire.

(2) *Bibliographie*, Delanney, *Traité de l'alignement.*

(3) Pour les contraventions de petite voirie, en cas d'anticipation sur les chemins vicinaux, il peut s'élever des contestations sur le véritable alignement du chemin, il n'appartient pas au juge de paix de connaître de cette question. Le juge de paix est juge des dégradations, non pas des restitutions (Trib. Confl., 21 mars 1850, *Morel-Wass;* cass., 19 juin 1851, *Bausseron;* 30 déc. 1859, *Ricard*). — Le juge de paix n'est juge des anticipations que pour la petite voirie urbaine (Cons. d'Ét., 22 févr. 1855, *Moreau;* cfr. Laferrière, *Traité de la juridict. adm.*, t. I, p. 704).

(4) Par décret pour les routes nationales, les chemins de fer et les routes départementales; par délibération du conseil général pour les chemins vicinaux de grande et de moyenne communication; par délibération de la commission départementale pour les petits chemins vicinaux.

(5) Il n'était pas admis qu'il y eût en ce sens de plans d'alignement pour les chemins ruraux. Même depuis la loi du 20 août 1881, et alors que des plans avaient été dressés lors de la reconnaissance du chemin, les limites ne pouvaient être modifiées que par expropriation. Il n'y avait ni occupation des terrains nus, ni servitude de recule-

Source : BIU Cujas

2° Ceux qui sont dressés dans une ville, ou tout au moins dans une agglomération bâtie, à titre d'opération municipale, dans un but de salubrité et de sécurité pour la circulation. Ces plans municipaux d'alignement peuvent porter sur toute espèce de voies; non seulement sur les rues et places qui ne sont classées dans aucune catégorie, qui sont seulement affectées par l'usage, mais sur les voies classées, routes nationales, départementales, etc., dans leur traversée de la ville; ils peuvent être généraux ou particuliers à telle ou telle voie; ils peuvent contenir des projets de rues nouvelles à construire aussi bien que des redressements de rues anciennes; ils constituent une dépense obligatoire pour toutes les communes (art. 136, § 14, L. 1884), mais dans la pratique on ne les impose pas. Ils sont dressés par le service chargé de la voie, soumis à enquête dans les conditions prescrites par le titre II de la loi du 3 mai 1841, délibérés et homologués par des autorités diverses (1).

Enfin, l'art. 3 de la loi du 13 avril 1900 est venu les soumettre aux mêmes conditions d'affichage et de publication dans les journaux que le jugement d'expropriation, en même temps qu'il leur confère la même vertu pour la purge des droits réels sur les parcelles réunies à la voie publique et qu'il dispense des frais de timbre et d'enregistrement tous les actes auxquels ils donnent lieu (2).

β) *Effets des plans d'alignement. — Servitudes d'alignement.* — Les deux espèces de plans d'alignement produisent les mêmes effets très graves, du moins lorsqu'ils s'appliquent à des voies déjà ouvertes à la circulation (3); quelques-uns de ces effets ressemblent à ceux de l'expro-

ment. L'art. 3 de la loi du 13 avril 1900 en faisant figurer dans son énumération les plans d'alignement des chemins ruraux semble avoir voulu leur faire produire les mêmes effets qu'aux autres (V. *infrà*).

(1) Le conseil municipal délibère sur les plans d'alignement des voies municipales (L. 5 avr. 1884, art. 68, § 7). — Le conseil général donne son avis pour les traverses des routes départementales (Av. Cons. d'Ét., 15 juill. 1879). — Le conseil des ponts et chaussées donne son avis pour les traverses des routes nationales (Circ. minist., 24 oct. 1845). — Ils sont homologués par un décret en Conseil d'État quand ils concernent les routes nationales et départementales, ainsi que les rues des villes, bourgs et villages qui leur font suite, les rues de Paris et les chemins de fer; — par arrêté préfectoral pour les rues des villes; — par décision du conseil général pour les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun (art. 44, L. 1871); — par décision de la commission départementale pour les chemins vicinaux ordinaires (art. 86, L. 1871), et pour les chemins ruraux (art. 13, L. 20 août 1881).

(2) Les dispositions contenues dans le 1er paragraphe de l'art. 15 et dans les art. 16, 17, 18 et 58 de la loi du 3 mai 1841 sont applicables à tous les actes ou contrats relatifs à l'acquisition des terrains, même clos ou bâtis, poursuivie en exécution d'un plan d'alignement régulièrement approuvé pour l'ouverture, le redressement, l'élargissement des rues ou places publiques, des chemins vicinaux et des chemins ruraux reconnus.

(3) Quant aux plans d'alignements qui contiennent des projets de rues nouvelles à construire, ils ne produisent aucun effet vis-à-vis des tiers jusqu'au moment où les procédures d'expropriation en vue du percement ont été ouvertes et même jusqu'au moment

Source : BIU Cujas

priation, c'est pour cela que les plans sont soumis à enquête et il est admis que leur homologation équivaut à déclaration d'utilité publique. Ces effets sont les suivants :

— Lorsque, par application d'un plan d'alignement, la voie publique se trouve élargie : 1° Les terrains non bâtis ou non clos inclus dans les limites fixées par le plan se trouvent *ipso facto* acquis à la voie avec purge des droits réels, sans procédure d'expropriation, mais moyennant indemnité ultérieure, la purge des droits réels s'opère conformément à la loi du 3 mai 1841 (C. É., avis 7-21 août 1839; Cass., 5 nov. 1868, *Malgras*; art. 3, L. 13 avril 1900; V. *Revue d'adm.*, 1901, II, p. 76); — 2° Les terrains bâtis sont grevés de la servitude de *reculement*. Il ne peut plus y être fait de travaux confortatifs (1); le jour où ils seront démolis ou tomberont de vétusté, le sol sera réuni à la voie publique moyennant une indemnité qui ne représentera que la valeur du terrain nu (2); — 3° Les terrains bâtis ou clos peuvent aussi être acquis par des cessions amiables qui s'appuient sur la procédure du plan d'alignement comme elles s'appuieraient sur une procédure d'expropriation, qui produisent les mêmes effets de purge des droits réels qu'un jugement d'expropriation et qui sont dispensées du timbre et de l'enregistrement (art. 3, L. 13 avr. 1900).

— Lorsque, au contraire, par l'application d'un plan d'alignement, la voie est diminuée de largeur, les propriétaires riverains ont un droit de préemption sur les terrains au droit de leurs propriétés (V. p. 612).

γ) *Du cas où il n'existe pas de plan d'alignement.* — Il s'en faut de beaucoup qu'il y ait des plans d'alignement établis pour toutes les voies publiques, ou à l'intérieur de toutes les agglomérations bâties. Après des hésitations, la jurisprudence s'est fixée en ce sens que là où il n'y a pas de plan d'alignement, il n'y a pas non plus les servitudes de l'alignement, notamment celle de reculement, et que les autorités chargées de la garde de la voie doivent se borner à assurer les limites *actuelles* (Pour la voirie municipale, Cons. d'Ét., 5 avr. 1862, *Lebrun;* Cass., 11 déc. 1869, *Michaud;* 4 févr. 1882, *Astrié;* — pour la grande voirie, Cons. d'Ét., 10 févr. 1865, *Sammartin;* 25 mars 1867, *Valleron;* — pour la voirie vicinale, Cons. d'Ét., 31 mars 1865, *Poncelet;* 6 mars

où les arrêtés de cessibilité ont été rendus. — A partir de la date des arrêtés de cessibilité, l'autorité compétente peut valablement refuser les alignements individuels et les autorisations de bâtir aux anciennes limites (C. É., 12 janv. 1883, *Matussière*).

(1) La notion des travaux confortatifs est une question de pratique administrative et l'autorité administrative a seule qualité pour apprécier le caractère confortatif des travaux (Cass., 4 août 1893, *Veuve Gey*). Il est bon d'ajouter que, par mesure de police, l'Administration peut faire démolir les édifices qui menacent ruine (V. p. 527).

(2) Dans ces deux cas, l'indemnité est réglée en principe par le jury d'expropriation, seulement le règlement est postérieur à la prise de possession (Av. Cons. d'Ét., 1er avr. 1841). Par exception, pour les chemins vicinaux, l'indemnité est réglée par le juge de paix du canton sur rapport d'experts (L. 21 mai 1836, art. 15).

Source : BIU Cujas

1885, *Saurin*; 6 août 1898, *Laroze*; Cass., 14 mars 1870, *Commune de Vaudrey*).

II. *Protection des limites par l'alignement. — De l'alignement individuel.* — Les autorités compétentes délivrent à la requête des riverains des *arrêtés individuels d'alignement* qui indiquent, à propos d'une parcelle déterminée de terrain, la ligne séparative de la voie publique telle qu'elle est fixée par les règles précédentes. C'est un simple renseignement pour le propriétaire riverain, mais un renseignement qu'il est souvent obligé de demander. Les riverains sont tenus de demander un alignement individuel toutes les fois qu'ils veulent construire ou reconstruire un mur sur la ligne séparative de la voie publique (1), s'ils veulent simplement faire des travaux à un mur de façade (2), de même, pour les saillies fixes, balcons, colonnes, marches, et les saillies mobiles, enseignes, devantures de magasin, ils doivent demander des autorisations qui sont révocables. Les infractions à ces prescriptions sont réprimées par le tribunal de simple police pour la petite voirie, par le conseil de préfecture pour la grande voirie; elles entraînent une amende, sans préjudice de la démolition s'il y a lieu (3).

Les autorités compétentes pour délivrer les alignements individuels et les permissions de voirie sont : 1° Pour la grande voirie et les chemins vicinaux de grande communication ou d'intérêt commun, le préfet. Dans les arrondissements autres que celui du chef-lieu, le préfet peut être remplacé par le sous-préfet lorsqu'il existe un plan d'alignement. Le maire doit être consulté; 2° Pour les rues, places, chemins vicinaux ordinaires et chemins ruraux, le maire. L'alignement individuel n'est valable que pour un an.

La décision contenant refus de délivrer un alignement peut être attaquée par le recours pour excès de pouvoir (Cons. d'Ét., 22 mai 1869, *Labille*). De plus, le silence gardé par le maire lorsque c'est à lui à délivrer l'alignement, autorise le préfet à substituer son action à la sienne (art. 85, 98, *in fine*, L. 5 avr. 1884) (4).

C. *Le bornage des bâtiments et terrains affectés à un service pu-*

(1) Ils y sont tenus, même lorsqu'ils veulent construire en arrière de cette ligne, au moins dans les villes (Cass., 27 juill. 1876, *Puyparlier*). — La jurisprudence du Conseil d'État est contraire (Cons. d'Ét., 17 févr. 1859, *Catillon*).

(2) Le Conseil d'État restreint l'obligation aux murs qui sont exactement à l'alignement, il ne l'étend pas à ceux qui sont en retrait (Cons. d'Ét., 11 mai 1854, *Loquesne*), la Cour de cassation l'applique aux murs en retrait (Cass., 11 avr. 1862, *Lebrun*).

(3) Sur la question de la démolition de la *besogne mal plantée*, il y a des divergences considérables entre la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation en général plus sévère. — V. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. II, p. 667.

(4) Le refus d'alignement peut même entraîner indemnité s'il est lié à une opération de travaux publics projetée par l'administration et s'il apparaît ainsi comme un dommage résultant des travaux publics. V. sur cette question des recours contre les refus d'alignements, note dans Sirey 1902. 3. 41, sous C. É., *dame Sanoner*.

Source : BIU Cujas

blic. — Pour le domaine militaire les règles du bornage se trouvent dans un décret du 10 août 1853. C'est une opération contradictoire. Lorsque le bornage est opéré sur le terrain, procès-verbal en est dressé. Ce procès-verbal est déposé à la mairie, les intéressés ont trois mois pour se pourvoir devant le conseil de préfecture. Dès qu'il a été définitivement statué sur le recours, le procès-verbal est homologué par décret.

Pour les bâtiments affectés aux services publics, l'Administration pratique le bornage ordinaire avec action en justice, parce qu'elle considère que ces bâtiments ne sortent pas du domaine privé. La conséquence logique de l'opinion qui fait tomber les bâtiments dans le domaine public, est que le bornage deviendrait un acte de puissance publique et devrait être fait par un arrêté analogue aux arrêtés de délimitation.

N° 3. — *La police du domaine public, la voirie, les servitudes domaniales* (1).

Il s'agit ici de tout ce qui est police de conservation du domaine public, et en même temps de tout ce qui est police de l'usage du public, là où cet usage a lieu. Ces règles de police entraînent : 1° pour les citoyens des obligations; 2° pour les fonds riverains de véritables servitudes d'utilité publique. La police du domaine public ne forme pas un corps de règles pour toutes les dépendances du domaine public, mais seulement pour la voirie. La voirie est relative aux voies de communication et aux rivages de la mer, ainsi qu'à certaines matières assimilées. Tout ce qui est bâtiment reste en dehors de cet ensemble de règles. Cela tient en grande partie à ce que jusqu'ici, grâce à la doctrine et à la jurisprudence admises, il y a peu de bâtiments dans les dépendances du domaine public. Cependant il y a les églises et édifices consacrés aux cultes et aussi les cimetières (2). Il résulte de cette situation que, pour tout ce qui est bâtiment, la protection et la conservation s'obtiennent par les voies du droit civil, actions pétitoires et possessoires (3).

(1) Louis Courcelle, *Traité de la voirie*, 1901.

(2) La question de savoir si les cimetières sont ou non des dépendances du domaine public est discutée (V. p. 609); ce qui est certain, c'est que le voisinage des cimetières entraîne des servitudes, au moins lorsqu'il s'agit de ceux qui ont été transférés à une certaine distance des habitations en vertu du décret du 23 prairial an XII :

« Nul ne peut, *sans autorisation*, élever aucune habitation, ni creuser aucun puits, « à moins de 100 mètres des *nouveaux* cimetières transférés hors des communes en « vertu des lois et règlements » (D. 7 mars 1808).

(3) Aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'il soit pris des arrêtés de police par les autorités compétentes. Ainsi le maire peut prendre des arrêtés de police relatifs à la conservation des bâtiments municipaux ou des cimetières. Il en prend bien relatifs à la conservation des jardins et promenades publiques, qui ne font pas non plus partie de la voirie. Il en prend bien relatifs à la conservation des bois communaux, des pâturages communaux, qui ne sont même pas des dépendances du domaine public. Mais ces arrêtés sont dépourvus de sanction pénale (V. p. 28).

Source : BIU Cujas

Police de la voirie et servitudes qui en découlent. — La police de la voirie est un ensemble de règles relatives, soit à la conservation des voies de communication, soit à la circulation qui se produit sur ces voies de communication. Ces règles sont de nature pénale, lorsqu'il est contrevenu aux obligations ou aux servitudes d'utilité publique qu'elles imposent, il y a *contravention* proprement dite relevant des tribunaux répressifs. Outre l'action publique ayant pour but l'application d'une amende, il naît une action civile, soit en réparation des dégradations, soit en restitution du terrain usurpé ; l'action civile en réparation se prescrit par le même laps de temps que l'action publique, c'est-à-dire par un an (1) ; il n'en est pas de même de l'action en restitution, il faut la considérer comme une action en revendication domaniale imprescriptible (Cfr. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. II, p. 667 et v. p. 583).

On distingue la *grande voirie* et la *petite voirie*. L'intérêt de la distinction est tiré de ce que, dans certains cas, les infractions aux règles de police de grande voirie constituent des *contraventions de grande voirie*, qui sont de la compétence des conseils de préfecture (2) et qui sont punies d'amendes assez élevées, parce qu'elles sont prononcées par des textes de l'ancien régime (elles ont cependant été modérées par une loi du 23 mars 1842) (3), tandis que les infractions aux règles de la petite voirie sont toujours des contraventions de simple police justiciables des tribunaux de simple police et punies d'amendes légères. De plus, les

(1) Ces réparations sont parfois considérables, par exemple en cas d'avaries occasionnées par des navires échoués dans les ports ; à tel point qu'une loi du 12 août 1885 a autorisé ici la libération par abandon du navire (art. 216, C. comm.).

(2) Cette compétence résulte de la loi du 29 floréal an X (art. 1er et 4). Elle constitue ce qu'on appelle la compétence *répressive* du conseil de préfecture, et c'est une exception aux principes généraux, parce que d'ordinaire les juridictions administratives ne sont pas répressives ; cette compétence répressive est d'ailleurs limitée aux amendes ; quelques-unes des contraventions de grande voirie entraînent la peine de l'emprisonnement, mais la peine alors n'est pas appliquée par le tribunal administratif, l'affaire est renvoyée devant le tribunal correctionnel. On estime que les tribunaux ordinaires sont gardiens de la liberté individuelle (V. d'ailleurs, art. 27, L. 16 sept. 1807).

(3) « A dater de la promulgation de la présente loi, les amendes fixes, établies par « les règlements de voirie antérieurs à la loi des 19-22 juillet 1791, pourront être modé- « rées, eu égard au degré d'importance ou aux circonstances atténuantes des délits, jus- « qu'au vingtième desdites amendes, sans toutefois que ce minimum puisse descendre « au-dessous de 16 francs. A dater de la même époque, les amendes dont le taux, d'après « ces règlements, était laissé à l'arbitraire du juge, pourront varier entre un minimum « de 16 francs et un maximum de 300 francs. » Malgré le chiffre élevé des amendes, les contraventions de grande voirie sont traitées comme des contraventions et non comme des délits, par conséquent : 1° fait matériel punissable en dehors de toute intention de nuire ; 2° prescription d'un an à compter de l'infraction pour l'action publique, deux ans à partir de la condamnation pour la peine.

Sur la nature de l'amende dans les contraventions de grande voirie, V. Sirey, 1897. 3. 113, note sous C. É., 8 mai 1896, *Gilotte ;* art. Larcher. *Revue critique,* février-mars 1899.

Source : BIU Cujas

règles de la grande voirie sont presque toutes contenues dans des règlements antérieurs à 1789, qui ont été provisoirement confirmés par la loi des 19-22 juillet 1791 (tit. Ier, art. 29, § 2), tandis que les règles de la petite voirie sont toutes contenues dans des textes postérieurs, à 1789, arrêtés préfectoraux ou municipaux.

Les voies de communication sont réparties dans la grande et la petite voirie à raison de leur importance.

I. *Grande voirie.* — Font partie de la grande voirie : les routes nationales et départementales, toutes les rues de Paris, les chemins de fer, les fleuves et canaux, les rivages de la mer, certaines matières assimilées.

A. *Routes nationales et départementales.* — Il y a lieu de distinguer la police de conservation des routes et la police de la circulation ou police du roulage. Nous nous occuperons seulement au texte de la police de conservation. Elle impose d'abord à tout le monde l'obligation de respecter la voie, de ne commettre ni anticipations, ni détériorations et de ne pas faire de dépôts encombrants (1). Elle comporte ensuite des servitudes de voirie. Ces servitudes ressemblent à celles du droit civil en ce qu'elles peuvent être considérées comme attachées à la route comme fonds dominant, et comme portant sur les fonds riverains qui deviennent des fonds servants ; mais elles présentent des singularités, elles consistent *in faciendo* aussi bien qu'*in patiendo*, de plus, elles sont sanctionnées par la contravention de grande voirie (2). Les principales sont les suivantes : 1° La servitude d'alignement, avec sa conséquence, la servitude de reculement. Ces servitudes ont pour but d'assurer la rectification de la voie et la protection de ses limites (V. p. 622 et s.) ; 2° La servitude d'écoulement des eaux ; 3° Le rejet des fossés. Les propriétaires riverains sont astreints à recevoir sur leurs fonds, sans pouvoir réclamer d'indemnité, le rejet des terres provenant du curage des fossés (Arrêts du conseil du 26 mai 1705 et du 3 mai 1720 ; L. du 9 ventôse an XIII ; décr. 16 déc. 1811, art. 109, 110 ; L. 12 mai 1825, art. 2) ; 4° Les servitudes de plantations (3) ; 5° L'interdiction d'ouvrir des car-

(1) « Les contraventions en matière de grande voirie, telles qu'anticipations, dépôts « de fumier ou d'autres objets, et toutes espèces de détériorations commises sur les « grandes routes, sur les arbres qui les bordent, sur les fossés, ouvrages d'art et maté- « riaux destinés à leur entretien, sur les canaux, fleuves et rivières navigables, leurs « chemins de halage, francs-bords, fossés et ouvrages d'art seront constatées, réprimées « et poursuivies par voie administrative. » (L. 29 flor. an X, art. 1er).

Cette loi établit, on le voit, pour tout le monde l'obligation de respecter la voie et pose le principe de la réparation de toute dégradation, mais elle n'édicte aucune peine par elle-même ; là où il n'existe pas de règlements spéciaux, le conseil de préfecture doit se borner à condamner à réparation.

(2) V. Féraud-Giraud, *Les servitudes de voirie.*

(3) Il existe des servitudes relatives à des plantations d'arbres à faire sur l'ordre de l'Administration par les riverains, soit sur leur terrain à une certaine distance, soit même

Source : BIU Cujas

rières et de pratiquer des fouilles à une certaine distance de la voie. V. Décrets du 12 février 1892 sur l'exploitation des carrières dans chaque département (1).

B. *Rues de Paris.* — Les rues de Paris, sans exception, font partie de la grande voirie pour la police de conservation seulement (D. 27 oct. 1808; D. 26 mars 1852, art. 1er) (2).

Servitudes des riverains (D. 26 mars 1852). — Les charges des riverains des rues de Paris sont assez lourdes, elles ont été notablement aggravées par le décret-loi du 26 mars 1852, rendu dans une pensée d'assainissement et d'embellissement de la ville (complété par D. 27 déc. 1858; D. 14 juin 1876; D. 23 juill. 1884) (3). Les dispositions de ce décret sont relatives aux servitudes d'alignement et de nivellement, à l'écoulement des eaux sur la voie publique qui doit se faire dans des conditions particulières, à la hauteur des maisons (4), au net-

sur la route, mais ces servitudes ne sont plus pratiquées, elles donnaient lieu à trop de difficultés. L'Administration plante elle-même sur le terrain des routes toutes les fois qu'elle le peut. Mais il y a d'autres servitudes relatives aux plantations faites spontanément par les particuliers sur leur terrain, ces plantations ne peuvent en principe être faites qu'à 6 mètres au moins du bord de la route (L. 9 vent. an XIII, art. 5). Les haies vives peuvent cependant être plantées à deux mètres. Avec autorisation du préfet, toutes ces distances sont réduites. Enfin, dans la traversée des forêts, il doit exister un espace libre de 20 mètres y compris la route. Cela constitue la servitude d'*essartement* (O. 1669, t. XXVII, art. 2; Av. Cons. d'Ét., 31 déc. 1849).

(1) *Police du roulage.* — V. L. 30 mai, 8 juin 1851 et divers règlements d'administration publique rendus en exécution, 10 août 1852, 24 février 1858, 29 août 1869. Il s'agit de la longueur des essieux, de la largeur des bandes des roues, de la forme des clous, du chargement des voitures, etc..., il y a des règles spéciales pour les voitures servant au transport des voyageurs, etc., etc...

Il y a lieu de remarquer : 1° que cette législation s'applique aux chemins vicinaux de grande communication aussi bien qu'aux routes nationales et départementales; 2° que les contraventions qu'elle crée ne sont pas toutes de grande voirie et par conséquent pas toutes de la compétence du conseil de préfecture, il faut ici se reporter à l'art. 17 de la loi; 3° que les mesures de police établies par cette loi n'enlèvent point aux préfets et aux maires le droit de faire des règlements pour assurer la sécurité de la circulation. En tant que les prescriptions de ces règlements feraient double emploi avec celles de la loi, cela donnerait ouverture à deux poursuites pour un même fait, l'une devant le conseil de préfecture en vertu de la loi de 1851, l'autre devant le tribunal de simple police; mais le même délinquant ne saurait être condamné deux fois pour le même fait, *non bis in idem.*

(2) Ce qui concerne uniquement la liberté et la sûreté de la circulation fait partie, non pas précisément, comme on le dit souvent, de la petite voirie, mais de la police municipale, de telle sorte que : 1° les règlements sur la liberté et la sûreté de la circulation sont sanctionnés par des amendes de simple police, réserve faite des règles sur la police du roulage, ceci n'a rien de spécial à Paris; 2° les permissions de saillies mobiles dans toutes les rues donnent lieu au paiement de droits d'après un tarif particulier, dit tarif de petite voirie.

(3) Ce décret a ceci de particulier qu'il peut être étendu à d'autres villes que Paris. Les villes doivent en faire la demande, le décret de 1852 leur est alors appliqué par un décret spécial rendu en la forme d'un règlement d'administration publique. Cette opération est intéressante en ce que des servitudes sont ainsi créées par simple décret.

(4) D. 23 juill. 1884.

Source : BIU Cujas

toiement de la façade une fois tous les dix ans, à l'obligation du pavage, etc... Il contient aussi une disposition relative à l'expropriation que nous retrouverons plus loin. — Il faut ajouter maintenant l'obligation du tout à l'égoût posée par la loi du 10 juill. 1894 (V. note dans Sirey, 1901. 3. 1, affaire *Boucher d'Argis*).

C. *Chemins de fer.* — On a d'abord appliqué aux chemins de fer les lois et règlements sur la grande voirie, comme aux routes (L. 15 juill. 1845, art. 2 et 3). De plus, des servitudes spéciales ont été créées : distance pour les murs de clôture, les excavations, les dépôts de matériaux, etc... (V. L. 15 juill. 1845, art. 5 à 10). — Pour la police de la circulation, V. L. 15 juill. 1845, t. III, et O. 15 nov. 1846 complétée par D. 1er mars 1901. — La loi du 15 juillet 1845 est en principe applicable aux chemins de fer d'intérêt local, elle est également applicable aux tramways, à l'exception des art. 4 à 10 relatifs aux servitudes (art. 37, L. 11 juin 1880).

D. *Fleuves et canaux.* — a) Voir, pour la police de conservation, arrêt du conseil du 24 juin 1777 et loi du 29 floréal an X. Quant à la police de la navigation, elle est réglée, soit par d'anciens règlements, soit par des arrêtés préfectoraux, soit par des décrets rendus en exécution de la loi du 21 juillet 1856 pour la navigation à vapeur.

b) *Servitude de halage* (L. 8 avr. 1898, art. 46 et s.) (1). — La servitude de chemin de halage est due sur l'une des rives des fleuves ou rivières navigables, que la navigabilité soit naturelle ou qu'elle soit le résultat de travaux artificiels (2). Elle se compose normalement d'un chemin de halage et d'un marchepied. Le chemin de halage est large de vingt-quatre pieds au moins (7m,80) au delà desquels les riverains sont obligés de laisser encore six pieds s'ils veulent bâtir ou faire des plantations ou des clôtures; donc 9m,75 (L. 1898, art. 46). Un arrêté ministériel peut réduire cette largeur si le service ne doit pas en souffrir (art. 47). Le marchepied est large d'au moins dix pieds (3m,25). La servitude de halage est imprescriptible, quelles que soient les intermittences de la batellerie (Cons. d'Ét., 13 août 1840, *Pierre;* 17 avr. 1869, *Lachaud*). Toutes les fois que la servitude de halage est établie sur une rive où elle n'existait pas, elle donne lieu à une indemnité, les contestations seront jugées par le juge de paix du canton en premier ressort (art. 50).

Le chemin de halage ne doit servir qu'au halage. Si l'Administration veut en faire une chaussée à laisser passer les voitures, elle doit s'entendre à l'amiable avec les propriétaires ou bien recourir à l'expropriation (art. 51). Si la rivière cesse d'être navigable, la servitude cesse, elle est attachée à la navigabilité et non à la domanialité; par conséquent,

(1) Picard, *Traité des eaux*, t. III, n. 173 et s.

(2) Mais dans le cas de travaux, la servitude ne peut être établie que par le décret prononçant la navigabilité (L. 8 avr. 1898, art. 49).

Source : BIU Cujas

quand le fleuve est divisé en plusieurs bras, elle n'existe que sur les bras navigables. Le chemin de halage doit toujours avoir sa largeur malgré les déplacements du cours d'eau, néanmoins les riverains peuvent construire ou se clore. Ils doivent au préalable demander à l'Administration de reconnaître la limite de la servitude ; si dans les trois mois à compter de la demande l'Administration n'a pas fixé la limite, les plantations, constructions, ou clôtures, ne peuvent plus être supprimées que moyennant indemnité (art. 48).

c) *Police de la pêche fluviale.* — (V. LL. 15 avr. 1829, 6 juin 1840, 31 mai 1865 ; D. 10 août 1875 ; D. 18 mai 1878).

Canaux de navigation. — Les canaux de navigation suivent les mêmes règles que les fleuves, avec cette différence que les servitudes de chemin de halage et de marchepied n'y existent pas. Les chemins de halage font partie du terrain du canal lui-même.

E. *Rivages de la mer, ports, havres, rades.* — V. Ord. de la marine, août 1681. Sur ce texte fondamental s'appuient des arrêtés préfectoraux (1).

(1) *Matières assimilées à la grande voirie.* — 1° *Servitudes militaires.* — Ces servitudes consistent dans des restrictions au droit de bâtir dans une certaine zone autour des places fortes et des magasins à poudre. Pour les places fortes, V. L. 10 juillet 1791 ; L. 17 juillet 1819 ; D. 10 août 1853. Pour les magasins à poudre, V. L. 22 juin 1854. Ces servitudes ne donnent lieu à aucune indemnité lorsque, au moment où la forteresse ou les magasins sont créés, il n'y a dans la zone aucun terrain bâti. Si, au moment de la création, il se trouve dans la zone des constructions qu'il faille démolir, ou des plantations qu'il faille arracher, il y a indemnité. Dans le cas de construction, l'indemnité est réglée par le jury. Dans le cas de plantation, elle est réglée par le conseil de préfecture.

2° *Servitudes de la zone frontière* (L. 7 avr. 1851). — Ces servitudes ont ceci de particulier qu'elles pèsent, non pas sur les particuliers, mais sur les personnes administratives, départements ou communes ; elles sont en effet relatives aux travaux publics accomplis dans une certaine zone avoisinant la frontière, tels que remblais, ponts et autres ouvrages d'art, chemins, routes, chemins de fer, canaux ; elles ont pour but, soit d'empêcher que ces travaux ne compromettent la défense, soit au contraire de les faire concourir à la défense. Pour la détermination des zones et l'énumération des travaux, V. la loi du 7 avril 1851 et les règlements du 16 août 1853 et du 8 septembre 1878. Les travaux pour lesquels la servitude existe sont appelés *travaux mixtes*, parce qu'ils sont soumis à une commission mixte composée de membres civils et de membres militaires et qui relève du ministère de la Guerre.

3° *Lignes télégraphiques et téléphoniques.* — Lorsque ces lignes sont établies sur des voies publiques, elles sont dépendances du domaine public à titre d'accessoires. Nous serions disposés à admettre qu'elles ont encore ce caractère alors même qu'elles sont établies sur des terrains appartenant à des particuliers. Ce sont en effet des objets de propriété affectés à l'utilité publique et l'on peut soutenir que ce sont des immeubles. Quoi qu'il en soit de cette opinion, il est certain tout au moins que, au point de vue de leur conservation, elles bénéficient du régime de la grande voirie (D. 27 déc. 1851 ; L. 28 juill. 1885). De plus, la loi du 28 juillet 1885, art. 9 et 10, a établi à la charge des riverains et au profit des deux espèces de lignes une *servitude d'appui* qui peut donner lieu à une indemnité réglée par le conseil de préfecture.

4° *Desséchements et endiguements.* — « La conservation des travaux de desséchement,

Source : BIU Cujas

II. *La petite voirie* comprend la voirie vicinale, la voirie urbaine (à l'exception des rues de Paris), la voirie rurale.

A. *Des contraventions de petite voirie.* — Ce sont en principe des contraventions de simple police, qui entraînent compétence du tribunal de simple police et amende de 1 à 5 francs (art. 471, n° 5 et n° 15, C. P.; art. 479, n. 11 *eod.*) (1).

B. *Obligations et servitudes des riverains.* — Elles sont en général de même nature que celles de la grande voirie, seulement, elles résultent d'arrêtés préfectoraux ou municipaux, au lieu de résulter de lois, de décrets ou d'anciens règlements. Il faut distinguer :

a) *La voirie vicinale.* — Les règles relatives aux charges des riverains sont établies par arrêté préfectoral (L. 21 mai 1836, art. 21), elles peuvent donc varier d'un département à l'autre; mais les instructions générales du ministère de l'Intérieur tendent à établir une certaine uniformité. Ces règles sont à peu près les mêmes que celles que nous avons exposées à propos des routes nationales et départementales;

b) *La voirie urbaine* (2). — La voirie urbaine comprend les rues et places des agglomérations bâties, quelle que soit leur importance, mais non pas les jardins publics, promenades, squares, etc. S'appliquent à la voirie urbaine les servitudes d'alignement, et les diverses permissions de voirie.

Il y a de plus certaines servitudes spéciales. Les maires ont le droit de fixer la hauteur des maisons par arrêté de police (L. 5 avr. 1884, art. 77). Les riverains peuvent être tenus du pavage, de l'établissement des trottoirs et du balayage des rues s'il existe à cet égard des règlements ou usages anciens. Et, même dans les traverses des routes qui dépendent de la grande voirie, il peut être fait application des dispositions de la loi du 7 juin 1845 sur les trottoirs (3).

« celle des digues contre les torrents, rivières et fleuves, et sur les bords des lacs et de « la mer, est commise à l'Administration publique. Toutes réparations et dommages « seront poursuivis par voie administrative comme pour les objets de grande voirie. Les « délits seront poursuivis par les voies ordinaires, soit devant les tribunaux de police « correctionnelle, soit devant les cours criminelles, en raison des cas » (L. 16 sept. 1807, art. 27).

5° *Mines.* — D'après la loi du 21 avril 1810, art. 50, les contraventions aux règlements miniers étaient des contraventions de grande voirie. Cela a été modifié par la loi du 27 juillet 1880. Ce ne sont plus que des contraventions de simple police.

(1) Par exception, la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage s'applique aux chemins vicinaux de grande communication et donne lieu à des contraventions de grande voirie. Par exception encore, toutes les fois qu'il y a *usurpation* du sol des chemins vicinaux, le conseil de préfecture est compétent, mais uniquement pour la restitution du sol, pas pour l'application de l'amende (Combinaison de la loi du 9 ventôse an XIII et de l'art. 479, n° 11, C. P., qui a donné lieu à des difficultés; Trib. Confl., 21 mars 1850, *Morel Wass;* Cass., 19 juin 1851, *Bausseron*). Quand il y a simple dégradation sans usurpation, le tribunal de simple police est compétent pour le tout (Trib. Confl., 17 mai 1873, *Desanti*).

(2) E. Guillaume, *La Voirie urbaine*, 3e édit.

(3) Dans ce cas l'établissement des trottoirs est l'objet d'une déclaration d'utilité pu-

Source : BIU Cujas

Observation. — Rappelons que les villes peuvent demander que le décret du 26 mars 1852 leur soit appliqué, et qu'alors les riverains sont soumis aux mêmes charges que les riverains des rues de Paris, sans que pour cela les rues de la ville entrent dans la grande voirie; les riverains sont soumis notamment à l'obligation de nettoyer les façades (V. p. 628). V. aussi les nouvelles obligations établies au point de vue de la salubrité par la loi sur la santé publique du 15 févr. 1902 (p. 535).

c) *La voirie rurale.* — « L'autorité municipale est chargée de la police et de la conservation des chemins ruraux » (L. 20 août 1881, art. 9). Donc règles établies par arrêté municipal.

N° 4. — *Les concessions ou permissions sur le domaine public ou les occupations temporaires du domaine public* (1) (2).

A. *Caractères généraux des concessions.* — La concession sur le domaine public ou occupation temporaire du domaine public est *la permission donnée à un intéressé d'occuper à titre temporaire une dépendance du domaine public pour en retirer une certaine utilité compatible avec la destination de celle-ci.* Elle peut être faite, soit à un particulier, soit à une administration. Ainsi les plages de la mer sont en général concédées par l'État aux communes riveraines et celles-ci afferment ensuite leur privilège à des industriels qui établissent des cabines de bains. En matière d'établissement de tramways, l'État, les départements, les communes peuvent se faire des concessions réciproques sur leurs routes respectives (L. 11 juin 1880, art. 17 et 18).

I. *Droit du concessionnaire sur la chose.* — Le concessionnaire est un *possesseur précaire* de la chose et sa concession peut être révoquée (3) :

blique sur l'initiative du conseil municipal. Il y a une enquête de *commodo* et *incommodo*. Il est statué par décret sur l'utilité publique. Le conseil municipal donne un choix aux propriétaires au point de vue des matériaux à employer. La dépense est partagée, la portion à la charge de la commune ne peut être moindre de la moitié, la portion de la dépense à la charge des propriétaires est recouvrée dans la forme déterminée par l'art. 28 de la loi de finances du 25 juin 1841, c'est-à-dire comme taxe assimilée aux contributions directes.

(1) *Bibliographie*, Ludovic Le Masne, *Occupations temporaires du domaine public;* Maguéro, *Dictionnaire des domaines;* Paul Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, 1900; *La revue des concessions*, publiée depuis 1901 chez Rousseau.

(2) Dans le langage administratif une différence tend à s'établir entre la *permission* et la *concession;* elle réside en ce que le simple permissionnaire cherche dans l'occupation du domaine public un avantage privatif, tandis que le concessionnaire veut plutôt user du domaine public en vue d'une entreprise qui ressemble à un service public, transport en commun, distribution de gaz, d'électricité, etc... V. *infrà*, p. 633, l'intérêt pratique qu'il y a à faire cette distinction. Mais le langage ordinaire n'est pas arrivé à cette précision et nous sommes obligés de maintenir juxtaposées les deux expressions.

(3) Ce n'est pas à dire que la révocation puisse être arbitraire; elle doit être motivée par les besoins du service ou par des exigences de police générale ou par l'inexécution

Source : BIU Cujas

1° C'est un *simple possesseur*. Il n'a aucun droit réel sur la chose, par conséquent son droit est purement mobilier et non susceptible d'hypothèque, ce n'est même pas un droit d'emphytéose. Mais d'un autre côté c'est un *possesseur* et non pas un simple détenteur. A ce point de vue sa situation est différente de celle d'un fermier, il peut intenter les actions possessoires contre les tiers qui voudraient le troubler dans sa possession et qui ne se prévaudraient pas eux-mêmes d'une concession (V. Cass., 20 nov. 1877, S. 78. 1. 64 ; Ch. req., 6 mars 1878, S. 79. 1. 13) ;

2° C'est un *possesseur précaire*. Sa possession est entachée du vice de précarité au regard de la personne administrative concédante, par conséquent : *a*) s'il intente contre le service concédant l'action possessoire, cette action se heurte à l'exception de domanialité qui est infrangible, mais notons que cette exception ne peut être invoquée que par le service concédant et en faveur du domaine ; *b*) jamais sa possession ne peut conduire à l'acquisition par usucapion d'un droit réel quelconque.

Ces principes, conformes à ceux du droit romain sur la possession du précariste, sont admis par une jurisprudence constante, notamment à propos des concessions de chemins de fer. Nous verrons cependant une difficulté spéciale à propos des concessions perpétuelles dans les cimetières (*infrà*, p. 636).

II. *Droits du concessionnaire à l'encontre de l'administration concédante.* — Si le concessionnaire n'a pas de droit réel sur la chose, il se peut qu'il ait des droits de créance vis-à-vis de l'administration concédante et que dès lors sa concession ne puisse être révoquée sans indemnité. Il convient en effet de distinguer deux hypothèses, selon que par l'utilisation de sa concession le concessionnaire concourt ou ne concourt pas à l'exécution d'un service public. Si le concessionnaire ne concourt pas à l'exécution d'un service public, il lui a été donné une pure permission gracieuse, la situation demeure entièrement caractérisée par la *voie d'autorité*, il n'a droit à aucune indemnité en cas de révocation ou de retrait. Si au contraire le concessionnaire concourt à l'exécution d'un service public, il s'est créé une *situation de gestion publique* qui lui donne des droits et on ne saurait lui refuser une indemnité en cas de retrait (V. p. 205).

Les cas où un occupant du domaine se trouve dans une situation de gestion publique sont plus nombreux qu'on ne le croit : Cette situation existe toutes les fois que l'occupation du domaine public est accompagnée d'une concession de travaux publics, c'est-à-dire toutes les

de conditions imposées au concessionnaire (C. É., 1er juill. 1898, *Brilloin ;* L. 8 avr. 1898, art. 45) ; elle peut l'être encore par le fait que la permission donnée ayant dégénéré en une sorte de concession de service public, a engagé la responsabilité pécuniaire de l'administration concédante envers un premier concessionnaire ou parce qu'il a été jugé qu'elle n'aurait pas dû être accordée (C. É., 27 sept. 1901, *Pécard*, S. 1902. 3. 33 et la note ; C. É., 30 mai, 6 juin 1902, *commune de Bar-le-Duc*, conlusions de M. Romieu, *Gazette des tribunaux*, 11 juin 1902).

Source : BIU Cujas

fois que le concessionnaire a été chargé de construire et d'exploiter (concessions de chemins de fer, de tramways, d'éclairage au gaz, etc.) et cela non pas seulement parce qu'il est passé des traités ou conventions qui constatent la collaboration au service public qui va s'établir, mais à raison de cette collaboration même, si elle existe en fait et des dépenses qu'elle a entraînées (V. la *note* de la p. précédente).

B. *Examen de quelques concessions.* — Les concessions de travaux publics seront étudiées plus loin à propos des travaux publics, nous allons passer en revue ici quelques concessions ou permissions d'usage :

a) *Concessions sur le rivage de la mer.* — On peut citer : 1° Les concessions pour établissement de cabines de bains, ces concessions sont d'ordinaire faites par l'État aux communes riveraines, celles-ci exploitent directement ou afferment ; 2° Les concessions faites sur les quais aux chambres de commerce pour établissements d'appareils de chargement et de déchargement des navires ; 3° Les concessions pour établissements de pêcheries. Les autorisations sont accordées soit par le ministre de la Marine seul, comme pour les pêcheries, soit par le ministre des Travaux publics avec l'avis conforme du ministre de la Marine. Il y a des redevances fixées par le ministre des Finances et révisables tous les cinq ans. Révocation sans indemnité à la première réquisition.

b) *Concessions sur les cours d'eau navigables ou flottables.* — Les concessions sur ces cours d'eau peuvent avoir pour objet des prises d'eau, soit pour force motrice, soit pour irrigation. En principe, les concessions sont accordées par décret après enquête et sur l'avis du Conseil d'État (art. 43, L. 8 avr. 1898) ; par exception un arrêté du préfet suffit pour les prises d'eau au moyen de machine élévatoire et pour les établissements temporaires dans les cours d'eau, la durée de l'autorisation ne devant pas dépasser deux ans ; les arrêtés sont pris sur l'avis des ingénieurs, sauf recours au ministre, et dans la première hypothèse après enquête, (art. 41-42, L. 8 avr. 1898).

Ces concessions donnent lieu à des redevances dont les bases sont fixées par un règlement d'administration publique (art. 44).

Elles sont révocables sans indemnité en principe, toutefois aucune suppression ou modification ne pourra être poursuivie que suivant les formes et avec les garanties avec lesquelles l'autorisation aura été donnée (art. 45) (1). Il faut faire exception pour les usines *fondées en titre* ou *légales*

(1) Il y a une clause de précarité insérée dans les actes de concession et ainsi rédigée (Circ. 18 juin 1878) : « Si à quelque époque que ce soit, dans l'intérêt de la navigation, « de l'agriculture, du commerce, de l'industrie ou de la salubrité publique, l'Administra- « tion reconnaît nécessaire de prendre des dispositions qui privent le concessionnaire « d'une manière temporaire ou définitive, de tout ou partie des avantages à lui concédés « par le présent règlement, le concessionnaire n'aura droit à aucune indemnité et « pourra seulement réclamer la remise de tout ou partie de la redevance imposée. »

La révocation ne doit avoir lieu, bien entendu, que dans un intérêt public et non dans

Source : BIU Cujas

pour lesquelles la révocation de la concession donnerait lieu à indemnité (art. 45). Une usine est *fondée en titre* ou *légale* : 1° lorsqu'elle existait avant l'édit de février 1566 qui a déclaré inaliénables les dépendances du domaine public et que par conséquent elle peut être considérée comme ayant la propriété de sa chute d'eau (1); 2° lorsque l'usine a été l'objet d'une vente à titre de bien national après 1789, parce que ces ventes ont été faites sans réserve des droits du domaine et qu'on estime qu'elles comprenaient la chute d'eau (2); 4° dans quelques autres cas exceptionnels (V. Picard, *Traité des eaux*, t. III, p. 376 et s.) (3).

Des dommages aux usines. — Il ne faut pas seulement, pour les usines, envisager la révocation ou la modification directe de la concession; il arrive souvent que l'Administration supprime ou restreint indirectement la prise d'eau par des travaux accomplis dans le fleuve ou par d'autres concessions faites en amont. On appelle cela des dommages aux usines. Pour les usines ordinaires, ces dommages ne donnent droit à aucune indemnité, au contraire pour les usines *fondées en titre* ou *légales* ils donnent droit à indemnité (4).

Concession des eaux de pluie qui tombent sur la voie publique. — Ces eaux ne sont pas, à proprement parler, des dépendances du domaine public, ce sont des *res nullius*, elles sont au premier occupant;

un intérêt fiscal, sous peine de détournement de pouvoir ; on peut également prononcer la *mise en chômage* de l'usine qui ne se conforme pas aux conditions de l'autorisation.

(1) Cons. d'Ét., 14 janv. 1839, *Paris et Martin;* 19 mars 1840, *Conqueret;* 16 mars 1842, *Baraignes;* 8 déc. 1876, *Pommier;* 27 févr. 1891, *Vauthier*, etc.

(2) Cons. d'Ét., 16 déc. 1858, *Viard;* 27 juill. 1859, *Ducos-Bertrand;* 24 juill. 1862, *Vitat;* 13 juill. 1866, *Launoy;* 8 mai 1869, *Pierron*, etc.

(3) Les usines ayant situation légale sur les cours d'eau navigables semblent être dans une condition meilleure que les usines ayant situation légale sur les cours d'eau non navigables, car celles-ci peuvent voir supprimer ou modifier leur barrage sans indemnité dans l'intérêt de la salubrité publique et pour prévenir ou faire cesser les inondations (art. 14). — Il y a manque d'harmonie dans la loi, toutes les usines ayant situation légale sur les deux espèces de cours d'eau auraient dû avoir la même condition.

(4) Pour les questions de dommages aux usines résultant de travaux dans les cours d'eau, l'affaire peut se présenter de deux façons au point de vue de la compétence : Ou bien les travaux ont été exécutés incontestablement sur le domaine public, alors c'est une simple affaire de dommages résultant de travaux publics avec compétence du conseil de préfecture, non seulement pour l'appréciation du dommage, mais pour celle de la légalité de l'usine; Ou bien les travaux ont été exécutés à la suite d'une emprise sur la propriété privée et sur cette emprise, alors les tribunaux judiciaires sont compétents, le dommage résultant des travaux publics disparaît derrière l'emprise; non seulement le tribunal judiciaire est compétent pour apprécier la valeur de l'emprise, mais il l'est pour apprécier le dommage résultant de la diminution ou de la privation de force motrice, et il l'est encore pour apprécier la légalité de l'usine (sauf interprétation d'actes administratifs), il y a indivisibilité. Ces décisions, en germe dans une décision du Tribunal des conflits du 28 nov. 1891, *Estable*, ont été complètement développées dans une décision du même tribunal du 29 juin 1895, *Sannières;* elles tranchent plusieurs questions discutées et jusqu'ici diversement résolues (V. Picard, t. III, p. 403 et s.; Sirey, 96, III, 33, la note; add. trib. de la Seine, 16 juill. 1896, *Cauvain*).

Source : BIU Cujas

mais c'est une occupation qui doit être accomplie chaque fois, le riverain n'acquiert pas par prescription vis-à-vis de l'Administration le droit d'accaparer les eaux de pluie; en ce sens on dit qu'elles sont imprescriptibles (1).

Ces eaux peuvent être concédées par l'Administration, en ce sens que par le fait même de la concession celle-ci les occupe et les rétrocède après les avoir acquises. Elle le peut parce qu'elle a le droit de tirer du domaine toute l'utilité qu'il peut fournir, tant que cela ne gêne pas l'usage public. La concession peut être formelle ou bien résulter de l'autorisation d'établir un aqueduc sous la voie (Cass. req., 21 mars 1876, S. 76. 1. 359). Dès lors, les propriétaires de fonds riverains supérieurs ne peuvent plus détourner ces eaux de pluie, ou, s'ils le font, il y a lieu à complainte; à moins qu'eux aussi n'obtiennent une concession, car l'Administration n'est point liée vis-à-vis du premier concessionnaire.

d) *Concessions dans les cimetières* (D. 23 prair. an XII; O. 6 déc. 1843; D. 27 avr. 1889). — « Lorsque l'étendue des lieux consacrés aux inhu- « mations le permettra, il pourra y être fait des concessions de terrains aux « personnes qui désireront y posséder une place distincte pour y fonder leur « sépulture et celle de leurs parents ou successeurs, et y construire des « caveaux, monuments ou tombeaux. » (D. 23 prair. an XII, art. 10). « Les concessions de terrains dans les cimetières communaux, pour fonda- « tions de sépultures privées, seront, à l'avenir, divisées en trois classes : « 1° concessions perpétuelles; 2° concessions trentenaires; 3° concessions « temporaires. — Les concessions trentenaires sont renouvelables indé- « finiment à l'expiration de chaque période de trente ans, moyennant « une nouvelle redevance qui ne pourra dépasser le taux de la première... « — Les concessions temporaires sont faites pour quinze ans au plus, « et ne peuvent être renouvelées. » (O. 6 déc. 1843, art. 3).

Les concessions temporaires et les concessions trentenaires sont certainement de véritables concessions sur le domaine public; l'acte de concession est un acte de puissance publique, et il ne peut être interprété que par la juridiction administrative; les concessionnaires ne peuvent avoir au plus, pour faire respecter leurs concessions, que des actions possessoires, car ils n'ont qu'une concession temporaire.

En est-il de même pour la concession perpétuelle, et au contraire le concessionnaire n'acquiert-il pas ici un véritable droit de propriété? Les conséquences seraient les suivantes : 1° l'acte pourrait être interprété par les tribunaux judiciaires; 2° contre les empiètements des voisins le concessionnaire aurait l'action en revendication; 3° les tribunaux judiciaires seraient compétents pour connaître de l'atteinte au droit commise

(1) Cependant les riverains peuvent faire des conventions entre eux, ou établir un état des lieux tel que, vis-à-vis de quelques-uns, le droit d'occupation soit fondé par prescription.

Source : BIU Cujas

par l'Administration elle-même? L'opinion actuelle de la jurisprudence semble être dans le sens du droit de propriété, malgré deux circulaires ministérielles des 20 juillet 1841 et 30 décembre 1843 (V. Cons. d'Ét., 19 mars 1863, *Castaingt;* Cass., 24 août 1864, S. 64. 1. 493; 31 janv. 1870, S. 70. 1. 263; 26 avr. 1875, S. 75. 1. 312. V. aussi Trib. confl., 9 nov. 1875, *Bertrand-Lacombe;* 26 mars 1881, *Aymen* et enfin, Cass., 12 févr. 1901, *Martel*) (1).

Cette opinion est contestable, le droit du concessionnaire ne peut pas être un véritable droit de propriété, car, malgré le nom de la concession, il n'est pas véritablement perpétuel; en effet, en cas de translation du cimetière, le droit sur l'ancien terrain concédé disparaît et est remplacé par un droit sur un nouveau terrain d'égale superficie (O. 6 déc. 1843, art. 5). Il y a deux résultats pratiques à obtenir : le premier est l'irrévocabilité de la concession, mais il peut l'être par un engagement personnel de la commune de ne pas révoquer, engagement qui serait sous la garantie de l'administration supérieure; le second est la transmissibilité des caveaux de famille par succession, testament, etc., mais on transmet aussi bien une possession qu'un droit de propriété (2). Si, malgré tout, il faut adopter l'opinion de la jurisprudence, et admettre que la concession perpétuelle est une concession en propriété, cela n'est pas inconciliable avec l'inaliénabilité des dépendances du domaine public, cette concession d'une propriété spéciale n'est pas une aliénation prohibée puisque le terrain ne saurait être employé à d'autre destination qu'à celle des inhumations, elle est dans le sens de la destination du cimetière (3).

e) *Permissions de voirie.* — Les permissions de voirie sont relatives, soit à l'occupation du dessus de la voie publique par les saillies des bâtiments ou le dépôt temporaire d'objets mobiliers, soit à l'occupation du dessous de la voie par des canalisations diverses, eau, gaz, etc...

Les saillies des bâtiments se distinguent en saillies *fixes*, telles que balcons, piliers, marches d'escaliers, tuyaux de descente des eaux, corniches, et en saillies *mobiles* telles que enseignes, devantures de boutiques, etc. etc... La permission de voirie est donnée ici par l'autorité compétente pour l'alignement. Il en est de même pour les permissions qui concernent le dessous de la voie publique.

(1) Dans le même sens M. Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 6e édit., t. II, n° 1419; M. Aug. Chareyre, *Thèse*, 1884.

(2) On trouvera le développement de ces considérations dans une note sous Cons. d'Ét., 10 janv. 1890, *Rodet*, S. 92. 3. 41. Cfr. *Pandectes franç.*, v° *Cimetière*. Sur la jurisprudence civile en matière de transmission, V. *Revue du culte catholique*, 1898, p. 331.

(3) La Cour de cassation a d'ailleurs décidé que si les caveaux de famille peuvent être donnés ou légués, ils ne peuvent être vendus *parce que le cimetière est inaliénable* (Cass., 9 juin 1898, *Maillochon*).

Source : BIU Cujas

Toutes ces concessions sont en principe révocables, à moins qu'elles ne soient accompagnées de conventions. Ces permissions donnent lieu à des redevances perçues au profit des communes sous le nom de *droits de voirie* et il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les voies publiques qui sont traverses de routes et les voies urbaines. Les tarifs sont délibérés par le conseil municipal et approuvés par le préfet (L. 21 avr. 1832, art. 3 ; L. 5 avr. 1884, art. 68) (1).

C. *Des monopoles de fait créés par les occupations du domaine public et de la substitution du traité de concession à la simple permission.* — Il arrive souvent que les occupations du domaine public créent au profit du permissionnaire un monopole de fait. Cela se produit surtout à propos des canalisations dans les voies publiques ; d'une part les canalisations ont pour objet des distributions de lumière ou d'énergie (gaz, électricité, air comprimé, eau comprimée, etc.) et présentent ainsi les éléments d'un service public ; d'autre part elles ne peuvent exister dans la voie publique qu'en quantité très limitée et la concurrenee se trouve en fait supprimée. Des monopoles de fait ainsi constitués indirectement par simple permission de voirie présenteraient de graves inconvénients pour le public qui se trouverait exposé à payer très cher le service que le permissionnaire lui rendrait ; aussi le Droit administratif s'est-il préoccupé de la situation, il s'est créé sur ce point depuis quelques années un ensemble de règles fort intéressantes dont le résultat est que lorsque des entreprises se proposent d'occuper des voies publiques, soit pour assurer un service de transport en commun, soit pour organiser une distribution de lumière, de chaleur ou d'énergie, l'opération ne doit pas être faite par simples permissions de voirie, mais que celles-ci *doivent être précédées* d'un *traité de concession* avec cahier des charges et tarif maximum destiné à sauvegarder les intérêts du public. Ce traité de concession devient presque toujours une concession de travaux publics parce que presque toujours il y a des travaux de canalisation ou autres à exécuter (sauf pour les traités passés avec les compagnies d'omnibus sans railways) ; il signifie par lui-même que l'entreprise est devenue un service public, il ne rentre plus dans les attributions de la police, mais dans celles de l'organe chargé des services et des intérêts financiers. Suivant la nature du service créé, le traité de concession sera passé au nom de la commune, du département ou de l'État (2).

(1) Il ne faut pas confondre les permissions de voirie et les redevances auxquelles elles donnent lieu avec les *permis de stationnnement*, V. p. 528 ; rentrent dans la catégorie du permis de stationnement les permissions de dépôts d'objets mobiliers sur la voie comme étalages, tables de café, etc., elles sont dans les attributions du maire à titre de matière de police municipale (L. 5 avr. 1884, art. 98).

(2) Voici à peu près par quelle évolution s'est établi cet ensemble de règles : 1° dès 1864 le Conseil d'État avait jugé qu'un *arrêté de police* sur le stationnement des voitures d'où résulterait un monopole de fait pour une certaine entreprise de transport en com-

Source : BIU Cujas

§ 3. — La gestion du domaine public.

Article I. — L'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le domaine public dans ses dépendances artificielles a besoin d'être constitué et entretenu, cela donne lieu à une gestion considérable dont les principaux moyens sont l'expropriation pour cause d'utilité publique et l'opération de travaux publics. L'opération de travaux publics a pour conséquence directe la création ou l'entretien d'une dépendance du domaine public, dans notre opinion du moins, puisque tous les ouvrages publics, même les bâtiments, font partie du domaine public; l'expropriation pour cause d'utilité publique n'entraîne pas par elle-même la domanialité publique des terrains expropriés, mais elle y conduit, car elle sera suivie normalement de la construction d'un ouvrage public ou tout au moins d'un aménagement opéré par travaux publics, et la domanialité publique résultera de la combinaison des deux opérations par lesquelles l'affectation des terrains se trouvera réalisée (1).

mun serait entaché d'excès de pouvoirs et par suite que la constitution d'un pareil monopole de fait n'était pas affaire de police (C. É., 15 févr. 1864, *Lesbats;* 1er août 1870, *Bouchardon*); 2° la question de savoir si les municipalités pouvaient constituer *par traité et par cahier des charges* des monopoles de fait ne tarda pas à se poser à l'occasion des compagnies d'éclairage au gaz qui avaient fait souscrire aux villes l'engagement de *ne pas favoriser d'entreprises concurrentes;* la validité de cet engagement fut reconnue par la nombreuse série des arrêts du Conseil d'État qui confirmèrent le monopole des compagnies du gaz à l'encontre de l'éclairage électrique (C. É., 20 mai 1881, *ville de Crest;* 20 déc. 1891, *Saint-Étienne,* etc.); 3° la préoccupation de l'Administration de ne plus procéder par simple permission de voirie toutes les fois qu'il s'agit d'un service de distribution, alors même que le monopole de fait n'apparaîtrait pas immédiatement, se marque dans la circulaire des ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 15 août 1893 recommandant aux préfets et aux municipalités de ne procéder que par le système de la concession pour les entreprises de distribution de lumière et dans le dépôt de projets de lois pour réglementer de la même façon les entreprises de distribution d'énergie hydro-électrique (V. p. 542).

(1) Il est des cas où la domanialité publique ne sera jamais réalisée, par exemple si le terrain exproprié est revendu, dans les hypothèses exceptionnelles où ce résultat est admissible; mais le plus souvent la domanialité publique sera réalisée et cela explique des considérants comme celui-ci : « L'effet de l'expropriation étant de faire entrer dans le domaine public les immeubles expropriés ... » (Cass., 29 oct. 1900, *Chemin de fer du Nord*).

Ce n'est pas un médiocre avantage de notre conception large de la domanialité publique que de permettre le rapprochement de ces trois matières, le domaine public, l'expropriation pour cause d'utilité publique, les travaux publics. Incontestablement, il s'agit dans ces trois hypothèses de la même utilité publique, fournir soit au public, soit aux services publics, les espaces et les installations matérielles qui leur sont nécessaires. Avec la conception étroite du domaine public que nous avons combattue, on arrive à ce résultat choquant d'admettre l'emploi de l'expropriation et des travaux publics pour la création d'ouvrages, notamment de bâtiments, qui tout en étant des *ouvrages publics*, ne seront pas (à ce que l'on prétend) dans le *domaine public*, mais seront au contraire dans le domaine privé, de sorte que les administrations auraient employé l'expropriation ou les

Source : BIU Cujas

L'expropriation pour cause d'utilité publique (1). — On peut envisager l'expropriation pour cause d'utilité publique, soit dans son résultat, soit dans les moyens par lesquels le résultat est obtenu : 1° envisagée dans son résultat *il y a expropriation pour cause d'utilité publique toutes les fois que le propriétaire d'un immeuble corporel ayant subi une dépossession définitive et totale, la propriété de l'objet se trouve acquise par une administration pour son domaine public;* 2° envisagée dans les moyens par lesquels le résultat est obtenu, il faut distinguer l'expropriation directe et l'expropriation indirecte; a) *il y a* expropriation directe *lorsque le résultat est obtenu par une procédure administrative spéciale qui suppose déclaration d'utilité publique, transfert de propriété et paiement d'une indemnité préalable à la dépossession;* b) *il y a* expropriation indirecte *lorsque le même résultat est obtenu par l'effet d'opérations administratives qui n'avaient point spécialement ce but ou par une simple annexion de fait au domaine public.*

Ce dont il faut bien se pénétrer, c'est que le résultat de l'expropriation a plus d'importance que les moyens par lesquels il est réalisé. Ce résultat est acquis : 1° par la *dépossession définitive et totale* du propriétaire, 2° par l'annexion de l'objet au domaine public. Il faut la *dépossession définitive et totale* accompagnée de l'*annexion au domaine* pour différencier l'expropriation des occupations temporaires ou même des dommages permanents qui sont la conséquence des travaux publics, mais qui n'entraînent pas de dépossession définitive ou bien pas de dépossession totale, ou bien pas d'annexion au domaine (2). — Le résultat de l'expropriation entraîne par lui-même deux conséquences : 1° la nécessité d'une indemnité; 2° la compétence de l'autorité judiciaire sur l'indemnité (V. p. 240).

travaux publics pour accroître leur domaine privé, et que cependant ces dépendances du domaine privé seraient des ouvrages publics — incohérence pure (Cfr. p. 589).

(1) *Bibliographie :* Delalleau, Jousselin, Rendu et Perrin, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, 8e édit., 1893; Aucoc, *Conférences de droit admin.*, 3e édit., t. II, Garsonnet et Bouchez, v° *Expropriation*, Répert., Béquet-Laferrière, 1899.

(2) Il est bon de savoir que primitivement l'expropriation a été considérée comme un dommage résultant des travaux publics (M. Aucoc lui maintient encore cette qualification traditionnelle); ce n'est que depuis la loi du 8 mars 1810 que la séparation s'est faite entre ces deux matières parce que le contentieux de l'une était attribué aux tribunaux judiciaires, tandis que le contentieux de l'autre restait aux tribunaux administratifs et dès lors il a fallu différencier la dépossession définitive du simple dommage. Dépossession définitive s'oppose à occupation temporaire; dépossession totale s'entend par rapport à toutes les utilités de la propriété et non point par rapport à la totalité d'une parcelle de terrain. Il n'y a pas expropriation si, le propriétaire étant dépossédé, l'Administration n'acquiert pas la propriété, si par conséquent la propriété est purement et simplement détruite, ainsi la suppression d'établissements dangereux de première classe opérée en vertu du décret du 15 octobre 1810, art. 12, ne saurait être assimilée à une expropriation. Mais la propriété doit-elle toujours être acquise par l'Administration en vue de son domaine public? A notre avis, oui, puisqu'elle doit être acquise en vue d'une affectation à l'utilité publique et que dans notre opinion tout objet affecté à l'utilité publique est dépendance du domaine public. Ce qui est sûr dans

Source : BIU Cujas

N° 1. — *L'expropriation directe.*

A. *Observations préliminaires.* — L'expropriation pour cause d'utilité publique, considérée comme opération directement voulue et poursuivie par l'Administration, constitue au premier chef une opération de puissance publique bien que son contentieux soit en partie judiciaire. Non seulement il y a dépossession forcée du propriétaire et par conséquent contrainte, mais les procédés employés pour purger l'immeuble exproprié des droits réels qui pouvaient le grever sont exorbitants du droit commun, le jugement d'expropriation ou les cessions amiables entraînant purge par eux-mêmes (1). Un pareil mode d'acquérir constitue évidemment une atteinte grave à la propriété privée, il justifie toutes les précautions de procédure qui ont été prises et qui vont jusqu'à *transporter à la propriété le privilège du préalable*, puisque le paiement de l'indemnité doit être préalable à la prise de possession, il justifie *l'attribution de compétence à l'autorité judiciaire* déclarée par là gardienne de la propriété privée, mais en soi il apparaît comme nécessaire. Il ne saurait dépendre du caprice de particuliers qui refuseraient de céder leur propriété à l'amiable, d'empêcher la réalisation d'entreprises utiles au bien de tous; c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique qui permet de bâtir des forteresses, de construire des routes et des chemins de fer, d'assainir les villes, etc.; c'est elle qui a permis d'accomplir l'énorme masse des travaux publics qui ont été exécutés au XIXe siècle.

Toute la difficulté, étant donné que le principe même de l'expropriation n'est pas contestable, est de la réglementer de façon à donner à la propriété privée le plus de garanties possible; notre législation actuelle est arrivée sur ce point à des résultats satisfaisants, mais après une longue série de tâtonnements et en adoptant un système très complexe, en faisant concourir à l'expropriation trois autorités différentes, l'autorité administrative pour déclarer l'utilité publique et désigner les terrains, l'autorité judiciaire pour prononcer le transfert de propriété, et enfin le jury de propriétaires pour prononcer l'indemnité. Mais, avant d'aborder l'examen de la procédure de l'expropriation, nous devons nous demander : 1° qui peut exproprier; 2° quelles choses peuvent être expropriées; 3° en vue de quels objets on peut exproprier (2);

tous les cas, c'est que l'expropriation indirecte n'est jamais réalisée que par annexion au domaine public, il n'y a point expropriation indirecte par annexion au domaine privé (Cfr. Garsonnet, *op. cit.*, n° 12).

(1) Pour mettre en relief les effets de l'expropriation, il suffit d'établir la comparaison avec ceux de la *réquisition d'acquisition totale* prévue par l'art. 50, L. 3 mai 1841, car dans cette hypothèse l'acquisition ne s'opère pas à titre d'expropriation (V. p. 654).

(2) *Histoire.* — Pendant longtemps, l'expropriation a été une sorte de confiscation des terres suivie d'une indemnité problématique pour laquelle il n'existait pas de garanties.

Source : BIU Cujas

a) *Qui peut exproprier.* — D'une part, les administrations publiques seules peuvent exproprier, soit par elles-mêmes, soit par leurs concessionnaires de travaux publics (Art. 63, L. 3 mai 1841) (1). D'autre part, il faut remarquer que les établissements publics (à l'exception des associations syndicales) n'ont pas le droit d'expropriation. Il y a là une règle qui ne se justifie pas beaucoup ; on a cherché à l'expliquer en disant que le droit d'expropriation est un droit de puissance publique, mais pourquoi

A partir du XVIe siècle notamment, époque où l'expropriation a été largement pratiquée à cause des grands travaux de routes et de canaux de navigation qui commençaient, l'indemnité était réglée par les intendants, elle n'était pas payée avant la prise de possession, elle ne l'était que très longtemps après, ou bien, faute de fonds, elle ne l'était pas du tout. Il paraît, du reste, que le plus souvent on ne payait point les simples terres labourables, mais seulement la plus-value de celles qui étaient en prés, vignes ou jardins. — (Chaumont de la Millière, *Mémoire sur le département des ponts et chaussées*, 1 vol. in-4°, janvier 1790; V. sur l'histoire de l'expropriation, A. des Cilleuls, *Origines et développement du régime des travaux publics en France*, 1895). Depuis la Révolution, des progrès considérables ont été réalisés. On peut distinguer trois phases :

1° Constitution des 3-14 septembre 1791, cette constitution a posé deux principes (art. 17) reproduits dans l'art. 545 du Code civil : le premier, c'est que l'expropriation ne pourrait avoir lieu que pour une raison de *nécessité publique*, on a depuis substitué le mot *utilité ;* le second, c'est que l'indemnité devrait être *préalable* à la dépossession. C'étaient déjà deux garanties précieuses, mais l'indemnité était réglée par l'administration elle-même, par le directoire du département d'abord, plus tard par le conseil de préfecture (L. 7 sept. 1790, art. 4; L. 28 pluv. an VIII; L. 16 sept. 1807), et c'était la même administration qui opérait le transfert de propriété. Il y eut de vives réclamations ;

2° Loi du 8 mars 1810, due à l'initiative personnelle de Napoléon, si l'on en croit du moins une note célèbre datée de Schœnbrunn, le 29 septembre 1809. Cette loi donnait à l'autorité judiciaire le droit d'opérer le transfert de propriété et celui de régler l'indemnité. Pour le règlement de l'indemnité l'innovation n'était pas heureuse. On s'aperçut, sous la Restauration, que cette fois l'intérêt public était sacrifié à l'intérêt privé ; il y avait des longueurs infinies de procédure, des appels, etc., et les juges s'en rapportaient à des experts ne présentant aucune garantie, qui exagéraient outre mesure l'indemnité;

3° Loi du 7 juillet 1833 : apparition du jury d'expropriation pour le règlement de l'indemnité. Le jury permet d'abréger la procédure parce que sa décision est souveraine. On pensa aussi qu'il présenterait plus de garanties que les experts, attendu que si des propriétaires peuvent être, comme propriétaires, intéressés à élever les prix, comme contribuables ils sont intéressés à ménager les finances publiques. Sur ce dernier point, il y a eu des mécomptes, plus propriétaire que contribuable, le jury d'expropriation s'est montré très variable et généralement très exagéré dans ses évaluations, il a coûté fort cher à l'État. Cependant, malgré des velléités de réforme, il a toujours été conservé.

On peut dire que depuis la loi du 7 juillet 1833, le système de l'expropriation pour cause d'utilité publique est créé dans ses grandes lignes. Cependant cette loi en elle-même a disparu, elle a été remplacée par deux autres qui fonctionnent simultanément: 1° la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation normale avec le *grand jury*, qui n'est que la loi de 1833 simplifiée au point de vue de la procédure; 2° la loi du 21 mai 1836, art. 16, qui a organisé pour les chemins vicinaux un *petit jury* et dont la procédure a été étendue depuis à un certain nombre d'hypothèses.

(1) Cependant les concessionnaires de mines, simples particuliers, ont le droit d'expropriation (L. 22 déc. 1888, art. 7; L. 27 juill. 1880, art. 44). C'est un cas de droit de puissance publique dont l'exercice est concédé à un particulier.

Source : BIU Cujas

les établissements publics, qui sont membres de l'État au même titre que les autres personnes administratives, et qui gèrent des services publics, n'auraient-ils pas les droits de puissance publique qui leur sont utiles? Il est admis par la jurisprudence que les établissements publics peuvent recourir aux bons offices des communes pour faire faire par celles-ci une expropriation (Av. Cons. d'Ét., 10 sept. 1850), il serait plus simple de leur donner le droit directement, l'administration centrale restant toujours maîtresse de ne pas déclarer l'utilité publique de l'expropriation (1).

b) *Quelles choses peuvent être expropriées.* — 1° La propriété des choses corporelles immobilières peut seule être expropriée; il résulte de l'ensemble des dispositions législatives que l'expropriation n'est faite que pour les propriétés foncières, non pas pour les meubles, ni pour les droits incorporels.

Les meubles peuvent seulement être l'objet de réquisitions militaires (V. L. 2 juill. 1877). Quant aux droits incorporels, la question de l'expropriation ne saurait pratiquement se poser que pour des servitudes qui pèseraient sur des dépendances du domaine public ou bien pour les droits des concessionnaires de travaux publics; on n'exproprie pas directement les servitudes (2); quant aux droits des concessionnaires, ils n'ont jamais été résolus que par des lois spéciales, on peut citer les lois du 25 mai 1845, du 28 juillet 1860, etc., relatives au rachat de canaux de navigation concédés à des compagnies;

2° Tous les immeubles corporels peuvent être expropriés, les terrains clos ou bâtis comme les terrains non clos et non bâtis (3), même l'immeuble dotal (Arg. art. 13, L. 3 mai 1841), même les immeubles dépendant du domaine privé des personnes administratives. Quant aux immeubles qui dépendent du domaine public (V. p. 582);

3° Le sous-sol d'un immeuble peut être exproprié indépendamment de la superficie (Cass., 1er avr. 1866; D. 66. 1. 305). Cette décision est

(1) Un décret de 1873, sur avis du Conseil d'État, avait autorisé la fabrique d'Oullins (Rhône) à poursuivre l'expropriation des terrains nécessaires à la reconstruction de l'Église (rapporté par M. Aucoc, *Conf.*, II, n° 826). De même, un décret du 5 mars 1895 a formellement déclaré d'utilité publique au profit de la Chambre de commerce de Paris l'acquisition d'un immeuble (Garsonnet et Bouchez, *op. cit.*, n° 58).

(2) Conflits, 16 décembre 1850, *d'Espagnet;* 26 mai 1894, *de Gasté;* une servitude peut se trouver expropriée indirectement par suite de l'expropriation du fonds servant, ou bien elle peut être supprimée par l'exécution de travaux publics, auquel cas l'indemnité se règle par la procédure des dommages permanents (Trib. de la Seine, 16 juill. 1896, *Jacob*). Cfr. maintenant, art. 6, L. 8 avr. 1898, pour la servitude de passage des eaux.

(3) Il y a cependant des privilèges pour la propriété bâtie : 1° Elle ne peut être expropriée pour une simple opération de triangulation (L. 13 avr. 1900, art. 21); 2° l'expropriation des terrains clos ou bâtis peut nécessiter une déclaration d'utilité publique prononcée par une autorité plus haute que celle des terrains non clos et non bâtis (L. 8 juin 1864, art. 2; L. 20 août 1881, art. 13, § 3. V. *infrà*); 3° elle jouit de certaines immunités en matière d'occupation temporaire (V. *infrà*, v° *Occupation temporaire*).

Source : BIU Cujas

importante pour les compagnies de chemins de fer à cause des tunnels.

c) *En vue de quels objets d'utilité publique on peut exproprier.* — L'utilité publique qui justifie l'expropriation ne peut être définie ; des lois diverses contiennent des énumérations de cas, ainsi L. 30 mars 1887, on peut exproprier pour faire des fouilles artistiques, L. 13 avril 1900, art. 19-22, on peut exproprier pour établir des bornes de triangulation cadastrale, etc., mais, en principe, il appartient à l'autorité administrative d'affirmer que l'utilité publique existe dans tel cas donné non prévu par la loi ; ce pouvoir est discrétionnaire en ce sens qu'on n'est point admis à discuter au contentieux l'utilité de l'opération que l'Administration veut entreprendre, mais on est recevable à prétendre que cette utilité *ne justifie pas une expropriation*, et de ce chef on peut arguer l'acte déclaratif d'utilité publique de violation de la loi ou de détournement de pouvoir (Aucoc, *op. cit.*, t. II, n° 854). — Par exemple, on ne doit recourir à l'expropriation qu'en vue d'un service public ou du domaine public, par conséquent on ne doit pas y recourir, en principe, en vue d'acheter pour revendre. Mais il y a des exceptions dans quelques cas où il est certain que l'opération n'est pas inspirée par une pensée de spéculation (1).

Observation. — Il peut se faire qu'un terrain ait été exproprié en vue d'une certaine opération pour laquelle il y avait réellement utilité publique, mais à laquelle on a renoncé dans la suite. Dans cette hypothèse, la personne administrative peut incontestablement revendre, mais les anciens propriétaires ou leurs ayants cause ont la faculté de demander la rétrocession, conformément aux art. 60, 61 et 62 de la loi du 3 mai 1841. Cela constitue en leur faveur un droit de *préemption* au cas où le terrain est mis en vente ; cela ne leur donne point le droit de contraindre l'Administration à revendre (Cons. d'Ét., 6 mars 1872, *Jaumes ;* Cass., 22 mars 1892, S. 94. 1. 38) (2).

(1) 1° Art. 2 du décret du 26 mars 1852, et loi du 15 février 1902, on exproprie toute une maison dont partie seulement est comprise dans l'alignement d'une rue, lorsque la section restante serait trop petite pour être salubre, on la joint à des maisons voisines qu'on exproprie si cela est nécessaire et on revend le tout (V. règlement du 14 juin 1876) ; 2° loi du 15 février 1902, art. 18, on exproprie tout un quartier insalubre pour l'assainir et revendre ensuite les terrains à bâtir ; 3° loi du 14 juillet 1856 (art. 12) ; il s'agit d'une source d'eau minérale exploitée par le propriétaire d'une manière qui ne satisfait pas aux besoins de la santé publique ; 4° reboisement et gazonnement des montagnes (L. 4 avr. 1882).

En outre, on ne doit pas exproprier dans une pensée de simple embellissement (Aucoc, *op. cit.*, II, n° 854).

(2) Cependant la situation de l'immeuble ne peut pas rester indéfiniment en suspens ; la Cour de Paris a placé assez justement la question sur le terrain de la désaffectation (par rapport à l'affectation projetée dans la déclaration d'utilité publique) ; les anciens propriétaires peuvent demander la rétrocession quand il y a eu désaffectation et celle-ci peut résulter de circonstances de fait de nature à ne laisser subsister aucun doute (Paris, 8 déc. 1893, S. 95. 2. 95).

Source : BIU Cujas

B. *Procédure normale de l'expropriation* (L. 3 mai 1841; L. 21 mai 1836) (1). — 1. *Phase administrative, déclaration d'utilité publique et arrêté de cessibilité.* — La procédure normale de l'expropriation se décompose en trois phases : une phase administrative qui comprend la déclaration d'utilité publique et la désignation des terrains; une phase judiciaire qui comprend le transfert de propriété par jugement du tribunal civil; une phase devant le jury d'expropriation qui comprend le règlement de l'indemnité, suivi de l'envoi en possession effective de l'Administration après le paiement de l'indemnité.

a) *La déclaration d'utilité publique.* — Toute procédure d'expropriation doit s'ouvrir par une déclaration d'utilité publique de l'opération; un effet immédiat de cette ouverture de la procédure sera que tous les arrangements amiables que l'Administration pourra faire avec les propriétaires de terrains après cette date prendront le caractère très particulier de *cessions amiables.* Les textes parlent de la déclaration de l'utilité publique *des travaux*, parce qu'ils se réfèrent au *plerumque fit;* en général, en effet, des travaux seront exécutés sur les terrains expropriés et la déclaration qui sert pour l'expropriation, servira en même temps pour les travaux, mais la déclaration d'utilité publique est nécessaire, alors même que des travaux ne devraient pas être exécutés; nul doute, par exemple, que dans l'hypothèse de la loi du 30 mars 1887, art. 5 (expropriation de monuments mégalithiques), il ne faille une déclaration d'utilité publique, bien qu'il ne doive s'ensuivre aucuns travaux.

Pour savoir quelles sont les autorités qui prononcent la déclaration d'utilité publique et quelle est la procédure, il faut distinguer entre les différentes administrations publiques :

1° *Expropriations poursuivies au nom de l'État.* — La loi du 27 juillet 1870, reproduisant l'art. 3 de la loi du 3 mai 1841, établit une distinction entre les grands travaux et les petits travaux. Pour les grands travaux, la déclaration d'utilité publique doit résulter d'une loi, pour les petits travaux, elle résulte d'un décret en Conseil d'État. Mais la distinction entre les grands travaux et petits travaux est assez vague. La loi procède par énumération; elle considère comme petits travaux les canaux et les chemins de fer d'embranchement de moins de 20 kilomètres de longueur (2), les lacunes et rectifications des routes nationales les ponts et tous autres travaux de moindre importance (3).

(1) Il y a un certain nombre de procédures exceptionnelles d'expropriation : 1° une procédure en matière de travaux militaires (art. 75); 2° une procédure d'urgence en matière de travaux civils (art. 65 à 74); 3° une procédure d'urgence en matière de travaux de forteresse (L. 30 mars 1831, art. 76).

(2) La loi du 28 juillet 1885, art. 13, y ajoute les lignes télégraphiques et téléphoniques de moins de 20 kilomètres.

(3) Comme la loi part évidemment d'un point de vue financier, du désir d'épargner

Source : BIU Cujas

Enquête préalable. — L'acte déclaratif d'utilité publique, que ce soit une loi ou un décret, est précédé d'une enquête destinée à constater l'utilité publique et réglée par les ordonnances du 18 février 1834 et du 15 février 1835. Nous reproduisons en note les dispositions de ces textes en faisant observer qu'ils se placent, à tort, uniquement dans l'hypothèse où il y a des travaux à accomplir (1).

2° *Expropriations poursuivies au nom des départements, des communes*

les finances de l'État, il faut sans doute l'interpréter en ce sens que toute expropriation qui ne doit pas entraîner pour l'État plus de dépenses que ne le ferait la construction d'un tronçon ordinaire de chemin de fer ou de canal de 20 kilomètres, peut être autorisée par décret; que, dans le cas contraire, il faut une loi, alors même que la dépense devrait résulter, non pas de travaux, mais de l'indemnité d'achat (par exemple, pour monuments historiques).

(1) *Ord. du 18 février 1834.* — L'enquête pourra s'ouvrir sur un avant-projet où l'on fera connaître le tracé général de la ligne des travaux, les dispositions principales des ouvrages les plus importants et l'appréciation sommaire des dépenses... à l'avant-projet sera joint dans tous les cas un mémoire descriptif indiquant le but de l'entreprise et les avantages qu'on peut s'en promettre; on y annexera le tarif des droits dont le produit serait destiné à couvrir les frais des travaux projetés si ces travaux devaient devenir la matière d'une concession. — Il sera formé au chef-lieu de chacun des départements que la ligne des travaux devra traverser une commission de neuf membres au moins et de treize au plus, pris parmi les principaux propriétaires de terres, de bois, de mines, les négociants, les armateurs et les chefs d'établissements industriels — les membres et le président de cette commission seront désignés par le préfet dès l'ouverture de l'enquête. — Des registres destinés à recevoir les observations, auxquelles pourra donner lieu l'entreprise projetée, seront ouverts pendant un mois au moins et quatre mois au plus, au chef-lieu de chacun des départements et des arrondissements que la ligne des travaux devra traverser. — Les pièces qui, aux termes des art. 2 et 3, doivent servir de base à l'enquête resteront déposées pendant le même temps et aux mêmes lieux — la durée de l'ouverture des registres sera déterminée dans chaque cas particulier par l'Administration supérieure. Cette durée, ainsi que l'objet de l'enquête, sera annoncée par des affiches (pour les chemins vicinaux, au moins lorsqu'ils n'intéressent que des communes d'un même département, la durée de l'enquête est maintenant fixée par le préfet, D. 13 avr. 1861). — A l'expiration du délai, qui sera fixé en vertu de l'article précédent, la commission mentionnée à l'art. 4 se réunira sur-le-champ : elle examinera les déclarations consignées aux registres de l'enquête; elle entendra les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines employés dans le département, et après avoir recueilli auprès de toutes les personnes qu'elle jugerait utile de consulter les renseignements dont elle croira avoir besoin, elle donnera son avis motivé, tant sur l'utilité de l'entreprise que sur les diverses questions qui auront été posées par l'Administration. Les diverses opérations dont elle dressera procès-verbal devront être terminées dans un nouveau délai d'un mois. — Le procès-verbal de la commission d'enquête sera clos immédiatement; le président de la commission le transmettra sans délai, avec les registres et les autres pièces, au préfet qui l'adressera avec son avis à l'Administration supérieure dans les quinze jours qui suivront la clôture du procès-verbal. — Les chambres de commerce et, au besoin, les chambres consultatives des arts et manufactures des villes intéressées à l'exécution des travaux seront appelées à délibérer et à exprimer leur opinion sur l'utilité et la convenance de l'opération. Les procès-verbaux de leur délibération devront être remis au préfet avant l'expiration du délai fixé dans l'art. 6. — Si la ligne des travaux n'excède pas les limites de l'arrondissement, le délai de l'ouverture des registres et du dépôt des pièces sera fixé au plus à un mois et demi,

Source : BIU Cujas

et des associations syndicales. — Pour les départements, les communes, et il faut ajouter aussi les associations syndicales, l'utilité publique est déclarée en principe par un décret rendu en forme de règlement d'administration publique (Sén.-cons., 25 déc. 1852, art. 4) (1).

Enquêtes. — La déclaration d'utilité publique en faveur du département est précédée d'une enquête administrative faite en les mêmes formes que pour l'État. La déclaration d'utilité publique en faveur d'une commune seule est précédée d'une enquête administrative dans les formes prescrites par l'ordonnance du 23 août 1826. Si les travaux n'intéressent pas la commune toute seule, l'enquête a lieu conformément à l'ordonnance du 18 février 1834.

3° *Voies de recours.* — L'acte qui déclare l'utilité publique peut être attaqué par le recours pour excès de pouvoir, toutes les fois que ce n'est pas un acte législatif, et pour les causes suivantes : 1° Parce que le travail projeté n'a pas un objet d'utilité publique *qui justifie l'expropriation* (V. p. 644); 2° Pour inobservation des formes, notamment de celles de l'enquête; 3° Pour incompétence. En général le pourvoi n'est pas recevable après le jugement d'expropriation (Arr. Cons. d'Ét., 22 nov. 1878, 28 avr. 1882, etc.).

b) *La désignation des terrains et l'arrêté de cessibilité.* — La désignation des terrains, quand il s'agit de grands travaux devant occuper des terrains très nombreux, par exemple des travaux de chemin de fer, se fait d'après une méthode progressive par des actes successifs, la désigna-

et au moins à vingt jours; la commission d'enquête se réunira au chef-lieu de l'arrondissement et le nombre de ses membres variera de cinq à sept.

Ordonnance du 15 févr. 1835. — Lorsque la ligne des travaux relatifs à une entreprise d'utilité publique devra s'étendre sur le territoire de plus de deux départements, les pièces de l'avant-projet qui serviront de base à l'enquête ne seront déposées qu'au chef-lieu de chacun des départements traversés. — Des registres continueront d'être ouverts tant au chef-lieu du département qu'aux chefs-lieux d'arrondissement, pour recevoir les observations auxquelles pourra donner lieu l'entreprise projetée.

(1) Toutefois, pour les chemins de fer d'intérêt local, elle est déclarée par une loi; pour les tramways, par décret en Conseil d'État sur le rapport du ministre des Travaux publics, après avis du ministre de l'Intérieur (L. 11 juin 1880, art. 2 et 29). — Pour les chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun, elle est déclarée par le conseil général du département; pour les chemins vicinaux ordinaires et les chemins ruraux, par la commission départementale (L. 10 août 1871, art. 44 et 86 ; L. 20 août 1881, art. 4). Sauf, toutefois, dans les parties où lesdits chemins traversent des terrains bâtis ou enclos de murs, auquel cas un décret rendu en Conseil d'État est nécessaire (L. 8 juin 1864, at. 2; L. 20 août 1881, art. 13, § 3).

Observation. — Pour les chemins, il ne faut pas confondre l'opération du classement avec la déclaration d'utilité publique. Le classement ne suppose qu'un projet de chemin, il a pour but d'en déterminer la direction générale et de le classer au point de vue des différentes catégories de chemins. La déclaration d'utilité publique ne peut intervenir qu'après le classement et en vue de l'*ouverture* du chemin, elle n'intervient d'ailleurs que si des expropriations sont nécessaires.

Source : BIU Cujas

tion des territoires ou localités, et la désignation des parcelles par l'arrêté de cessibilité du préfet :

1° *Désignation des territoires.* — Cette désignation est celle des territoires et non pas encore des parcelles; il s'agit de savoir où passera le chemin ou la route, quelles localités seront desservies, plutôt que de savoir quelles parcelles devront être expropriées : Si la désignation des territoires ou localités ne se trouve pas dans la loi ou le décret qui déclare l'utilité publique des travaux, elle doit être faite par arrêté préfectoral (L. 1841, art. 2);

2° *Arrêté de cessibilité.* — La désignation des parcelles de terrains résulte d'un arrêté préfectoral dit *arrêté de cessibilité*, rendu après une enquête dans laquelle les parties intéressées ont été mises à même de fournir leurs contredits, le tout suivant les règles posées par les art. 2, 4 à 11 de la loi du 3 mai 1841. L'arrêté de cessibilité constitue une formalité essentielle de la procédure d'expropriation. Il fait cesser l'incertitude de la propriété en donnant au propriétaire la faculté de requérir lui-même l'expropriation au bout d'un délai d'un an, si l'Administration n'a pas poursuivi la procédure (art. 14). Il ne produit d'ailleurs aucun effet au regard des parcelles, et notamment il ne les frappe d'aucune indisponibilité. Cependant s'il s'agit de terrains en bordure d'une rue existante dont l'alignement va être modifié, à partir de l'arrêté de cessibilité, l'autorité municipale peut refuser la permission de bâtir ou la délivrance d'alignement à l'ancienne limite (C. É., 12 janv. 1883, *Matussière*). — L'arrêté de cessibilité doit être *motivé* et *indiquer l'époque de la prise de possession* (art. 11). — Nous donnons en note les détails de l'enquête qu'il ne faut pas confondre avec celle qui a précédé la déclaration d'utilité publique(1).

(1) *Enquête.* — Les ingénieurs ou autres gens de l'art, chargés de l'exécution des travaux, lèvent, pour la partie qui s'étend sur chaque commune, le plan parcellaire des terrains ou des édifices dont la cession leur paraît nécessaire. Le plan desdites propriétés particulières, indicatif des noms de chaque propriétaire, tels qu'ils sont inscrits sur la matrice des rôles, reste déposé pendant huit jours à la mairie de la commune où les propriétés sont situées, afin que chacun puisse en prendre connaissance. — Le délai fixé à l'article précédent ne court qu'à dater de l'avertissement qui est donné collectivement aux parties intéressées, de prendre communication du plan déposé à la mairie. — Cet avertissement est publié à son de trompe ou de caisse dans la commune. — Il est, en outre, inséré dans l'un des journaux publiés dans l'arrondissement, ou, s'il n'en existe aucun, dans l'un des journaux du département. — Le maire certifie ces publications et affiches; il mentionne, sur un procès-verbal qu'il ouvre à cet effet, et que les parties qui comparaissent sont requises de signer, les déclarations et réclamations qui lui ont été faites verbalement, et y annexe celles qui lui sont transmises par écrit.

A l'expiration du délai de huitaine prescrit par l'art. 5, une commission se réunit au chef-lieu de la sous-préfecture. Cette commission, présidée par le sous-préfet de l'arrondissement, sera composée de quatre membres du conseil général du département ou du conseil de l'arrondissement désignés par le préfet, du maire de la commune où les propriétés sont situées, et de l'un des ingénieurs chargés de l'exécution des travaux. — La commission ne peut délibérer valablement qu'autant que cinq de ses membres,

Source : BIU Cujas

Voies de recours. — L'arrêté de cessibilité peut être attaqué par le recours pour excès de pouvoir dans le délai ordinaire si l'expropriation n'est pas consommée et pourvu que le recours ne soit pas fondé sur l'absence matérielle de formalités prescrites par la loi. La dernière restriction se justifie parce qu'il appartient à l'autorité judiciaire de vérifier l'existence matérielle des formalités au moment du jugement d'expropriation, et parce que le recours pour excès de pouvoir est essentiellement subsidiaire.

II. *Phase judiciaire ; le transfert de propriété ; le jugement d'expropriation.* — Le transfert de propriété, lorsque la procédure d'expropriation suit son cours normal et qu'il n'intervient pas de cession amiable, est opéré par jugement du tribunal civil.

a) *Procédure du jugement d'expropriation.* — A défaut de conventions amiables, soit avec les propriétaires des terrains ou bâtiments dont la cession est reconnue nécessaire, soit avec ceux qui les représentent, le préfet transmet au procureur de la République, dans le ressort duquel les biens sont situés, la loi ou le décret (ou la décision du conseil général ou de la commission départementale) qui autorise l'exécution des travaux, et l'arrêté de cessibilité (art. 13 *in fine*).

Dans les trois jours, et sur la production des pièces constatant que les formalités prescrites par l'art. 2 du titre Ier et par le titre II de la

au moins, sont présents. — Dans les cas où le nombre des membres présents serait de six, et où il y aurait partage d'opinion, la voix du président sera prépondérante. — Les propriétaires qu'il s'agit d'exproprier ne peuvent être appelés à faire partie de la commission. — La commission reçoit pendant huit jours les observations des propriétaires, — Elle les appelle toutes les fois qu'elle le juge convenable. Elle donne son avis. — Ses opérations doivent être terminées dans le délai de dix jours; après quoi le procès-verbal est adressé immédiatement par le sous-préfet au préfet. — Dans le cas où lesdites opérations n'auraient pas été mises à fin dans le délai ci-dessus, le sous-préfet devra, dans les trois jours, transmettre au préfet son procès-verbal et les documents recueillis.

— Si la commission propose quelque changement au tracé indiqué par les ingénieurs, le sous-préfet devra, dans la forme indiquée par l'art. 6, en donner immédiatement avis aux propriétaires que les changements pourront intéresser. Pendant huitaine, à dater de cet avertissement, le procès-verbal et les pièces resteront déposés à la sous-préfecture ; les parties intéressées pourront en prendre communication sans déplacement et sans frais et fournir leurs observations écrites. — Dans les trois jours suivants, le sous-préfet transmettra toutes les pièces à la préfecture.

Sur le vu du procès-verbal et des documents y annexés, le préfet détermine, par un arrêté motivé, les propriétés qui doivent être cédées et indique l'époque à laquelle il sera nécessaire d'en prendre possession. — Toutefois, dans le cas où il résulterait de l'avis de la commission qu'il y aurait lieu de modifier le tracé, le préfet surseoira jusqu'à ce qu'il ait été prononcé par l'administration supérieure (art. 4-11).

Observation. — Il y a modification de la procédure en cas d'expropriation d'intérêt purement communal, et spécialement en matière d'ouverture et de redressement de chemins vicinaux, conformément à l'art. 12 de la loi du 3 mai 1841 : commission d'enquête remplacée par le conseil municipal, arrêté de cessibilité pris par le préfet *en conseil de préfecture* pour compenser la garantie absente de la commission d'enquête.

Source : BIU Cujas

loi du 3 mai 1841 ont été remplies, le procureur de la République requiert et le tribunal prononce l'expropriation pour cause d'utilité publique des terrains ou bâtiments indiqués dans l'arrêté du préfet (art. 14, § 1er).

Si dans l'année de l'arrêté du préfet, l'Administration n'a pas poursuivi l'expropriation, tout propriétaire dont les terrains sont compris audit arrêté peut présenter requête au tribunal. Cette requête sera communiquée par le procureur de la République au préfet, qui devra, dans le plus bref délai, envoyer les pièces, et le tribunal statuera dans les trois jours (art. 14, § 2).

Ainsi la procédure peut être engagée de deux façons, ou par l'Administration, ou par les particuliers, précieux droit pour ceux-ci, car le sort de leur propriété est dans une incertitude fâcheuse.

Les délais, qui dans l'une et l'autre procédure sont indiqués, manquent de sanction ; en matière de procédure, les nullités ne se suppléent point (art. 1030, C. proc. civ.).

Rôle du tribunal. — Il n'y a pas ici un véritable procès, les propriétaires ne sont pas parties en cause, le tribunal, par un acte d'autorité, opère le transfert de propriété comme dans une *adjudication;* mais il a le devoir de vérifier si les formalités prescrites dans l'art. 2 du titre Ier et dans les articles du titre II de la loi du 3 mai 1841, en vue de protéger la propriété, ont été accomplies. Toutefois, afin de respecter le principe de la séparation des pouvoirs, il est admis que le tribunal judiciaire est juge uniquement de l'*existence matérielle* de ces formalités, et qu'il n'est pas juge de leur *validité* (L. 1841, art. 2 et 14). Jurisprudence constante). Par exemple, il est juge de la question de savoir si l'acte déclarant l'utilité publique du travail existe, mais, s'il existe, il n'est pas juge de la question de savoir s'il est entaché d'un vice de forme, ou s'il émane d'une autorité incompétente. De même pour l'arrêté de cessibilité du préfet, le tribunal doit s'assurer de son existence, mais il n'est pas juge de la question de savoir si le défaut de motifs ou le défaut d'indication de la date de la prise de possession en entraîne la nullité. Il doit encore vérifier l'existence de la seconde enquête, celle qui précède l'arrêté de cessibilité, quant à la première, chose bizarre, elle ne se trouve pas dans les textes visés par l'art. 14 et le tribunal n'a point à s'en occuper.

Rédaction du jugement, mesures de publicité, voies de recours. — Le jugement d'expropriation doit être rédigé suivant les règles ordinaires, il doit en outre contenir la désignation du magistrat-directeur du jury (art. 14, §§ 3 et 4). Il est publié et affiché par extraits dans la commune de la situation des biens de la manière indiquée en l'art. 6. Il est en outre inséré dans l'un des journaux publiés dans l'arrondissement, ou, s'il n'en existe aucun, dans l'un de ceux du département (art. 15, § 1er). — Un extrait est en outre notifié à chaque propriétaire exproprié

Source : BIU Cujas

conformément à l'art. 15 §§ 2 et 3, et nous verrons que celui-ci à son tour est tenu de faire connaître un certain nombre d'intéressés, et, par suite, de leur faire connaître le jugement, ces intéressés sont les usufruitiers, fermiers, locataires, etc. — Le jugement doit être, immédiatement après l'accomplissement des formalités de publicité, transcrit au bureau de la conservation des hypothèques de l'arrondissement, conformément à l'art. 2181 du Code civil (art. 16). — Le jugement ne pourra être attaqué que par la voie du recours en cassation et seulement pour incompétence, excès de pouvoir, ou vice de forme (art. 20). Le pourvoi en cassation peut être formé non seulement contre le jugement qui exproprie, mais contre celui qui refuse d'exproprier. Il est formé, soit par les propriétaires intéressés, soit au nom de la personne administrative expropriante.

b) *Effets du jugement.* — L'expropriation doit transférer à l'expropriant la propriété pleine et entière de l'immeuble dégagée de toute charge et de tout droit réel, sans cela elle n'atteindrait pas son but, aussi le jugement d'expropriation produit-il transfert de propriété, purge des droits réels et résolution des droits mobiliers, de la manière suivante (1) :

1° La propriété est transférée à l'Administration, non seulement *inter partes*, mais vis-à-vis des tiers, par le jugement d'expropriation et non par la transcription de ce jugement, de telle sorte qu'entre le jugement et la transcription le propriétaire ne peut pas revendre ;

2° Les droits réels autres que les privilèges et hypothèques, tels que usufruit, usage, habitation, servitudes, qui grevaient ces immeubles sont résolus, et transformés en un droit à indemnité par le seul effet du jugement d'expropriation et non pas par la transcription de celui-ci. Les actions en résolution, en revendication et toutes autres actions réelles ne pourront arrêter l'effet de l'expropriation, le droit des réclamants sera transformé en un droit à indemnité (L. 3 mai 1841, art. 18 et 21) ; le droit du locataire, quoique mobilier, est également résolu et transformé en une créance d'indemnité (art. 21). Tous les personnages atteints par cette résolution des droits sont invités à faire valoir leurs prétentions avant le règlement des indemnités, suivant des voies et moyens que nous verrons plus tard, et d'ailleurs chacun d'eux reçoit son indemnité à titre séparé (art. 39) ;

(1) A propos de l'effet du jugement d'expropriation à l'égard des droits réels appartenant à des tiers, il convient de remarquer que la loi du 3 mai 1841 est antérieure à celle du 23 mars 1855 sur la transcription des actes translatifs de propriété et sur l'opposabilité de ces actes aux tiers munis de droits réels sur l'immeuble. On s'est naturellement posé la question de savoir si les règles spéciales de la loi du 3 mai 1841 ne s'étaient pas trouvées abrogées par celles de la loi de 1855 ; l'opinion générale est que cette abrogation ne s'est pas produite à raison de l'adage *legi speciali per generalem non derogatur* (Cfr. Garsonnet et Bouchez, *op. cit.*, n° 229).

Source : BIU Cujas

3° Les privilèges et hypothèques donnent lieu à des règles plus compliquées; les créanciers privilégiés et hypothécaires n'ont point droit chacun à une indemnité séparée, mais viennent se faire colloquer suivant les règles des ordres hypothécaires sur l'indemnité unique du propriétaire; à raison de ce fait, l'efficacité de leurs privilèges et hypothèques reste subordonnée à l'inscription. Il faut donc distinguer entre les privilèges et hypothèques inscrits et ceux qui ne le sont pas :

α) Les privilèges et hypothèques *inscrits* sont traités de la façon suivante : d'abord ils peuvent être valablement inscrits pendant toute la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation (1); ensuite ils sont purgés par l'effet même du jugement d'expropriation. La purge est un procédé de suppression ou d'extinction des privilèges et hypothèques prévu au Code civil, art. 2181 et suiv., et qui peut être pratiqué par tout tiers détenteur d'un immeuble grevé. Il consiste essentiellement en ce que celui-ci offre aux créanciers un certain prix dont ils seront forcés de se contenter. Toutefois, lorsque la purge est pratiquée par un détenteur ordinaire, les créanciers ont une arme qui leur permet d'obtenir la fixation d'un juste prix, ils ont le droit, en souscrivant une surenchère d'un dixième, d'exiger que l'immeuble soit mis aux enchères. Cette garantie ne pouvait pas être donnée aux créanciers en matière d'expropriation, car on ne pouvait pas admettre qu'un immeuble dont l'Administration a absolument besoin, fût mis aux enchères et risquât ainsi de passer aux mains d'un tiers. On a donné une autre garantie aux créanciers, ils peuvent exiger que l'indemnité soit fixée par le jury (art. 17, § 3). C'est qu'en effet, même après le jugement d'expropriation, une cession amiable pourrait intervenir entre l'Administration et le propriétaire pour la fixation de l'indemnité, et cette fixation pourrait léser les droits des créanciers. Enfin, en même temps que les privilèges et hypothèques inscrits sont purgés, les droits des créanciers sont transportés sur l'indemnité pour y être colloqués suivant les règles des ordres hypothécaires;

β) Les privilèges et hypothèques sont également éteints, lorsque dans un délai de quinzaine après la transcription du jugement d'expropriation ils n'ont pas été inscrits. Cette hypothèse est tout à fait différente de la précédente; ici, les créanciers privilégiés ou hypothécaires n'ont plus aucun droit sur le prix, ils ne seront pas payés et ils n'ont pas le droit de demander la fixation de l'indemnité par le jury. Cependant certains créanciers à hypothèque légale, les femmes, les mineurs, les interdits, peuvent être colloqués sur le montant de l'indemnité tant que celle-ci n'a pas été payée ou que l'ordre n'a pas été réglé définitivement entre les créanciers (art. 17, §§ 1 et 2).

(1) On admet généralement que ce délai de quinzaine n'a point été supprimé par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, bien que cette loi décide qu'en principe la transcription arrête le cours des inscriptions (V. *suprà*).

Source : BIU Cujas

III. *Phase du jury d'expropriation.* — a) *Mesures préparatoires.* — 1° *Mesures prises pour avertir les intéressés.* — Il est clair que l'Administration ne paiera pas deux fois le prix et que les intéressés qui n'auront pas fait valoir leurs droits à temps seront forclos. Mais il est juste qu'ils soient avertis. Voici le système suivi à cet égard par la loi (art. 21), les intéressés sont divisés en trois catégories : α) Le propriétaire réel ou apparent qui a reçu notification individuelle du jugement, celui-là est averti ; β) Les intéressés que le propriétaire doit faire connaître sous sa responsabilité, ce sont les fermiers, locataires, ceux qui ont des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation ou des droits de servitudes réglés par le Code civil, et dont le propriétaire peut connaître l'existence parce qu'il est intervenu dans les actes ; si le propriétaire n'a pas fait connaître ces intéressés, il demeure seul chargé envers eux des indemnités auxquelles ils auraient droit (1) ; γ) Les intéressés qui doivent se faire connaître eux-mêmes ; faute par eux de s'être fait connaître en temps utile, ceux-ci perdent tout droit tant contre l'Administration que contre le propriétaire, bien que celui-ci ait peut-être reçu une indemnité plus élevée qu'il ne l'aurait dû ; solution controversée par quelques auteurs, mais qui résulte bien des termes de la loi. Ils sont suffisamment avertis par les formalités de l'art. 6. Sont parmi les intéressés de la dernière catégorie, les usagers dont les droits sont régis par le Code forestier, les titulaires de servitudes constituées par les anciens propriétaires et non mentionnées dans les actes du propriétaire actuel. — Quant aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, d'une part c'est sur l'indemnité du propriétaire qu'ils seront colloqués, d'autre part, ou bien ils sont déjà inscrits, ou bien ils doivent se faire inscrire dans la quinzaine de la transcription du jugement et ainsi se faire connaître.

2° *Offres de l'Administration.* — L'Administration notifie aux propriétaires et à tous autres intéressés qui auront été désignés ou qui seront intervenus dans le délai fixé par l'article précédent, les sommes qu'elle offre pour indemnité. Ces offres sont en outre affichées et publiées conformément à l'art. 6 (art. 23). Elles peuvent être modifiées au cours de la procédure (Jurisprudence constante) (2). — Dans la quinzaine suivante, les propriétaires et autres intéressés sont tenus de déclarer leur acceptation ou, s'ils n'acceptent pas les offres qui leur sont faites, d'indiquer le montant de leurs prétentions (art. 24). Des règles spéciales pour l'acceptation des offres faites aux femmes mariées, aux tuteurs, aux en-

(1) Il n'y a point de responsabilité subsidiaire de l'Administration en cas d'insolvabilité du propriétaire. La loi du 29 déc. 1892, art. 12, relative aux dommages résultant de l'occupation temporaire, a renchéri ici sur la loi sur l'expropriation, elle établit la responsabilité subsidiaire de l'Administration à de certaines conditions (V. *infrà*, *Occupation temporaire*).

(2) Si dans les 6 mois du jugement d'expropriation, l'Administration ne poursuit pas la fixation de l'indemnité, les parties pourront exiger qu'il y soit procédé (art. 55).

Source : BIU Cujas

voyés en possession provisoire des biens d'un absent, et autres personnes qui représentent des incapables ou des personnes morales, sont tracées dans les art. 25, 26 et 27. Dans le cas où les offres sont acceptées, il y a cession amiable pour la fixation du prix.

3° *Réquisition d'acquisition totale.* — Dans le délai de quinzaine qui suit les offres de l'Administration, le propriétaire d'un *bâtiment* exproprié pour partie peut requérir l'acquisition totale du bâtiment; il en sera de même du propriétaire d'un *terrain* exproprié pour partie s'il se trouve dans le cas prévu à l'art. 50 (il faut pour cela la réunion de trois conditions : que le terrain se trouve réduit au quart, que sa contenance soit inférieure à 10 ares, que le propriétaire ne possède aucun autre terrain contigu). — La partie de l'immeuble dont l'acquisition a été ainsi requise est transférée à l'Administration, non pas à titre d'expropriation, mais à titre de vente ordinaire, ce qui entraîne les conséquences suivantes : la propriété reste grevée de charges; le propriétaire peut revendre jusqu'à la transcription; dans la purge, les créanciers hypothécaires peuvent requérir la mise aux enchères.

b) *Fixation de l'indemnité par le jury.* — Si les offres de l'Administration ne sont pas acceptées dans les délais prescrits par les art. 24 et 27, l'Administration citera tous les intéressés devant le jury, conformément à l'art. 28. Il faut distinguer ici entre le grand jury d'expropriation et le petit jury d'expropriation :

1° *Du grand jury d'expropriation* (L. 3 mai 1841; L. 2 juill. 1880). — α) *Composition du jury.* — Le jury est composé d'un magistrat directeur désigné par le jugement d'expropriation, et de douze jurés choisis pour chaque affaire, suivant les règles des art. 29 à 36 et de l'art. 47.

Dans la pratique, il est tenu de véritables sessions du jury d'expropriation où il est jugé plusieurs affaires, sessions analogues à celles de la cour d'assises. Pour chaque affaire, l'intéressé a droit à la constitution d'un jury spécial, mais les intéressés peuvent aussi consentir à ce que le même jury juge plusieurs affaires (Différence avec le jury criminel). Les jurés sont choisis grâce à la formation annuelle de deux listes successives : la *liste d'arrondissement* dressée par le conseil général dans sa session d'août, elle contient trente-six noms au moins et soixante-douze au plus (1), les noms sont choisis sur les listes électorales ou sur la liste du jury criminel, la *liste de session* composée de seize jurés et de quatre jurés supplémentaires, cette liste prise sur celle de l'arrondissement est dressée par l'autorité judiciaire, soit par la première chambre de la cour d'appel, soit par la première chambre du tribunal civil du chef-lieu du département. On verra, à la fin de l'art. 30, un certain nombre de cas d'exclusion, d'incompatibilité ou de dispense.

(1) Par décret en Conseil d'État, si des circonstances exceptionnelles l'exigent, le chiffre peut être porté à cent quarante-quatre.

Source : BIU Cujas

Le nombre des jurés est réduit à douze pour chaque affaire, soit par des récusations, l'Administration et la partie adverse ayant le droit d'exercer chacune deux récusations péremptoires, soit par le magistrat directeur qui retranche les derniers noms inscrits sur la liste. Il n'y a point tirage au sort (art. 34). D'ailleurs le jury, qui n'est constitué que lorsque les douze jurés sont présents, peut valablement délibérer au nombre de neuf (art. 35). Il y a quelque chose de beaucoup moins rigoureux que pour le jury criminel.

β) *Aspect général de la procédure.* — La procédure devant le jury d'expropriation a été visiblement calquée sur la procédure devant le jury criminel, en ce sens qu'il y a une division radicale d'attributions entre le jury et le magistrat directeur.

Le jury a pour attribution unique de régler l'indemnité ; en cette matière, il a des pouvoirs souverains, sauf à observer des règles que nous allons voir. Le magistrat directeur a pour attribution unique de diriger les débats pendant l'instruction en tranchant les incidents qui peuvent être soulevés, et de donner force exécutoire à la décision du jury. Mais il ne prend pas part à la délibération sur la fixation de l'indemnité, il n'y assiste même pas, le jury se retirant en sa chambre et nommant un président du jury. Cette disposition de la loi de 1841 a été une des plus malheureuses; il est certain que la présence d'un magistrat eût fait reculer certains jurys devant des estimations scandaleuses. Une des meilleures dispositions de la procédure par le *petit jury* de la loi de 1836, c'est que là, au contraire, le magistrat directeur prend part aux débats. Pour les détails de la procédure, V. art. 36, 37, 38, 41.

γ) *Règles relatives à la fixation de l'indemnité.* — 1° Le jury apprécie toutes les conséquences de l'expropriation ; ainsi dans une expropriation de canal d'amenée d'une usine, si celle-ci est fondée en titre, il apprécie la perte de force motrice (Confl., 29 juin 1895, *Sanières*). 2° Il fixe toujours le montant de l'indemnité. Il le fixe hypothétiquement dans le cas où il y a contestation soit sur le bien fondé de l'indemnité, soit sur la question de savoir quel est l'ayant droit. Toutes les contestations sur le fond du droit sont renvoyées devant les tribunaux ordinaires, sans que le jury sursoie à sa décision (1). 3° Il est juge de la sincérité de tous titres et de l'effet de tous actes dans la mesure où cela est nécessaire pour l'évaluation de l'indemnité (art. 48). 4° Le jury prononce des indemnités distinctes en faveur des parties qui les réclament à des titres différents, comme propriétaires, fermiers, locataires, usagers et autres intéressés dont il est parlé à l'art. 21. Dans le cas d'usufruit, une seule indemnité est fixée par le jury, eu égard à la valeur totale de l'immeuble, le nu propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de les exercer sur la chose. L'usufruitier sera tenu de

(1) Ce qui est une exception à la procédure ordinaire des questions préjudicielles.

Source : BIU Cujas

donner caution, les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants en seront seuls dispensés (L. 3 mai 1841, art. 39, §§ 1, 2, 3). 5° Sauf demande spéciale de l'intéressé, l'indemnité doit consister en une somme d'argent (art. 38, § 3). Elle doit contenir réparation entière du dommage causé par l'expropriation. Toutefois, les constructions, plantations et améliorations ne donneront lieu à aucune indemnité lorsque, à raison de l'époque où elles auront été faites ou de toutes autres circonstances dont l'appréciation lui est abandonnée, le jury acquiert la conviction qu'elles ont été faites dans la vue d'obtenir une indemnité plus élevée (art. 52). Si l'exécution des travaux doit procurer une *plus-value immédiate* et *spéciale* au restant de la propriété, cette augmentation de valeur sera prise en considération dans l'évaluation du montant de l'indemnité (art. 51). Si cette *plus-value* n'est pas immédiate, comment l'apprécier ? Si elle n'est pas spéciale à l'immeuble exproprié, comme les immeubles voisins ne contribuent pas, il ne serait pas juste de faire contribuer l'immeuble exproprié.

L'indemnité allouée par le jury ne peut, en aucun cas, être inférieure aux offres de l'Administration, ni supérieure à la demande de la partie intéressée (art. 39, § 5). Si l'intéressé n'a formulé aucune demande, l'indemnité ne doit pas être supérieure aux offres de l'Administration. Il doit toujours y avoir une indemnité, fût-elle fixée à 1 franc.

δ) *Envoi en possession.* — La décision du jury, signée des membres qui y ont concouru, est remise par le président au magistrat directeur qui la déclare exécutoire, statue sur les dépens, conformément aux règles posées par l'art. 40, et envoie l'Administration en possession de l'immeuble, à la charge par elle de se conformer aux dispositions des art. 53, 54 et suivants, c'est-à-dire de payer ou de consigner le montant de l'indemnité (art. 41) (1).

ε) *Voies de recours.* — La décision du jury et l'ordonnance du magistrat directeur ne peuvent être attaquées que par la voie du recours en cassation : 1° Pour incompétence et excès de pouvoir (Jurisprudence); 2° Pour violation de la loi, mais seulement pour violation de l'art. 30, § 1er; de l'art. 31 ; de l'art. 34, §§ 2 et 4; des art. 35 à 40 de la loi du 3 mai 1841 (art. 42). Les délais et les effets du recours en cassation sont réglés par l'art. 42, *in fine*, et par l'art. 43.

2° *Du petit jury d'expropriation* (L. 21 mai 1836, art. 16). — Dans la procédure d'expropriation par le petit jury, le jury spécial chargé de régler les indemnités n'est composé que de quatre jurés. Le tribunal d'arrondissement, en prononçant l'expropriation, désigne pour présider et diriger le jury l'un de ses membres ou le juge de paix du canton. Ce

(1) Quand l'indemnité aura été réglée, si elle n'est ni acquittée, ni consignée dans les six mois de la décision du jury, les intérêts courront de plein droit à l'expiration de ce délai.

Source : BIU Cujas

magistrat a voix délibérative en cas de partage. Le tribunal choisit sur la liste générale prescrite par l'art. 29 de la loi du 3 mai 1841, quatre personnes pour former le jury spécial et trois jurés supplémentaires. L'Administration et la partie intéressée ont respectivement le droit d'exercer une récusation péremptoire. — Ainsi, le nombre des jurés est moindre, quatre au lieu de douze, le rôle du magistrat directeur plus actif, il est président du jury et assiste aux délibérations, en cas de partage, il vote. Cette organisation impose au jury une modération que n'a pas toujours eue le grand jury.

Cette procédure est appliquée : 1° En cas d'ouverture et de redressement de chemins vicinaux (L. 21 mai 1836, art. 16); 2° En cas de travaux accomplis par les associations syndicales, excepté ceux indiqués aux nos 6 et 7 de l'art. 1er de la loi du 22 décembre 1888; 3° En cas d'accomplissement de travaux du même genre par l'Administration, lorsqu'il ne se forme pas d'associations syndicales, en vertu des lois du 16 septembre 1807 et du 8 avril 1898 (L. 21 juin 1865, art. 27); 4° En cas d'expropriation de terrains nécessaires pour l'établissement d'un tramway (L. 11 juin 1880, art. 31); 5° En cas d'ouverture ou d'élargissement de chemins ruraux (L. 20 août 1881, art. 13); 6° En cas d'établissement d'une ligne télégraphique ou téléphonique lorsqu'il y a lieu d'exécuter des travaux qui entraînent une dépossession définitive (L. 28 juill. 1885, art. 13).

Paiement et prise de possession. — Les indemnités réglées par le jury seront, préalablement à la prise de possession, acquittées entre les mains des ayants droit. S'ils se refusent à les recevoir, la prise de possession aura lieu après offres réelles et consignation (art. 1257 et s., C. civ.; 812 et s., C. pr. civ.) (1).

Observation finale. — Toutes les significations et notifications nécessitées par la procédure de l'expropriation sont faites à la diligence du préfet du département de la situation des biens, soit par huissier, soit par tout agent de l'Administration dont les procès-verbaux font foi en justice (art. 57). Tous actes sont visés pour timbre et enregistrés gratis; il n'est perçu aucun droit pour la transcription des actes au bureau des hypothèques (art. 58).

(1) S'il s'agit de travaux exécutés par l'État ou les départements, les offres réelles pourront s'effectuer au moyen d'un mandat égal au montant de l'indemnité réglée par le jury ; ce mandat délivré par l'ordonnateur compétent, visé par le payeur, sera payable sur la caisse publique qui s'y trouvera désignée. Si les ayants droit refusent de recevoir le mandat, la prise de possession aura lieu après la consignation en espèces (art. 53). Il ne sera pas fait d'offres réelles toutes les fois qu'il existera des inscriptions sur l'immeuble exproprié ou d'autres obstacles au versement des deniers entre les mains des ayants droit; dans ce cas, il suffira que les sommes dues par l'Administration soient consignées, pour être ultérieurement distribuées ou remises selon les règles du droit commun (art. 54).

Source : BIU Cujas

C. *De la cession amiable.* — La *cession amiable* ou *convention amiable* est un incident de la procédure de l'expropriation dont l'objet est de régler, par une convention passée entre l'Administration et l'exproprié, soit le transfert de propriété, soit la fixation de l'indemnité, soit les deux à la fois; elle se substitue donc suivant les cas, soit au jugement d'expropriation, soit à la décision du jury d'expropriation, soit à la fois aux deux; cette convention amiable est toujours désirée par l'Administration et c'est pour la provoquer, au moins quant à la fixation de l'indemnité, que des offres sont faites à l'exproprié.

La cession amiable peut intervenir dès que la procédure d'expropriation est ouverte, c'est-à-dire aussitôt après la déclaration d'utilité publique (Cons. d'Ét., 30 juill. 1887, *Guillaumin;* 11 janv. 1890, *Veil*). Elle ne peut intervenir avant, car alors elle ne serait pas un incident de la procédure d'expropriation, elle serait, soit une vente ordinaire, soit une offre de concours (V. *infrà*, v° *Travaux publics*) (1). La cession amiable présente les caractères suivants :

1° Les contrats de vente, quittances et autres actes relatifs à la cession amiable peuvent être passés dans la forme des actes administratifs, la minute restera déposée au secrétariat de la préfecture, expédition en sera transmise à l'administration des domaines (art. 56); tous ces actes participent de l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement établie par l'art. 58;

2° La cession amiable est facilitée en ce qui touche les biens appartenant à des incapables par les règles posées en l'art. 13, §§ 1 à 3 de la loi du 3 mai 1841, et en ce qui touche les biens appartenant à des personnes morales par les règles posées au même article, §§ 3 et 4;

3° La cession amiable est assujettie aux mêmes formalités de publicité et de transcription que le jugement d'expropriation (art. 19, § 1), moyennant quoi elle produit les *mêmes effets* au point de vue de la résolution des droits réels, des actions réelles et des droits du locataire. Elle produit aussi les mêmes effets au point de vue des privilèges et hypothèques, en ce sens : 1° que lesdits privilèges et hypothèques doivent, pour valoir sur le prix, être inscrits dans la quinzaine qui suit la transcription de la cession, sauf réserve du droit des femmes, mineurs, interdits, sur le montant de l'indemnité, tant qu'elle n'est pas payée; 2° qu'il y a purge virtuelle des privilèges et hypothèques ainsi inscrits, et que l'effet du droit de suite est réduit au droit de demander la fixation de l'indemnité par le jury;

4° L'Administration peut, *sauf les droits des tiers*, et sans accomplir

(1) A noter, toutefois, la disposition de faveur de l'art. 58, *in fine*, relative à la restitution des droits perçus sur les acquisitions amiables faites dans les deux ans qui précèdent l'arrêté de cessibilité. Il peut se faire que ces deux ans remontent au delà de la déclaration d'utilité publique (Cfr. Aucoc, *op. cit.*, n° 852).

Source : BIU Cujas

les formalités ci-dessus tracées, payer le prix des acquisitions dont la valeur ne s'élèverait pas au-dessus de 500 francs (art. 19, § 2).

D. *Le contentieux de l'expropriation et de la cession amiable.* — Bien que le droit d'expropriation soit un droit de Puissance publique, depuis la loi du 8 mars 1810 dont la loi du 3 mai 1841 n'est qu'une réédition revue et corrigée, l'expropriation est une opération judiciaire dont le contentieux est, lui aussi, en partie judiciaire. Il faut, en effet, distinguer: 1° dans la phase administrative de la procédure, l'acte déclaratif d'utilité publique et l'arrêté de cessibilité peuvent être l'objet de recours pour excès de pouvoir toutes les fois que leur existence matérielle n'est pas contestée et qu'il ne s'agit que d'apprécier leur validité(1); 2° à partir du jugement d'expropriation, les incidents auxquels donne lieu la procédure normale d'expropriation se règlent devant le tribunal civil, par exemple les contestations relatives aux offres réelles et à la prise de possession par l'Administration; 3° il en est de même des difficultés que peuvent susciter les cessions amiables (2).

N° 2. — *De l'expropriation indirecte* (3).

Le fait que le contentieux de l'expropriation pour cause d'utilité publique est devenu judiciaire, a eu une grande importance, il a donné naissance à la théorie de l'expropriation indirecte, toute favorable à la protection de la propriété privée, et qui a inspiré tantôt des dispositions particulières de loi, tantôt des décisions de jurisprudence. La théorie est la suivante : toutes les fois qu'en fait l'Administration, au cours d'une opération quelconque, s'est emparée d'un terrain appartenant à un particulier et qu'il en est résulté une dépossession définitive avec transfert de propriété, les réclamations du particulier sont de la compétence judiciaire ; l'expropriation pour cause d'utilité publique n'étant au fond qu'une dépossession définitive avec transfert de propriété, entourée d'une certaine procédure protectrice, et les tribunaux judiciaires étant compétents, ils doivent l'être *a fortiori* lorsqu'il y a dépossession définitive et

(1) Si l'existence matérielle d'un de ces actes ou bien l'existence matérielle de l'enquête qui a dû précéder l'arrêté de cessibilité est contestée : le tribunal judiciaire qui doit vérifier cette existence matérielle avant de prononcer le jugement d'expropriation est juge du fait. On a tranché, par cette distinction entre l'existence matérielle des actes et leur validité, les difficultés de compétence qui pourraient s'élever entre les deux autorités (L. 3 mai 1841, art. 2 et 14).

(2) La compétence judiciaire est tellement bien assise pour le contentieux des cessions amiables, qu'elle tient en échec la compétence administrative dans l'hypothèse où des travaux ont été stipulés comme condition de la cession; ces travaux, quoique exécutés sur le domaine public, perdent la qualité de travaux publics et le contentieux n'en est point porté au conseil de préfecture (Confl., 15 mars 1850, *Ajasson de Grandsagne;* 24 juill. 1880, *Latham;* 20 nov. 1880, *Thuillier*. Cfr. Aucoc, *Conf.*, 3e édit., n° 860).

(3) Sanlaville, *De l'occupation définitive sans expropriation*, 1890 et *Rev. d'adm.*, 1888.

Source : BIU Cujas

transfert de propriété sans procédure ou avec des procédures moins protectrices.

Cette théorie a été appliquée par la loi elle-même : 1° à la dépossession définitive qui résulte de l'effet des plans d'alignement dressés pour l'élargissement ou le redressement des chemins ou des rues des villes (1) ; 2° à celle qui résulte des décisions des commissions départementales fixant la largeur des chemins vicinaux (2) ; 3° à celle qui résulte en certains cas de l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques (3) ; 4° à celle qui résulte d'une occupation temporaire en matière de mines prolongée pendant plus d'une année (4) ; 5° à celle qui résulte d'une occupation temporaire en matière de travaux publics prolongée pendant cinq ans (5).

Elle a été étendue par la jurisprudence : 1° A l'emprise qui résulte d'un acte de délimitation d'une dépendance du domaine public naturel, rivage de la mer ou lit d'un fleuve (V. p. 617) ; 2° A celle qui résulte de l'exécution de travaux publics, lorsque l'ouvrage public a été à tort établi en tout ou en partie sur une propriété privée (Confl., 26 mai 1894, *de Gasté ;* 29 juin 1895, *Sanières ;* Trib. de la Seine, 16 juill. 1896, *Cauvin*) ; 3° A celle qui résulte de l'interdiction permanente d'exploiter une mine située sous une voie ferrée ; ou de l'interdiction faite à un propriétaire de relever le niveau d'une maison pour que la manœuvre d'un pont tournant demeure possible (Confl., 5 mai 1878, *houillères de Saint-Étienne ;* Cons. d'Ét., 29 déc. 1860 et 9 févr. 1865, *Letessier*) (6). Et d'une façon générale, lorsque le propriétaire a subi une dépossession définitive (C. É., 15 juil. 1898, *Beilon* c. *Compagnie des eaux du Ragas*).

(1) L. 16 sept. 1807, art. 50, interprétée en ce sens, bien qu'antérieure à la loi de 1810, qui posa le principe de la compétence judiciaire ; Av. Cons. d'Ét., 7-20 août 1839 ; 1er avr. 1841. — Le transfert de propriété qui résulte de l'effet des plans d'alignement diffère de celui qui résulte de l'expropriation, d'abord en ce qu'il est opéré non pas par autorité de justice, mais par un acte administratif, ensuite en ce que le paiement de l'indemnité n'est pas préalable à la prise de possession ; l'indemnité est fixée par le jury. Cfr. p. 623.

(2) L. 21 mai 1836, art. 15. — Ici encore l'indemnité n'est pas préalable à la prise de possession et elle est fixée par le juge de paix du canton après expertise. Cfr. p. 435.

(3) L. 28 juill. 1885, art. 13. — Ici, l'indemnité est préalable à la prise de possession, mais réglée par le juge de paix après expertise ; la dépossession définitive résulte surtout de ce que les travaux pénètrent à l'intérieur des maisons (Confl., 25 févr. 1893, *L'hospitalier*).

(4) L. du 27 juill. 1880, art. 43. — Ici, l'indemnité est réglée par les tribunaux de première instance.

(5) L. 29 déc. 1892, art. 9. — Ici, lorsque la dépossession tend à devenir définitive par l'expiration du délai de 5 ans, c'est la procédure même de l'expropriation qui est employée. Sur l'état de la doctrine avant la loi du 29 déc. 1892, consultez Sanlaville, *op. cit.*

(6) Ces deux dernières hypothèses sont singulièrement voisines de la théorie des dommages permanents résultant des travaux publics et l'on sait que dans les cas de dommage permanent le contentieux relève du conseil de préfecture. Ce qui a fait pencher

Source : BIU Cujas

Le Conseil d'État manifeste même l'intention de l'étendre à d'autres formes de propriété que la propriété corporelle immobilière, par exemple à la propriété industrielle dans le cas où par une concurrence déloyale l'Administration aurait dépossédé l'inventeur de son brevet (C. É., 31 juill. 1896, *Carré*). Elle peut en effet être étendue à toute forme de propriété et elle fournit une base à la compétence judiciaire pour toute atteinte au droit de propriété qui va jusqu'à la dépossession définitive. (Sur la portée de cette jurisprudence relativement nouvelle qui donne une situation privilégiée aux droits qui revêtent la forme d'une propriété et qui entraîne en certains cas des compétences parallèles, V. p. 240).

Article II. — Les travaux publics (1).

Observations préliminaires. — Il y a possibilité de distinguer dans la matière des travaux publics deux éléments, l'*opération* et le résultat de cette opération qui est l'*ouvrage public*. D'une part, les conséquences des travaux publics se rattachent les unes à l'opération, les autres à l'existence même de l'ouvrage: les offres de concours, les contributions de la plus-value, les réquisitions d'occupation temporaire, sont des incidents de l'opération proprement dite, la régie, le marché par entreprise, la concession sont des modes d'exécution de la même opération ; au contraire, les accidents et dommages occasionnés par les travaux aux personnes et aux propriétés tendent de plus en plus à se rattacher directement à l'ouvrage public. D'autre part, si l'opération de travaux publics envisagée en soi et dans ses conséquences propres, a une procédure qui doit être régulièrement suivie, il semble bien en revanche que l'ouvrage public puisse se trouver constitué et produire des conséquences alors qu'il a été construit avec une procédure irrégulière; de telle sorte que l'ouvrage public apparaît comme indépendant jusqu'à un certain point de l'opération de travaux publics.

Mais si, pour la commodité de l'exposition, les deux éléments des

la balance en faveur de la théorie de l'expropriation indirecte et du contentieux judiciaire c'est que le sous-sol de la voie et l'espace au-dessus de la maison avaient été vraiment annexés aux ouvrages publics ; il y avait eu véritablement une appropriation par l'Administration et par conséquent une sorte de transfert de propriété joint à la dépossession définitive du propriétaire, tandis que le dommage permanent ne suppose qu'une privation de jouissance (Cfr. Laferrière, *Jurid. adm.*, t. I, p. 543. V. d'ailleurs sur la théorie de l'expropriation indirecte, Sirey, 1896, III, p. 33 en note).

(1) *Bibliographie*, Tarbé de Vauxclairs, *Dictionnaire des travaux publics*, 1835, Husson, *Législation des travaux publics*, 1841; Aucoc, *Conf.*, 3e édit., t. II, nos 568 et s.; Perriquet, *Les travaux publics*, 1883; Christophle et Auger, *Traité des travaux publics*, 2e édit., 1890; Debauve, *Dictionnaire administratif des travaux publics*, 1892; A. des Cilleuls, *Origines et développement du régime des travaux publics en France;* Léchalas, *Manuel de Droit adm., Service des ponts et chaussées*, 2e vol. 1888-1898; Potiquet, *Recueil des lois, ordonnances, décrets concernant les services du ministère des travaux publics.* — V. *infrà*, cahier des clauses et conditions générales.

Source : BIU Cujas

travaux publics peuvent être séparés, il ne faut pas oublier cependant qu'ils font partie d'une même matière, les *travaux publics*, et que toute cette matière donne lieu à un contentieux global de la compétence du conseil de préfecture en premier ressort, du Conseil d'État en appel (L. 28 pluv. an VIII, art. 4, nos 2 et 3). Ce contentieux est de pleine juridiction et très compréhensif, y rentre tout ce qui est mode d'exécution ou conséquence de l'opération, tout ce qui est conséquence de l'existence de l'ouvrage public, à la condition d'intéresser de près ou de loin la responsabilité pécuniaire de l'Administration (1). Le contentieux des travaux publics, tant par l'importance des affaires qui sont jugées tous les ans, que par la quantité des principes qui ont été posés par la jurisprudence, est le premier des contentieux administratifs. Cela n'a rien de surprenant. Les travaux publics eux-mêmes, tant par la gravité des intérêts dont l'Administration y prend la responsabilité, que par la nature très spéciale des rapports qui s'y nouent entre elle et le personnel des entrepreneurs de travaux ou même la masse des administrés, peuvent être considérés comme le type des opérations de gestion accomplies pour l'exécution des services publics (2).

(1) Et cela, non seulement pour les travaux de l'État, mais pour ceux de toutes les administrations publiques, car il est à remarquer que tandis que les marchés de fournitures des départements et communes sont laissés à la compétence judiciaire, leurs marchés de travaux publics ont été revendiqués par la compétence administrative (Cfr. Aucoc, *op. cit.*, no 701 ; Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 124). Sous l'ancien régime, le contentieux des travaux publics appartenait aux intendants ; pendant la Révolution, il fut partagé entre les directoires de département et les ministres ; la loi du 28 pluviôse an VIII l'attribua aux conseils de préfecture, dans des termes un peu obscurs, mais qu'une interprétation traditionnelle a tournés au profit de la compétence exclusive de ces conseils (V. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 172, 190 et s.).

(2) J'ai annoncé souvent l'importance des travaux publics comme type de l'opération de gestion publique, il est temps de fournir mes preuves :

I. — Le contentieux de la gestion publique est essentiellement un contentieux de l'indemnité. Or, il n'est pas douteux que les travaux publics ne créent une sorte d'atmosphère juridique spéciale dont la vertu se traduit par deux phénomènes principaux, les *indemnités pour dommages* et la *dénaturation* qui transforme en droits à indemnités pour dommages les diverses prétentions qu'auraient à faire valoir contre l'Administration les intéressés. Il ne serait pas difficile de montrer que, dans les rapports de l'entrepreneur de travaux et de l'Administration, toutes les prétentions de celui-ci se convertissent en demandes d'indemnité, mais il sera préférable de choisir nos exemples dans les rapports de l'Administration avec les administrés, par conséquent dans la matière des dommages. — La générosité progressive avec laquelle la jurisprudence administrative accorde des indemnités à tous ceux qui ont souffert préjudice dans leur propriété ou dans leur personne par suite de l'exécution des travaux publics est bien connue. En aucune autre circonstance elle ne se montre aussi évidente. Mais ce que l'on a moins remarqué c'est la *dénaturation* systématique des rapports juridiques qu'entraîne cette pratique constante des indemnités. — Voici, par exemple, que par suite de l'aménagement d'une caserne toutes les eaux ménagères de celle-ci se trouvent déversées sur une propriété privée qui par la situation naturelle des lieux n'était pas exposée à les recevoir (Confl., 4 déc. 1897, *Charreyron*), en réalité il y a établissement d'une servitude et le véritable recours du proprié-

Source : BIU Cujas

N° 1. — *De l'ouvrage public et des dommages qu'il entraîne.*

A. *Définition de l'ouvrage public.* — Tout immeuble construit ou aménagé pour le compte de l'administration publique et en vue d'un

taire serait l'action négatoire par laquelle il ferait cesser l'écoulement des eaux; cette action négatoire est supprimée et transformée en un recours en indemnité. Voici maintenant qu'un droit de passage primitivement établi sur une voie ferrée est supprimé par des travaux ultérieurs, l'action confessoire tendant au rétablissement est remplacée par un recours en indemnité (Confl., 1er août 1896, *Préfet de la Manche*). De même, si par suite d'un travail public il est apporté un trouble à la possession, l'action possessoire pour obtenir la cessation du trouble est convertie en une simple action en indemnité (Confl., 2 mars 1901, *Veuve Lacaille*). — Dans ces trois hypothèses la « dénaturation » s'explique parce qu'il faut que l'opération de travaux publics s'exécute malgré les résistances des particuliers, elle joue en somme le même rôle que l'expropriation, elle détruit des droits préexistants pour les remplacer par un droit à indemnité. Mais voici des hypothèses où le même phénomène aboutira à créer le droit à indemnité là où l'administré n'aurait pu faire valoir aucun autre moyen de droit contre l'Administration et ce sera véritablement une faveur. C'a été le cas des indemnités accordées aux riverains des cours d'eau lorsque des villes captaient des sources, alors que la législation antérieure à la loi du 8 avril 1898 ne reconnaissait à ces riverains aucun droit sur la source (V. p. 540, l'histoire de ce mouvement de jurisprudence). C'est le cas des indemnités accordées pour refus d'alignement ou refus de permission de bâtir, lorsque ces refus peuvent être considérés comme motivés par une opération de travaux publics et, par suite, comme des dommages résultant de travaux publics, alors qu'en toute autre occasion ces refus, simples décisions de police, ne donnent aucun droit à indemnité. C. É., 3 août 1900, *Ville de Paris c. dame Sanoner* (V. dans Sirey, 1902. 3. 41, une note sur l'histoire de ce développement de jurisprudence). Enfin, dans les hypothèses d'accidents, j'ai signalé bien des fois la dénaturation avantageuse qui se produit en ce que l'Administration se déclare responsable *à raison de la seule existence de l'ouvrage public* à l'occasion duquel s'est produit l'accident, sans qu'il y ait lieu de rechercher si celui-ci ne résulte pas de la faute d'un agent plus ou moins insolvable (Confl. 10 nov. 1900, *Espitalier*, S. 1901. 3. 33 et la note).

Les raisons de cette importance du contentieux de l'indemnité dans l'opération de travaux publics sont complexes, mais ce sont bien celles que l'on peut faire valoir en faveur de tout contentieux administratif de gestion publique : 1° il y a un intérêt administratif de premier ordre à ce que les obstacles juridiques que l'Administration pourrait rencontrer sur sa route soient levés, sauf indemnité ultérieure, en somme, il y a intérêt à la possibilité de *l'exécution préalable* des travaux publics; 2° l'équité exige comme contrepartie de cette exécution préalable, et aussi à raison des dommages inusités qu'entraînent les grands travaux, qu'il soit payé des indemnités; 3° la préoccupation d'équité est d'autant plus pressante que les travaux publics se traduisent par une plus-value collective, un enrichissement général du pays, et qu'il serait scandaleux que ce qui s'annonce comme profitant à tous fût une cause de ruine ou de préjudice pour quelques-uns; 4° à l'appui de ces considérations de politique ou d'équité se présentent des considérations juridiques qui fournissent la véritable cause obligatoire : s'il est une occasion où l'Administration peut être qualifiée de gérant d'une affaire commune, c'est bien lorsqu'elle entreprend une opération de travaux publics; là l'entreprise est manifeste et le caractère commun de l'affaire aussi; dès lors, il apparaît que l'Administration assume les obligations et les responsabilités du gérant d'affaire (V. p. 210).

II. — La théorie de la gestion publique suppose que l'exécution des services publics est en soi une opération juridique; or, la vérité de ce postulat se trouve démontrée par les travaux publics qui sont à la fois une opération juridique et l'exécution d'un ser-

Source : BIU Cujas

service public ou d'un usage public, a le caractère d'*ouvrage public*. — Plus simplement, *toute dépendance de domaine public* a le caractère d'*ouvrage public*, et par suite, tout travail d'aménagement ou d'entretien sur une dépendance du domaine public est un travail public (Confl., 1er août 1896, *Préfet de la Manche;* 10 nov. 1900, *Espitalier*, S. 1901. 3. 33 et la note) :

1° Il s'agit d'un immeuble construit ou aménagé. — A la vérité, la loi ne précise nulle part la nature matérielle de l'objet qui doit être créé par l'opération de travaux publics, mais l'esprit des textes, la jurisprudence, la pratique administrative imposent l'idée de l'immeuble : c'est un pont, une voie ferrée, un bâtiment qui sont construits sur le sol et deviennent l'accessoire du sol; c'est une canalisation établie dans le sol, un arbre planté. Les objets mobiliers qui ne seront jamais incorporés au sol, quelqu'importants qu'ils soient, n'ont pas la qualité juridique d'*ouvrages publics*, ainsi, par exemple, les navires de guerre construits par des entrepreneurs privés, même sous la surveillance des agents de l'État, ne sont pas des ouvrages publics et l'opération de leur construction n'est pas un marché de travaux publics, mais un simple marché de fournitures (1).

On peut se demander si des constructions immobilières certainement incorporées au sol, mais destinées à ne pas durer, ont bien le caractère d'ouvrages publics, par exemple les constructions provisoires d'une exposition. — Il y a des décisions contradictoires (C. É., 4 juill. 1884,

vice public. En effet : 1° il existe des services publics chargés d'une façon constante de la préparation, de la direction, de l'exécution des travaux publics, il y a un ministère des travaux publics et toute une administration des travaux publics; 2° cette administration fait exécuter des travaux *en régie*, c'est-à-dire comme un service; même quand la construction a été confiée à un entrepreneur, l'exécution de cette entreprise est par une intervention constante des ingénieurs rendue aussi *analytique* que celle d'un service public (V. *infrà*, p. 687); enfin, quand l'exécution s'opère par concession, le concessionnaire reste chargé de l'exécution d'un service qui, à des points de vue nombreux, est un service de travaux publics; 3° tout ouvrage public construit devient l'objet de services d'entretien et d'exploitation qui sont des services de travaux publics et qui entraînent soit des dommages de travaux publics, soit des marchés de travaux publics (Confl., 17 avril 1886, *O. Carrol;* 17 juin 1899, *Préfet de Vaucluse;* C. É., 17 janvier, 1896, *Fidon et fils;* 21 avril 1899, *Duez*). — En un certain sens, et si l'on fait abstraction de la nature de l'ouvrage construit, tous les services publics ne sont-ils pas des services de travaux publics, et par conséquent des opérations administratives exécutées en régie?

(1) L'établissement d'une ligne télégraphique ou téléphonique, même d'un câble sous-marin, est une opération de travaux publics, puisque les fils une fois posés sont attachés au sol et deviennent immeubles (V. Cons. d'Ét., 1er mai 1891, *Siémans*). — Des objets mobiliers entrent évidemment dans toute construction, mais il y a un travail de pose qui les incorpore au sol. — Si un entrepreneur fournit des matériaux destinés à la construction, mais s'il n'en opère pas la pose, il ne fait quant à lui qu'une opération de fournitures (Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 123). — Si la pose n'est pas définitive comme dans une entreprise de décoration d'un monument public en vue d'une fête, il n'y a pas travail public mais fournitures (C. É., 11 mars 1898, *Blanqui*).

Source : BIU Cujas

François et 30 juin 1893, *Cauvin-Yvôse;* rapprochez la décision *Blanqui*, en note) mais il faut peut-être distinguer suivant qu'il s'agit de constructions faites pour le compte de l'Administration ou de concessionnaires ou bien de constructions pour le compte de simples locataires;

2° Il faut en effet, que l'immeuble soit construit et aménagé pour le compte de l'administration publique et en vue d'un service public ou d'un usage public. — Un immeuble construit pour le compte d'un simple établissement d'utilité publique n'a pas la qualité d'ouvrage public (C. É., 19 janv. 1860, *Schulters*); non plus un immeuble construit ou aménagé pour le domaine privé d'une personne administrative, ainsi les routes forestières qui sont uniquement pour l'exploitation des forêts de l'État ne constituent pas des ouvrages publics (C. É., 2 mai 1873, *Barliac;* 4 avr. 1884, *Barthe*). — En revanche, les bâtiments construits pour les services publics ont la qualité d'ouvrages publics, ce qui rend bien difficile à soutenir l'opinion des auteurs qui ne veulent pas les ranger dans le domaine public; cela a été décidé même pour des manufactures de tabac, même pour des établissements thermaux appartenant à l'État (C. É., 17 mars 1855, *Klotz;* 8 mars 1866, *Lafond*) même pour une maison que la commune loue au département comme caserne de gendarmerie (C. É., 20 févr. 1890, *ville de Cannes*) (1).

De ce que l'ouvrage public est pour un service public ou en vue d'un usage public, il s'ensuit qu'il n'est pas directement construit pour créer une plus-value ou une richesse. Cette observation est importante, car à certains égards, l'ouvrage public est une plus-value et entraîne des plus-values et nous aurons l'occasion de tirer les conséquences de ce fait; il est donc intéressant de noter que la plus-value n'est pas le but direct de l'ouvrage public, que lorsqu'elle se produit elle est *indirecte*. A ce point de vue, il faudra mettre à part certains travaux dits d'*intérêt collectif* qui n'ont d'autre but que la création d'une plus-value directe pour des terrains privés et qui ont reçu artificiellement la qualité de travaux publics (V. *infrà*, *Associations syndicales*).

Il n'est pas indispensable qu'on puisse nommer la personne administrative pour le compte de laquelle l'ouvrage est construit, il suffit que ce soit certainement pour le compte de l'administration publique et pour un service public (C. É., 27 janv. 1899, *Joly*, S. 99. 2. 121, la note), —

(1) Il est inacceptable que des bâtiments qui ont le caractère d'*ouvrages publics* soient des dépendances du domaine privé, alors qu'on pose en principe que les constructions faites pour le domaine privé ne constituent pas des ouvrages publics — il est inacceptable que des bâtiments qui ont le caractère d'ouvrages publics ne soient pas des dépendances du domaine public, alors qu'on pose en principe que toute dépendance du domaine public est un ouvrage public (Confl., 10 nov. 1900, *Espitalier*) : entre la notion de l'ouvrage public et celle de la dépendance du domaine public il y a une force d'attraction mutuelle qui triomphera de toutes les résistances et de tous les partis pris (V. p. 589).

Source : BIU Cujas

il n'est même pas indispensable que l'ouvrage soit construit par une opération administrative régulière ni avec des deniers publics, il peut avoir été construit par un gérant d'affaires (C. É., 16 déc. 1881, *commune de Plaisance ;* confl., 15 janv. 1881, *Dasque ; Id.* 19 janv. 1895, *Réaux*).

De l'individualité de l'ouvrage public. — L'ouvrage public ainsi défini a une très forte individualité juridique. D'une part, lorsqu'un immeuble a déja la qualité d'ouvrage public, tous les travaux d'entretien ou de réparation qui seront engagés à son égard constitueront des opérations de travaux publics (C. É., 27 janv. 1899, *Joly*, S. 99. 3. 121 et la note ; confl., *Espitalier*, S. 1901. 3. 33, la note) ; même certains marchés d'exploitation (C. É., 17 janv. 1896, *Fidon et fils ;* 21 avr. 1899, *Duez*, marchés pour assurer le halage sur des canaux de navigation) seront des marchés de travaux publics. D'autre part, tous les dommages ou accidents qui se produiront à l'occasion de l'ouvrage, soit par simple voisinage, soit par vice de construction, soit par défaut d'entretien, soit pour faits d'entretien ou d'exploitation, seront considérés comme des conséquences directes de l'ouvrage, sans qu'il y ait à rechercher s'ils sont ou non dus à la faute ou à la négligence de tel ou tel agent (1) (V. *infrà*).

B. *Des dommages aux propriétés entraînés par l'existence de l'ouvrage public.* — Ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'ouvrage public constitue indirectement une plus-value sociale et, en effet, en économie politique, on range les routes, les canaux, les chemins de fer, les quais des ports, parmi les éléments de cet outillage qui constitue le capital social. Il est assez naturel que cette plus-value, étant créée avec l'argent de tous, profite également à tous, il y a au premier chef situation de gestion publique, dès lors, si par suite de l'existence de l'ouvrage public certains propriétaires, bien loin de participer à la plus-value, souffrent des préjudices spéciaux, ces dommages doivent être réparés. Sur ces bases s'est édifiée une théorie des dommages à la propriété, à moitié légale et à moitié jurisprudentielle, qui est tout à fait intéressante (2).

Le dommage doit être réparé par une indemnité qui comprend le *damnum emergens* et le *lucrum cessans ;* cette indemnité est due par l'Administration si le dommage résulte de l'ouvrage même ou d'un ordre

(1) Conflits, 17 avr. 1886, *O'carrol ;* C. É., 9 mars 1894, *Daubard*, S. 95. 3. 105 et la note ; conflits, 15 mai 1897, *Dalidou ;* conflits, 17 juin 1899, *Préfet de Vaucluse* (très intéressant parce qu'on voit l'ouvrage public considéré comme un organisme qui fonctionne) ; Conflits, 10 nov. 1900, *Espitalier*, S. 1901. 3. 33, la note ; Cfr. Laferrière, *op. cit.*, II, p. 163.

(2) Le point de départ de la théorie est dans la loi des 7-11 sept. 1790 et dans l'art. 4 de la loi du 28 pluv. an VIII ; ces textes ne visent que les torts et dommages causés par l entrepreneur, ils ont été étendus à ceux qui proviennent du fait de l'Administration dont le contentieux avait été à un moment donné réservé au ministre. — Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 193, t. II, p. 159.

Source : BIU Cujas

donné ; elle est due par l'entrepreneur si le dommage résulte d'une inobservation du plan sans ordre donné. Dans les deux cas l'action est de la compétence du conseil de préfecture (1).

Il convient tout d'abord de distinguer deux espèces de dommages à la propriété : 1° celui qui provient d'un accident arrivé à l'occasion de l'ouvrage, par exemple dans un émondage d'arbres plantés sur une place publique, une branche brise la marquise d'un café (Confl., 10 nov. 1900, *Espitalier*) ; 2° celui qui provient de la seule présence de l'ouvrage public, de son seul voisinage et sans qu'il y ait eu accident : celui-là s'appelle *dommage permanent*. — Ces deux espèces de dommages sont traités de même au point de vue de la compétence mais, dans le cas de l'accident, le préjudice qui entraîne obligation de réparer a une évidence brutale et de plus il est très naturel que l'Administration garantisse contre les accidents. Dans le cas du dommage permanent la matière est plus subtile, le préjudice est souvent moins défini et l'obligation de réparer ne se rattache pas exactement à la même idée ; le dommage permanent n'est pas un accident par rapport à l'exécution normale des travaux publics, il en est plutôt une conséquence naturelle, car il n'est au fond qu'un *inconvénient de voisinage* et il est naturel qu'un ouvrage public ait certains inconvénients pour les propriétés voisines ; il est naturel par exemple que l'exécution d'un grand remblai de chemin de fer rende insalubre une maison qui est bâtie au pied. Si le dommage permanent apparaît comme un événement qui entraîne un préjudice exceptionnel, c'est par rapport au droit commun de la propriété et par rapport à l'égalité qui doit régner entre administrés dans une entreprise commune, il est en somme un inconvénient de voisinage *exceptionnel et imposé*.

Des dommages permanents. — Pour donner lieu à indemnité le dommage causé à une propriété par le voisinage d'un ouvrage public doit présenter les caractères suivants, qui tous se rattachent à cette idée qu'il doit être un inconvénient de voisinage réel et exceptionnel.

1° Pour être un *inconvénient de voisinage réel* le dommage doit d'une part être *permanent et porter atteinte à un droit*, d'autre part, être *direct*, *matériel* et *produit par l'ouvrage public* :

a) Les deux premières conditions établissent la réalité du dommage. — Il doit être un dommage *permanent*, c'est-à-dire un *dommage de dépréciation* pour une propriété, ce qui entraîne les conséquences suivantes : α) Il ne se confond pas avec les dommages *d'occupation temporaire*, qui d'ailleurs sont réglés par une loi spéciale (L. 29 décembre 1892) ; β) il ne se confond pas non plus avec la gêne légère et temporaire qu'entraîne l'exécution de certains travaux et qui n'est pas susceptible de produire une dépréciation de la propriété (Trib. de commerce de la

(1) Si l'action en indemnité n'est formée que contre des sous-traitants le conseil de préfecture n'est plus compétent. C. É., 15 février 1895, *Rosazza*.

Source : BIU Cujas

Seine, 20 juillet 1899, *Gavard*, *Rev. adm.* 1900. 1. 189) ; γ) mais il ne faudrait pas confondre permanent avec perpétuel et croire que la dépréciation de la propriété doit nécessairement être de nature à durer autant que l'ouvrage public (1) ; δ) Il n'est pas non plus nécessaire que la dépréciation puisse s'apprécier en une fois ; il y a des exemples de dommages annuels appréciés annuellement (2) ;

— Le dommage doit avoir *porté atteinte à un droit*, c'est-à-dire que celui qui occupe la propriété touchée devait jouir des utilités de cette propriété en vertu d'un droit et non pas en vertu d'une permission précaire. Il suit de là que les permissionnaires ou concessionnaires qui occupent des dépendances du domaine public ont rarement droit à demander des indemnités pour les dommages que les travaux accomplis sur le domaine ont entraînés pour leurs concessions (3) ;

b) Les trois autres conditions sont pour établir la relation de voisinage avec l'ouvrage public dans ce qu'elle a de dommageable :

— Le dommage doit être *direct*, c'est-à-dire que la dépréciation de la propriété doit résulter de la présence même de l'ouvrage public, sans qu'il y ait à invoquer aucun fait intermédiaire, ni aucun fait futur. Comme exemple de dommage indirect ne justifiant pas l'indemnité, on cite d'ordinaire le cas de travaux de voirie exécutés dans un quartier d'une ville, appelant dans ce quartier le mouvement et le commerce et faisant baisser les loyers dans les autres quartiers ; il est clair que mille faits intermédiaires s'interposent dans la chaîne des motifs qui amènent le déplacement des commerçants, la preuve en est que les rues nouvelles auraient pu *ne pas réussir ;* le dommage, s'il se produit, sera donc indirect comme ne se rattachant pas suffisamment au voisinage de l'ouvrage (C. É., 2 févr. 1862, *Frölich*) ;

— Le dommage doit être *matériel*, c'est-à-dire que la dépréciation de la propriété doit provenir de ce que l'objet de propriété est touché par la proximité de l'ouvrage public dans un de ses éléments phy-

(1) Il y a des exemples nombreux d'indemnités accordées pour des dommages à la propriété non perpétuels, par exemple C. É., 12 janvier 1894, *Dufourq* (inondations provisoires provoquées par la construction d'un chemin de fer) ; notamment dans la matière des dommages aux usines résultant de travaux en rivière, il est accordé des indemnités de chômage pendant l'exécution des travaux, outre l'indemnité pour la diminution de la force motrice (C. É., 13 juill. 1870, *Foulon*).

(2) Surtout dans la matière des dommages aux usines (V. avis des sections des finances et des travaux publics, 23 nov. 1875 ; C. É., 19 févr. 1897, *Gâtelier ;* Picard, *Traité des eaux*, II, 407).

(3) Cfr., p. 635, ce qui a été dit pour les dommages causés aux usines établies sur les cours d'eau navigables et flottables. — Cependant si le concessionnaire se trouve dans une situation de gestion publique, s'il peut invoquer une collaboration à l'œuvre administrative, il aura sur le domaine public des droits que les travaux publics ne pourront pas lui enlever sans indemnité ; telle est la condition des *aisances de voirie*, c'est-à-dire des droits de vue et d'accès qu'ont sur les rues les propriétaires des maisons bâties en bordure parce que celles-ci contribuent au service de la rue (V. p. 581).

Source : BIU Cujas

siques : il est placé en contre-bas et exposé à des infiltrations (C. É., 8 août 1896, *commune de Nogent-sur-Marne*) ; il est assujetti au déversement d'eaux ménagères (Conflits, 4 déc. 1897, *Charreyron*) ; ses accès ont été rendus difficiles, etc... La jurisprudence est très large sur cette condition de la matérialité, rien ne le prouve mieux que l'hypothèse curieuse du moulin à vent dont un remblai de chemin de fer a intercepté le vent (1) ; cependant il y a des limites et, par exemple, il n'est pas dû d'indemnité par cela seul que l'agrément d'une propriété est diminué par des ouvrages qui masquent la vue (Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 158. — Cfr. Christophle et Auger, *Traité des travaux publics*, II, nos 2274 et s.) (2) ;

— Enfin le dommage doit *résulter de l'ouvrage public*, mais peu importe qu'il provienne de sa construction, de son seul voisinage, du défaut d'entretien, d'un dépôt de matériaux destinés à l'entretien (C. É., 1er juin 1900, *Hublot*), des inconvénients de son exploitation, des manœuvres qu'il nécessite (3) ; du moment que le dommage se produit *à l'occasion*

(1) Cons. d'Ét., 31 janv. 1890, *Bompoint-Nicot.* — L'atteinte matérielle portée à l'héritage n'apparaît pas au premier abord, car le moulin est à une certaine distance du remblai ; elle existe cependant, à la réflexion on s'aperçoit que le droit de propriété ne doit pas être entendu d'une façon étroite, qu'il ne donne pas seulement droit à la jouissance du sol, mais aussi au soleil, aux pluies, aux vents, en un mot à toutes les circonstances atmosphériques qui constituent le climat normal de la région.

(2) Par cette condition de l'atteinte matérielle portée à l'un des éléments physiques de la propriété, les dommages permanents se trouvent très voisins de l'expropriation. Cela est si vrai que jusqu'à la loi du 8 mars 1810 qui rendit judiciaire le contentieux de l'expropriation, celle-ci, étant prononcée par l'autorité administrative, était considérée couramment comme un dommage résultant des travaux publics. A l'inverse, depuis la loi de 1810, au commencement du siècle, les tribunaux civils ont essayé d'attirer à eux le contentieux des dommages permanents, sous le prétexte que ces dommages n'étaient que des cas d'expropriation. La question a été finalement tranchée par une distinction entre la théorie de l'expropriation indirecte et celle des dommages permanents, fondée sur ce qu'il n'y a expropriation indirecte que lorsqu'il y a dépossession totale d'un objet de propriété, et que, de plus, l'Administration s'est emparée de cet objet de propriété ; les cas de dépossession partielle résultant d'une opération de travaux publics sont de simples dommages permanents, que la dépossession porte sur de véritables servitudes du droit civil, qu'elle porte sur des droits réels reconnus par le droit administratif ou qu'elle porte seulement sur des facultés légales qui constituent l'exercice du droit de propriété (Conflits, 29 mars 1850, *Thomassin;* 30 avr. 1850, *Mallez*, etc. ; Cass., 29 mars 1852, *préfet d'Alger ;* 10 août 1854, *préfet du Puy-de-Dôme ;* cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 161 ; Conflits, 26 mai 1894, *de Gasté*, S. 96, III, 33, et la note).

Il en est de même de la dépossession totale si l'Administration n'a pas profité du terrain, parce qu'alors on ne se trouve pas en présence de la transmission de propriété qui caractérise l'expropriation au même titre que la dépossession définitive (Confl., 11 janv. 1873, *Páris-Labrosse*).

(3) Pour les dommages d'exploitation, V. Conflits, 26 juillet 1894, *Stractmann* et conflits 2 mars 1901, *Varin-Champagne*, trépidations occasionnées par des manœuvres de locomotives, Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 163. Pour les préjudices occasionnés par la manœuvre même de l'ouvrage, V. conflits, 18 juin 1899, *Préfet de Vaucluse :* « Considérant que la vanne dont il s'agit est un organe indispensable du canal de Pierrelate *qui est*

Source : BIU Cujas

de l'ouvrage public, il est un incident des travaux publics et le conseil de préfecture est compétent (1) ;

2° Le dommage doit en second lieu présenter le caractère d'un inconvénient de voisinage *exceptionnel*, sans quoi réparation ne serait pas due. Il faut observer, en effet, que lorsque l'Administration exécute un travail public elle est propriétaire du terrain sur lequel l'ouvrage public se construit, qu'en cette qualité elle peut user du droit commun de la propriété qui est qu'un propriétaire peut causer à ses voisins par des travaux accomplis chez lui de ces dommages légers qu'on appelle inconvénients de voisinage ordinaires. Tout autre que l'Administration eût pu infliger aux voisins ces dommages, ils n'ont donc pas à se plaindre.

L'inconvénient de voisinage devient *exceptionnel* et le dommage *spécial* dans deux hypothèses :

un travail public ... que le préjudice dont la réparation était poursuivie ne pouvant résulter que du fonctionnement normal d'un travail d'utilité publique, la demande aurait dû être portée devant le conseil de préfecture... »

(1) Est-il nécessaire que l'ouvrage public ait été construit dans une opération de travaux publics régulièrement engagée ? La question mérite d'être examinée au point de vue de la compétence et au point de vue du fond : *a*) au point de vue du fond, le dommage étant certain demande une réparation quelle que soit la façon dont l'ouvrage a été construit ; si l'on ne peut appliquer la théorie des dommages résultant des travaux publics, il faudra recourir à celle des indemnités pour faits de service ou à la théorie des fautes ; *b*) au point de vue de la compétence on peut hésiter. M. Laferrière affirme que « la compétence du conseil de préfecture a pour cause le caractère administratif que des actes de l'autorité publique impriment aux travaux. Si donc ces actes font défaut, la compétence administrative manque de base et l'autorité judiciaire reprend ses droits. Il en résulte que les dommages provenant de travaux effectués sans déclaration d'utilité publique, sans autorisation des autorités compétentes n'ont pas au regard des tiers le caractère de dommages causés par des travaux publics et ne relèvent pas de la juridiction administrative » et il cite un certain nombre d'arrêts (Conflits, 19 nov. 1881, *Duru ;* 29 nov. 1879, *Balas ;* 9 mai 1891, *Lebel*). — Il me paraît qu'il faut faire des distinctions nombreuses : 1° si les travaux ont été entrepris sans aucune procédure et s'il est commis des voies de fait sur la propriété, incontestablement l'autorité judiciaire est compétente (cour de Paris, 25 févr. 1893, *Gaz. franco-belge,* S. 96. 2. 82 ; confl., 28 janv. 1899, *maire de Périgueux ;* cfr. art. 16, L. 29 déc. 1892 et V. *suprà*, p. 237) ; 2° s'il a manqué à l'opération non pas les autorisations administratives, mais la déclaration d'utilité publique, des décisions nombreuses et importantes affirment que cela ne fait pas obstacle à la compétence du conseil de préfecture (C. É., 5 mai 1893, *Sommelet ;* 26 janv. 1894, *Lebreton ;* confl., 26 mai 1894, *de Gasté ;* 3 avr. 1897, *Larinier*) ; 3° l'objet de la discussion se réduit donc et il ne s'agit plus que de travaux qui n'ayant pas été régulièrement *autorisés* ne constituent cependant pas des voies de fait ; encore faut-il ajouter que le Conseil d'État se refuse à diviser les compétences si, des travaux ayant été autorisés, l'autorisation a été dépassée (C. É., 13 mars 1885, *ville de Limoges*, 4 juill. 1890, *Bertin*).

Il y a donc bien des chances pour que la juridiction administrative finisse par se reconnaître compétente pour les dommages, même lorsque les travaux n'ont pas été régulièrement autorisés, toutes les fois qu'ils ne constitueront pas une voie de fait caractérisée. La raison c'est qu'il y a un ouvrage public et que les dommages se rattachent à l'existence de l'ouvrage plutôt qu'à l'opération (V. en effet C. É., 3 févr. 1899, *Bonnin ;* conflits, 2 mars 1901, *Lacaille*).

Source : BIU Cujas

a) En soi, le fait dommageable n'a rien d'exceptionnel, mais les travaux qui l'ont entraîné, par leur nature, leur dimension ou leur importance dépassent les proportions de ceux qui sont dans les usages courants de la propriété : Voici, par exemple, une source qui a été coupée au détriment d'un héritage voisin dans une opération de travaux publics ; si c'est en creusant un puits pour le service d'une gare, il n'y a pas droit à indemnité, car ce travail est dans les usages courants de la propriété ; si c'est en creusant un tunnel, il y a droit à indemnité, car ce travail n'est pas dans les usages courants de la propriété (Cons. d'Ét., 11 mai 1883, *Chamboredon*, arrêt de principe rendu sur les conclusions de M. Levavasseur de Précourt), la plupart des dommages permanents qui donnent lieu à indemnité sont de cette catégorie, le fait en lui-même ne présente rien d'exceptionnel, c'est l'ouvrage public qui est d'un genre anormal ;

b) Mais voici une seconde hypothèse qu'à mon avis, il faut prévoir ; l'ouvrage public n'est pas d'un genre exceptionnel, c'est le fait dommageable lui-même ; il consiste en quelque servitude imposée qui, dans le droit commun, ne pourrait pas l'être, par exemple la servitude d'écoulement d'eaux ménagères (Confl., 4 déc. 1897, *Charreyron*) ; fût-elle imposée à l'occasion de la construction d'une gare de chemin de fer qui est une simple maison, cette servitude, par cela même qu'elle serait imposée, constituerait un dommage spécial.

C. *Des dommages aux personnes subis à l'occasion de l'ouvrage public.* — Des dommages peuvent être causés aux personnes, soit dans la construction de l'ouvrage, soit par suite de l'écroulement de l'ouvrage, soit par défaut d'entretien, soit dans la manœuvre même de l'ouvrage ; ils rentrent tous dans la catégorie des accidents. Ces dommages doivent être réparés, soit par l'Administration, soit par l'entrepreneur et il ne s'élève qu'une difficulté de compétence.

La question de compétence aurait pu être résolue en partant de l'idée que le dommage résultait du fonctionnement défectueux d'un service public, service de construction, d'entretien ou de réparation ; elle aurait alors été tranchée par des distinctions selon qu'il se serait agi de services d'État (compétence administrative par la théorie du fait de service) ou de services départementaux ou communaux (compétence judiciaire par la théorie des fautes). — En fait, ce n'est pas ainsi qu'elle s'est présentée ; l'ouvrage public, avec sa forte individualité, a exercé ici son attraction : on s'est demandé uniquement si l'accident s'était produit *à l'occasion de l'ouvrage public* ou bien par suite d'un fait indépendant de l'ouvrage public, de telle sorte que c'est la compétence du conseil de préfecture, spécialement indiquée pour toutes les conséquences de l'ouvrage public, qui lutte contre les autres compétences et qui tend à s'emparer de toute la matière des dommages aux personnes, pour les travaux publics départementaux ou communaux aussi bien que pour les travaux d'État.

Source : BIU Cujas

Les arguments pour défendre la compétence du conseil de préfecture sont les suivants : 1° l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, qui est le texte fondamental, ne distingue pas entre les dommages aux propriétés et les dommages aux personnes ; 2° la juridiction du conseil de préfecture est plus expéditive, parce que s'il y a des actes administratifs à interpréter, le conseil peut les interpréter, tandis qu'un tribunal judiciaire serait obligé de surseoir et de renvoyer pour l'interprétation devant l'autorité compétente (1).

Le Conseil d'État, après certains revirements de jurisprudence (2), est actuellement fixé dans le sens de la compétence du conseil de préfecture sans aucune distinction (Cons. d'Ét., 30 nov. 1877, *Lefort ;* 7 août 1886, *Garcia ;* 9 mars 1894, *Daubard*, S. 95. 3. 105 ; 11 mai 1894, *Ferreng et Pascaud ;* 21 juin 1895, *Cames*, S. 97. 3. 33). Le tribunal des conflits fait certaines distinctions et, notamment, pour les demandes d'indemnité d'ouvriers contre les entrepreneurs, renvoie à l'autorité judiciaire (Confl., 15 mai 1886, *Bordelier*) ; la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qui est certainement applicable aux entreprises administrativement surveillées (art. 13, § 5) et qui entraîne compétence judiciaire (art. 15 et s.), obligera d'adopter la jurisprudence du tribunal des conflits.

N° 2. — *De l'opération de travaux publics, de ses conséquences et de ses procédés d'exécution.*

I. *Définition de l'opération de travaux publics.* — Il y a opération de travaux publics toutes les fois qu'il y a *construction, réparation ou œuvre d'entretien d'un ouvrage public exécutée pour le compte d'une administration publique et sous sa surveillance avec des deniers publics* (nous savons déjà que l'ouvrage public est un immeuble aménagé en vue d'un service public et appartenant à une administration publique. V. p. 663). Il est bien évident que cette opération ne se confond pas avec le marché de fournitures, d'abord parce que la fourniture a pour objet des meubles, ensuite parce qu'elle ne consiste pas en l'exécution d'un travail, mais en la livraison d'objets fabriqués ; aussi l'entreprise d'un service comme celui de transports maritimes, même si un monopole est concédé, ne peut point être considérée comme une opération de travaux publics, parce qu'il n'y a aucun ouvrage public en cause.

Principe du lien indivisible. — Mais dans une situation complexe, si un élément de travail public se trouve mêlé à un autre élément, quel qu'il soit, et que l'opération soit indivisible, l'élément de travail public entraîne la compétence du conseil de préfecture pour toute l'opération ;

(1) Ce second argument est déterminant pour M. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 165 et s.

(2) V. l'histoire de ces revirements de jurisprudence dans Laferrière, *loc. cit.*, et dans le Recueil Lebon, sous conflits, 9 janv. 1874, *Fontaine*, p. 21.

Source : BIU Cujas

ainsi dans les marchés passés par les villes avec les compagnies d'éclairage au gaz, il y a à la fois travail public pour la canalisation, et fourniture pour le gaz, tout le contentieux est dévolu au conseil de préfecture, bien que les marchés de fournitures des communes relèvent de la compétence judiciaire (Cons. d'Ét., 12 juill. 1889, *Union des gaz*). Quelquefois même, on établit artificiellement le lien indivisible afin de soumettre une opération au contentieux des travaux publics, c'est ainsi que les entreprises de travail dans les prisons, qui en soi sont des marchés de fournitures, car l'entrepreneur fournit des matières premières aux prisonniers, sont, dans les cahiers des charges, compliquées de certaines obligations d'entretien aux bâtiments des prisons à la charge de l'entrepreneur, afin de créer l'élément de travail public qui entraînera toute la compétence (Cons. d'Ét., 23 déc. 1881, *Alléguen*) (1).

Formes de l'opération. — La question de savoir s'il y a opération de travaux publics est complètement indépendante de celle de savoir par quels procédés l'opération est réalisée. Nous verrons plus loin que les travaux publics peuvent être exécutés par trois procédés principaux : en régie, par entreprise, par concession; sous ces procédés divers c'est toujours la même opération qui se retrouve. C'est dire par là même que l'opération de travaux publics n'a pas de procédure sacramentelle. On ne peut donc pas soutenir qu'elle doive être précédée d'une déclaration d'utilité publique ou d'enquêtes. Si ces formalités l'accompagnent souvent c'est parce qu'elles sont nécessitées par des raisons à côté, par exemple par une expropriation, par la constitution d'une association syndicale etc..., mais non pas par l'opération de travaux publics elle-même (2). On ne peut pas non plus soutenir d'une façon absolue que l'opération doive être autorisée par l'administration supérieure; il y a des conséquences de l'opération qui ne peuvent se produire sans une autorisation, par exemple l'occupation temporaire ne saurait avoir lieu sans un arrêté du préfet (3), la contribution de la plus-value demande des formalités (4), mais dans les rapports entre l'Administration et les entrepreneurs, le fait

(1) V. sur ce point, S. 93, III, 81, la note. — Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 123.

(2) Cette doctrine que la déclaration d'utilité publique n'est pas un élément nécessaire du travail public a été confirmée par un arrêt du Conseil d'Etat du 5 mai 1893, *Sommelet c. commune de Rolampont*. Une ville a acheté à l'amiable une source, les travaux de canalisation pour l'adduction de l'eau ont été accomplis sur une voie publique, il n'y a pas eu d'expropriation, partant pas de déclaration d'utilité publique, un simple arrêté de voirie; il y a, quand même, travail public et application de la théorie des dommages permanents au profit des usiniers privés d'eau (*Adde* Cons. d'Ét., 26 janv. 1894, *Lebreton;* confl. 26 mai 1894, *de Gasté;* 3 avr. 1897, *Larinier*).

(3) Elle constituerait une voie de fait (Confl., 12 mai 1877, *Gagne;* 9 mai 1892, *Lebel;* C. É., 6 févr. 1891, *Guillaumin*).

(4) La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux, art. 4, 6, 38, semble aussi subordonner certains effets des travaux exécutés en rivière à la condition qu'ils seront *légalement ordonnés ou légalement exécutés*.

Source : BIU Cujas

que les travaux auraient été irrégulièrement engagés ne modifie ni la nature des engagements, ni la compétence (1); la théorie des dommages permanents semble aussi s'appliquer en cas de travaux irrégulièrement engagés (V. p. 670).

Enfin, il n'est même pas sûr que l'opération perde complètement son caractère si, au lieu d'être décidée par l'Administration pour le compte de laquelle elle est exécutée, elle est engagée par un gérant d'affaires, par exemple si un curé fait rebâtir lui-même le presbytère pour le compte de la commune, la compétence du conseil de préfecture pourra subsister à certains égards, notamment sur la question de savoir si le gérant d'affaires a droit au remboursement de ses frais (2).

Par qui l'opération peut être entreprise. — Avec ses pleins effets, avec ses conséquences d'occupation temporaire, de contribution à la plus-value, etc., l'opération de travaux publics ne peut être entreprise que par une personne administrative ou son concessionnaire. Elle peut l'être par toute personne administrative, même par un établissement public. Il n'y a jamais eu de difficulté pour les départements; il y en a eu pour les communes, sous la Restauration, malgré l'art. 30 de la loi du 16 septembre 1807; il y en a eu surtout pour les établissements publics, mais aujourd'hui toutes les controverses sont abolies (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 124; Aucoc, *op. cit.*, n° 701).

Comme contre-partie, il faut décider que les travaux qui ne sont pas exécutés pour le compte des personnes administratives, n'ont pas le caractère de travaux publics, même s'ils sont exécutés pour le compte d'un établissement d'utilité publique (Cons. d'Ét., 19 janv. 1860, *Schulters*), même s'ils sont d'intérêt public, comme les travaux d'exploitation des mines ou des sources minérales privées (3).

II. *Les conséquences de l'opération des travaux publics.* — A. *De la réquisition d'occupation temporaire* (L. 29 déc. 1892) (4). On appelle

(1) Confl., 9 janv. 1881, *Dasque;* C. É., 16 déc. 1881, *Commune de Plaisance;* Confl., 29 juin 1895, *Réaux.*

(2) V. les arrêts cités à la note 1 et *Adde*, Cass., 6 juin 1893, *fabrique de Maroué*, S. 95. 1. 185 et la note.

(3) A la vérité, le droit d'occupation temporaire est concédé pour faciliter l'exploitation de ces propriétés d'intérêt public, et à notre avis, avec son caractère administratif, mais cela ne suffit pas à constituer l'opération de travaux publics.

(4) Il y a d'autres occupations temporaires : en matière d'exploitation de sources minérales (V. p. 548); en matière d'exploitation de mines (V. *infrà*); à notre avis c'est bien un droit administratif qui est ainsi concédé pour l'exploitation de ces propriétés d'intérêt public (V. *infrà*, p. 706).

La loi du 29 décembre 1892 a refondu complètement la matière de l'occupation temporaire en cas de travaux publics, en s'inspirant visiblement des lois sur l'expropriation pour cause d'utilité publique; elle leur a emprunté, sauf la procédure qui reste administrative, presque toutes les règles de fond sur l'indemnité et même (art. 19) la clause de gratuité pour tous les actes auxquels donne lieu l'occupation temporaire. Les textes anciens étaient : l'Ordonnance de Charles IX, 15 février 1566; les arrêts du conseil du

Source : BIU Cujas

ainsi l'occupation d'une propriété privée, soit pour extraire ou ramasser des matériaux, soit pour y fouiller ou faire des dépôts de terre, soit pour tout autre objet relatif à l'exécution de projets de travaux publics civils ou militaires (art. 3); cette occupation est temporaire en ce sens qu'elle ne conserve son caractère de réquisition que pendant cinq ans. Passé ce délai, ou bien elle se continue à l'amiable, ou bien le propriétaire réclame l'expropriation de son terrain (art. 9) (1).

Des divers cas d'application de l'occupation temporaire. — Le texte de l'art. 3 est très général, il admet l'occupation temporaire pour « tout objet relatif à l'exécution de projets de travaux publics », s'il énumère l'extraction, le ramassage de matériaux, les fouilles, les dépôts de terre, c'est à titre d'exemple. L'extraction et les fouilles ont été le premier objet de l'occupation temporaire dans les textes anciens, le seul cas pour lequel on ait senti d'abord le besoin de régler une indemnité; puis est venue l'occupation pour ramassage de matériaux, pour dépôts, et enfin pour études préalables, qui avaient donné lieu à quelques difficultés dans la pratique; tous ces cas d'application se trouvent consacrés par la loi, car les études préalables sont visées dans l'art. 1er (2).

Pour quels travaux et en faveur de qui l'occupation temporaire est-elle applicable. — D'après les anciens textes, l'occupation temporaire n'était expressément consacrée que pour les travaux de voirie; on discutait la question de savoir si elle s'appliquait aux travaux militaires ou bien encore aux travaux de construction de bâtiments, les art. 1 et 3 font cesser toute controverse, tous travaux publics, quelle qu'en soit la na-

roi, 3 octobre 1667, 3 décembre 1672, 22 juin 1706, 7 septembre 1755, 20 mars 1780 (maintenus en vigueur par la loi des 10-22 juillet 1791, sur la police municipale, art. 29, § 2, tit. I); la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4, § 3; l'art. 650 du Code civil, la loi du 16 septembre 1807, art. 55 et 56; la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, art. 17 et 18; la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, art. 3; le décret du 8 février 1888 spécial à l'occupation temporaire; la loi du 20 août 1881 sur les chemins ruraux, art. 14.

Bibliographie. — Féraud-Giraud, *Des dommages occasionnés à la propriété privée par les travaux publics;* Sanlaville, *De l'occupation définitive des propriétés privées*, *Revue d'administration*, 1888; Jousselin, *Servitudes d'utilité publique;* Delanney, *Les occupations temporaires;* Doussaud, *Commentaire de la loi du 29 décembre 1892*; Bourcart. *De l'occupation temporaire*, *Revue d'administration*, 1894, t. III, p. 257 et s.; Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 172 et s.

(1) On a souvent analysé le droit d'occupation temporaire en une sorte de servitude d'utilité publique. Cela est d'autant moins exact que ce droit ne se rattache point à l'ouvrage public une fois construit, considéré comme un fonds dominant, mais beaucoup plutôt à l'opération de travaux publics. Avec grande raison, M. Laferrière y voit une sorte de réquisition, *op. cit.*, t. II, p. 172 et s.

(2) La loi de finances du 13 avril 1900, art. 19-22, a appliqué la réquisition d'occupation temporaire aux travaux de triangulation, d'arpentage ou de nivellement faits pour le compte de l'État, des départements ou des communes et à l'installation des bornes ou signaux destinés à marquer les points trigonométriques et autres repères nécessaires à ces travaux.

Source : BIU Cujas

ture, donnent lieu à cette sorte de réquisition. Il faut ajouter : les travaux publics de toutes personnes administratives, des établissements publics aussi bien que de l'État, des départements ou des communes. « A la vérité, l'art. 1er semble restreindre l'occupation temporaire aux travaux exécutés « pour le compte de l'État, des départements et des communes », mais cet article est relatif aux études préalables, tandis que l'art. 3, relatif aux fouilles et dépôts de matériaux, véritables occupations temporaires, ne fait aucune restriction, par conséquent, s'applique à toute opération de travaux publics (Cfr. Bourcart, *op. cit.*, n° 42).

Du moment que l'occupation temporaire est exercée en vue de l'exécution de travaux publics, peu importe le caractère de l'agent qui se présente pour l'exercer, que ce soit un agent de l'administration exécutant le travail en régie, que ce soit un entrepreneur ou un concessionnaire, ou que ce soit simplement un fournisseur de matériaux, sable ou cailloux (1).

Sur quels terrains s'exerce l'occupation temporaire. — Il y a trois sortes de terrains à distinguer : 1° les *maisons d'habitation* sont complètement exonérées de la servitude, même quand il s'agit d'études préalables; 2° les terrains *clos et attenant à la maison d'habitation* qui peuvent être envisagés comme un prolongement du domicile, sont exonérés de l'occupation temporaire en ce qui concerne les fouilles, dépôts de matériaux, etc. (art. 2), mais non pas en ce qui concerne les études préalables; dans ce dernier cas, l'introduction des agents peut avoir lieu cinq jours après notification au propriétaire (art. 1er) ; 3° enfin, les terrains qui ne sont pas à la fois clos et attenant à la maison d'habitation, sont exposés à toute sorte d'occupation temporaire après les formalités générales de publicité (Bourcart, *op. cit.*, n° 57).

Formalités de l'occupation temporaire. — Le décret du 8 février 1868 avait déjà imposé des formalités, mais il ne s'appliquait qu'aux travaux de l'administration des ponts et chaussées, la loi nouvelle a refondu la matière et a étendu les formalités à tous les travaux ; il y en a deux essentielles : 1° une autorisation régulière qui résulte d'un arrêté préfectoral et qui doit recevoir une publicité; 2° une constatation préalable de l'état des lieux indispensable au règlement de l'indemnité.

(1) Il y avait eu des difficultés pour les fournisseurs, elles étaient tranchées en jurisprudence depuis un arrêt du Conseil d'État du 9 mai 1867, *Stackler;* les art. 1 et 4 font cesser toute controverse par l'expression très générale de « la personne à qui l'Administration délègue ses droits ». Ce peut être un fournisseur aussi bien qu'un entrepreneur. Mais il semble que cela écarte le sous-traitant dans le cas où le concessionnaire en emploie, car le sous-traitant n'est pas délégué par l'Administration, à la différence du concessionnaire (Bourcart, *op. cit.*, n° 38). L'entrepreneur ne doit extraire des matériaux que pour l'opération dont il est chargé. S'il s'en appropriait pour les vendre ou autrement, il encourrait les amendes correctionnelles de l'art. 16.

Source : BIU Cujas

I. L'arrêté préfectoral indique les parcelles de terrain sur lesquelles portera l'occupation temporaire ; on peut le rapprocher de l'arrêté de cessibilité en matière d'expropriation, avec cette différence qu'il n'est point précédé d'une enquête : « Il indique les travaux en vue desquels l'occupation a lieu, la nature et la durée de l'occupation, la voie d'accès. Un plan parcellaire désignant par une teinte les terrains à occuper est annexé à l'arrêté, à moins que l'occupation n'ait pour but exclusif le ramassage de matériaux » (art. 3).

Le préfet envoie ampliation de son arrêté et du plan annexé au chef de service compétent et au maire de la commune, le maire notifie l'arrêté au propriétaire du terrain, etc. (art. 4), en somme le propriétaire intéressé reçoit notification de la partie de l'arrêté qui le concerne, c'est là le point essentiel. L'arrêté peut être aussi affiché dans la commune et inséré dans un journal de l'arrondissement (art. 12). Cette publicité générale dégage l'Administration de la responsabilité qu'elle encourt, aux termes du même art. 12, vis-à-vis des tiers qui pourraient avoir des droits sur l'indemnité payée au propriétaire (1).

Tout arrêté qui autorise des études ou une occupation temporaire est périmé de plein droit s'il n'est suivi d'exécution dans les six mois de sa date (2).

II. La constatation préalable de l'état des lieux est prévue et réglée par l'art. 7, le propriétaire ou, à défaut, un représentant que le maire lui désigne d'office, doit se rencontrer sur les lieux avec le délégué de l'Administration pour dresser un constat des lieux, en cas de désaccord la partie la plus diligente saisit le conseil de préfecture ; les travaux commencent tout de suite après le constat s'il a été fait d'un commun accord, sinon après la décision du conseil de préfecture (3).

Règlement de l'indemnité. — En cette matière, la loi nouvelle a visiblement calqué la loi sur l'expropriation, à cette différence près que le contentieux reste confié au conseil de préfecture : « Immédiatement après la fin de l'occupation temporaire des terrains et à la fin de chaque campagne, si les travaux doivent durer plusieurs années, la partie la plus diligente, à défaut d'accord amiable sur l'indemnité, saisit le conseil de préfecture pour obtenir le règlement de cette indemnité conformément à la loi du 22 juillet 1889 (art. 13 à 25) (4).

(1) En cas de simple ramassage de matériaux, cette publicité générale suffit (art. 6). En cas d'introduction des agents pour études préalables dans les terrains autres que ceux clos et attenant aux maisons, même solution (art. 1er).

(2) Des recours contentieux ordinaires contre l'arrêté du préfet pourraient être formés devant le conseil de préfecture.

(3) Dans le cas où l'entrepreneur ou les agents de l'Administration occuperaient le terrain avant l'accomplissement de ces formalités, il y aurait voie de fait et faute lourde autorisant des poursuites personnelles, soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal correctionnel.

(4) Il s'agit du règlement de l'indemnité dans le cas normal d'occupation temporaire

Source : BIU Cujas

« L'action en indemnité des propriétaires ou autres ayants droit pour toute occupation temporaire de terrains autorisée dans les formes prévues par la présente loi est prescrite par un délai de deux ans à compter du moment où cesse l'occupation (1).

— « Dans l'évaluation de l'indemnité, il doit être tenu compte, tant du dommage fait à la surface que de la valeur des matériaux », ainsi est abolie la distinction que faisait l'art. 55 de la loi du 16 septembre 1807 entre le cas où il y avait une carrière déjà ouverte et celui où il n'y en avait point ; — « les matériaux n'ayant d'autre valeur que celle qui résulte du travail du ramassage ne donnent lieu à indemnité que pour le dommage causé à la surface » (art. 13).

Les art. 14 et 15 posent des règles analogues à celles de l'expropriation pour la compensation de la plus-value et pour les améliorations qui auront pu être faites à la veille de l'occupation temporaire.

— L'indemnité est due en première ligne par l'entrepreneur qui a occupé le sol et l'art. 18 donne aux intéressés le privilege des fournisseurs de la loi du 25 juillet 1891 sur les sommes déposées dans les caisses publiques. Mais en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur, recours subsidiaire contre l'Administration.

Du caractère essentiellement temporaire de l'occupation. — Un des inconvénients les plus grands de l'occupation temporaire, mal réglée par les textes anciens, était qu'il n'y avait point de terme fixé et que souvent, en fait, elle se tranformait en occupation définitive. Sans doute, on soutenait que l'occupation définitive équivalait à expropriation, mais cette matière était pleine de difficultés (2), notre loi apporte une règle nette : d'une part, l'art. 3 § 2, prescrit au préfet d'indiquer dans son arrêté

accomplie d'autorité ; s'il y avait eu consentement amiable, le contentieux serait judiciaire, il le serait également si l'occupation était irrégulière et aboutissait à expropriation indirecte.

(1) « Avant qu'il soit procédé au règlement de l'indemnité, le propriétaire figurant dans l'instance ou dûment appelé est tenu de mettre lui-même en cause ou de faire connaître à la partie adverse, soit par la demande introductive d'instance, soit dans un délai de quinzaine à compter de l'assignation qui lui est donnée, les fermiers, les locataires, les colons partiaires, ceux qui ont des droits d'usufruit ou d'usage tels qu'ils sont réglés par le Code civil, et ceux qui peuvent réclamer des servitudes résultant des titres même du propriétaire ou d'autres actes dans lesquels il serait intervenu ; sinon il reste seul chargé envers eux des indemnités que ces derniers pourront réclamer » (art. 11).

Cette disposition est calquée sur la procédure d'expropriation, mais voici du droit nouveau, une responsabilité subsidiaire de l'Administration : « Néanmoins, en cas d'insolvabilité du propriétaire, les tiers dénommés à l'article précédent ont, pendant le délai déterminé par l'art. 17, c'est-à-dire pendant deux ans à compter de la cessation de l'occupation, un recours subsidiaire contre l'Administration ou la personne à laquelle elle a délégué ses droits, à moins que l'arrêté autorisant l'occupation n'ait été affiché dans la commune et inséré dans un journal de l'arrondissement » (art. 12). Ces précautions relatives aux tiers ayant droit à l'indemnité semblent véritablement excessives.

(2) V. Sanlaville, *De l'occupation définitive*, 1890.

Source : BIU Cujas

un terme à l'occupation ; d'autre part, l'art. 9 décide que l'occupation ne peut être ordonnée pour plus de cinq ans et la sanction est efficace, les cinq ans passés, à moins d'accord amiable avec le propriétaire, « l'Administration devra procéder à l'expropriation qui pourra aussi être réclamée par le propriétaire dans les formes de la loi du 3 mai 1841 ».

Appréciation de la loi du 29 décembre 1892. — Elle est très protectrice de la propriété privée, elle renferme des innovations importantes, surtout sur la durée de l'occupation, mais par les formalités qu'elle impose, notamment vis-à-vis des tiers ayant droit à l'indemnité, et par les responsabilités qu'elle fait encourir à l'Administration, on peut dire qu'elle rend peu pratique désormais ce droit qui a tant servi. L'Administration préférera traiter à l'amiable pour toutes les fournitures de matériaux, sauf à aller les chercher plus loin ; l'occupation temporaire ne servira plus guère que pour les chantiers et les voies d'accès.

B. *La contribution de la plus-value.* — Non seulement l'ouvrage public constitue en lui-même une plus-value indirecte, ainsi que nous l'avons remarqué p. 665, mais il est une source fréquente de plus-value pour les propriétés voisines; la construction d'une route, d'une rue nouvelle dans une ville, font hausser le prix des terrains. Cette plus-value est elle-même *indirecte*, mais comme l'ouvrage est construit avec les deniers de tous les contribuables, il n'est pas juste que certains propriétaires réalisent un bénéfice exceptionnel à la suite de sa construction. La loi du 16 septembre 1807 a posé le principe de la contribution de la plus-value dans les termes suivants : *lorsque des propriétés privées auront acquis, à la suite de travaux publics exécutés par l'État, le département ou la commune, une notable augmentation de valeur, elles pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages qu'elles auront acquis* (art. 30). Cette contribution de la plus-value présente les caractères suivants :

1° Au point de vue de ses conditions intrinsèques la plus-value doit être, comme celle dont il est tenu compte dans l'appréciation de l'indemnité d'expropriation, *immédiate* et *spéciale* (V. p. 656); en plus elle doit être *notable* et la contribution frappe même les immeubles dont partie n'a pas été expropriée pourvu qu'ils se trouvent dans le périmètre déterminé administrativement ;

2° C'est une contribution à l'opération de travaux publics entreprise, elle se rattache à l'opération et non pas à l'existence de l'ouvrage public : la conséquence est qu'elle doit être décidée *en même temps que l'opération*, cette décision doit être prise, aux termes de l'art. 32, L. 16 septembre 1807, par un règlement d'administration publique rendu sur le rapport du ministre de l'Intérieur et après avoir entendu les parties intéressées (1) ;

(1) La question a été soulevée de savoir si on ne pourrait pas faire contribuer la plus-

Source : BIU Cujas

3° Des commissions spéciales sont nommées conformément aux art. 42 et s., L. 16 septembre 1807, pour estimer les propriétés avant et après les travaux et déterminer la plus-value; ce sont de véritables juridictions temporaires et l'on peut recourir directement au Conseil d'État contre leurs décisions;

4° La contribution peut s'élever à la moitié de la plus-value, divers modes de libération sont offerts aux propriétaires par l'art. 31, les recouvrements se font comme en matière de contributions directes.

C. *Des souscriptions volontaires et offres de concours.* — La personne administrative qui fait exécuter un travail public reçoit assez fréquemment des offres de concours provenant, soit de particuliers, soit d'autres personnes administratives.

Les offres de concours des particuliers peuvent être individuelles ou collectives, alors elles se présentent sous forme de *listes de souscription*. Les offres de concours des personnes administratives se présentent, soit sous la forme de *subventions* en argent, soit sous la forme de *garanties d'intérêt* des capitaux engagés dans l'entreprise, soit sous la forme *d'avances remboursables*. L'État emploie fréquemment cette dernière forme de concours pour venir en aide aux départements et aux communes; elle consiste en ce que l'État facilite les emprunts, en

value après l'opération faite, et ce, pendant trente ans (elle l'a été notamment au conseil municipal de Paris en 1899). La prétention de faire contribuer la plus-value pour des travaux déjà effectués s'appuie évidemment sur les termes des art. 30 à 32, L. 16 septembre 1807, qui semblent en effet raisonner dans cette hypothèse, mais ce n'est qu'une apparence et la prétention en soi est insoutenable pour les raisons suivantes : 1° La contribution de la plus-value n'est une opération administrative qu'à la condition de se lier à l'opération de travaux publics; intervenant après coup, elle ne constituerait qu'une taxe très lourde et odieuse par cela même qu'elle serait rétroactive; on ne saurait admettre que la levée d'une taxe pareille résulte d'un règlement d'administration publique, alors que la levée des taxes est réservée à la loi et que la loi elle-même n'établit pas de taxes rétroactives; 2° C'est un principe admis dans toute contribution de plus-value (par exemple en matière d'expropriation) qu'il ne doit être tenu compte que de la plus-value *immédiate;* si l'on avait un délai de trente ans après l'achèvement des travaux pour faire contribuer la plus-value, à l'aide de quelles expertises déterminerait-on ce que fût la plus-value immédiate; 3° Enfin, si les termes des art. 30 à 32 semblent envisager des travaux déjà effectués, tout l'ensemble de la loi du 16 septembre 1807 proteste contre cette interprétation; l'art. 28 qui est au même titre et qui se préoccupe de la plus-value à payer par des départements ou des arrondissements pour contribution à de très grands travaux de voirie, suppose très évidemment que la contribution sera réglée avant le commencement des travaux; la procédure créée par la loi pour l'estimation de la plus-value suppose une estimation *avant les travaux* et une estimation après, cette procédure est rendue expressément applicable à l'hypothèse des art. 30 à 32 par l'art. 46 *in fine;* enfin pour le paiement de l'indemnité de plus-value, l'art. 31 offre aux débiteurs une option dont divers termes supposent que le règlement de l'indemnité est contemporain de l'opération, ainsi les débiteurs peuvent délaisser tout ou partie de leur propriété, cette faculté pourrait devenir une lourde charge pour l'Administration, une fois que les immeubles auraient acquis non seulement la plus-value immédiate, mais encore la plus-value postérieure.

Source : BIU Cujas

chargeant soit des caisses spéciales, soit la Caisse des dépôts et consignations, soit même son trésor public, de prêter à des conditions très douces. Ainsi a-t-il été fait pour la construction des chemins vicinaux et pour celle des maisons d'école.

Ces offres de concours constituent des contrats *sui generis* (1), dès que l'offre est acceptée, celui qui l'a faite est lié et ne peut plus la retirer; il se peut même que l'acceptation intervienne valablement après le décès de celui qui a fait l'offre si les héritiers ne l'ont pas rétractée (C. É., 1er juill. 1898, *Martin*). Mais l'offre ne lie que si c'est l'opération en vue de laquelle elle a été faite qui est réalisée (C. É., 16 mars 1900, *Delorme*).

Ce qu'il y a de particulier, c'est que toutes les contestations auxquelles peuvent donner lieu les offres de concours, fixation du chiffre de la subvention, question de savoir si les conditions imposées à l'Administration ont été remplies, questions relatives au recouvrement, tout cela est de la compétence du conseil de préfecture. Cette solution a été admise par le Conseil d'État d'abord, par une jurisprudence qui remonte à 1839 (20 avr. 1839, *préfet du Cher*) puis, après quelques résistances, par la Cour de cassation (20 avr. 1870, *Roblin*), enfin par le Tribunal des conflits (16 mai 1874, *Dubois*). La raison est simplement que ces conventions sont intimement liées à l'opération de travaux publics (2).

N° 3. — *Exécution de l'opération de travaux publics.*

A. *Exécution en régie.* — Les travaux publics peuvent être exécutés de trois façons : en *régie*, par *entreprise* ou *marché*, par *concession*. Il y a là autant de contrats différents qui entraînent des rapports entre la personne administrative qui fait exécuter le travail et les ouvriers, entrepreneurs, concessionnaires qui l'exécutent.

L'exécution en régie est celle qui est faite sous la direction de l'Administration elle-même; cela ne comporte pas de grands développements, le seul contrat qui intervienne est un contrat de louage d'ouvriers (3).

(1) Ainsi elles ne sont point traitées comme des libéralités soumises à autorisation (Cass., 14 avr. 1863, *Bardet;* Tissier, *Dons et legs*, II, n° 354).

(2) La compétence du conseil de préfecture s'étend même au cas où l'offre de concours consiste, non pas dans le paiement d'une somme d'argent, mais dans l'abandon gratuit d'un terrain sur lequel l'ouvrage sera édifié; ainsi l'a décidé le Tribunal des conflits (27 mai 1876, *de Chargère*). Toutefois le Tribunal des conflits fait une distinction, afin que le contentieux des travaux publics n'empiète pas sur ce qui est du domaine légitime de l'expropriation : si l'offre gratuite du terrain est postérieure à la déclaration d'utilité publique du travail, c'est une cession amiable, par conséquent un incident de la procédure d'expropriation réservé à la compétence judiciaire; si elle est antérieure à la déclaration d'utilité publique et destinée à amener l'Administration à entreprendre le travail, c'est une offre de concours. Cette jurisprudence est acceptée par le Conseil d'État (30 juill. 1887, *Guillaumin;* 11 janv. 1890, *Veil*).

(3) Il ne faut pas confondre l'exécution en régie avec la mise en régie, un incident qui peut survenir dans le marché par entreprise.

Source : BIU Cujas

On distingue : 1° l'*exécution à la journée* comme pour l'empierrement des routes par un cantonnier; 2° la *régie simple*, où il y a un directeur de travaux qui est un fonctionnaire, généralement un conducteur des ponts et chaussées; 3° la *régie intéressée*, où le directeur des travaux n'est pas un agent de l'Administration et est payé spécialement.

B. *Exécution par marché ou entreprise. — Les marchés de travaux publics.* — a) *Forme des marchés.* — L'entreprise ou marché de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une administration publique à exécuter sous la surveillance de celle-ci l'ouvrage convenu, moyennant un prix en argent qui doit lui être payé d'après des bases déterminées.

Le contrat peut se former de deux manières, par voie d'adjudication publique, ou par marché de gré à gré.

L'adjudication est la règle (1) (O. 14 nov. 1837; D. 18 nov. 1882, D. 4 juin 1888; L. 5 avr. 1884, art. 89). — *L'adjudication est un marché passé avec publicité et concurrence.* Les formalités de l'adjudication consistent essentiellement en ce que, en une séance publique présidée par une autorité administrative, il est procédé à une enchère pour arriver au plus fort rabais sur le devis dressé par l'Administration. Les rabais proposés par les entrepreneurs sont d'ailleurs contenus dans des soumissions écrites et cachetées, et l'on se borne en la séance publique à ouvrir les soumissions.

Bien que l'adjudication doive être faite avec le plus de concurrence possible, les concurrents ne sont admis que s'ils présentent des garanties de capacité et de solvabilité, ces garanties sont appréciées par le bureau d'adjudication et donnent lieu à une décision préalable. Les associations ouvrières sont admises à l'adjudication depuis un décret du 4 juin 1888.

Aussitôt après l'adjudication, l'adjudicataire est lié vis-à-vis de l'Administration; l'Administration ne l'est pas vis-à-vis de l'adjudicataire, tant que l'adjudication n'a pas été approuvée, soit par le ministre compétent pour les travaux de l'État, soit par le préfet pour les travaux des communes (2).

(1) Les marchés de gré à gré ne doivent avoir lieu que dans des cas exceptionnels. Ce principe, posé déjà par l'ordonnance du 18 mars 1829 et celle du 4 décembre 1836, est consacré à nouveau pour les travaux de l'État par le décret du 18 novembre 1882; il s'applique de plein droit aux travaux des départements, il est posé pour les travaux des communes et des établissements de bienfaisance par l'ordonnance du 14 novembre 1837; il a été étendu aux colonies par des décrets. Les cas dans lesquels, exceptionnellement, les marchés peuvent être passés de gré à gré sont énumérés pour l'État et pour les départements dans le décret du 18 novembre 1882, art. 18; pour les communes dans l'ordonnance du 14 novembre 1837, art. 1er.

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles, tout marché passé de gré à gré alors qu'il eût dû être passé par adjudication, est entaché de nullité. Cette nullité, fondée sur l'incapacité, ne peut être invoquée que dans l'intérêt de la personne administrative, l'entrepreneur ne saurait s'en prévaloir.

(2) O. 14 novembre 1837, art. 10 : « Les adjudications seront toujours subordonnées

Source : BIU Cujas

L'adjudicataire doit fournir un cautionnement, sauf exception (1).

Recours d'adjudicataires évincés. — On reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication et non déclarés adjudicataires le droit d'en contester la régularité et de former recours pour excès de pouvoir contre l'acte approbatif si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur pied d'égalité ou si le cahier des charges contient des clauses illégales (Cons. d'Ét., 21 mars 1890, *Caillette*) (2).

b) *Éléments du marché. — Le cahier des charges.* — Le marché n'est pas, à proprement parler, débattu entre l'Administration et l'entrepreneur; l'objet du marché est détaillé dans un ensemble de pièces qu'on appelle cahier des charges et qui a été dressé par l'Administration; l'entrepreneur prend connaissance du cahier des charges avant le marché, mais il l'étudie seul et sans explications, c'est-à-dire que la situation, quoique contractuelle en la forme, est à moitié réglementaire au fond. S'il y a des obscurités dans la rédaction et des malentendus, c'est après la conclusion du marché que les difficultés naissent, le cahier des charges devient alors une pièce capitale, car c'est lui qu'il faudra que le juge interprète et qu'il applique.

Il importe donc de savoir de quoi se compose le cahier des charges, il y a trois ou quatre éléments : 1° les clauses et conditions générales; 2° le devis ou cahier des charges spécial; 3° le bordereau des prix d'application ; 4° quelquefois l'avant-métré. *Le devis ou cahier des charges spécial* indique l'objet technique du marché, la nature du travail, les délais de l'exécution, la qualité et la provenance des matériaux à em-

à l'approbation du préfet et ne seront valables et définitives à l'égard des communes et des établissements publics qu'après cette approbation » ; comme l'art. 2 de la même ordonnance confirmé par l'art. 115, L. 5 avril 1884, exige la même approbation pour les marchés de gré à gré, on voit que la commune ne peut jamais réaliser librement un travail public.

(1) Pour les travaux de l'État, il peut y avoir dispense du cautionnement; les associations ouvrières, notamment, sont dispensées lorsque le montant des travaux ne dépasse pas 50.000 francs (D. 4 juin 1888). Pour les travaux des communes et des établissements charitables, il y a toujours cautionnement. En principe, le cautionnement consiste au choix de l'adjudicataire : 1° en numéraire; 2° en rentes sur l'État et valeurs du Trésor au porteur; 3° en rentes sur l'État, nominatives ou mixtes. Les valeurs du Trésor transmissibles par voie d'endossement, endossées en blanc, sont considérées comme valeur au porteur (D. 18 nov. 1882, art. 5).

D'autres garanties peuvent être exigées dans certains cas, telles que cautions personnelles et solidaires, affectations hypothécaires, dépôts de matières dans les magasins de l'État (art. 4).

(2) Ils doivent agir par le recours pour excès de pouvoir, et non par le recours contentieux ordinaire tiré de l'opération de travaux publics, puisque justement, ayant été évincés de l'adjudication, ils ont été mis hors de l'opération; que si, à une seconde adjudication, l'entrepreneur évincé lors de la première est déclaré adjudicataire, il peut parfaitement saisir le conseil de préfecture de sa réclamation au sujet de la première adjudication, parce que maintenant il est dans l'opération de travaux publics (C. É., 5 déc. 1884, *Latécoère*).

Source : BIU Cujas

ployer, la manière de mesurer les ouvrages, etc. ; *le bordereau des prix d'application* contient le prix du mètre courant ou du mètre cube du travail fait, sans détail, cependant on y ajoute le prix des transports et le prix à pied d'œuvre des matériaux dont l'emploi est prévu (Circ. du 1er juin 1884)(1); *l'avant-métré* qui n'est pas une pièce essentielle contient l'évaluation des quantités métriques d'ouvrages que l'Administration se propose de faire exécuter, quelquefois, le mesurage après coup étant difficile, le devis décide qu'on s'en rapportera à l'avant-métré, alors cela devient une pièce essentielle.

Le cahier des clauses et conditions générales (2). — On entend par là le recueil des conditions communes à tous les marchés passés par une personne administrative. Ce cahier comprend évidemment les dispositions juridiques les plus générales des marchés. L'État a plusieurs cahiers des clauses et conditions générales pour ses différents services. Le plus célèbre et le plus important est celui du service des ponts et chaussées, dont l'embryon remonte jusqu'à une déclaration royale du 7 février 1608, dont l'avant-dernière rédaction est du 16 novembre 1866 et la dernière du 16 février 1892. Ce cahier de 1892 ne s'applique point de plein droit aux travaux des autres administrations, départements, communes, etc., mais d'ordinaire les cahiers des charges de chaque entreprise s'y réfèrent formellement, alors il s'applique.

c) *Droits et obligations qui naissent du marché.* — Il y a trois espèces de marchés : le marché à forfait, sur série de prix, et à l'unité de mesure. Dans le *marché à forfait*, l'Administration fixe d'une manière définitive l'ouvrage à exécuter, l'entrepreneur s'engage à l'exécuter moyennant un prix qui sera invariable quelles que soient les circonstances qui surviennent, et sans qu'on ait à faire de mesurage, c'est peu usité. Dans le *marché sur série de prix*, le devis indique le prix métrique de chaque nature d'ouvrage, maçonnerie, terrassements, etc.... sans fixer le total auquel on devra s'arrêter; après achèvement, on paie d'après le métré des travaux exécutés, ce marché est dangereux parce qu'il ne limite pas la dépense. Dans le *marché à l'unité de mesure*, le plus usité, on fixe, d'une part la série des prix métriques de chaque ouvrage, d'autre part la quantité à exécuter, tout en réservant à l'Administration

(1) Commentaire par Ch. Barry, 13e édit., 1893, *Les nouvelles clauses et conditions générales imposées aux entrepeneurs*, 1899 ; René et Frennelet, *Clauses et conditions générales*, 1892; Léchalas, *Manuel de droit aministratif, Service des ponts et chaussées*, 2 vol. 1888-1898; Porée et Cuënot, *Des entreprises de travaux publics*, 1901.

(2) Il existe un autre bordereau des prix sur cahier séparé (Circ. 1884) qui contient le *sous-détail*, à savoir, pour un mètre cube de maçonnerie, le prix de tous les éléments, y compris le salaire des ouvriers employés, le bénéfice de l'entrepreneur, etc.

Autrefois on communiquait le sous-détail aux entrepreneurs à titre de renseignement, mais ils s'en autorisaient pour réclamer dès qu'un des éléments avait enchéri, prétendant qu'ils n'avaient consenti qu'à cause de ce sous-détail. Pour couper court, depuis 1884, on ne communique plus le sous-détail.

Source : BIU Cujas

le droit d'augmenter dans une proportion donnée la quantité des ouvrages.

Il y a des dispositions communes à tous ces marchés, ce sont celles qui se trouvent dans le cahier des clauses et conditions générales. De ces dispositions, les unes ne sont que l'application du droit commun, et pourraient trouver place dans les marchés passés entre particuliers (art. 1797 et s., C. civ.); les autres sont exorbitantes du droit commun et placent l'entrepreneur dans une situation plus mauvaise. Ces dispositions exorbitantes sont évidemment les plus intéressantes, elles démontrent que le contentieux administratif est justifié par le caractère même des marchés où apparaît fortement la prérogative de l'Administration. Quant à la question de savoir si ces dispositions exorbitantes pourraient être supprimées, l'expérience semble répondre négativement. Sans doute, la sévérité en avait été diminuée dans le cours du XIXe siècle, la rédaction du cahier des clauses et conditions générales de 1866 était moins draconienne pour l'entrepreneur que la précédente qui datait de 1833, l'Administration y avait gagné, d'un côté, car les sévérités injustes provoquaient les malfaçons et les malversations, mais elle a estimé cependant qu'elle ne pouvait aller plus loin et, la rédaction du 16 février 1892 est à certains égards plus dure que celle de 1866. Notons que les droits singuliers consacrés par le cahier des clauses et conditions générales au profit de l'État, existent apparemment, sauf modifications, au profit des départements et des communes, puisque ces personnes administratives peuvent adopter le même cahier pour leurs travaux. Voici quelques-unes de ces dispositions exceptionnelles, elles sont toutes des applications du privilège du *préalable*.

Changements apportés aux marchés. — L'Administration se réserve le droit d'ordonner divers changements en cours d'entreprise. Elle peut prescrire des modifications dans les détails d'exécution, ordonner des ouvrages non prévus au devis, changer les lieux d'extraction des matériaux, enfin ordonner l'augmentation ou la diminution de la masse des travaux. Si l'entrepreneur veut qu'il lui soit tenu compte de ces changements, il doit exiger qu'ils soient prescrits par des ordres écrits de l'ingénieur chargé de la direction des travaux. Le prix des travaux faits à la suite des changements est réglé d'après les éléments de ceux de l'adjudication ou par assimilation aux ouvrages les plus analogues, ou si cette assimilation n'est pas possible, d'après les prix courants du pays. Les nouveaux prix sont débattus; en cas de désaccord, il est statué par le conseil de préfecture. L'entrepreneur est tenu de subir ces changements sans pouvoir demander la rupture du marché, toutes les fois qu'ils n'entraînent pas augmentation ou diminution de plus d'un sixième dans la masse des travaux (art. 30, 31, 32, cahier).

Résiliation du marché au profit de l'Administration. — La résiliation est prononcée au profit de l'Administration dans les cas suivants :

Source : BIU Cujas

1° L'Administration peut prononcer la résiliation du marché parce que l'entrepreneur n'exécute pas, vis-à-vis d'elle, ses obligations. En ce cas, le droit de résiliation se fonde sur l'art. 1184, C. civ. et l'entrepreneur n'a droit à aucune indemnité. En effet, il est en faute. L'Administration peut même procéder à une réadjudication à sa folle enchère et il supportera la conséquence de l'augmentation des dépenses si le rabais est inférieur. Ce qu'il y a de particulier, c'est que tout cela se fait, non point par autorité de justice, selon le droit commun, mais par décision administrative; 2° La résiliation peut encore être prononcée par l'Administration dans son intérêt, sans que l'entrepreneur soit en faute, mais moyennant indemnité. Cette résiliation résulte immédiatement d'un ordre de cessation absolue des travaux. Elle peut résulter, si l'entrepreneur la demande, d'un ajournement des travaux dépassant une année (1); 3° La résiliation est opérée de plein droit par la mort de l'entrepreneur (art. 1795), par sa faillite déclarée ou par sa mise en liquidation judiciaire (art. 37, cahier).

Mise en régie. — Dans le cas où l'entrepreneur n'exécute pas ses engagements, l'Administration peut, au lieu de prononcer la résiliation du marché, organiser la mise en régie. Elle substitue à l'entrepreneur négligent un régisseur qui, avec le matériel, les ouvriers de l'entrepreneur, avec les matériaux approvisionnés, et en y joignant au besoin d'autres moyens d'action, continue les travaux aux risques et périls dudit entrepreneur. Les détails sont indiqués dans l'art. 35 du cahier des clauses et conditions générales. C'est une application de l'art. 1144 du Code civil, mais il y a ceci de particulier qui en fait un droit exorbitant, c'est que la mise en régie n'est pas prononcée par autorité de justice, mais par décision administrative.

De la résiliation au profit de l'entrepreneur. — La résiliation peut être prononcée au profit de l'entrepreneur : 1° si les conditions principales en vue desquelles a été contracté le marché sont modifiées à son égard; 2° si l'Administration augmente de plus d'un sixième la masse des travaux (sans indemnité et à la condition de demander la résiliation dans les deux mois, art. 30); 3° en cas de diminution des travaux de plus du sixième (avec indemnité); 4° si au cours de l'entreprise les

(1) Le droit de résiliation de l'Administration est puisé ici dans l'art. 1794 du Code civil. Seulement les dispositions du cahier des clauses et conditions générales ont pour but d'ajouter quelques conséquences à celles de l'art. 1794 au point de vue de l'appréciation de l'indemnité. Quand on ne se trouve pas dans les cas prévus par le cahier, la résiliation est valablement prononcée, mais les conséquences s'estiment d'après l'art. 1794.

Dans les cas prévus au cahier des clauses et conditions, les conséquences de la résiliation s'apprécient selon les art. 34 et 43; il y a d'abord indemnité pour la perte subie et aussi pour le bénéfice non réalisé, mais en outre des règles spéciales sur l'acquisition par l'État des outils et équipages de l'entrepreneur, des matériaux réunis par lui sur le chantier, etc.

Source : BIU Cujas

prix subissent une augmentation telle que la dépense totale des ouvrages restant à exécuter d'après le devis se trouve augmentée d'un sixième, comparativement aux estimations du projet (sans indemnité, art. 33).

Obligations de l'entrepreneur vis-à-vis des ouvriers. — L'entrepreneur doit payer ses ouvriers tous les mois, ou à des époques plus rapprochées si l'Administration le juge nécessaire. En cas de retard régulièrement constaté, l'Administration a la faculté de faire payer d'office les salaires arriérés sur les sommes dues à l'entrepreneur en se conformant à la loi du 26 pluviôse an II et à celle du 25 juillet 1891. Ces lois accordent aux ouvriers et fournisseurs de matériaux un privilège sur les sommes dues à l'entrepreneur ; ce privilège qui n'existait que dans l'hypothèse de travaux de l'État a été étendu à tous les travaux publics par la loi du 25 juillet 1891.

L'entrepreneur est soumis aux dispositions de la loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité des accidents, sauf modifications tenant à ce que l'entreprise est administrativement surveillée, art. 13, § 5.

Enfin, des décrets des 6 et 10 août 1899 ont introduit dans les cahiers des charges des marchés de travaux publics ou de fournitures passés au nom de l'État, des départements, des communes et des établissements de bienfaisance, des clauses par lesquelles l'entrepreneur s'engagera : 1° à assurer aux ouvriers et employés un jour de repos par semaine; 2° à n'employer d'ouvriers étrangers que dans une proportion fixée par l'Administration selon la nature des travaux et la région où ils sont exécutés ; 3° à payer aux ouvriers un *salaire normal* égal pour chaque profession et dans chaque profession pour chaque catégorie d'ouvriers, au taux couramment appliqué dans la ville ou la région où le travail est exécuté; 4° à limiter la durée du travail journalier à la durée normale du travail en usage pour chaque catégorie dans la ville ou région. — De plus, l'entrepreneur ne pourra céder à des sous-traitants aucune partie de son entreprise, à moins d'obtenir l'autorisation expresse de l'Administration et sous la condition de rester personnellement responsable tant envers l'Administration que vis-à-vis des ouvriers et des tiers. Une clause du cahier des charges rappellera l'interdiction du marchandage telle qu'elle résulte du décret du 2 mars 1848 et de l'arrêté du Gouvernement du 21 mars 1848 (1) (2).

(1) Sur le marchandage et sur l'interprétation de ces textes, V. *Revue générale d'adm.*, 1897, III, 202, et Raoul Jay, article dans la *Revue d'économie politique*, février 1900, S. 1900. 1. 537, note Roux et Cass., 31 janvier 1901, *Loup*, S. 1902. 1. 157 note Roux.

(2) *De l'exécution du marché sous la surveillance de l'Administration.* — Pour mesurer l'étendue des illusions de ceux qui pensent que les opérations de la gestion publique peuvent être ramenées aux opérations de la vie civile ordinaire, il est bon de pénétrer dans le détail de l'exécution du marché de travaux publics. On s'aperçoit avec un certain étonnement que l'Administration chargée de la surveillance de cette exécution, au

Source : BIU Cujas

C. *Exécution par concession de travaux publics.* — La concession de travaux publics est un contrat passé avec cahier des charges et tarif maximum par lequel un concessionnaire s'engage vis-à-vis d'une adminis-

lieu de respecter la situation contractuelle, s'attache à transformer l'exécution du marché *en l'exécution d'un service public.* Véritablement l'Administration a réussi à transporter dans l'exécution du marché de travaux ses mœurs, ses habitudes, ses exigences, elle a réduit l'entreprise à n'être plus qu'une sorte de régie intéressée. Il s'est produit des phénomènes économiques et des phénomènes de législation générale qui ont peu à peu fait disparaître les éléments de spéculation de l'entreprise, particulièrement en ce qui concerne les salaires ; mais il y a eu aussi une pression de l'Administration exercée dans les cahiers des charges pour substituer la procédure analytique des actes administratifs à la procédure synthétique de l'exécution des contrats. Je m'explique : Dans la vie civile un contrat tel qu'est l'entreprise de travaux s'exécute en principe tout d'un trait ; même quand l'exécution est successive, il n'intervient pas d'actes juridiques pour diviser en étapes cette exécution ; du moins, s'il intervient des règlements de compte, ils sont provisoires et, au règlement définitif, la situation peut toujours être reprise et examinée dans son entier. C'est ce que j'appelle l'exécution synthétique, le contrat est envisagé comme formant un tout, ce qui est sa véritable nature, et l'exécution quoique successive est ramenée à l'idée d'un tout par un règlement de compte définitif jusqu'où tous les éléments du compte sont tenus en suspens. — Il n'en va pas de même dans l'exécution d'un marché de travaux publics ; l'Administration l'a décomposée en étapes successives grâce à la pratique des ordres de service, des attachements et des décomptes partiels : 1° les sujétions de l'entrepreneur dans l'exécution de l'ouvrage sont constatées par des *ordres de service* délivrés par l'ingénieur ; depuis la rédaction de 1866 ces ordres sont écrits, comme des actes administratifs, et il y a contre eux des délais de réclamation (art. 10, §§ 3 et 4 du cahier) ; pour tout changement, s'il veut qu'on lui en tienne compte, l'entrepreneur doit se mettre à couvert par un ordre écrit ; 2° il est pris *attachement* des quantités d'ouvrages faits, si l'entrepreneur signe les attachements sans réserve, il est forclos pour réclamer (art. 39, cahier des charges) ; de son côté il doit faire prendre attachement des prestations qu'il fait en dehors des ordres de service sans quoi il ne sera pas payé (C. É., 3 juill. 1891, *Neveu et Decoux*) ; 3° enfin, par des *décomptes partiels* périodiques, l'Administration fixe sa situation vis-à-vis de l'entrepreneur (art. 41, cahier des charges), ils sont présentés à son acceptation et il doit formuler contre eux ses réclamations contentieuses dans un certain délai ; depuis 1889, où s'est produite une évolution, la jurisprudence tend même à transformer le décompte partiel, qui primitivement ne s'appliquait qu'aux quantités d'ouvrages, en un règlement de compte éteignant toute espèce de réclamations (C. É., 19 juill. 1889, *Romefort*, 13e chef ; 16 févr. 1894, *Kueinnec ;* 11 juill. 1894, *Georges ;* 26 févr. 1897, *Auray ;* 25 nov. 1898, *Cassotte*). — Ainsi des actes juridiques successifs viennent lier l'entrepreneur, consacrer des résultats acquis sur lesquels il ne pourra plus revenir et, au règlement de compte définitif, il ne sera plus possible de reprendre l'opération *ab ovo* (sauf en ce qui concerne les changements de l'art. 32, importance respective des ouvrages) ; les entrepreneurs ont longtemps résisté contre ces pratiques si contraires à l'esprit des contrats, mais il leur a fallu céder (Cfr. Cotelle, t. III, p. 96, 2e édit., 1840). — Or, cette procédure imposée par l'Administration, c'est celle *des actes administratifs* et *des services publics* et cela est marqué par un dernier trait, c'est qu'en ce qui concerne l'exécution technique des travaux, l'entrepreneur ne peut point former de réclamations contentieuses, autrement que par des réclamations contre les ordres de service, les attachements et les décomptes, ou que du moins il ne peut pas saisir le conseil de préfecture avant d'avoir provoqué une décision de l'Administration (art. 50 et 51, cahier des charges ; C. É., 2 mai 1884, *Maquenne*).

On voit combien s'éloigne d'une opération de la vie privée une entreprise dont l'exécution se trouve ainsi transformée en l'exécution d'un service public (Cfr. note de la p. 662).

Source : BIU Cujas

tration publique à assurer la construction et l'exploitation d'un ouvrage public.

Il y a entre la concession de travaux publics et le marché par entreprise une première différence qui est que le concessionnaire se charge de l'exploitation de l'ouvrage une fois construit, tandis que l'entrepreneur ne se charge que de la construction. De cette première différence en découleront d'autres : 1° au lieu d'être rémunéré de ses travaux de construction par un prix en argent à lui payé par l'Administration, comme l'entrepreneur, le concessionnaire se remboursera sur le public à l'occasion de l'exploitation de l'ouvrage public ; par exemple le concessionnaire d'un tramway percevra le prix des places, le concessionnaire de l'éclairage au gaz percevra le prix des mètres cubes de gaz fournis aux particuliers ; 2° pour assurer ses droits à la construction et à l'exploitation de l'ouvrage, le concessionnaire aura une permission d'occupation temporaire du domaine public.

Le système de la concession de travaux publics présente à la fois des avantages et des inconvénients. Ses avantages sont les suivants : 1° il épargne les finances publiques, par cela même qu'il fait appel à des capitaux privés pour construire et exploiter et qu'il assure le remboursement de ces capitaux directement par le public ; en somme il permet d'organiser des services publics sans grever les caisses publiques, cet avantage est très sensible pour les créations coûteuses comme celles des chemins de fer ; 2° il permet de transformer en des services publics, des entreprises privées qui pourraient acquérir des monopoles de fait dangereux pour le public et d'astreindre ces entreprises à un cahier des charges et à un tarif maximum. Cela peut se produire lorsque des entreprises de distribution se créent et ont besoin d'établir des appareils sur les voies publiques (canalisations, câbles, fils, etc.). On pourrait laisser libres ces entreprises en les autorisant à occuper la voie par simple *permission de voirie* à leurs risques et périls, et aussi aux risques et périls du public ; mais comme les voies publiques ne peuvent pas en fait supporter des installations concurrentes, il arriverait que le premier occupant se créerait un monopole de fait. Du moment que la concurrence est supprimée, le public doit être protégé contre les exigences d'un industriel qui n'a pu créer son industrie qu'en occupant le domaine public ; de là la tendance de l'Administration à substituer dans ces hypothèses le système de la concession de travaux publics, qui comporte des garanties, à celui de la permission de voirie qui n'en comporte point (distribution de lumière électrique, de force motrice, etc.) (1).

Mais la concession des travaux publics n'est pas sans inconvénients : 1° il se peut qu'elle soit plus onéreuse pour le public que si l'ouvrage avait été construit directement aux frais de l'Administration ; si la con-

(1) Cfr. Circulaire intérieur et travaux publics du 15 août 1893 et V. *suprà*, p. 638.

Source : BIU Cujas

cession est trop longue, si les tarifs ont été mal calculés et assurent au concessionnaire des bénéfices excessifs; 2° en certains cas, le paiement des taxes par le public peut prendre un caractère vexatoire, c'est ce qui arrive toutes les fois qu'il s'agit de la construction d'un ouvrage dont le public pourrait user directement et sans l'intermédiaire d'aucun service d'exploitation, c'est ce qui est arrivé particulièrement pour les ponts à péages et pour les canaux de navigation (1); 3° enfin la concession de travaux publics n'est pas non plus sans inconvénients pour le concessionnaire qu'elle place dans une situation précaire, l'obligeant à amortir ses capitaux dans un court délai et le soumettant à de nombreuses déchéances : elle peut ainsi être préjudiciable à l'industrie (2).

La concession de travaux publics est actuellement employée pour les chemins de fer, les tramways, les entreprises d'éclairage public et privé.

I. *Règles des contrats de concession.* — La forme de l'adjudication n'est pas imposée pour la concession de travaux publics, elle n'est même pas usitée, les travaux concédés étant en général très importants, il ne pourrait se présenter qu'un petit nombre de concurrents. La concession se fait donc par traité de gré à gré. D'ailleurs, au traité qui renferme les clauses et conditions de l'opération, se joint un acte de puissance publique qui confère, à proprement parler, au concessionnaire l'occupation de la dépendance du domaine public et le droit de percevoir des taxes. Cet acte de puissance publique fait corps avec le contrat et se présente sous forme d'approbation du contrat (3).

Toute concession de travaux publics faite sur une dépendance du domaine public est essentiellement temporaire, elle ne saurait dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans. Elle est de plus essentiellement rachetable. Bien qu'elle soit accompagnée d'un acte de puissance publique, en soi c'est un contrat bilatéral, source de droits et d'obligations pour les deux parties contractantes.

Le concessionnaire a ordinairement des droits de trois espèces : 1° un droit sur la dépendance du domaine public dont il entreprend l'exploitation, ce droit qui n'est qu'une possession précaire et qui n'entraîne point

(1) La plupart des canaux construits ont été rachetés; pour les canaux à construire, une loi du 5 août 1879 a décidé qu'ils ne pourraient être concédés; quant aux ponts à péage, la loi du 31 juillet 1880 a préparé leur disparition prochaine, elle décide qu'à l'avenir il n'en sera plus construit sur les routes nationales et départementales et, sans interdire leur construction sur les chemins vicinaux, elle la décourage en statuant que l'État ne fournira pas de subvention pour le rachat; en même temps, elle facilite le rachat des ponts déjà construits par une série de mesures.

(2) Aussi est-elle très redoutée des industriels qui organisent des utilisations de la force motrice des chutes d'eau (V. p. 542).

(3) Loi ou décret, suivant l'importance des travaux, pour les concessions faites par l'État (L. 27 juill. 1870); décision du conseil général pour les concessions départementales (L. 10 août 1871, art. 46, n° 11); décision du conseil municipal, sauf approbation, pour les concessions communales (L. 5 avr. 1884, art. 115).

Source : BIU Cujas

de véritable droit réel, a été étudié à propos du domaine public (V. p. 632); 2° des droits contre la personne administrative concédante; ils sont en général relatifs au concours financier qui a été promis pour la construction de l'ouvrage, et aux garanties stipulées en cas de rachat. Nous savons que toute concession sur le domaine public est révocable, mais ici, comme des capitaux privés sont engagés dans l'entreprise, des stipulations transforment la révocation en rachat. Il est stipulé que la révocation ne pourra pas avoir lieu avant un certain nombre d'années, en général quinze ans pour les concessions de chemin de fer, et que, même après ce délai, la révocation ne pourra avoir lieu que moyennant une indemnité dont les bases sont établies d'avance; 3° des droits vis-à-vis des tiers; le concessionnaire exerce, aux lieu et place de la personne administrative concédante, un certain nombre de droits de puissance publique qui produisent leur effet vis-à-vis des tiers; d'abord il exproprie pour construire l'ouvrage, ensuite, une fois l'ouvrage fait, il exerce pour sa conservation la police du domaine public. De plus, comme concessionnaire d'une taxe publique, il perçoit sur le public un péage. Il ne faut pas s'y tromper, en effet, le prix payé pour un transport en chemin de fer, en tramway, etc., représente bien pour partie le prix d'un service rendu, tel que ce prix pourrait être débattu dans des relations purement commerciales, mais pour partie aussi il représente une taxe publique, parce que par le fait de la concession il a été constitué un monopole au profit du concessionnaire (1).

Les obligations du concessionnaire sont relatives à l'exécution des travaux et à l'entretien des ouvrages; elles sont consignées dans le cahier des charges spécial à la concession (V. cependant cahiers des charges type pour les chemins de fer d'intérêt local, L. 11 juin 1880, art. 2). Il existe aussi des obligations pour les compagnies de chemins de fer en vue de la mobilisation de l'armée. Ce qu'il y a de plus intéressant, ce sont les moyens de sanction à la disposition de l'Administration et qui sont la *saisie des revenus* pour les employer à l'entretien des ouvrages si le concessionnaire le néglige; le *séquestre* qui ressemble à la mise en régie du marché par entreprise; la *déchéance* si le concessionnaire ne commence pas les travaux dans le délai fixé, ou s'il n'exécute pas le cahier des

(1) Ce caractère de taxe publique, que revêtent les prix de transport, donne naissance à la question des tarifs, on comprend que la puissance publique intervienne dans leur fixation. Elle y intervient en effet par l'homologation, cela est particulièrement intéressant pour les chemins de fer et surtout pour les tarifs de marchandises. Le pouvoir d'homologation est reconnu au ministre des Travaux publics par l'Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 44. Ce pouvoir ne donne pas au ministre le droit d'imposer directement tel ou tel tarif, mais il empêche les compagnies de faire sans son approbation une modification quelconque, fût-ce un abaissement de tarif et, par conséquent, permet d'engager des négociations avec elles. Ce caractère de l'homologation entraînant la perception d'une taxe publique, fait que nous avons dû ranger les tarifs homologués parmi les règlements (V. p. 26).

Source : BIU Cujas

charges, ou bien comme conséquence du séquestre, si dans les trois mois le concessionnaire n'est pas en mesure de reprendre l'exploitation.

L'État exerce un contrôle incessant, surtout en matière de chemins de fer, au point de vue de la bonne exécution des travaux et de la conservation des ouvrages, au point de vue de la sécurité des voyageurs, au point de vue de l'exacte application des tarifs, au point de vue militaire, etc.

II. *Des monopoles de fait qui résultent des concessions de travaux publics et de l'interprétation de ces monopoles* (1). — Lorsqu'une administration publique fait une concession de travaux publics pour assurer un service de transports ou un service de distribution, elle prend certaines précautions contre le monopole, puisqu'elle soumet le concessionnaire à un cahier des charges et à un tarif maximum (V. le développement de ce point de vue à la p. 638), mais en même temps elle confirme le monopole, car en général le concessionnaire lui fait prendre l'engagement *de ne pas favoriser d'entreprise concurrente* par de nouvelles autorisations d'occuper la voie publique accordées à des tiers. A la condition d'être pris par l'autorité compétente pour passer des traités, cet engagement est valable (2). Il n'est pas sans inconvénients, en ce sens que le concessionnaire usera de son monopole, soit pour empêcher la création de services réalisant un progrès matériel, ce qui est arrivé lorsque les concessionnaires de l'éclairage par le gaz ont empêché les villes de se procurer l'éclairage électrique, soit pour peser sur l'Administration et lui demander

(1) *Bibliographie :* Notes dans Sirey, 1894. 3. 1; 1896. 3. 129; 1897. 3. 1. 17; Eustache Pilon, *Les monopoles communaux*, 1898; Cruveilher, *Les concessions d'éclairage, Revue d'adm.*, 1898, 3, p. 5. — Adde, *Revue des concessions départementales et communales*, chez Rousseau, 1901.

(2) Dans l'hypothèse des concessions de chemins de fer, la compagnie concessionnaire occupe complètement la voie ferrée et il ne saurait être question pour d'autres entrepreneurs de faire circuler des trains sur la même voie, il en est de même dans l'hypothèse d'une concession de tramways, dans les rues d'une ville, non seulement le concessionnaire occupe complètement le railway posé, mais l'état des lieux s'oppose à ce qu'on puisse en poser d'autres dans les mêmes rues. Pour les concessions d'éclairage au gaz l'occupation de la rue par la canalisation ne se trouvant pas complète, les villes auraient pu autoriser l'établissement de canalisations concurrentes, aussi les compagnies du gaz ont-elles fait souscrire aux villes l'engagement de ne favoriser par des permissions de voirie l'établissement d'aucune entreprise concurrente. Le Conseil d'État a admis la validité de cet engagement « considérant que si les communes ne peuvent constituer « au profit d'un tiers, le monopole de l'éclairage privé, il leur appartient pour assurer « sur leur territoire le service de l'éclairage, tant public que privé, de s'interdire d'au- « toriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire con- « currence à leur concessionnaire » (C. É., 20 mai 1881, *Ville de Crest;* 20 déc. 1891, *Saint-Étienne et Montluçon*, S. 94. 3. 1 et la note). — Mais un arrêté de police d'un maire sur le stationnement des voitures d'où résulterait un monopole de fait pour une certaine entreprise d'omnibus serait entaché d'excès de pouvoir (Cons. d'Ét., 15 févr. 1864, *Lesbats;* 1er août 1870, *Bouchardon*), tandis que le traité passé par le conseil municipal et conférant indirectement le même monopole sera valable. V. sur ces points, p. 638.

Source : BIU Cujas

des concours financiers, ce qui est arrivé un certain nombre de fois aux compagnies de chemins de fer. Il n'y a guère de remède à la grosse situation de fait que prend le concessionnaire de l'exploitation d'un service monopolisé, si ce n'est la menace du rachat. Mais il est un principe juridique que l'on peut poser et qui en certaines occasions peut restreindre le poids du monopole, c'est le principe de *l'interprétation restrictive*. Il s'agit de ne pas laisser le monopole s'étendre au delà de ce qui a été formellement et explicitement concédé et de ne pas non plus mettre à la charge de l'administration concédante des obligations pécuniaires autres que celles qui ont été expressément contractées. Cette règle d'interprétation s'appuie sur deux considérations : 1° tout monopole est de droit étroit; 2° les conventions passées pour l'exécution des services publics ne sont point des conventions privées, ce sont des conventions publiques où l'Administration conserve des prérogatives et une prérogative qu'on doit lui accorder, c'est de présumer qu'elle a entendu ne rien concéder en dehors de ce qui est explicite. Sans doute dans les contrats on doit rechercher la commune intention des parties, mais cette commune intention ici n'est-elle pas la meilleure organisation possible du service dans l'intérêt du public?

Si le Conseil d'État s'était pénétré suffisamment de ces idées inspiratrices qui sont celles de la gestion publique, il n'eût pas inauguré des jurisprudences que, dès le début, nous avons jugées fâcheuses et dont peut-être il est arrivé lui-même à douter. Dans les litiges qui se sont élevés entre les villes et les concessionnaires d'éclairage au gaz, au sujet de permissions de voiries accordées à des entreprises d'éclairage électrique, il ne fût pas allé jusqu'à décider qu'une concession d'éclairage au gaz devait être interprétée comme constituant monopole pour toute espèce de lumière (C. É., 26 déc. 1891, deux arrêts, *ville de Montluçon* et *ville de Saint-Étienne*, S. 94. 3. 1 et la note); il n'eût pas été amené à prononcer contre les villes des condamnations à indemnité considérables pour avoir autorisé la pose de fils électriques (C. É., 25 nov. 1898, *ville de Saint-Étienne*) et à les jeter dans les plus graves embarras, prises qu'elle sont entre leurs concessionnaires et leurs permissionnaires (C. É., 27 déc. 1901, *Pécard*, S. 1902. 3. 33, la note, et 30 mai 1902, *ville de Bar-le-Duc*, conclusions de M. Romieu, *Gaz. des Trib.*, 11 juin 1902). Nous ne pouvons que nous féliciter de ce que dans l'arrêt du 10 janvier 1902, *commune de Déville-les Rouen*, il ait trouvé un moyen extrêmement ingénieux de dégager les villes de l'impasse où il les avait enfermées. Cfr. Sirey. 1902. 3. 17 et la note.

Peut-être aussi, dans les affaires de garanties d'intérêt accordées aux compagnies de chemins de fer, eût-il été mieux inspiré en restreignant l'engagement de l'État à la durée primitive, du moment que les nouvelles conventions ne l'avaient pas formellement et clairement prorogé (1).

(1) Les conventions de 1883 ayant modifié en des termes ambigus le système de la ga-

Source : BIU Cujas

Les concessions de chemins de fer. — L'histoire de la création de notre réseau de chemins de fer d'intérêt général est très instructive et la *politique française en matière de chemins de fer* a obtenu l'approbation enthousiaste de juges compétents (1). Il faut savoir que les systèmes les plus divers ont été pratiqués dans différents pays, depuis la construction par des entreprises privées qui sont propriétaires de la voie (Angleterre, États-Unis), jusqu'à la construction et à l'exploitation directe par l'État (Belgique, Prusse, etc.). Le système français se présente comme un type intermédiaire réalisant la combinaison de l'initiative privée et de l'intervention de l'État, grâce au principe de la concession de travaux publics; mais les conditions de cette combinaison ne se sont précisées que très lentement. Dans une histoire forcément très simplifiée, on peut signaler l'existence de trois grandes périodes : 1° de 1832 à 1859 ; 2° de 1859 à 1883 ; 3° depuis 1883.

I. *De 1832 à 1859.* — Le premier essai d'un véritable chemin de fer à traction mécanique eut lieu en 1832 de Lyon à Saint-Étienne; à partir de ce moment, on entrevit la création d'un réseau national et peu à peu les éléments du système se dessinèrent : il fut décidé que les chemins de fer ne seraient pas abandonnés à l'initiative privée, qu'ils ne seraient pas non plus construits et exploités par l'État; qu'on adopterait le système intermédiaire de la concession de travaux publics, que les chemins de fer feraient partie du domaine national et que le tracé en serait fixé administrativement; que l'État donnerait son concours financier et aurait la police de l'exploitation (L. 11 juin 1842 et L. 15 juill. 1845). C'est vers la fin de cette période que se produit la création des six grands réseaux, Nord, Ouest, Est, Paris-Lyon, Orléans, Midi, par la concentration de concessions primitives moins importantes, le tout après beaucoup de bouleversements, de menaces de faillite et de grands

rantie d'intérêts, telle qu'elle résultait des conventions de 1859 et 1863, et surtout ne s'étant pas expliquées sur la durée de la garantie, fallait-il en conclure que la garantie restait limitée à la durée fixée en 1859-1863, ou qu'au contraire, n'étant plus limitée, elle durerait autant que les concessions? L'interprétation étroite, défavorable au monopole devait prévaloir, et la garantie d'intérêt être limitée. Cette garantie d'intérêts, en effet, comme toutes les obligations financières contractées par l'État dans les conventions de chemins de fer, est un obstacle au rachat, c'est-à-dire à la révocation du monopole, elle doit être interprétée au plus juste. Ce n'a pas été le sentiment du Conseil d'État cependant, qui a préféré l'interprétation large favorable au monopole (Cons. d'Ét., 12 janv. 1895, *Compagnies d'Orléans et du Midi*, S. 97. 3. 1, et la note. Cfr., Thoviste, *Étude sur les conventions financières conclues entre l'État et les compagnies de chemins de fer*, 1894; Ferrette, *Étude historique sur l'intervention financière de l'État dans l'établissement des lignes de chemins de fer*).

(1) M. de Kaufman, *La politique française en matière de chemins de fer*, traduct. française, Hamon, 1900. *Adde :* Picard, *Traité des chemins de fer;* Thoviste, *Étude sur les conventions financières conclues entre l'État et les compagnies de chemins de fer*, Thèse, 1886; Colson, *Les garanties d'intérêts et le budget;* Carpentier et Maury, *Traité des chemins de fer);* Boucart et Jèze, *Science des finances*, 2e édit., I, p. 446 et s.

Source : BIU Cujas

sacrifices consentis par l'État. Cette période se caractérise par de sages mesures législatives et des tâtonnements dans les faits peut-être inévitables.

II. *De 1859 à 1883.* — C'est l'ère des conventions de Franqueville qui inaugurèrent cette période (L. 11 juin 1859). Deux questions se posèrent en 1859 : assurer la construction d'un second réseau, c'est-à-dire d'un vaste système d'embranchements faisant pénétrer dans l'intérieur du pays le trafic des lignes principales; règler l'association financière des Compagnies et de l'État, de façon à assurer définivement le crédit des compagnies et cependant à limiter les sacrifices de l'État. On passait aux profits et pertes les sacrifices faits pour la création du premier réseau (du moins à peu près complètement), mais on voulait qu'il n'en fût pas de même pour le second réseau. — Dans ces conditions apparaît le système de la *garantie d'intérêts;* les compagnies empruntent dans le public les sommes nécessaires à la construction du second réseau, l'État garantit aux obligataires un certain intérêt, mais les sommes qu'il est obligé de fournir pour assurer le service de ces intérêts constituent une *avance remboursable*, les compagnies doivent les lui rembourser sur les bénéfices d'exploitation. Pour le calcul de ces bénéfices est organisé un double compte d'exploitation, celui du premier réseau et celui du second réseau. Sur les bénéfices de l'exploitation de l'ancien réseau un certain revenu est garanti au capital-actions et obligations représentant cet ancien réseau ; ce qui excède la somme nécessaire au service de ce revenu est déversé sur le second réseau et diminue d'autant l'appel à la garantie d'intérêts de l'État. Cela s'appela le système du *déversoir*. C'était ingénieux, mais le double compte d'exploitation était compliqué. On peut aussi reprocher aux conventions de Franqueville d'avoir négligé de compter dans le capital-action du premier réseau les sacrifices faits par l'État.

III. *Conventions de 1883* (L. 20 nov. 1883). — Elles sont intervenues pour assurer la construction d'un troisième réseau et aussi dans une pensée de simplification. Toute distinction est supprimée entre ancien et nouveaux réseaux, par conséquent il n'y a plus qu'un seul compte d'exploitation. Les compagnies se chargent de la construction du troisième réseau moyennant une participation de l'État dans les travaux neufs. L'État garantit indifféremment à tous les actionnaires et obligataires un certain revenu minimum; les avances qu'il fait pour assurer le service des intérêts sont remboursables et produisent elles-mêmes intérêt à son profit au taux de 4 0/0; les compagnies lui rendent d'autre part le service d'emprunter directement dans le public les sommes qu'il doit leur fournir pour les travaux neufs, il les rembourse par des annuités; enfin lorsque les compagnies auront remboursé les avances à elles faites à titre de garantie d'intérêts et auront assuré à leur capital-action et obligation un certain dividende maximum, l'excédent des bénéfices sera partagé entre elles et l'État dans la proportion des 2/3 pour celui-ci.

Source : BIU Cujas

IV. *Avenir des réseaux concédés.* — Les concessions faites aux grandes compagnies expirent toutes aux environs de 1950. A ce moment-là les 40.000 kilomètres du réseau des voies ferrées feront retour à l'État complètement amortis, car, détail qu'il ne faut pas oublier, les compagnies amortissent tout le capital employé à la construction, même celui qui représente la contribution de l'État aux travaux neufs ; cet amortissement sera terminé vers 1950. Si l'État veut exploiter lui-même, il n'aura qu'à racheter le matériel roulant évalué approximativement à 500 millions. Cette exploitation avec un capital amorti représenterait pour lui un bénéfice annuel de 7 à 800 millions.

Il y a là de quoi faire réfléchir les partisans du rachat immédiat. Outre les inconvénients politiques, il aurait cet inconvénient financier de compromettre l'amortissement du capital de premier établissement des chemins de fer qui est en si bonne voie, car l'État français n'amortit pas régulièrement. Ce qui doit engager encore à la patience c'est que actuellement les charges annuelles imposées à l'État par les garanties d'intérêts et les annuités des travaux neufs sont largement compensées par les impôts, bénéfices indirects, économies sur ses transports que l'État réalise par le système de la concession. Néanmoins la question du rachat est ouverte depuis la création en 1878 d'un réseau de l'État qui dépasse 3.000 kilomètres ; ses partisans présentent d'ailleurs l'opération comme devant être successive (Proposition Bourrat, 1900, Chambre, annexe n° 1734) (1).

(1) En dehors des chemins de fer d'intérêt général, il y a des chemins de fer d'intérêt local, qui appartiennent aux départements ou aux communes. Ces chemins de fer sont régis actuellement par la loi du 11 juin 1880. Cette loi, qui ne protège pas suffisamment les finances locales, devra être remaniée. Il y a d'abord déclaration d'utilité publique par une loi, puis les chemins doivent être concédés ; la concession est faite, au nom du département par le conseil général, au nom de la commune par le conseil municipal, avec approbation du préfet ; quant aux ressources appliquées à la construction, elles sont de nature variée ; un détail intéressant est que les communes peuvent appliquer à la construction de chemins de fer locaux, les ressources de la vicinalité (art. 12).

Concessions de tramways. — Les tramways étant établis sur des routes déjà construites, il va de soi que la concession doit être faite par la personne administrative qui a la route dans son domaine public, il s'ensuit des complications. Dans un réseau urbain, en effet, il y a des voies qui sont nationales, d'autres qui sont départementales, d'autres qui sont communales ; on ne pouvait pourtant pas admettre que le concessionnaire eût affaire à la fois à l'État, au département et à la commune. La loi du 11 juin 1880 a permis de trancher la difficulté : l'État et le département feront la concession sur leurs voies au profit de la commune, et celle-ci rétrocédera cette concession au concessionnaire, en même temps qu'elle fera la concession sur ses propres voies ; le concessionnaire n'aura ainsi de rapports qu'avec la commune. Si l'État ou le département voulaient constituer un réseau de tramways national ou départemental, il interviendrait des arrangements en sens inverse.

Concessions de bacs et passages d'eau. — Le privilège de concéder les bacs était primitivement, en vertu de souvenirs historiques, un droit régalien réservé à l'État. Dans la loi du 10 août 1871, art. 46, n° 13, l'État a abandonné son privilège au profit

Source : BIU Cujas

Premier Appendice aux travaux publics.

I. *Des associations syndicales et des travaux d'intérêt public qu'elles exécutent* (1). — Il existe des établissements publics du nom d'*associations syndicales* dont la spécialité est d'exécuter des travaux d'intérêt collectif. Ces travaux prennent le caractère juridique de travaux publics, bien qu'on puisse relever une différence essentielle qui les sépare des travaux accomplis au nom de l'État, des départements ou des communes : ils ont pour but direct de créer une plus-value au profit des terrains contenus dans un certain périmètre, tandis que les travaux publics ordinaires ont pour but principal l'utilité d'un service public et ne créent des plus-values que d'une façon indirecte et accessoire. Ces travaux d'intérêt collectif sont, par exemple, le desséchement d'un marais, l'endiguement d'une rivière, etc.

L'exécution de ces travaux ne pourrait que très difficilement se faire par l'entente libre de tous les propriétaires intéressés ; cette entente est possible, elle donne lieu à la constitution d'associations syndicales libres dont la personnalité morale est reconnue depuis la loi du 21 juin 1865 et dont les travaux sont d'un caractère purement privé (2) ; mais comme l'entente unanime est difficile à réaliser, on devait prévoir ou bien l'exécution directe de ces travaux par l'État, ou bien la constitution d'associations syndicales où interviendrait plus ou moins la contrainte administrative. On a préféré le second parti, d'autant qu'il permettait de faire payer les travaux uniquement par l'ensemble des propriétaires intéressés et de les gager sur la plus-value des terrains. En réalité il s'est organisé deux types d'associations syndicales administratives, l'as-

des départements « pour les routes et chemins à la charge des départements », cela s'entend des routes départementales et des chemins vicinaux de grande et de moyenne communication. Mais il n'a rien abandonné au profit des communes, de sorte que c'est l'État qui concède les bacs sur les chemins vicinaux ordinaires.

(1) *Bibliographie :* Aucoc, *Conférences*, 3e édit., t. II, nos 867 et s.; Alfred Picard, *Traité des eaux*, passim. V. t. V, index alphabétique, vo *Associations syndicales*. — Statistique au 1er janvier 1901 : dans la France métropolitaine 6.394 associations syndicales (*Bulletin de l'hydraulique agricole*, fascicule Z).

(2) Le conseil de préfecture n'est pas compétent pour leurs travaux, elles n'ont ni le droit d'exproprier, ni celui de lever des taxes; mais elles peuvent ester en justice par leurs syndics, acquérir, vendre, emprunter, hypothéquer, etc. La loi du 22 décembre 1888, art. 2, statue que l'État, les départements, les communes peuvent entrer dans ces associations libres, de sorte qu'on peut voir des personnes morales publiques faire partie d'une association privée. L'association se forme sans l'intervention de l'Administration, mais il y a des formalités de déclaration à l'Administration et de publicité (L. 1865, art. 5 à 7).

Il ne faut pas confondre ces associations avec les syndicats professionnels; le critérium, c'est qu'il y a des travaux à accomplir et des propriétaires intéressés à ces travaux.

Source : BIU Cujas

sociation *forcée* où la contrainte est complète, l'association *autorisée* qui suppose l'initiative d'une majorité des propriétaires intéressés et l'emploi de la contrainte vis-à-vis de la minorité (1).

A. *Les associations syndicales autorisées* (L. 21 juin 1865 ; L. 22 déc. 1888 ; R. 9 mars 1894). — L'association syndicale autorisée est un établissement public constitué par une union de propriétaires, formée avec intervention de la contrainte administrative, en vue d'accomplir des travaux d'intérêt collectif.

La question de savoir si l'association syndicale autorisée est un établissement public ou un établissement d'utilité publique, c'est-à-dire si elle fait ou non partie de l'Administration, a été très longtemps discutée. A la vérité, c'est un singulier organe de l'Administration publique que celui où il n'y a point d'autres fonctionnaires que les propriétaires eux-mêmes, où les deniers sont fournis par ces mêmes propriétaires, où le service créé ne fonctionne qu'au profit des propriétaires intéressés et uniquement pour procurer une plus-value à leurs terrains. Cependant, tout en faisant nos réserves sur ce que devrait être l'association syndicale, un simple établissement d'utilité publique se rattachant à l'organisation corporative, nous sommes obligés de reconnaître qu'au point de vue du droit positif actuel son caractère d'établissement public n'est guère constestable. La responsabilité en remonte au règlement d'administration publique du 9 mars 1894, rendu en exécution de la loi du 22 décembre 1888 à l'effet de déterminer les règles d'organisation de notre institution ; le Tribunal des conflits s'est vu obligé de consacrer formellement le caractère d'établissement public, à raison justement de certaines dispositions de ce règlement (Conflits, 9 déc. 1889, *canal de Cignac*, S. 1900. 3. 19, la note) (2).

(1) Historiquement, l'association syndicale forcée est le procédé le plus ancien, et il ne faut point s'en étonner avec les habitudes de centralisation du commencement du siècle ; ces associations remontent à la loi du 14 floréal an XI et à celle du 16 septembre 1807 ; c'est seulement dans la loi du 21 juin 1865 qu'apparaissent simultanément les associations syndicales autorisées et les associations syndicales libres.

(2) M. Aucoc avait toujours très vigoureusement soutenu que les associations syndicales autorisées sont des établissements publics, il les avait même appelées des *communes spéciales*, il s'appuyait sur les arguments suivants : 1° elles sont constituées grâce à l'intervention de la contrainte administrative, laquelle ne s'emploie d'ordinaire que dans un but d'administration publique ; 2° elles jouissent pour l'exécution de leurs travaux et le recouvrement de leurs recettes des mêmes privilèges que l'Administration, c'est-à-dire de droits de puissance publique ; 3° enfin leur œuvre est une œuvre d'intérêt collectif que l'Administration, dans la plupart des cas, devra accomplir si les particuliers intéressés n'en prennent pas l'initiative (Conf. 3e édit., I, n° 206). Le Tribunal des conflits dans la décision du 9 décembre 1899, *canal de Gignac*, s'est approprié ces arguments, il y a ajouté cette considération que le préfet ayant le droit d'inscrire d'office au budget des associations syndicales les dépenses obligatoires et de modifier les taxes de manière à assurer l'acquit des charges, les voies d'exécution du droit commun ne pouvaient pas être employées par les créanciers. Les associations syndicales sortent par là même du droit

Source : BIU Cujas

Travaux pour lesquels les associations syndicales autorisées peuvent être constituées. — Aux termes de la loi des 21 juin 1865 et 22 décembre 1888, art. 1er, peuvent motiver la formation d'une association syndicale autorisée entre propriétaires intéressés, l'exécution et l'entretien

commun de la vie privée, qui est la responsabilité pour les dettes, et entrent dans la vie administrative, où cette responsabilité est atténuée. Le droit d'inscription d'office du préfet résulte de l'art. 58 du R. du 9 mars 1894, de telle sorte que finalement c'est ce règlement qui a consommé la mainmise de l'Administration sur les associations syndicales.

Avant ce fait nouveau, beaucoup d'auteurs, et notamment M. Ducrocq, avaient résisté à l'argumentation de M. Aucoc et soutenaient que les associations syndicales autorisées ne sont que des établissements d'utilité publique ; ils s'appuyaient surtout sur ce que le but de ces associations est la réalisation de bénéfices privés, ce qui ne cadre guère avec l'esprit de l'Administration publique (M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 6e édit., t. II, n° 1574). Les bénéfices privés à retirer de l'opération sont en effet si bien la considération déterminante dans la formation de ces associations, que pendant longtemps elles ont été étudiées à propos *des bénéfices directs résultant des travaux publics;* et c'est à cette place que M. Aucoc, lui-même, les examine en détail (*Conf.*, t. II, nos 867 et s.). Nous nous étions rangés à l'opinion de M. Ducrocq, et nous trouvions même que l'esprit de spéculation privée apparaît dans un détail d'organisation qui, à lui seul, décèle l'incompatibilité entre l'association syndicale et l'administration publique ; dans l'assemblée générale des syndiqués qui est le principal organe directeur, on applique le suffrage censitaire usité dans les sociétés de finances et non pas le suffrage égal pour tous (L. 21 juin 1865, 22 déc. 1888, art. 20 ; R. 9 mars 1894. art. 22). — Sans doute, l'Administration pourrait être amenée à accomplir elle-même à défaut des intéressés, les travaux dont il s'agit, mais elle le ferait dans un autre esprit et si un véritable intérêt public se dégageait à côté de l'intérêt des propriétaires. Il arrive en effet que l'Administration accomplisse elle-même des travaux analogues à ceux des associations syndicales ; depuis la création des syndicats de communes, certains de ces syndicats se sont fondés pour des travaux d'endiguement, d'autre part, les travaux d'ouverture, d'élargissement, de prolongement et de pavage des voies publiques que l'art. 1er, n° 7 de la loi du 22 décembre 1888 fait figurer parmi les objets d'association syndicale sont de ceux qu'accomplissent couramment les administrations municipales. Mais ce parallélisme ne pouvait que servir à rendre plus évidente la différence qui écarte de la fonction administrative, les associations syndicales. Les objets étant les mêmes, il apparaissait que c'était par leur but que les travaux différaient, les uns motivés par l'intérêt public, les autres par la plus-value. L'administration supérieure avait commencé à appliquer ce critérium aux demandes d'autorisation de syndicats de communes constitués en vue de travaux d'endiguement ; en effet, pour savoir si le syndicat de communes devait être autorisé, ou bien si ce n'était pas plutôt le cas d'une association syndicale, l'Administration se posait justement cette question : y a-t-il en cause un intérêt public (de sécurité par exemple) ou bien n'y a-t-il en cause que l'intérêt privé des propriétaires ; s'il n'y a que l'intérêt privé des propriétaires association syndicale, s'il y a en outre un intérêt public, syndicat de communes (Cfr., p. 491) — quant aux droits de Puissance publique concédés aux associations syndicales, le droit de travaux publics, le droit d'expropriation, le droit de lever des taxes, ils n'ont aucune signification dans l'espèce, car ils auraient pu être concédés à des établissements d'utilité publique aussi bien qu'à des établissements publics. Enfin le fait que la contrainte administrative s'emploie à la formation de l'association n'a pas non plus la signification qu'on lui attribue, les caisses de secours des ouvriers mineurs sont aussi organisées obligatoirement aux termes de la loi du 29 juin 1894, et cependant ne sont que des sociétés de secours mutuels, c'est-à-dire de simples établissements d'utilité publique.

Source : BIU Cujas

des travaux : 1° de défense contre la mer, les fleuves, les torrents et rivières navigables ou non navigables; 2° de curage, approfondissement, redressement et régularisation des canaux et cours d'eau non navigables ni flottables et des canaux de desséchement et d'irrigation; 3° de desséchement des marais; 4° des étiers (canaux d'amenée de l'eau de mer dans les marais salants) et ouvrages nécessaires à l'exploitation des marais salants; 5° d'assainissement des terres humides et insalubres; 6° d'assainissement dans les villes et faubourg, bourgs, villages et hameaux; 7° d'ouverture, d'élargissement, de prolongement et de pavage de voies publiques *et de toute autre amélioration ayant un caractère d'intérêt public dans les villes et faubourgs, bourgs, villages et hameaux;* 8° d'irrigation et de colmatage; 9° de drainage; 10° de chemin d'exploitation *et de toute autre amélioration agricole d'intérêt collectif.* — Enfin la loi du 15 décembre 1888 ajoute les travaux de défense contre les vignes phylloxérées, la loi du 4 avril 1882, les travaux de défense des terrains en montagne, la loi du 13 avril 1900, les travaux de confection du cadastre, etc...

Ces énumérations sont limitatives; d'une part, la constitution d'une association syndicale entraîne pour les propriétaires du périmètre, des charges qui sont de droit étroit; d'autre part, la rédaction du 21 juin 1865 limitait expressément par son art. 9 la formation des associations syndicales autorisées aux travaux énumérés dans les cinq premiers numéros de l'art. 1er (Av. Cons. d'Ét. du 6 mai 1876); la rédaction de 1888 a allongé la liste, mais a respecté évidemment son caractère limitatif (1). Les derniers numéros, qui visent de simples travaux d'amélioration, contiennent, il est vrai, des expressions susceptibles d'une extension presque indéfinie (nc 7 et n° 10), mais : 1° dans le cas des nos 7, 8, 9, 10, la constitution de l'association n'aura lieu qu'à la suite d'une déclaration d'utilité publique par décret en Conseil d'État, de sorte qu'en dernière analyse c'est le Gouvernement lui-même qui interprétera la loi (art. 3, L. 22 déc. 1888); 2° il ne faut pas perdre de vue que des conditions intrinsèques sont nécessaires : *a*) il doit y avoir travaux publics, par conséquent

(1) En réalité, les dix numéros existaient presque textuellement dans la rédaction de 1865, mais les cinq premiers seulement justifiaient la formation d'une association syndicale autorisée, les cinq derniers ne justifiaient qu'une association syndicale libre. On faisait volontiers remarquer que dans les cinq premiers numéros il s'agissait de travaux de défense, tandis que dans les cinq derniers il s'agissait de travaux d'amélioration et que si la contrainte de l'Administration était légitime dans le cas de défense, elle ne l'était guère dans le cas d'amélioration. Ce scrupule n'a pas arrêté le législateur de 1888 qui a donné le même domaine à l'association syndicale autorisée qu'à l'association syndicale libre. Il faut reconnaître que déjà le desséchement des marais, c'est-à-dire le cas originaire, était autant un travail d'amélioration qu'un travail de défense. Au reste, répétons encore que le caractère propre des travaux d'association syndicale doit être cherché, beaucoup moins dans leur objet spécial, que dans leur but qui est la plus-value pour des terrains.

Source : BIU Cujas

ouvrage public construit; b) les travaux doivent être de nature à apporter une plus-value à *des propriétés* (art. 1er).

II. *Droits de puissance publique accordés aux associations syndicales autorisées.* — Ces droits sont énumérés dans les art. 15 à 19 de la loi du 21 juin 1865 : 1° les travaux entrepris sont des travaux publics, par conséquent les contestations qui seront soulevées seront de la compétence des conseils de préfecture; 2° l'association a le droit d'exproprier, l'utilité publique est déclarée par décret en Conseil d'État, après quoi il est procédé à l'expropriation par le petit jury, sauf pour les travaux des nos 6 et 7 pour lesquels on suit la procédure de la loi du 3 mai 1841; 3° l'association lève des *taxes* sur les propriétaires à raison de la *plus-value* que leurs terrains ont acquise, ce dernier point mérite quelques développements. On appelle plus-value *directe*, celle qui résulte de travaux publics lorsque ces travaux ont été entrepris justement pour la produire, tandis qu'on appelle plus-value *indirecte*, celle qui résulte accessoirement de travaux dont le but principal n'était point de la produire (V. p. 679) ; en matière de travaux entrepris par association syndicale autorisée, on se trouve forcément en présence de plus-values directes, il était naturel de chercher des ressources à l'entreprise dans ces plus-values et de les frapper d'une taxe annuelle, qui servirait à gager les emprunts que l'association serait obligée de contracter pour l'exécution des travaux.

La législation sur la matière est un peu confuse, parce qu'elle résulte de plusieurs textes dont quelques-uns incomplets (L. 14 flor. an XI, aujourd'hui abrogée ; L. 16 sept. 1807; L. 21 juin 1865) (1). L'idée essentielle est que chaque parcelle de propriété doit contribuer proportionnellement à la plus-value (2).

(1) Avant la loi générale du 21 juin 1865, la loi du 16 septembre 1807, qui prévoyait le cas spécial du *desséchement des marais*, avait en notre matière une importance qu'elle a un peu perdue.

(2) 1° Rigoureusement, pour déterminer la plus-value, il faudrait deux estimations de chaque parcelle, l'une avant les travaux, l'autre après. Cette procédure est en effet de rigueur en matière de desséchement de marais, parce qu'elle est prévue *in terminis* par la loi de 1807; mais pour les autres hypothèses, la jurisprudence admet que la plus-value peut être déterminée par une seule estimation faite avant le commencement des travaux. C'est qu'en effet, attendre à déterminer la plus-value après l'achèvement des travaux, c'est dire que les taxes ne pourront pas être levées avant cet achèvement, or, les capitaux engagés ne peuvent pas attendre aussi longtemps leur rémunération.

L'estimation devait être faite par des *commissions spéciales* composées administrativement de sept membres, aux termes de l'art. 43 de la loi de 1807, avec recours possibles devant le conseil de préfecture (art. 26, L. 21 juin 1865) (la loi de 1865 avait modifié en ce point celle de 1807, car primitivement les commissions spéciales étaient elles-mêmes juges des recours). Mais il a été admis dans la pratique administrative que par leurs statuts les associations peuvent attribuer le droit d'estimation à leur propre syndicat, et le règlement du 9 mars 1894 a rendu cette pratique obligatoire (art. 41-44);

2° La taxe est établie sous forme de rente payable en argent sur le pied de 4 0/0

Source : BIU Cujas

III. *Constitution des associations syndicales autorisées.* — Les propriétaires intéressés peuvent être réunis en association syndicale autorisée, soit sur la demande d'un ou de plusieurs d'entre eux, soit sur l'initiative du préfet ou du maire; lorsqu'une certaine majorité des propriétaires s'est prononcée en faveur de l'association, un arrêté préfectoral intervient et la minorité se trouve liée, elle est contrainte d'entrer dans l'association, sauf une certaine faculté de délaissement des terrains (art. 9 et s. de la loi) (1).

IV. *Administration de ces associations.* — Les associations syndicales

de la plus-value; d'autres modes de libération sont prévus en matière de desséchement de marais par la loi de 1807, mais n'ont pas été étendus aux autres travaux. Le recouvrement se fait comme en matière de contribution directe (V. R. 1894, art. 59 et s.);

3° Les obligations qui dérivent de la constitution de l'association syndicale sont attachées aux immeubles compris dans le périmètre et les suivent, en quelques mains qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association (R. 1894, art. 2).

(1) Le préfet soumet à une enquête administrative dont les formes ont été déterminées par le règlement d'administration publique du 9 mars 1894, art. 6 et 7, les plans, avant-projets et devis des travaux, ainsi que le projet d'association. — Le plan indique le périmètre des terrains intéressés et est accompagné de l'état des propriétaires de chaque parcelle. Le projet d'association spécifie le but de l'entreprise et détermine les voies et moyens nécessaires pour subvenir à la dépense (art. 10 de la loi).

Après l'enquête, les propriétaires qui sont présumés devoir profiter des travaux sont convoqués en assemblée générale par le préfet, qui en nomme le président, sans être tenu de le choisir parmi les membres de l'assemblée. — Un procès-verbal constate la présence des intéressés et le résultat de la délibération. Il est signé par les membres présents et mentionne l'adhésion de ceux qui ne savent pas signer. — L'acte contenant le consentement par écrit de ceux qui l'ont envoyé en cette forme est mentionné dans ce procès-verbal et y reste annexé. — Le procès-verbal est transmis au préfet (art. 11 de la loi).

En principe, si la majorité des intéressés, représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains, ou les deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie, ont donné leur adhésion, le préfet autorise, s'il y a lieu, l'association. Mais pour les travaux des nos 6 à 10, il faut les trois quarts des intéressés représentant plus des deux tiers de la superficie et payant plus des deux tiers de l'impôt foncier, ou bien les deux tiers des intéressés représentant plus des trois quarts de la superficie et payant plus des trois quarts de l'impôt. Le préfet prend ensuite son arrêté. Pour les nos 7, 8, 9 et 10, il doit être précédé d'une déclaration d'utilité publique des travaux par décret en Conseil d'État. Un extrait de l'acte d'association et l'arrêté du préfet, en cas d'autorisation, et, en cas de refus, l'arrêté du préfet, sont affichés dans les communes de la situation des lieux et insérés dans le recueil des actes de la préfecture (art. 12). L'arrêté du préfet emporte la concession des travaux à l'association.

Les propriétaires intéressés et les tiers peuvent déférer cet arrêté au ministre des Travaux publics dans le délai d'un mois à partir de l'affiche. — Le recours est déposé à la préfecture et transmis, avec le dossier, au ministre dans le délai de quinze jours. Il est statué par un décret rendu en Conseil d'État (art. 13).

Faculté de délaissement. — S'il s'agit des travaux spécifiés au nos 3 à 10 de l'art. 1er, les propriétaires qui n'auront pas adhéré au projet d'association pourront, dans le délai d'un mois ci-dessus déterminé, déclarer à la préfecture qu'ils entendent délaisser, moyennant indemnité, les terrains leur appartenant et compris dans le périmètre. Il leur sera donné récépissé de la déclaration. L'indemnité à la charge de l'association sera fixée

Source : BIU Cujas

autorisées sont douées de trois organes : 1° L'assemblée générale, qui nomme les syndics et à laquelle on soumet les questions graves, comme celle d'un emprunt; 2° Le syndicat, organe à la fois délibérant et exécutif, organe essentiel; 3° le directeur qui préside le syndicat et qui représente l'association en justice, mais qui a peu de pouvoirs.

Pour la constitution de ces trois organes, leur fonctionnement, le partage des attributions, la force exécutoire de leurs décisions, la tutelle exercée par l'administration, V. R. du 9 mars 1894, art. 21, et s.

B. *Associations syndicales forcées.* — Les associations syndicales forcées ne peuvent être établies que pour les travaux des nos 1, 2, 3 : travaux de défense contre les eaux, de curage, de desséchement des marais ; pour leur constitution, il faut se rapporter à la loi du 16 septembre 1807, elles sont formées par décret en Conseil d'État. Pour la détermination de la plus-value et la taxe, il faut appliquer les dispositions que nous venons d'indiquer, à savoir que la loi de 1807 a été modifiée par celle de 1865, en ce qui concerne la substitution du conseil de préfecture aux commissions spéciales pour le jugement des recours (1).

Deuxième appendice aux travaux publics.

De la concession de droits dérivés des travaux publics pour l'exploitation de certaines propriétés d'intérêt public. — De l'exploitation des mines (L. 21 avr. 1810; L. 27 avr. 1838; L. 27 juill. 1880) (2).

Il est un certain nombre d'exploitations abandonnées à l'initiative privée, quoiqu'elles intéressent à un haut degré le public, et qui se présentent sous l'aspect d'exploitations de propriétés privées pour lesquelles des privilèges de puissance publique sont concédés. Ces exploitations sont celles des mines et des sources minérales privées; les privilèges concédés sont le droit d'occupation temporaire sur les terrains voisins et même, en cas de mines, le droit d'expropriation. Il y aurait à faire une théorie générale de ces exploitations de propriétés d'intérêt public.

conformément à l'art. 16 de la loi du 21 mai 1836, pour les nos 4, 5, 8, 9, 10, et conformément à la loi de 1841 pour les nos 6 et 7 (art. 14).

Les biens des incapables peuvent être délaissés avec autorisation du tribunal.

(1) Les associations syndicales forcées servent peu en administration; en effet, s'il existe une majorité de propriétaires qui comprennent l'intérêt qu'il y a pour eux à l'accomplissement des travaux, il est plus simple de constituer une association syndicale autorisée; si cette majorité de propriétaires n'existe pas, on sera obligé de faire exécuter les travaux en régie, car l'association syndicale forcée ne fonctionnera pas.

(2) *Bibliographie :* Aguillon, *Législation des mines.* — Il n'est traité ici que de la législation minière de la métropole, la législation minière des colonies constitue un sujet très intéressant, V. Paul de Valroger, *Étude sur la législation des mines dans les colonies françaises*, 1899.

Source : BIU Cujas

Pour le moment, nous nous bornerons à traiter ici de l'exploitation des mines (1).

Les exploitations minières, si intéressantes pour le droit industriel par la situation faite aux ouvriers mineurs, le sont encore pour le droit administratif par la situation toute particulière où se trouve le concessionnaire. Il s'agit de savoir si les privilèges d'exploitation se rattachent au droit civil ou au droit administratif. C'est parce que nous inclinons vers la seconde opinion que nous plaçons la matière de la concessions de mine en appendice à celle des travaux publics.

A. *Définition de la mine et du gisement minier.* — Il importe de ne pas confondre la mine avec le gisement minier :

Gisement minier est une expression purement *géologique* qui indique un amas de minerai dans une région du sol, les gisements peuvent être immenses, témoin les bassins houillers;

Mine est une expression *juridique* qui indique que totalité ou partie du gisement minier est considérée comme objet de propriété, et forme un domaine. En effet, *une mine est un domaine créé dans un gisement minier*. Si bien que, dans un même gisement, il peut y avoir quantité de mines. Ce domaine est créé par un acte de la puissance publique, par une concession faite au nom de l'État.

Reste à savoir quels sont les gisements miniers à l'intérieur desquels il peut être ainsi créé des mines. La loi est intervenue pour les déterminer. La loi du 21 avril 1810, fondamentale en la matière, distingue les *gisements miniers*, *les gisements de minière* et les *gisements de carrière*. L'exploitation de ces trois sortes de gisements est soumise à des conditions différentes : les gisements miniers ne peuvent être exploités qu'en vertu d'une concession qui crée un domaine nouveau; dans les gisements de minière ou de carrière, il n'est pas constitué de domaine nouveau, ils sont exploités comme éléments du domaine préexistant sur le sol, les gisements de minière en vertu d'une permission (V. art. 57 et s.), et les gisements de carrière en vertu d'une simple déclaration au maire (art. 81). Ces trois espèces de gisements se distinguent au point de vue légal, uniquement d'après la nature des matières qu'ils contiennent et qui sont indiquées par la loi-même (2) : — Le *gisement minier* est un gisement des matières énumérées dans l'art. 2, de la loi du 21 avr. 1810 (3); — Le *gisement de minière* est un gisement des matières énu-

(1) V. p. 548, ce qui a été dit des sources minérales.

(2) Il ne faut s'attacher à aucun autre fait; ainsi il ne faudrait pas s'attacher au fait que l'exploitation serait souterraine ou à ciel ouvert, une carrière peut être exploitée par galeries souterraines, cette particularité n'en fait point une mine, elle entraîne seulement surveillance spéciale de l'Administration.

(3) Ce sont ceux connus pour « contenir en filons, en couches ou en amas, de l'or, de « l'argent, du platine, du mercure, du cuivre, de l'étain, du zinc, de la calamine, du « bismuth, du cobalt, de l'arsenic, du manganèse, de l'antimoine, du molybdène, de la « plombagine ou autres matières métalliques, du soufre, du charbon de terre ou de

Source : BIU Cujas

mérées dans l'art. 3, minerais de fers dits d'alluvion, terres pyriteuses renfermant du sulfate de fer, terres alumineuses et tourbes ; — Le *gisement de carrière* (art. 4) est un gisement d'ardoises, grès, pierres à bâtir, marbres, pierres à plâtre, terre à poterie, etc... Le gisement minier est généralement souterrain, il se trouve dans le *tréfonds* du sol, le tréfonds du sol s'oppose à la surface ou superficie, c'est une expression qui a été créée justement à l'occasion des mines.

B. *Condition juridique du gisement minier et de la mine.* — Cette question est célèbre, elle a donné lieu à bien des discussions, faute d'avoir fait la distinction nécessaire entre le gisement minier et la mine :

I. *Condition juridique du gisement minier.* — Quelle est la condition juridique du gisement minier avant qu'aucune mine n'ait été créée en lui ? Trois opinions peuvent être soutenues : *a*) Le gisement appartient aux propriétaires de la surface; *b*) Il appartient à l'État ; *c*) Il n'appartient à personne, c'est une *res nullius* tant qu'il n'a pas été découvert, mais par occupation il devient la propriété de celui qui le découvre, d'où la conséquence : la *mine à l'inventeur*.

De ces trois opinions, c'est la première qui nous paraît la plus conforme à l'ensemble de la législation et aux textes spéciaux, bien que la théorie de la loi de 1810 soit un peu indécise : 1° l'art. 552 du Code civil dit que la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous et en cela il est conforme à la tradition romaine, il est vrai que la fin de l'article prévoit des restrictions provenant des règlements miniers, mais nous allons voir que cela vise une expropriation possible; 2° la loi de 1810 donne au propriétaire du sol, une fois la mine concédée, un droit de redevance immobilier susceptible d'hypothèque, c'est bien la représentation du droit que ce propriétaire avait sur le tréfonds, un hommage, et comme on l'a dit, un *coup de chapeau* à son droit de propriété (1).

II. *Condition juridique de la mine. — Caractère de la concession.* — Le système organisé par la loi du 21 avril 1810 et développé par la loi du 27 juillet 1880 peut être formulé dans les propositions suivantes :

1° Un domaine est créé au sein du gisement minier et prend le nom de *mine*. Cette création d'un domaine particulier a lieu, même quand la mine est concédée au propriétaire de la surface et par conséquent du gisement ;

« pierre, du bois fossile, des bitumes, de l'alun, des sulfates à base métallique. » D'ailleurs le Conseil d'État estime que cette énumération pourrait être complétée par décret en forme de règlement d'administration publique (Arr. 24 févr. 1872). A plus forte raison peut-elle l'être par une loi. V. loi 17 juin 1840 qui a ajouté les mines de sel et les sources d'eau salée.

(1) Les projets de lois déposés récemment pour réglementer à nouveau le régime des mines tendent plutôt à s'inspirer de la maxime *la mine à l'inventeur*, tout en maintenant le principe de la création par l'État d'un domaine nouveau qui serait donné à l'adjudication.

Source : BIU Cujas

2° Lorsque ce domaine est créé par l'État au détriment des propriétaires du gisement minier, qui sont en même temps les propriétaires de la surface, c'est grâce à une sorte d'expropriation. Cette expropriation est produite, en dehors des formes ordinaires, par le décret même qui concède la mine; cela est si vrai que, aux termes de l'art. 17, ce décret « purge tous les droits du propriétaire de la surface ». A titre d'indemnité, le propriétaire de la surface reçoit une redevance annuelle qui présente un caractère immobilier (1);

3° La mine ainsi créée est concédée en propriété perpétuelle à un exploitant. Cette propriété est munie de privilèges exorbitants, tels que le droit d'occupation temporaire des terrains à la surface et le droit d'expropriation, qui dépassent la mesure de la propriété civile et qui sont des droits administratifs concédés; il s'ensuit que l'appréciation de l'étendue de ces droits relève en principe du contentieux administratif; cela est particulièrement vrai du droit d'occupation temporaire qui est attribué au concessionnaire sur les terrains à la surface (art. 43, 44) et qui doit être rapproché du droit d'occupation temporaire en matière de travaux publics (2). — Comme contre-partie, le concessionnaire est tenu d'ex-

(1) Il faut bien faire attention que quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la propriété du *gisement minier*, le domaine de la *mine* n'est créé que par le décret de concession; en effet, c'est le décret de concession qui détermine le périmètre de la mine, c'est donc lui qui crée le domaine de la mine, car il n'y a pas de domaine objet d'un véritable droit de propriété, sans périmètre, tout domaine étant chez nous *ager limitatus*. Cette intervention de l'État, se justifie par de multiples considérations : 1° l'importance des gisements houillers pour le développement de la production nationale; 2° le fait que leur quantité limitée et l'impossibilité de les renouveler impose d'éviter les gaspillages inévitables qui accompagneraient une exploitation laissée à l'initiative privée. Aussi dans les projets nouveaux l'intervention de l'État est-elle maintenue, seulement au lieu de concéder la mine, il la mettrait en adjudication.

(2) Beaucoup d'auteurs estiment que le droit d'occupation temporaire reconnu au concessionnaire de mines est la conséquence de son droit de propriété, ce serait une sorte de servitude active dont cette propriété spéciale serait munie (Cfr. Féraud-Giraud, *Code des mines et des mineurs*) la conséquence serait que l'appréciation de l'étendue du droit d'occupation temporaire relèverait du contentieux judiciaire (V. en ce sens, Laferrière, *Jurid. adm.*, 2e édit., t. I, p. 568). — Nous voyons plutôt dans le droit d'occupation temporaire un droit administratif concédé en faveur de la propriété minière, et qui reste administratif. Voici nos raisons : 1° il y a dans la propriété minière elle-même un caractère administratif prononcé; elle est créée par un acte administratif en vue d'une exploitation qui sera surveillée de très près par l'Administration, et qui est tellement d'intérêt public que, s'il y a cessation de l'exploitation, le retrait de la concession pourra être prononcé et produira les mêmes conséquences que la déchéance d'un concessionnaire de travaux publics (L. 1810, art. 49; L. 1838, art. 6 et 10); 2° l'occupation temporaire minière a besoin d'être autorisée par un arrêté du Préfet comme s'il s'agissait de l'exercice d'un droit administratif; 3° le droit d'expropriation, qui est venu compléter le droit d'occupation temporaire (L. 27 juill. 1880, art. 44), est incontestablement un droit administratif qui ne saurait être rattaché à la propriété privée et, cependant, il n'est que le développement du droit d'occupation; 4° ce n'est pas la première fois que des privilèges administratifs seraient concédés à des propriétaires privés; au fond, tous les privilège

Source : BIU Cujas

ploiter et, malgré son caractère perpétuel, la concession peut être révoquée pour cessation d'exploitation (L. 1810, art. 49; L. 1838, art. 6 et 10).

Par le caractère réel et perpétuel de son droit, le concessionnaire de mines se trouve dans une situation juridique plus avantageuse que le concessionnaire de travaux publics qui n'a pas de droit réel et dont la concession est temporaire; mais, en fait, les sujétions de la propriété minière, la surveillance constante de l'Administration, l'éventualité de la déchéance, rapprochent plus qu'on ne le croirait les deux espèces de concessions. Il est à remarquer que les compagnies concessionnaires de travaux publics n'ont pas un crédit sensiblement moins bon que les compagnies concessionnaires de mines, c'est-à-dire que le monde des affaires ne fait pas grande différence entre les deux situations (1).

C. *Législation des mines.* — I. *Recherche du gisement minier.* — Il faut, avant tout, que l'existence des gisements miniers soit constatée, dans un intérêt public la recherche en est facilitée et encouragée. D'abord, le propriétaire de la surface est libre de chercher dans son propre terrain, à moins que des concessions y aient été déjà faites. De plus, des tiers peuvent chercher, soit avec le consentement du propriétaire, soit avec un permis du Gouvernement; dans ce dernier cas, le permis est délivré par le Chef de l'État (O. 19 août 1832).

Le propriétaire est entendu dans ses observations par le préfet, l'administration des mines est consultée, il doit y avoir paiement d'une indemnité préalable au propriétaire, et il y a des restrictions au droit de recherche dans le voisinage des habitations. Le permis ne dure en

concédés aux associations syndicales autorisées, simples collectivités de propriétaires, sont dans le même cas; nous estimons aussi que le droit d'occupation temporaire dont jouissent les sources minérales privées dans un certain périmètre d'après la L. 14 juillet 1856, art. 7 à 10, doit être considéré comme un droit administratif.

A la vérité, le paiement des indemnités auxquelles donne lieu l'occupation temporaire en matière de mines ou en matière de sources minérales entraîne un contentieux judiciaire et non pas un contentieux administratif (L. 27 juill. 1880, art. 43; L. 14 juill. 1856, art. 9); mais à côté des questions d'indemnité, il y en a d'autres sur l'étendue même du droit d'occupation, sur les travaux auxquels il peut être attaché, sur les terrains auxquels il est applicable; ce sont ces questions qui pourraient être portées devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir intenté contre l'arrêté du préfet.

Il nous semble que cette combinaison de droits administratifs attachés à la propriété privée par concession spéciale, exprime le véritable caractère de ces propriétés d'intérêt public que sont les mines et les sources minérales.

(1) Aussi, dans les projets de législation qui sont à l'étude au sujet de l'utilisation des forces hydro-électriques, semble-t-il qu'il n'y ait pas grande différence pratique entre ceux qui veulent soumettre toutes les entreprises au régime de la concession de travaux publics et ceux qui proposent de les soumettre plutôt à celui de la concession de mines. Le système qui consisterait à assimiler la concession des chutes d'eau à la concession des mines a cependant été soutenu avec beaucoup de talent par M. Guillain (V. les documents cités à la p. 542).

Source : BIU Cujas

général que deux ans, l'acte de permission fixe le périmètre. V. art. 43 modifié par la loi du 27 juillet 1880, pour les droits d'occupation du permissionnaire et les bases de l'indemnité. La juridiction compétente en matière de contestation sur l'indemnité est le conseil de préfecture (art. 46). L'acte de permission est certainement attaquable par le recours pour excès de pouvoir.

A titre de rémunération, l'inventeur recevra une indemnité du concessionnaire définitif.

II. *Concession de la mine.* — La mine ne peut être exploitée que si elle est concédée par décret en Conseil d'État. Cette concession, dont nous avons vu plus haut les effets, qui purge les droits du propriétaire de la surface et de l'inventeur, et par conséquent produit une sorte d'expropriation, est faite par décret et précédée de toute une procédure (1). — Dans la législation nouvelle que l'on prépare, elle serait remplacée par une adjudication.

Le décret de concession, étant un acte d'autorité, est certainement inattaquable par le recours contentieux ordinaire, mais rien n'empêche le recours pour excès de pouvoir et, dans tous les cas, il échappe au contentieux judiciaire (V. Cons. d'Ét., 28 mars 1879, *Mines de Villefort;* Confl., 28 févr. 1880, *Mines de Fillols*).

III. *Obligations du concessionnaire.* — Le concessionnaire doit à *l'inventeur :* 1° une indemnité pour le rachat du droit de celui-ci sur la mine, cette indemnité est fixée d'une façon discrétionnaire par le décret de concession; 2° le remboursement de ses dépenses, en cas de contestation compétence du conseil de préfecture (art. 46).

Il doit au propriétaire de la surface : 1° une redevance annuelle (art. 6 et 42 modifiés par la loi de 1880); 2° des indemnités pour dommages dans le cas d'occupation de la surface (V. art. 43 et 44 modifiés par la loi de 1880) (2).

(1) *a*) Demande faite au préfet, simple pétition, dont il est délivré récépissé et qui est enregistrée sur un registre spécial. Le préfet ordonne dans les dix jours la publication et l'affichage;

b) Affichage pendant deux mois aux chefs-lieux du département et de l'arrondissement où la mine est située, dans toutes les communes sur lesquelles le périmètre de la concession peut s'étendre, et dans la commune où est domicilié le demandeur;

Insertion à deux reprises dans les journaux du département et dans le *Journal officiel* (art. 23 modifié par la loi de 1880);

c) Demandes en *opposition* ou en *concurrence*, l'une s'opposant simplement à la demande, l'autre en contenant une rivale, notifiées à la préfecture par acte extrajudiciaire avant l'expiration du délai de deux mois, elles doivent être inscrites sur le registre. Elles peuvent aussi être formées après l'expiration de ce délai, directement devant le ministre de l'Intérieur ou devant le Conseil d'État par requête comme pour une affaire contentieuse (art. 28);

d) Rapport du préfet après avoir pris l'avis de l'ingénieur des mines;

e) Décision par décret en Conseil d'État.

(2) Il y a lieu de se préoccuper aussi des dommages permanents causés, par exemple

Source : BIU Cujas

Il doit à l'État une redevance annuelle qui figure au budget sous le nom de redevance des mines et qui est perçue comme une contribution foncière ; elle se compose d'un droit fixe de 10 francs par kilomètre carré et d'un droit proportionnel sur les produits fixé annuellement par la loi de finances et qui ne doit pas dépasser 5 p. 100 du produit net.

Il doit concourir à des travaux de défense comme lorsqu'un même fléau, par exemple, l'inondation souterraine, menace plusieurs concessions et que l'Administration prescrit les mesures que la loi du 27 avril 1838 lui permet d'ordonner.

Il doit subir la surveillance constante de l'Administration, et depuis la loi du 8 juillet 1890, celle des délégués mineurs exercée dans l'intérêt de la production et dans celui de la sécurité (L. 1810, art. 47 à 50).

Enfin, il ne doit ni restreindre, ni suspendre l'exploitation, sous peine de s'exposer au retrait de la concession (L. 1810, art. 49 ; L. 27 avr. 1838, art. 10).

Section III. — Les matières et fournitures.

A. *Des matières.* — Il est besoin pour le fonctionnement des services publics, non seulement de bâtiments et d'installations matérielles variées, mais aussi d'objets mobiliers et d'approvisionnements. Les objets mobiliers proprement dits garnissent à demeure les bâtiments publics, ce sont les collections des musées, les livres des bibliothèques, le mobilier national, l'outillage des manufactures nationales ; malgré leur importance, ces objets n'ont donné lieu à aucune institution administrative spéciale qui mérite d'être séparée de l'organisation même des services ; il n'y a pour eux ni comptabilité régulière, ni modes spéciaux d'acquisition. Il n'en est pas de même des approvisionnements ou matières. Les *matières* sont les mille choses destinées à être consommées pour le fonctionnement des services, les denrées nécessaires pour la nourriture de l'armée, les effets d'équipement et d'armement, les matériaux pour la flotte, les matières premières nécessaires aux industries de l'État, etc. Le fait même que ces matières sont soumises à une consommation et par suite à un renouvellement plus ou moins rapide, permet l'organisation d'une comptabilité que l'on appelle la *Comptabilité-matières*, et, d'autre part, l'Administration emploie des procédés spéciaux

par interception des sources ; la Cour de cassation distingue selon que les fonds desséchés sont dans le périmètre ou hors du périmètre : dans le premier cas, elle accorde indemnité parce que les art. 6, 10, 11, 15, 43 et 45, L. 1810, protègent la surface contre le tréfonds (Ch. civ., 27 janv. 1885, *Bally c. de Lépinerays*) ; dans le second, elle prétend que l'on retombe dans le droit commun de la propriété ordinaire (Req. 12 août 1872, *Maurin c. fonderies de Tamaris*).

Source : BIU Cujas

pour se procurer ces matières, par exemple, les marchés de fournitures et les réquisitions militaires.

B. *De la comptabilité-matières* (1). — Cette comptabilité présente deux caractères originaux qui la distinguent de la comptabilité des deniers dont il sera parlé plus loin : 1° les matières n'ont pas seulement une valeur d'achat, elles ont aussi une valeur d'utilisation pour le service, par exemple, les chaussures pour la troupe, selon leur ancienneté en magasin, changeront de catégories parce qu'elles pourront fournir un service plus ou moins bon ; cette valeur d'utilisation varie avec le service, elle n'est pas la même pour les cordages de la marine que pour les chaussures de la troupe, il suit de là que la comptabilité-matières n'est pas uniforme, il y a des règles spéciales dans chaque service (2) ; 2° bien que la distinction des ordonnateurs et des comptables existe ici aussi bien que dans la comptabilité-deniers, les comptables n'ont pas la même indépendance parce qu'ils sont les inférieurs hiérarchiques des ordonnateurs et que, jusqu'à un certain point, ils sont obligés d'obéir aux ordres de ceux-ci ; l'indépendance n'étant pas égale, la responsabilité est moindre. Tandis que les comptables en deniers sont jugés par la juridiction des comptes, parce qu'ils sont maîtres de leurs actes, les comptables en matières ne sont pas jugés, leurs comptes sont l'objet de décisions ministérielles par lesquelles leurs actes sont appréciés administrativement et qui peuvent être déférées au Conseil d'État. Ce n'est pas à dire que la Cour des comptes ne surveille pas la comptabilité-matières, mais elle n'exerce qu'un contrôle et non pas une juridiction (V. sur l'organisation de la comptabilité-matières (D. 31 mai 1862, art. 861-883 ; *adde*, L. 13 avr. 1898, art. 66 et s.).

C. *Des marchés de fournitures* (3). — Les marchés de fournitures sont les opérations par lesquelles, en temps normal, les administrations publiques, même celle de la guerre, se procurent les objets mobiliers, les denrées et les matières nécessaires au fonctionnement des services.

Les marchés de l'État et des colonies sont seuls des opérations de gestion publique et par conséquent des contrats administratifs ; ceux des départements, des communes, des établissements publics sont des opérations de gestion privée. Ils se passent, il est vrai, avec adjudication et cahier des charges, mais dans ces cahiers aucun droit exorbitant n'est stipulé et la compétence est judiciaire (C. É., 17 juillet 1896, *Clouzard*, 11 mars 1898, *Lagauche*) (4). Nous nous occuperons ici uniquement des marchés de l'État.

(1) V. Rémy, *Traité de la comptabilité publique*, p. 595 et s.

(2) Il suit aussi qu'il n'y a d'obligation de comptabilité que lorsque la comptabilité a été organisée, tandis que le maniement des deniers publics entraîne par lui-même obligation de compter.

(3) V. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 138.

(4) On peut se demander néanmoins, si sur ce point, une évolution de jurisprudence ne

Source : BIU Cujas

Définition et caractères. — On comprend sous la dénomination générale de marchés de fournitures les contrats qui ont pour but de procurer à l'État, en vue d'un service public, des matières, des denrées, des transports ou une main-d'œuvre ; par conséquent, des contrats qui s'analysent en une vente, ou bien qui, lorsqu'ils s'analysent en un louage d'ouvrage, n'ont pas pour objet la création d'un immeuble. C'est là ce qui les distingue des marchés de travaux publics (V. p. 672 ; D. 11 juin 1806, art. 13).

Il faut qu'il y ait contrat spécial avec cahier des charges. Un achat au comptant n'est pas un marché de fournitures. Un transport exécuté par une compagnie de chemin de fer ou de paquebot, lorsque l'Administration a usé du moyen de transport dans les mêmes conditions que le public, n'est pas un marché de fournitures (C. É., 6 juill. 1883, *ministre du Commerce*).

Caractère de puissance publique. — Les marchés de fournitures au profit de l'État ont un caractère décidé d'opération de puissance publique, surtout les marchés passés pour la guerre et la marine ; cela se traduit par des droits exorbitants au profit de l'Administration et par la compétence d'un tribunal administratif, le Conseil d'État. Encore le Conseil d'État, saisi des recours du fournisseur, doit-il se renfermer dans un contentieux *purement pécuniaire*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas en principe annuler les décisions prises par l'Administration, ou bien, prononcer la résiliation au profit du fournisseur, tout cela pourrait gêner l'action administrative, il doit seulement accorder des indemnités au fournisseur. Il y a nécessité publique, il faut que certains marchés soient exécutés rapidement, à l'inverse, il faut que l'Administration puisse rompre rapidement certains marchés.

Il suit de là que le marché de fournitures est un contrat spécial qui a ses règles à lui, qu'il doit s'inspirer des règles générales des contrats, mais qu'il ne faut point lui étendre par analogie les règles des contrats spéciaux du Code civil ou du Code de commerce qui présenteraient avec lui quelque parenté.

se prépare pas : 1° le tribunal des conflits semble disposé à restreindre la compétence judiciaire aux marchés passés par les départements et les communes pour des services exclusivement locaux, ce qui semblerait supposer que la compétence sera administrative toutes les fois que le marché sera passé pour un service mixte en coadministration avec l'État ou pour un service obligatoire (Confl., 28 janv. 1899, Lagauche ; 11 mai 1901, *Casadavant*, S. 1901. 3. 113 et la note) ; 2° même dans les marchés purement locaux des départements et des communes, l'adjudication donne lieu à une approbation du Préfet qui est un acte administratif dont le contentieux est administratif (C. E., 28 avr. 1899, *Barralis*) ; 3° les décrets des 6 et 10 août 1899 dont les dispositions ont été analysées, p. 687, et qui s'appliquent aux marchés de fournitures des départements et des communes comme à ceux de l'État, impliquent une tendance à administrativer ces marchés et à les rapprocher des marchés de travaux publics (Cfr., sur tous ces points les observations des pp. 215 et 216).

Source : BIU Cujas

Règles des marchés. — Les marchés de fournitures sont soumis pour leur formation aux mêmes règles que les marchés de travaux publics, c'est-à-dire au principe de l'adjudication, au rabais, sauf exception (V. p. 682).

Obligations des fournisseurs. — Ces obligations sont énoncées dans des cahiers de clauses et conditions générales et dans des cahiers des charges spéciaux. Ce qui est intéressant, ce sont les sanctions.

La sanction la plus importante est ce qu'on appelle le *marché par défaut;* elle correspond à la mise en régie dans les marchés de travaux publics, si l'entrepreneur néglige de remplir ses engagements, l'Administration, après une mise en demeure, peut faire exécuter le marché par un autre fournisseur aux risques et périls du premier. Le fournisseur évincé pourra recourir au Conseil d'État, pour obtenir une indemnité, s'il établit qu'il n'y a aucun retard à lui reprocher.

Une seconde sanction consiste dans la résiliation du marché prononcée par l'administration, également après une mise en demeure; la résiliation est naturellement sans indemnité. Quelquefois des amendes en cas de retard sont stipulées.

Enfin, des sanctions pénales sont édictées, notamment contre les fournisseurs des armées de terre et de mer qui, en temps de guerre, ont manqué le service, hors le cas de force majeure (C. pén., art. 430 et s.).

Résiliation facultative pour l'Administration. — L'Administration a toujours la faculté de résilier les marchés passés par elle, lorsque les besoins publics ont cessé d'exister. Dans ce cas, la résiliation ne peut être prononcée que moyennant indemnité. Pendant longtemps, le Conseil d'État a admis que l'indemnité devait comprendre le remboursement des impenses, mais non la privation du bénéfice. On disait que l'entrepreneur, en passant le marché, avait dû prévoir le cas où les besoins du service public viendraient à cesser. Cette jurisprudence est aujourd'hui abandonnée.

Liquidation des marchés. — On distingue deux sortes de liquidations : 1° la *liquidation provisoire* qui est faite par un subordonné du ministre, et qui sert pour la délivrance d'acomptes; 2° la *liquidation définitive* qui ne peut être arrêtée que par le ministre lui-même. Cette seconde liquidation est un acte de *gestion publique* qui détermine le montant de la dette de l'État. Si le fournisseur en conteste l'exactitude, il doit se pourvoir devant le Conseil d'État.

D. *Les réquisitions militaires* (L. 3 juill. 1877; L. 5 mars 1890; L. 17 juill. 1898; D. 8 mai 1900; D. 3 sept. 1900; L. 17 avr. 1901). — Les réquisitions militaires deviennent une matière très complexe. Primitivement, il ne s'agissait que d'exiger des habitants d'une localité, le logement des troupes, des denrées, des objets mobiliers, tels que chevaux, voitures, charrettes, etc., des services personnels, tels que de servir de guide, etc., peu à peu les réquisitions se sont étendues en ce qui concerne la propriété immobilière, au point de rappeler l'occupation

Source : BIU Cujas

temporaire en matière de travaux publics : au billet de logement qui est une occupation temporaire du domicile, sont venues se joindre les occupations de terrains nécessitées par les grandes manœuvres (L. 3 juill. 1877, tit. IX) et celles nécessitées par les exercices de tir (L. 17 avr. 1901; R. 29 déc. 1901). Les réquisitions militaires ressemblent ainsi tantôt aux corvées de l'ancien régime, tantôt à une expropriation de choses mobilières, tantôt à une contribution, car certaines sont adressées à la commune et réparties ensuite entre les habitants, tantôt enfin à une occupation temporaire. La vérité est que les réquisitions militaires représentent dans toute sa pureté le type de l'opération de puissance publique; elles sont la mise en œuvre pour les objets les plus variés de la prérogative de l'exécution préalable; l'administration prend ou exige ce qu'il lui faut, sauf à accorder ensuite une indemnité. Il faut, en effet, se hâter de dire que toules les réquisitions militaires donnent lieu à des indemnités, dont le règlement amiable est très rapide et dont le contentieux est judiciaire.

Il y a lieu de distinguer au point de vue de la réglementation : 1° les réquisitions de services, de denrées, et d'objets mobiliers (1); 2° les réqui-

(1) Les objets qui peuvent être réquisitionnés sont énumérés dans l'art. 5 de la loi, ce sont : des denrées, des objets mobiliers, le logement des troupes, des services personnels. Les réquisitions sont possibles en cas de mobilisation totale ou partielle de l'armée, ou en cas de rassemblement de troupes; elles peuvent être faites autour des places fortes non seulement pour les besoins de la garnison, mais pour ceux de la population civile (L. 5 mars 1890). Il intervient une décision du ministre de la Guerre pour déclarer ouverte la période des réquisitions. Ce sont en principe les autorités militaires qui opèrent les réquisitions, mais pour le ravitaillement des places fortes elles peuvent déléguer leurs pouvoirs à l'autorité administrative.

Exécution des réquisitions. — « Toute réquisition doit être adressée à la commune; elle est notifiée au maire. Les réquisitions exercées sur une commune ne doivent porter que sur les ressources qui y existent, sans les absorber complètement » (art. 19).

« Le maire, assisté, sauf le cas de force majeure ou d'extrême urgence, de deux membres du conseil municipal appelés dans l'ordre du tableau et de deux des habitants les plus imposés de la commune, répartit les prestations exigées entre les habitants et les contribuables..... au lieu de procéder par voie de répartition, le maire, assisté comme il est dit ci-dessus, peut pourvoir directement, au compte de la commune, à la fourniture des prestations requises; les dépenses qu'entraîne cette opération sont imputées sur les ressources générales du budget municipal, sans qu'il soit besoin d'autorisation spéciale » (art. 20).

Règlement des indemnités. — « Le ministre de la Guerre nomme dans chaque département, où peuvent être exercées des réquisitions, une commission chargée d'évaluer les indemnités à payer aux personnes et aux communes qui ont fourni des prestations. Un règlement d'administration publique déterminera la composition et le fonctionnement de cette commission qui devra comprendre des membres militaires et des membres civils, en assurant la majorité à l'élément civil » (art. 24).

D'ailleurs, cette commission d'évaluation ne fixe pas souverainement l'indemnité, elle ne fait que des propositions. Si ces propositions ne sont pas acceptées après toute une procédure réglée aux art. 25 à 28, le différend est tranché soit par le juge de paix, soit par le tribunal civil. Le paiement de l'indemnité est immédiat.

Dispositions relatives aux chevaux, mulets et voitures. — (V. sur la conscription des chevaux, mulets et voitures, L. 3 juill. 1877, tit. VIII, et R. 2 août 1877).

Source : BIU Cujas

sitions d'occupation temporaire de propriétés, soit pendant les grandes manœuvres, soit pour les exercices de tir (1).

Section IV. — Les finances publiques (2).

§ 1. — Les deniers publics.

Les finances publiques sont l'élément le plus important de la chose publique, non seulement parce que le gouvernement et l'administration s'obtiennent aujourd'hui à prix d'argent, mais parce que le régime d'État lui-même est intimement lié à cet ordre économique qui se caractérise par l'abondance de l'argent et la prédominance du commerce des échanges. Une étude administrative des finances publiques doit être divisée en quatre paragraphes, car il y a trois éléments de la finance publique : les *deniers publics*, les *créances publiques* (dont les impôts) et les *dettes publiques*, chacun de ces objets étant à sa manière une chose publique, chacun ayant sa police et sa gestion; de plus, il existe un mécanisme spécial destiné à incorporer tous ces éléments de la finance publique à la vie quotidienne des administrations, ce mécanisme est celui de *l'année financière* ou du *budget*.

A. *Les deniers publics comme choses publiques.* — Les deniers publics sont non seulement les espèces contenues actuellement dans les caisses publiques, mais toutes les valeurs qui doivent y entrer en vertu des opérations de recette et toutes celles qui en sortent en vertu des opérations de dépense; le maniement des deniers publics consiste à disposer réellement des deniers publics. Or, ces deniers sont des choses publiques douées d'une vertu particulière qui est d'être *comptables*, c'est-à-dire d'entraîner l'obligation de rendre compte; ils sont par le seul fait de leur existence soumis aux règles de la comptabilité-deniers et leur maniement rend *comptables de fait* tous les individus quels qu'ils soient qui ont disposé d'eux en dehors des règles (Marquès di Braga, *Comptabilité de fait*, nos 63 et s., V. *infrà*, Comptabilité de fait).

Les deniers publics ne sont pas tous de même catégorie; d'abord il y

(1) Ces réquisitions entraînent de véritables dommages à la propriété, lesquels sont réglés à l'amiable par une commission et, en cas de désaccord, par le juge de paix ou le tribunal civil, conformément à l'art. 26, mais, à peine de déchéance, les réclamations doivent être formées à la mairie de la commune dans les trois jours qui suivent le passage ou le départ des troupes (art. 54 et 54 *bis* modifiés par la loi du 17 avril 1901).

(2) *Bibliographie :* Leroy-Beaulieu, *Traité de la science des finances ;* Stourm, *Le budget ;* Boucart et Jèze, *Éléments de la science des finances*, 2e édit., 1902, 2 vol.; Rémy, *Traité de la comptabilité publique*, 1894; Dumesnil et Pallain, *Législation du trésor public*, 2e édit., 1881; de Marcillac, *La caisse centrale du trésor public*, 1890; Marquès di Braga et Camille Lyon, *Traité de la comptabilité de fait*, 1890; Emmanuel Besson, *Le contrôle des budgets en France et à l'étranger*, 1899; Trinquat, *L'amortissement*, 1899.

Source : BIU Cujas

a les deniers d'État, de départements, de communes, d'établissements publics ; ensuite les deniers d'État se distinguent en deniers du Trésor, deniers ministériels (répartis dans les services ministériels au profit de certaines masses), deniers parlementaires (dotation des Chambres), mais tous ces deniers ont ceci de commun que leur maniement entraîne l'obligation de compter. Le juge ou l'autorité devant laquelle il faut compter peut changer, l'obligation est identique(1).

B. *La gestion des deniers.* — Elle est l'œuvre de plusieurs catégories de fonctionnaires qui ont tous la qualité de comptables; elle comporte trois sortes principales d'opérations, des opérations de recette ou d'encaissement, des paiements, des opérations de trésorerie.

1° *Opérations de recette.* — Pour les finances de l'État, les seules dont nous nous occuperons ici, les recettes sont opérées par des administrations différentes et grâce à des procédés différents, suivant qu'il s'agit du produit des impôts directs ou de celui des impôts indirects. — Pour les impôts directs, le service chargé de la perception est constitué dans chaque département par le trésorier-payeur général et par ses subordonnés, les receveurs particuliers et les percepteurs, qui constituent les *comptables du Trésor;* comme ces impôts sont établis d'après des rôles nominatifs de contribuables dressés à l'avance, on a pu appliquer le système de la *prise en charge* qui est une sorte *d'entreprise;* le comptable supérieur du Trésor prend la responsabilité de tout le recouvrement; le trésorier-payeur général prend en charge dans ses écritures le montant total des contributions du département, les receveurs particuliers prennent en charge le montant des contributions de leur arrondissement, les percepteurs enfin prennent en charge le montant des rôles qu'ils ont à recouvrer dans leur circonscription. Les percepteurs sont responsables pécuniairement non seulement des *droits recouvrés*, mais des *droits constatés*, sauf à se faire décharger par le conseil de préfecture des cotes irrecouvrables; les receveurs particuliers sont responsables de tout ce qu'auraient dû recouvrer leurs percepteurs et le trésorier-payeur général est responsable de tout ce qu'auraient dû lui verser les receveurs particuliers. Par cette organisation, la perception des contributions directes est assurée sans qu'il y ait à surveiller ni à stimuler les agents.

— La même organisation ne pouvait pas être appliquée aux recettes des contributions indirectes pour la bonne raison que celles-ci n'étant

(1) Cormenin a dit des deniers publics qu'ils « brûlent la main de celui qui les touche » — c'est-à-dire que la nature même des deniers maniés entraîne la compétence des juridictions des comptes qui est *ratione materiæ* (Marquès di Braga, *Comptabilité de fait*, n° 40). Les deniers du Trésor, ceux des départements et des communes entraînent juridiction des juges des comptes (Cour des comptes ou Conseil de préfecture) — les deniers ministériels entraînent juridiction du Conseil d'État à la suite d'arrêtés de débet des ministres — les deniers parlementaires entraînent juridiction du Parlement lui-même.

Source : BIU Cujas

point établies au préalable en des rôles nominatifs de contribuables, leur montant ne peut pas être pris en charge par les comptables. Elles s'opèrent donc *en régie* par les soins de trois régies, celle des contributions indirectes, celle de l'enregistrement et des domaines, celle des douanes; là les agents chargés de la perception sont soumis à une surveillance rigoureuse et leur zèle est stimulé par des moyens divers.

Toutes les recettes sont centralisées au Trésor, non pas en espèces, mais en écritures et une direction du ministère des Finances, la direction du *mouvement général des fonds*, est chargée de faire rendre les espèces là où il en est besoin pour les paiements (1) — de même, chaque comptable ne doit avoir qu'une seule caisse dans laquelle sont réunis tous les fonds appartenant à ses divers services (art. 21, D. 31 mai 1862).

2° *Opérations de paiement.* — Tous les comptables chargés d'opérer les recettes ne sont pas en même temps *payeurs;* il n'y a que le caissier payeur central du Trésor, les trésoriers-payeurs généraux et leurs subordonnés, receveurs particuliers et percepteurs, c'est-à-dire les *comptables du Trésor*. Il y a lieu de signaler les règles suivantes : 1° la *distinction des fonctions d'ordonnateur et de comptable* (D. 31 mai 1862, art. 17; D. 12 juill. 1893, art. 20), qui fait qu'aucun paiement ne peut être effectué par le comptable que sur le vu d'un ordonnancement délivré par un administrateur ordonnateur; 2° l'obligation pour l'ordonnateur de *liquider* au préalable la dette de l'État pour transformer celle-ci en une dépense publique susceptible d'être payée, car « aucun paiement ne peut être effectué qu'au véritable créancier justifiant de ses droits et pour l'acquittement d'un service fait » (D. 31 mai 1862, art. 10); 3° la responsabilité du comptable supérieur du Trésor sans le visa duquel les titres de paiement ne sont pas acquittés.

3° *Opérations de trésorerie.* — Ce sont des emprunts à court terme destinés à procurer à la caisse des ressources immédiates par des anticipations sur les rentrées futures, ou bien des traites destinées à procurer paiement à des créanciers éloignés. Le *Trésor*, surtout si on l'oppose aux régies financières, est le *banquier de l'État;* les régies se bornent à verser le produit des impôts et revenus, le Trésor se charge de centraliser tous les fonds et de fournir tout l'argent des paiements, dût-il pour cela emprunter lui-même (2).

(1) V. arrêtés des 1er pluviôse et 5 germinal an VIII (Gaudin); D. 16 juillet 1806 (Mollien); arrêté du 22 mars 1814 (Baron Louis).

(2) Les emprunts à court terme du Trésor se décomposent en *comptes-courants* (avec la Banque de France, avec les trésoriers-payeurs généraux, avec la Caisse des dépôts et consignations); en *bons du Trésor* où le montant des intérêts est souscrit en même temps que le capital et qui sont à un certain nombre de mois d'échéance; en *obligations du Trésor* qui sont munies de coupons d'intérêts semestriels et qui sont à plus longue échéance. Le résultat de ces opérations est de créer une dette flottante assez considérable. Il est intéressant de noter que la ville de Paris est autorisée par la loi de finances

Source : BIU Cujas

Responsabilité des comptables pour leur gestion. — Les comptables ont une responsabilité pécuniaire, ils répondent sur leurs biens personnels, de toutes les sommes qui sont entrées dans leurs caisses, de toutes celles qu'ils auraient dû encaisser et de tout paiement effectué indûment. Pour rendre cette responsabilité efficace, les comptables versent un cautionnement qui doit être réalisé avant leur entrée en exercice (1), tous leurs biens présents et à venir sont frappés d'un privilège sur les meubles et d'une hypothèque légale, et enfin les biens immeubles acquis à titre onéreux depuis leur nomination sont frappés d'un privilège immobilier (art. 2121 du Code civil ; L. 5 sept. 1807). Ils ne peuvent obtenir la restitution de leur cautionnement et recouvrer la libre disposition de leurs biens que lorsqu'au terme de leur gestion le juge des comptes les a déclarés quittes envers le Trésor.

Sont soumis à cette responsabilité, non seulement les comptables qui ont réellement le maniement des fonds, mais même des *comptables d'ordre* qui centralisent seulement en écritures les opérations de receveurs inférieurs (par exemple, les receveurs principaux des régies financières).

(Rappelons que les comptables du Trésor sont responsables les uns des autres dans une certaine mesure) (V. p. 715).

C. *La police des deniers* ou *comptabilité-deniers*. — Les comptables sont astreints dans leur gestion ou dans leur manutention des deniers à des formalités, à des *écritures*, qui constituent la comptabilité proprement dite et qu'il faut considérer comme une sorte de police. Le manquement aux règles de la comptabilité peut entraîner la responsabilité du comptable alors même que des opérations irrégulières en écritures auraient été accomplies pour les besoins du service, par exemple un paiement fait pour les besoins du service, mais sans ordonnancement préalable.

Cette comptabilité est elle-même très contrôlée, il y a un contrôle *administratif* et un contrôle *juridictionnel*.

1° Le *contrôle administratif* s'exerce d'une façon continue, soit au moyen des inspections des inspecteurs des finances, qui se transportent chez les comptables et procèdent à des vérifications, soit au moyen des états mensuels que les comptables et les ordonnateurs sont tenus de communiquer à la direction générale de la comptabilité au ministère des Finances.

2° *La reddition de compte des comptables. — La Cour des comptes* (L. 16 sept. 1807 ; Décr. 31 mai 1862, art. 375 et s. ; Décr. 12 juin 1887) (2).

— Du moment que les comptables sont responsables de leur gestion sur

annuelle à émettre pour un certain chiffre des bons de caisse analogues aux bons du Trésor (V. *infrà*, *Dette publique*, les caractères juridiques du Trésor).

(1) V. sur ce cautionnement la loi du 13 avril 1898, art. 56.

(2) Cfr. Laferrière, *Juridict. adm.*, t. I, p. 394 et s.

Source : BIU Cujas

leurs biens personnels, il était juste de leur donner la garantie d'une juridiction. Il existe en effet une juridiction des comptes qui appartient en principe à la Cour des comptes et exceptionnellement aux Conseils de préfecture (avec appel à la Cour des comptes). La Cour des comptes a été fondée par Napoléon en 1807, à l'imitation des Chambres des comptes de l'ancienne monarchie. C'est une vraie cour de justice administrative, qui a pour but de vérifier la gestion des comptables, de les décharger de leur responsabilité en cas de gestion régulière, ou de mettre à leur charge les reliquats dont ils pourraient être redevables pour fraude, imprudence ou infraction aux règlements. Elle est organisée un peu comme le Conseil d'État. Il y a : 1° un premier président, trois présidents de chambre, dix-huit conseillers maîtres, seulement ces membres de la Cour des comptes sont inamovibles à la différence des conseillers d'État; 2° quatre-vingt-six conseillers référendaires, qui ressemblent aux maîtres des requêtes et qui sont divisés en deux classes (1); 3° vingt auditeurs; 4° un greffe et un ministère public. La Cour des comptes juge en première et en dernière instance les comptables de l'État, en appel, ceux des communes et des établissements publics qui ressortissent en premier ressort aux *Conseils de préfecture*, sauf pour les communes et établissements publics dont le revenu annuel dépasse 30.000 francs, qui ressortissent directement à la Cour.

« La Cour juge les comptes de gestion annuels des comptables, elle établit, par un *arrêt définitif* (2), si les comptables sont quittes ou en avance ou en débet. Dans les deux premiers cas, elle prononce leur décharge définitive, et si les comptables ont cessé leurs fonctions, ordonne mainlevée et radiation des oppositions et inscriptions hypothécaires mises sur leurs biens, à raison de la gestion dont le compte est jugé, dans le troisième cas, elle les condamne à solder leur débet dans le délai prescrit par la loi » (Décr. 1862, art. 419).

« La cour, nonobstant l'arrêt qui aurait jugé définitivement un compte, peut procéder à sa révision, soit sur la demande du comptable, appuyée de pièces justificatives retrouvées depuis l'arrêt, soit d'office, soit à la réquisition du procureur général, pour erreurs, omissions, faux ou doubles emplois reconnus par la vérification d'autres comptes » (art. 420). Enfin, ses arrêts sont susceptibles d'un recours en cassation devant le Conseil d'État (art. 423).

(1) La moitié au moins des vacances parmi les conseillers maîtres à la Cour des comptes est attribuée à la 1re classe des conseillers référendaires; l'art. 14 du décret du 28 septembre 1807 relatif à l'admission à la 1re classe des conseillers référendaires est modifié ainsi qu'il suit : « deux tiers des vacances sont attribués au choix, aux conseillers référendaires de 2e classe et un tiers à l'ancienneté dans la même classe » (L. 13 avr. 1900, art. 18).

(2) Quelquefois la cour rend des arrêts provisoires pour mettre le comptable en demeure de produire certaines justifications.

Source : BIU Cujas

Les gestions de fait et leur sanction, la comptabilité de fait (1). — Si la police de la comptabilité ne s'appliquait qu'aux comptables en titre, l'emploi des deniers publics échapperait en grande partie à cette police, car ils seraient fréquemment maniés en dehors des comptables. Les administrateurs ont mille moyens en effet, soit de conserver par devers eux des deniers qui devraient être versés à la caisse, soit d'extraire de la caisse des deniers par des mandats fictifs ou des majorations de factures et ils ne sont que trop souvent tentés d'employer directement ces deniers, pour les besoins du service, mais en dehors des formes comptables. En un mot, à côté de la gestion régulière des deniers, il y a des gestions de fait, à côté de la caisse régulière, il y a des caisses noires. Ces pratiques sont surtout fréquentes dans l'Administration municipale. Il se crée ainsi des fuites dans la comptabilité. Le remède avait été trouvé par la jurisprudence des cours des comptes de l'ancien régime, il consiste à obliger les auteurs de ces gestions, lorsqu'elles sont découvertes, à venir *compter* devant le juge des comptes et à fournir les mêmes justifications que s'ils étaient comptables en titre. Cette sanction est sévère car, la gestion ayant été irrégulière, il est à prévoir que des justifications régulières ne pourront pas être fournies et que l'auteur de la gestion restera personnellement responsable d'un débet. Cette sanction de la comptabilité de fait a été réorganisée par la Cour des comptes actuelle et la jurisprudence de celle-ci a d'ailleurs été confirmée tant par l'art. 25 du D. du 31 mai 1862 que par l'art. 155 de la loi municipale du 5 avril 1884 (reproduction de l'art. 64, L. 18 juill. 1837) et par l'art. 21, D. 12 juill. 1893). — Il est à remarquer que par les gestions de fait les ordonnateurs deviennent justiciables de la Cour des comptes malgré l'art. 18 de la loi du 16 septembre 1807 « la Cour ne peut en aucun cas s'attribuer de juridiction sur les ordonnateurs », ce texte en effet n'exclut de la compétence de la Cour des comptes que l'*acte de l'ordonnateur,* mais non sa personne en tant qu'il est devenu comptable de fait — la compétence du juge des comptes s'étend d'ailleurs à tous les coauteurs de la gestion de fait (arrêt de la Cour des comptes du 20 févr. 1873, *Janvier de la Motte*).

Il y a lieu de faire au sujet des gestions de fait les observations suivantes :

1° Le juge des comptes ne peut se saisir d'une gestion de fait qu'autant qu'il y a eu maniement irrégulier des deniers publics; aucune autre irrégularité ne le rendrait compétent, par exemple, l'irrégularité des travaux qui ont engagé la dépense (Cour des comptes, 25 juin 1900, *Alexandre Dubois*); le maniement s'entend ici de tout acte de disposition, alors même qu'il n'y a pas eu tractation matérielle des deniers; mais il faut qu'il s'agisse de deniers publics, c'est-à-dire de deniers qui *auraient*

(1) Cfr. Marquès di Braga et Camille Lyon, *Traité de la comptabilité de fait*, 1890.

Source : BIU Cujas

dû entrer dans une caisse publique ou qui auraient dû ne pas en sortir, le fait pour un individu de payer de ses deniers une dépense publique ne constitue pas une gestion de fait et la Cour des comptes refuse d'en connaître parce qu'il ne suffit pas que la dépense soit publique, il faut que les deniers le soient (Cour des comptes, 1er mai 1876, *Bourdon*) (1); le juge des comptes est d'autre part seul compétent pour appliquer la sanction de la comptabilité de fait et cela exclut toute compétence parallèle (Cour des comptes, 23 août 1851, *Caisse de la marine*), ainsi, dans les cas de malversation, le juge des comptes reste compétent à côté de la juridiction criminelle (affaire Janvier de la Motte);

2° Les justifications auxquelles sont soumis les comptables de fait peuvent être facilitées par des autorisations rétroactives de la dépense votées par l'autorité budgétaire et aussi par des considérations d'équité dont l'art. 25, D. 31 mai 1862, autorise le juge des comptes à faire état. Il n'est donc pas impossible que le comptable de fait soit renvoyé quitte.

§ 2. — Les créances publiques. — Les impôts.

Article I. — Législation générale des créances publiques.

Il existe, au profit de toutes les administrations publiques, des créances en vertu desquelles sont recouvrés les deniers, les impôts sont les principales de ces créances mais non les seules, on doit ranger à côté les sommes dues aux administrations à titre d'offres de concours pour des travaux publics, à titre de contribution pour des services, le produit des ventes, des locations, des redevances pour concessions, etc..., il n'y a même pas lieu de distinguer les revenus du domaine privé de ceux du domaine public, car les revenus du domaine privé, une fois convertis en deniers, constituent des deniers publics. Les créances des administrations publiques sont des choses ou valeurs publiques et cela entraîne les conséquences suivantes :

1° Un administrateur ne saurait disposer du montant d'une créance publique en vue d'un paiement sans se rendre comptable;

2° Les créances publiques sont insaisissables comme tous les biens des administrations publiques, elles n'entrent pas non plus en compensation (2);

3° Les créances publiques sont munies d'un privilège général de re-

(1) Sauf à l'intéressé à se pourvoir devant la juridiction compétente pour faire déclarer qu'il a accompli une gestion d'affaire (V. p. 210).

(2) D'une façon générale, les créances et les dettes administratives échappent à la compensation, laquelle n'est ni un procédé de recouvrement régulier ni une voie d'exécution régulière ; un contribuable ne saurait prétendre à compenser le montant de ses contributions avec une créance qu'il aurait sur l'État, et inversement, le traitement dû à un fonctionnaire ne saurait être compensé avec les contributions qu'il doit (Cfr. C. É., 4 févr. 1899, *Barcou*).

Source : BIU Cujas

couvrement; l'Administration, en dressant un simple état de recouvrement, se crée un titre exécutoire. Ce privilège existe du moins au profit de l'État, des départements, des communes et des colonies (L. 13 avr. 1898, art. 54; L. 10 août 1871, art. 64; L. 5 avr. 1884, art. 154, § 1er; L. 25 févr. 1901, art. 53) (1), sous le bénéfice des observations suivantes : *a*) les états de recouvrement ne sont nécessaires que lorsqu'il n'existe pas d'autre mode de recouvrement, or les impôts directs et indirects ont des modes spéciaux ; *b*) les états de recouvrement n'ont point d'autre effet que de former titre exécutoire, ils n'entraînent pas hypothèque judiciaire et n'attribuent point par eux-mêmes compétence aux tribunaux administratifs (Caen, 12 janv. 1881; D. P. 82. 2. 57 et la note) ; *c*) comme le titre est exécutoire, le débiteur qui veut contester la dette est obligé de faire opposition, cette opposition est formée devant la juridiction compétente selon la nature de la créance;

4° Certaines créances de l'État sont recouvrées en vertu de *contraintes* décernées par le ministre des Finances qui entraînent l'exécution parée et de plus une hypothèque judiciaire (2).

Les créances ainsi recouvrables sont : *a*) les débets des comptables, entrepreneurs et fournisseurs (LL. 12 vend. et 13 frim. an VIII, arrêté du 12 vent. an VIII, arrêté du 28 flor. an XI et décret du 12 janv. 1811) (3) ; *b*) les créances de l'administration des douanes (L. 6-22 août

(1) Aucun texte ne le stipule au profit des établissements publics, sauf L. 15 juillet 1893, art. 31, au profit du bureau d'assistance.

(2) Les *contraintes administratives* entraînent exécution *parée*, c'est-à-dire qu'elles autorisent : la saisie, la vente des meubles, l'inscription de l'hypothèque judiciaire (Av. Cons. d'Ét., 16 therm. an XII; 29 oct. 1881). Le recouvrement par contrainte repose sur une double présomption de véracité de l'Administration, véracité au point de vue de l'existence de la créance, véracité au point de vue du calcul du quantum. Cette présomption tombe devant une opposition régulièrement formée et la question est portée devant le tribunal compétent. La contrainte administrative n'est point un acte de jugement, malgré qu'elle entraîne l'hypothèque judiciaire, c'est un acte d'autorité administrative. Elle est revêtue de la formule exécutoire, c'est vrai, comme les jugements, mais ceux-ci empruntent eux-mêmes la formule exécutoire à la puissance exécutive, et puis il y a d'autres actes qui en sont revêtus, par exemple ceux des notaires. Elle fixe avec autorité le montant de la créance, mais ce n'est pas à la façon d'un jugement, car ici le juge serait juge et partie. Nous reverrons la question au contentieux, car c'est un des cas où l'on a prétendu que les administrateurs agissaient comme juges (Cfr. sur les contraintes administratives, Dumesnil et Pallain, *Traité de la législation du trésor public*, p. 295 et s.).

(3) La législation des débets n'est pas applicable à tout débiteur de l'État, mais seulement à toute personne ayant eu le dépôt, la garde, le maniement de deniers publics ou la disposition d'avances dont le Trésor a le droit de demander compte (Cons. d'Ét., 10 juill. 1874, *Baron;* 6 juin 1879, *Blanche*) ; elle ne s'étend pas plus loin, il faut être en compte avec l'État, ainsi de nombreux arrêts ont refusé l'emploi de l'arrêté de débet et de la contrainte pour le recouvrement du prix de la pension dans des écoles de l'État (Avis du 3 oct. 1833 ; Cons. d'Ét., 18 avr. 1856, *Mauprivez*), un arrêté de débet pris pour le recouvrement d'une créance de l'État contre une ville a été annulé (Cons. d'Ét., 23 juin 1899, *Ville de Roman*). Les arrêtés de débet ne peuvent pas non plus être pris

Source : BIU Cujas

1791, titre XIII, art. 31 et suiv. ; L. 16 fruct. an III, art. 10 ; Avis Cons. d'Ét., 29 oct. 1811), celles de l'administration des contributions indirectes (L. 1er germ. an XIII, art. 43 et suiv.) ; de l'administration de l'enregistrement et des domaines (L. 19 août 1791, art. 4 ; 22 frim. an VII, art. 64) (1) ;

5° Les créances de l'État sont censées appartenir au Trésor, car le Trésor est l'État créancier ou débiteur, tandis que le fisc est l'État propriétaire du domaine privé. Le Trésor n'est pas une personnalité distincte de l'État mais seulement un aspect de l'État(2). Le Trésor a des privilèges à la sûreté de beaucoup de ses créances, par exemple, à la sûreté des débets des comptables, etc... (3).

contre les ordonnateurs pour dépenses inutiles (Cons. d'Ét., 4 déc. 1891, *Bastier*), ni pour paiement de l'indû fait entre les mains des particuliers (Cons. d'Ét., 23 mars 1877, *Sadoul et Goulard* ; 23 nov. 1883, *évêque d'Angers*). Le contentieux créé par l'arrêté de débet est administratif, le débiteur de l'État frappé par un arrêté de ce genre doit se pourvoir au Conseil d'État (V. outre les décisions précitées, Cons. d'Ét., 22 déc. 1899, *Sâtre*, 1re espèce).

(1) Nous ne faisons pas figurer les contraintes en matière de contributions directes, parce qu'elles ne présentent pas le même caractère que les autres, elles sont collectives et s'adressent plutôt à l'Administration qu'aux contribuables. D'ailleurs, le titre exécutoire se trouve ici dans le rôle des contributions.

(2) Le Trésor n'est pas un aspect de la personnalité privée de l'État, ou du moins pas uniquement. il représente à certains égards la puissance publique. Dans son rôle essentiel, il est l'argentier ou le banquier de l'État, mais un banquier administratif. Ses opérations particulières, celles que l'on appelle opérations de trésorerie, sont administratives et relèvent de la juridiction administrative, non seulement les émissions de bons du Trésor, mais même ses émissions de traites qui par certains côtés ressemblent cependant à des opérations commerciales (Cfr. Dumesnil et Pallain, *Traité de la législation du Trésor public en matière contentieuse*, 2e édit., p. 54 et les arrêts qu'ils citent). D'un autre côté, ses créances sont munies de titres exécutoires, elles bénéficient donc de ce privilège du préalable qui est l'attribut essentiel de la puissance publique (V. p. 225).

(3) I. *Des privilèges du Trésor.* — 1° Le Trésor jouit, vis-à-vis des comptables pour le paiement de leur débet : *a*) d'un privilège général sur tous les biens meubles ; *b*) d'un privilège spécial sur les immeubles acquis par eux postérieurement à leur nomination. Ces privilèges sont réglementés par la loi du 5 sept. 1807 (art. 2098, C. civ.) ; ils frappent les biens des percepteurs, à la différence de l'hypothèque légale de l'art. 2121 du Code civil (Trib. civ. Chambéry, 25 juill. 1889) ;

2° Le Trésor jouit vis-à-vis des condamnés, pour le remboursement des frais dont la condamnation est prononcée à son profit, en matière criminelle, correctionnelle, ou de simple police, d'un privilège qui frappe la généralité des meubles et des immeubles des condamnés. Il est réglementé par une loi du 5 septembre 1807. Ce privilège n'existe que pour les frais, non pour les amendes pour lesquelles il n'y a qu'une hypothèque judiciaire ;

3° Le Trésor jouit des privilèges suivants en matière d'impôts :

a) En matière de contribution foncière, un privilège spécial sur les récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles sujets à la contribution ; pour les autres contributions directes, un privilège général sur tous les meubles des contribuables. Ces deux privilèges sont restreints à ce qui est dû pour l'année échue et pour l'année courante (L. 12 nov. 1808, art. 1er) ;

b) Au profit de la régie des douanes, pour le recouvrement des droits dus, un privi-

Source : BIU Cujas

Article II. — Les impôts (1).

On peut définir l'impôt moderne *la contribution des administrés aux charges publiques établie légalement et proportionnellement aux facultés de chacun*. De cette contribution, une fois établie par la loi, résulte le droit de créance de l'Administration.

Il importe d'insister sur les éléments de cette définition :

1° L'impôt moderne est une contribution volontaire (on dit d'ailleurs les *contributions publiques*), ce n'est pas un tribut levé par la force ; sans doute les besoins des services publics nécessitent l'établissement des impôts, mais sous réserve de cette nécessité dont ils sont juges, les citoyens consentent librement l'impôt par leurs représentants ; dans tous les cas, ils en discutent la quotité, l'assiette et le mode de recouvrement ; ce principe incontesté entraîne des conséquences constitutionnelles sur lesquelles nous n'avons pas à insister ici, mais il a aussi des conséquences administratives. Il résulte de là que toute levée d'impôt est une opération de gestion publique qui éveille l'idée de cette entreprise coopérative d'administration à laquelle les administrés apportent leur concours et qui est gérée par la puissance publique ; par suite, le contentieux des impôts est tout naturellement de pleine juridiction (nous verrons qu'il est tantôt administratif et tantôt judiciaire, mais toujours en effet de pleine juridiction) ;

2° L'impôt public est et doit être une contribution aux charges *publiques*, ce point mérite attention, car le socialisme d'État menace de nous faire entrer dans la voie des impôts *publics* destinés à subvenir à des charges *privées*, ou du moins à des charges qui auraient dû rester *privées*. La distinction du public et du privé est délicate, cependant elle est le fondement même du régime d'État, qui ne fonctionne que par l'équilibre de la chose publique et de la chose privée (2) ;

3° L'impôt public est *proportionnel* aux facultés des contribuables, il ne doit pas être *progressif*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas prélever un tant pour cent du revenu plus élevé sur les grosses fortunes que sur les

lège sur la généralité des meubles et des effets mobiliers des redevables (L. 6 août 1791, tit. XIII, art. 22 ; 4 germ. an II, VI, 4 ; Loi de finances du 28 avr. 1816, art. 58) ;

c) Au profit de la régie de l'enregistrement, pour le paiement des droits de mutation par décès sur les revenus des biens à déclarer (L. 22 frim. an VII, art. 32 ; L. 16 avr. 1893, art. 7) ;

d) Au profit de la régie des contributions indirectes, pour le recouvrement des droits qui lui sont dus, un privilège sur tous les meubles et effets mobiliers des redevables. Il s'étend au mobilier des cautions (D. 1er germ. an XIII, art. 47) (Cfr. sur les privilèges du Trésor, Dumesnil et Pallain, *op. cit.*, p. 312 et s.).

(1) *Bibliographie :* Boucart et Jèze, *Éléments de la science des finances*, 2e édit.

(2) De nos jours, cet équilibre menace d'être rompu par les institutions dites *sociales*, les retraites pour la vieillesse, les assurances contre les accidents, contre le chômage, et encore par les diverses formes de l'assistance publique. Ces institutions, qui n'intéres-

Source : BIU Cujas

petites (1). D'un point de vue purement économique et financier l'impôt progressif paraît défendable, mais du point de vue politique, et particulièrement dans les démocraties, il doit être absolument condamné. En effet, dans les démocraties où le pouvoir appartient au nombre, si l'on s'écarte du principe tutélaire de l'égalité devant l'impôt, on arrive vite à ce résultat que la classe aisée, forcément en minorité, aura toutes les charges et pas de pouvoir. Cette situation intolérable amènera rapidement la disparition de la classe moyenne, il ne restera en présence que la masse des prolétaires et quelques financiers puissants, l'histoire est là pour nous apprendre que ce ne sont pas les prolétaires qui l'emporteront ;

4° Enfin, l'impôt public doit être établi sur des bases légales, avoir suivant les termes consacrés, une *assiette légale*. Cette assiette est destinée à écarter l'arbitraire des taxations administratives dans l'établissement de l'impôt. Elle est déterminée de façons différentes selon qu'il s'agit d'impôts indirects qui frappent des choses dont il n'y a qu'à apprécier la valeur, ou selon qu'il s'agit au contraire d'impôts directs qui frappent les revenus des contribuables, mais dans les deux cas l'assiette légale présente le même caractère qui est d'être *objective ;* soit pour l'appréciation de la valeur des choses, soit pour la détermination des revenus des contribuables, la loi s'attache à des faits très extérieurs et très faciles à constater auxquels, s'il est besoin, elle attache des présomptions; telle est, par exemple, l'assiette légale de la contribution mobilière où la valeur locative du logement occupé par le contribuable, fait extérieur facile à constater, devient la base d'une présomption légale sur l'importance de son revenu. — La règle de l'assiette légale suffit à condamner les tentatives d'établissement de l'impôt global sur le revenu ; outre que cet impôt serait la préface de l'impôt progressif, il enlèverait au contribuable la garantie de la détermination légale, il le ferait retomber sous l'arbitraire des taxations administratives; avec cet impôt, il n'y a pas d'assiette légale possible, car *il n'y a pas de fait spécial, ni même d'ensemble de faits révélateurs de la totalité du revenu d'un contribuable* (2).

sent que la vie privée ou la vie professionnelle des gens, créent des charges en réalité privées; elles pourraient être confiées à des organisations corporatives ou à des mutualités, dans ce cadre naturel, elles ne se développeraient que dans la mesure du possible ; mises à la charge de l'État et transformées en des charges publiques, elles se développeront d'une façon anormale et fausseront le mécanisme du régime, car elles mettront à la charge d'une minorité de contribuables les charges privées d'une majorité d'assistés.

(1) La loi du 29 décembre 1897, sur la suppression des taxes d'octroi par les municipalité, dit des taxes de remplacement : « elles seront proportionnelles » art. 5, *in fine*.

(2) Ces observations sur l'assiette légale de l'impôt rendent très compliquée la question agitée en droit constitutionnel de savoir si le droit des assemblées publiques de voter l'impôt est le même que le droit de légiférer. Il semble que le droit de voter

Source : BIU Cujas

En résumé, si l'on veut se tenir ferme au régime d'État qui repose à la fois sur la distinction de la vie publique et de la vie privée et sur le respect de la légalité, on doit s'attacher à ces trois propositions : 1° pas d'impôts publics pour des charges privées; 2° pas d'impôt progressif; 3° pas d'impôt global sur le revenu.

Impôts directs; impôts indirects. — L'impôt direct est celui qui est perçu sur un contribuable déterminé au moyen d'un rôle nominatif établi à l'avance; l'impôt indirect est celui qui n'est perçu sur le contribuable qu'indirectement à l'occasion de certains faits, de telle sorte que le contribuable ne saurait être déterminé d'avance et qu'il est impossible de dresser un rôle nominatif. — Ainsi l'impôt foncier est direct parce qu'il est perçu sur le possesseur d'un fonds, lequel est déterminé et peut être inscrit sur un rôle nominatif dressé à l'avance; les droits de douane sont indirects parce qu'ils sont perçus à l'occasion de l'entrée de marchandises à la frontière et qu'on ne saurait déterminer à l'avance ni le fait de leur entrée, ni surtout le nom du contribuable.

Il y a entre ces deux espèces d'impôts des différences juridiques importantes, les impôts directs présentent beaucoup plus que les impôts indirects le caractère de droits de puissance publique : d'abord leur établissement et leur perception supposent des opérations administratives recommencées tous les ans, tandis que les impôts indirects sont perçus simplement par application directe des lois; de plus, et c'est un peu une conséquence, le contentieux des contributions directes est attribué aux tribunaux administratifs, tandis que celui des contributions indirectes est attribué aux tribunaux judiciaires (1).

Impôts de répartition; impôts de quotité. — C'est la très antique distinction de l'impôt individuel et de l'impôt collectif. On appelle *impôt de quotité* tout impôt qui consiste en une taxe individualisée par la loi, c'est-à-dire dans lequel la taxe à payer par chaque contribuable est déterminée isolément et sans aucune solidarité avec les autres contribua-

l'impôt doive être décomposé en deux. Il y a le droit purement financier de voter le subside, ce droit appartient à des assemblées qui ne sont pas législatives, aux conseils généraux, aux conseils municipaux, par conséquent il est en soi indépendant de la loi. Mais il y a aussi le droit de déterminer l'assiette de l'impôt et ce droit-là paraît bien être une forme du droit de légiférer. Il faut remarquer que, jusqu'à présent, les impôts votés par les assemblées purement administratives ont leur assiette déterminée d'avance par la loi. La loi du 29 décembre 1897 sur la suppression des taxes d'octroi est très intéressante à consulter à ce point de vue, elle détermine l'assiette pour certaines taxes de remplacement, elle réserve l'approbation législative pour certaines autres; en un point cependant elle a le tort de réserver à un simple règlement d'administration publique la fixation de l'assiette (art. 4-2°).

(1) Il y a des raisons économiques de maintenir côte à côte ces deux espèces d'impôts. mais il y a aussi une raison politique, leur établissement et leur perception sont confiés à des administrations distinctes et il est bon de perpétuer ce dualisme pour échapper au péril fiscal, c'est-à-dire à la constitution d'un fisc unique qui deviendrait très vite une puissance redoutable.

Source : BIU Cujas

bles de la même commune. Tous les impôts indirects sont des impôts de quotité. Le contribuable qui achète une propriété, par exemple, connaît par les tarifs des droits de mutation la taxe qu'il aura à payer. On sait pour chaque marchandise qui passe en douane la taxe dont elle sera frappée, etc. Certains impôts directs sont aussi des impôts de quotité, la patente, par exemple, le patentable sait, au moyen des tarifs, étant donné la profession qu'il exerce, la population de la ville, le loyer qu'il occupe, quelle sera la taxe. Depuis la loi du 8 août 1890, l'impôt foncier sur la propriété bâtie est devenue aussi un impôt de quotité, chaque maison a été estimée individuellement et frappée d'une taxe.

On appelle, au contraire, *impôts de répartition* des impôts qui, consistant en des contingents dus à l'État par les départements, les arrondissements et les communes, se distribuent entre ces collectivités et finalement entre les unités contribuables par une opération annuelle appelée répartition. L'impôt ressemble ici à un tribut de guerre levé par le gouvernement sur le pays; dans la commune, qui est la dernière collectivité débitrice, les contribuables sont solidaires les uns des autres, non pas en ce sens qu'ils doivent chacun la totalité du contingent de la commune, mais en ce sens que ce contingent doit être partagé entre eux tous quel que soit leur nombre, de telle sorte que si leur nombre varie, leur cote individuelle variera (par exemple, dans la cote mobilière).

Pour les impôts d'État, la répartition se fait à quatre degrés. Au premier degré, contingent total de la France réparti entre les départements par le Parlement dans la loi du budget; au second degré, contingent du département réparti entre les arrondissements par le conseil général; au troisième degré, contingent de l'arrondissement réparti entre les communes par le conseil d'arrondissement; au quatrième degré, contingent de la commune réparti entre les contribuables de la commune par une commission de répartiteurs ainsi composée : 1° cinq contribuables de la commune choisis par le sous-préfet, dont deux au moins non domiciliés dans la commune s'il s'en trouve de tels; 2° le maire et un adjoint. (Dans les communes de cinq mille habitants, le sous-préfet peut désigner à la place deux conseillers municipaux, la commission ne peut délibérer qu'avec cinq membres présents au moins) (L. 3 frim. an VII, art. 8; L 19 flor. an VIII, art. 4).

Il n'y a d'impôts de répartition que parmi les impôts directs, et il n'y en a que trois : l'impôt foncier sur la propriété non bâtie (depuis la loi du 8 août 1890, l'impôt foncier sur la propriété bâtie a cessé d'être un impôt de répartition) ; l'impôt des portes et fenêtres ; la cote personnelle-mobilière.

Les impôts de répartition ne sont pas en faveur dans le monde politique (1), et de fait, on peut se demander s'il n'y a pas en eux quelque

(1) La loi du 21 juillet 1894, art. 4, a prescrit à l'Administration des contributions di-

Source : BIU Cujas

chose de suranné. Ils exigent une opération annuelle assez compliquée, qui généralement est accomplie par les conseils locaux d'une façon mécanique, d'après le travail dressé par l'Administration, et dont par conséquent l'utilité est contestable. Sous l'ancien régime, l'impôt avait pris cette forme parce qu'il était levé comme un tribut plutôt sur des collectivités que sur des individus (1), mais aujourd'hui, avec son administration perfectionnée, l'État peut renoncer à cette garantie des collectivités, et percevoir directement l'impôt sur l'individu.

Cependant, de ce que la répartition est devenue un peu inutile au point de vue strictement administratif, de ce qu'elle présente certains inconvénients comme de créer des obstacles à la péréquation, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il faille la supprimer, car il faut aussi tenir compte des garanties politiques de la liberté; or, la répartition assure l'intervention des conseils locaux dans l'établissement de l'impôt, le conseil général intervient dans la fixation de certains tarifs (journée de travail, cote personnelle, prestations), le conseil municipal dresse des listes d'indigents qui sont exemptés, la commission des répartiteurs procède à certaines évaluations de matières imposables (cote mobilière, valeur locative); en même temps qu'elle justifie l'existence de ces conseils (2), la répartition est certainement une institution décentralisatrice, si on la supprime, c'est une des formes de la liberté qui disparaîtra, c'est encore une centralisation de plus qui s'opérera, c'est le fisc de l'État qui s'organisera et se fortifiera; d'ailleurs, des temps difficiles peuvent venir où la taxation individuelle ne sera plus aussi commode pour l'Administration, à ces moments de désordre, ne serait-on pas heureux de retrouver l'instrument plus grossier mais aussi plus résistant de la contribution collective (3).

rectes de préparer la transformation de l'impôt foncier sur la propriété non bâtie ; la suppression de l'impôt des portes et fenêtres est décidée en principe.

(1) La taille, d'où procède l'impôt foncier, était levée sur une province, sur une élection, sur une paroisse, c'était la paroisse qui devait l'impôt, sauf à le recouvrer sur les habitants. Il est demeuré quelque chose de ce régime, puisque, aujourd'hui encore, les contingents des départements, des arrondissements, des communes, doivent toujours être fournis intégralement, et que ce qui n'a pas été perçu, pour cause de décharge ou de réduction, doit être réimposé sur les habitants.

(2) On peut se demander, notamment, quelle sera la raison d'être des conseils d'arrondissement si la répartition est abolie.

(3) Il nous est revenu que, bien loin de désirer la suppression totale de la répartition, l'administration des contributions directes souhaiterait qu'elle fût rétablie pour l'impôt sur la propriété bâtie, parce qu'au fond elle assure plus de justice dans l'établissement de la taxe que l'évaluation directe.

Source : BIU Cujas

N° 1. — *Les impôts directs* (1).

Dispositions communes à toutes les contributions directes.

L'impôt direct est celui qui est perçu sur les contribuables *in personam* au moyen de rôles nominatifs annuels, à l'occasion de certains faits qui révèlent un revenu.

a) *Division en principal et en centimes additionnels.* — Le montant de chacune des contributions directes se divise généralement en principal et en centimes. Les centimes sont des suppléments perçus en sus du principal et dont chacun équivaut à un centième de ce principal. Des centimes additionnels de ce genre, portant sur les quatre grandes contributions directes, peuvent être perçus au profit des départements et des communes, mais alors ils constituent des impôts départementaux et communaux accolés aux impôts d'État. Le véritable centime additionnel est celui qui est perçu au profit de l'État, aussi bien que le principal (2).

b) *Principe de l'annalité.* — Toute contribution directe est une dette annuelle : elle est due pour l'année entière à raison des faits existants au 1er janvier, et quels que soient les événements survenus au cours de l'année (3); à l'inverse, lorsque la cause de l'impôt n'existe pas au 1er janvier et survient au cours de l'année, en principe, l'impôt n'est dû qu'à partir du 1er janvier suivant (4).

c) *Établissement d'une matrice et d'un rôle.* — Tout impôt direct

(1) *Bibliographie* : Tardieu, *Traité théorique et pratique des contributions directes*, 1896, 1 vol. in-4°; *Rép.*, Béquet-Laferrière, v° *Impôt direct*, 1900; Boucard et Jèze, *op. cit.*

(2) De ces centimes additionnels perçus au nom de l'État qui portent le nom de centimes *généraux*, il en est qui sont sans affectation spéciale et qui constituent une simple aggravation d'impôts, il y a ainsi dix-sept centimes sur la contribution personnelle-mobilière, quatorze centimes sur la patente, outre des centimes extraordinaires; il n'y en a pas sur la contribution foncière depuis la loi du 7 août 1850. Il est d'autres centimes généraux qui ont une affectation, ainsi un centime sur la contribution foncière et un sur la cote personnelle-mobilière, sont affectés à la création d'un *fonds de secours* en cas de grêle, incendie, etc... la L. 9 avril 1898, sur les accidents, a créé des centimes additionnels à la patente des industriels pour la constitution du fonds de garantie (art. 25). Enfin, pour presque toutes les contributions directes, un ou plusieurs centimes sont affectés à la création d'un *fonds de non-valeur* destiné à couvrir l'État des cotes remises ou des cotes irrécouvrables.

(3) Ainsi, pour l'impôt foncier, en cas de mutation de propriété, la mutation de cote ne compte que du 1er janvier qui suit la mutation faite; en cas de démolition d'une maison, la décharge ne peut être demandée qu'à partir du 1er janvier suivant. Pour la cote personnelle-mobilière, en cas de mort du contribuable, les héritiers sont tenus de payer jusqu'à la fin de l'année. Cependant pour la patente, en cas de mutation de cote ou de décès, il y a des tempéraments (V. art. 28, L. 15 juill. 1880, avec l'addition des art. 29 et 30, L. 8 août 1890). Il y a aussi des tempéraments pour quelques taxes assimilées (V. les textes spéciaux).

(4) Il y a exception en matière de patente (L. 15 juill. 1880, art. 28), en matière de taxe des chevaux et voitures, etc. (V. textes spéciaux).

Source : BIU Cujas

donne lieu à l'établissement : 1° d'une matrice ou registre permanent où sont inscrits nominativement les contribuables avec indication de leur cote; en principe, les matrices sont dressées par communes, elles sont tenues au courant des mutations annuelles survenues dans la matière imposable; 2° d'un rôle qui n'est autre chose que la copie de la matrice. Cette copie faite annuellement, rendue exécutoire par le préfet et publiée dans chaque commune par le maire, sert de titre exécutoire aux mains du percepteur.

d) *Exigibilité.* — 1° Les contributions directes sont exigibles par douzièmes (1); 2° elles ne le sont qu'après la publication du rôle et l'envoi des avertissements. La date de la publication du rôle est importante, parce que c'est elle qui fait courir le délai de trois mois pendant lequel peuvent être formées les demandes en décharge ou réduction. L'avertissement est une notification individuelle envoyée à chaque contribuable pour le prévenir que la contribution est exigible. L'avertissement porte l'indication du total de la contribution, de la part revenant à l'État et de celle revenant au département et à la commune (L. 5 août 1874, art. 6), et en outre des indications pratiques pour la facilité du paiement; 3° les contributions sont quérables dans la commune, mais doivent être portées au bureau que le percepteur y a établi.

e) *Poursuites.* — Le contribuable qui, le 1er du mois, n'a pas payé le douzième échu exigible peut être poursuivi (V. cep. *Patentes*, art. 29, L. 15 juill. 1880). On distingue des poursuites administratives et des poursuites judiciaires; les unes et les autres sont faites par le ministère de *porteurs de contraintes* qui sont les huissiers spéciaux des contributions directes et dont le tarif est moins élevé que celui des huissiers officiers ministériels. A défaut de porteurs de contraintes, on peut employer ces derniers (Arr. 15 therm. an VIII, art. 50). Les poursuites sont faites conformément à un règlement du 21 décembre 1839.

Les contestations sur la validité des actes de poursuites administratives sont de la compétence des tribunaux administratifs, tandis que celles de la validité des actes de poursuites judiciaires sont de la compétence des tribunaux judiciaires (Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 284 et s.) (2).

(1) Il y a un certain nombre d'exceptions. Pour la patente, dans le cas de déménagement hors de la perception, de vente volontaire ou forcée, la contribution de l'année entière devient exigible. Même chose pour la cote personnelle-mobilière.

(2) a) *Poursuites administratives.* — 1° *Sommation sans frais*, simple lettre missive, sans forme déterminée;

2° *Sommation avec frais* (*coût* 0,20), nom nouveau donné à l'ancienne garnison collective. D'après la loi du 17 brumaire an V, il y avait deux garnisons, l'une collective purement fictive, l'autre individuelle où un garnisaire venait pendant plusieurs jours vivre aux dépens des contribuables. La garnison individuelle a été supprimée par la loi du 9 février 1877, et la garnison collective a reçu le nom de sommation avec frais. Cette sommation est faite en vertu d'une contrainte délivrée par le receveur particulier pour toutes les communes où il y a des retardataires, visée et enregistrée à la sous-préfec-

Source : BIU Cujas

f) *Demandes en décharge ou réduction* (1). — Ces demandes sont des recours contentieux en dégrèvement, elles se fondent sur ce que le droit du contribuable a été violé par le rôle ; dans le cas de demande en *décharge*, le contribuable prétend qu'il ne devait pas être imposé du tout; dans le cas de demande en *réduction*, il prétend qu'il a été surtaxé. Ces demandent diffèrent profondément des demandes en *remise ou modération* que nous verrons plus loin et qui sont la sollicitation d'une remise totale ou partielle pour l'année courante d'un impôt parfaitement dû. Les demandes en décharge ou réduction sont donc l'exercice d'un droit, tandis que les demandes en remise ou modération sont la sollicitation d'une faveur.

ture. Cette contrainte, n'étant pas adressée aux particuliers, ne rentre pas dans les termes de l'avis du Conseil d'État des 16-26 thermidor an XII et n'emporte pas hypothèque judiciaire ;

b) *Poursuites judiciaires.* — Si les poursuites administratives sont infructueuses, le percepteur passe aux poursuites de droit commun qui se composent de trois actes, le commandement, la saisie et la vente ; ces poursuites judiciaires sont encore faites par les porteurs de contraintes, sauf l'envoi du commandement :

1° Le *commandement* (*coût* 1 fr. 25) ne peut être fait que trois jours après la sommation avec frais; il n'a lieu qu'en vertu d'une contrainte (la seconde) décernée par le receveur particulier, visée par le sous-préfet et qui n'emporte pas hypothèque judiciaire. Cette contrainte ordonne de procéder à la vente des biens si le contribuable ne se libère pas dans les trois jours à partir de la notification du commandement. Les formes du commandement sont celles que prescrit le Code de procédure civile. En vertu de l'art. 49, L. 25 février 1901, ils pourront être notifiés par la poste dans des formes et conditions à déterminer par un règlement d'administration publique ;

2° Trois jours après le commandement demeuré sans effet et en vertu de la même contrainte, le percepteur peut faire procéder à la *saisie* des meubles des contribuables et à celle des fruits pendants par branche et par racine. La saisie est faite dans la forme ordinaire. La liste des objets insaisissables résulte des art. 592 du Code de procédure et 52, arrêt du 16 thermidor an VIII combinés (art. 77, règlement 21 déc. 1839) ;

3° La vente des meubles et des récoltes ne peut être faite que huit jours après le procès-verbal de saisie, en vertu de l'autorisation du sous-préfet (celui-ci peut abréger le délai). C'est sur le prix de ces ventes que s'appliquent les privilèges du Trésor ; sur les récoltes, pour la contribution foncière ; sur les meubles, pour les autres contributions directes. Le percepteur peut encore faire des saisies-arrêts sans autorisation (*mesure conservatoire*). Enfin, à défaut d'autres moyens, le percepteur procède à la saisie immobilière ou expropriation forcée des immeubles avec l'autorisation du ministre des Finances (L. 12 nov. 1808, art. 3).

Si le percepteur néglige de faire les poursuites pendant trois années consécutives à partir du moment où les rôles lui sont remis, il y a prescription. Si des poursuites ont été commencées, le délai commencerait après le dernier acte de poursuite qui a précédé l'interruption. Cette prescription n'est pas fondée sur une présomption de paiement, mais sur un motif d'ordre public, aussi les percepteurs ne pourraient-ils pas invoquer l'art. 2275 du Code civil.

(1) V. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 265 et s. ; l'*instruction générale sur les réclamations* du 29 janvier 1893. Il y a d'autres recours contentieux en matière de contributions directes, notamment les demandes en mutation de cotes qui ont pour but de transférer une imposition d'un contribuable à l'autre ; les demandes d'inscription au rôle par lesquelles un contribuable demande à être inscrit, surtout dans un but électoral.

Source : BIU Cujas

Tout contribuable qui se croit imposé à tort ou surtaxé peut former une demande en décharge ou réduction, adressée au préfet ou au sous-préfet, mais qui en réalité est portée *devant le Conseil de préfecture*, dans les trois mois à partir de la publication du rôle dans la commune, l'appel est porté au Conseil d'État (LL. 28 pluv. an VIII, art. 6; 5 août 1844, art. 8; 29 déc. 1884, art. 4) (1), la demande ne suspend pas le paiement des contributions (si le percepteur l'exige), mais le contribuable n'est plus tenu de joindre à sa réclamation la quittance des douzièmes échus (L. 6 déc. 1897, art. 12, modifiant l'art. 28, L. 21 avr. 1832) (2).

Il est à remarquer que pendant longtemps, à côté de cette procédure contentieuse pour les demandes en décharge et réduction, il n'avait pas été organisé de recours hiérarchique, il en a été organisé un par les lois du 21 juillet 1887, art. 2 et du 7 décembre 1897, art. 13, dans des conditions toutes particulières; les réclamations sont formées à la mairie et la décision est prise par le directeur départemental des contributions directes, sans qu'on puisse remonter ni au directeur général, ni au ministre des Finances (3).

g) *Demandes en remise ou modération.* — Nous savons que c'est la demande d'une remise totale ou partielle de l'impôt sollicitée à titre de faveur pour l'année courante. Cette demande est destinée au *préfet*, non point au conseil de préfecture, et l'arrêté par lequel le préfet statue n'est

(1) La loi du 7 décembre 1897, art. 13, a donné au directeur départemental des contributions directes des pouvoirs de décision administrative pour statuer sur certaines réclamations.

(2) La demande portée devant le conseil de préfecture doit être écrite sur timbre, sauf si la cote pour laquelle on réclame est inférieure à 30 francs, mais si la demande du contribuable est admise, il doit y avoir remboursement du timbre (L. 29 mars 1897, art. 42). Les demandes en matière de patentes doivent être communiquées au maire (L. 15 juill. 1880, art. 27); la demande est jugée en la forme ordinaire par le conseil de préfecture. Les frais ne sont à la charge du réclamant que lorsque sa demande est rejetée pour le tout.

Le vide créé par la décharge ou réduction dans la caisse de l'État est comblé pour les impôts de quotité à l'aide du fonds de non-valeur. Dans les contributions de répartition, on réimpose l'année suivante sur la commune, et c'est justice : un contribuable avait été trop imposé, cela prouve que les autres ne l'avaient pas été assez, la répartition avait été mal faite. Cependant pour les portes et fenêtres, les décharges et réductions sont imputées sur un fonds de non-valeur, formé par l'addition de trois centimes au principal, cela tient à ce que cet impôt était primitivement de quotité.

(3) Aux termes de l'art. 13, L. 7 décembre 1897, le directeur départemental des contributions directes peut prononcer le dégrèvement lorsque le maire ou les répartiteurs, d'une part, son administration, d'autre part, sont d'avis d'accueillir intégralement une demande en décharge ou en réduction, et cela s'applique aux réclamations formées à la mairie aux termes de l'art. 2, L. 21 juillet 1887, dans le mois qui suit la publication du rôle. Cette déclaration est reçue sans frais ni formalités sur un registre tenu à la mairie, elle est signée par le réclamant ou son mandataire; si le contrôleur des contributions directes n'est pas d'avis d'accorder le dégrèvement, le contribuable a encore un mois à partir de la notification du refus pour porter sa demande contentieuse au conseil de préfecture (sans préjudice du délai normal de trois mois).

Source : BIU Cujas

qu'un acte d'administration, alors même qu'il serait pris en conseil de préfecture. C'est même un acte de pure administration qui n'est susceptible d'aucun recours contentieux (1).

I. — *Les impôts directs de l'État. Les grandes contributions directes.*

A. *Impôt foncier sur la propriété non bâtie* (L. 22. nov. 1790; L. 3 frim. an VII; L. 17 juill. 1819). — L'impôt foncier sur la propriété non bâtie est un impôt direct de répartition assis sur le revenu net imposable du sol (2).

a) *Assiette et répartition de l'impôt foncier.* — Il faut distinguer profondément l'assiette et la répartition en tant qu'elles conduisent à la fixation du contingent communal, et en tant qu'elles conduisent à la fixation de la cote de chaque contribuable à l'intérieur de la commune.

Fixation du contingent communal. — L'impôt foncier étant un impôt de répartition, un contingent total est fixé pour la France, il l'a été par la loi du 17 juillet 1819, sauf modifications résultant des accroissements et des pertes de matière imposable, sauf aussi dégrèvements résultant de péréquations; ce contingent annuel a continuellement diminué depuis un siècle, en 1790, il était de 200 millions, ressortant au taux de 16 p. 100 du revenu imposable, en 1890, il n'était plus que de 118 millions, ressortant au taux de 4,60 du revenu imposable, en 1891, il y a eu encore un dégrèvement de plus de 15 millions, ce qui a ramené le contingent total à un peu plus de 103 millions, enfin la loi du 21 juillet 1897 a encore diminué le contingent de 25 millions par le fait des dégrèvements accordés aux cotes de 25 francs et au-dessous, ce qui l'a ramené à 78 millions.

Ce contingent total est réparti en contingents départementaux, arrondissementaux et communaux, d'après des évaluations du revenu imposable de ces différentes circonscriptions. Ces évaluations doivent être

(1) Bien que ce soit une matière de pure faveur, la loi a indiqué elle-même certaines causes de remise et certaines règles. Ainsi, pour l'impôt foncier, le contribuable qui a éprouvé une perte totale ou partielle de matière imposable, par suite de vacance de maison, grêle, incendie et autres sinistres, peut adresser au préfet du département une demande en remise ou modération. La demande doit être faite dans les quinze jours qui suivent l'événement extraordinaire qui a causé la perte de récolte ou de revenu (Arrêté du 24 flor. an VIII); elle peut être individuelle ou collective; dans ce cas, elle est rédigée par le maire au nom des contribuables de la commune. Le vide causé par les remises et modérations est comblé par les fonds de non-valeur.

(2) La loi du 21 juillet 1894, art. 4, a prescrit à l'Administration des contributions directes de procéder aux évaluations nécessaires pour transformer la contribution foncière des propriétés non bâties en un impôt sur le revenu net de ces propriétés, c'est-à-dire en un impôt de quotité, néanmoins, comme cette transformation n'est pas encore imminente, nous maintenons la définition ancienne de notre impôt.

Source : BIU Cujas

faites par l'Administration au moyen de renseignements fournis par les actes de vente, les actes de partage, les baux à ferme, les déclarations de successions, etc. (1).

Assiette et répartition de l'impôt dans la commune. — Cadastre. — Dans la commune, le contingent doit être réparti entre les contribuables par les répartiteurs, à raison du revenu net imposable des parcelles de terre que chacun possède. Le *revenu net imposable* est d'abord un revenu dont on a déduit les frais de culture; c'est de plus un revenu moyen, il doit être calculé sur une période de quinze années dont on déduit les deux plus mauvaises et les deux meilleures.

La détermination des parcelles, la fixation du revenu net imposable de chacune, l'indication de leurs propriétaires, tous ces éléments indispensables de la répartition dans la commune sont fournis par le cadastre. L'importance du cadastre est donc très grande dans la commune, mais il est bon de savoir qu'il n'a aucune influence sur la répartition en dehors de la commune (2).

(1) En fait, une répartition avait été faite sur ces bases en 1821, et depuis ce moment était restée traditionnelle. Or, elle consacrait des résultats d'une inégalité choquante, certains départements payaient beaucoup plus que d'autres. On demandait de tous côtés l'égalité de taux dans les contingents, c'est ce qu'on appelait la *péréquation de l'impôt foncier*. Cette opération a été réalisée en partie par la loi du 8 août 1890, à la suite d'une nouvelle évaluation faite par l'administration de 1879 à 1884 (Rapport, *Journal officiel* du 21 août 1884). Elle a été réalisée en ce sens que tous les départements qui payaient plus de 4,60 p. 100 de leur revenu imposable, ont été ramenés à ce taux par un dégrèvement; mais les départements qui payaient moins de 4,60 p. 100 n'ont point été surtaxés. C'est pour cette raison que l'opération a abouti à un dégrèvement définitif de 15 millions sur le contingent total de l'impôt foncier à partir de l'exercice 1892.

(2) *Du cadastre.* — La question de la transformation du cadastre est à l'ordre du jour; une commission extraparlementaire a été instituée par décret du 30 mai 1891, à cet effet, mais comme une solution ne paraît pas près d'intervenir, nous maintenons la définition ancienne : *Le cadastre est le tableau dressé commune par commune, de toutes les parcelles de propriétés immobilières, avec évaluation du revenu net imposable de chacune d'elles.*

Il avait existé un cadastre dans l'empire romain (*capistastrum*); dans l'organisation féodale tous les grands domaines étaient également cadastrés en des terriers ; à la Révolution, ces terriers furent presque tous brûlés. L'Assemblée constituante avait décrété la confection d'un cadastre général, mais cette opération ne reçut un commencement d'exécution que sous le Consulat. On débuta avec beaucoup d'illusions, on crut qu'il suffirait de cadastrer un certain nombre de communes qui serviraient de type, d'y évaluer le revenu d'un hectare de chaque espèce de culture et d'appliquer cela ensuite aux autres communes ; c'est ce qu'on appelait le cadastre par masses de culture, cela ne donna pas de résultats, les comparaisons furent impossibles ; il fallut en venir au cadastre parcellaire de chaque commune. Ce fut une opération très longue, très coûteuse. Commencée en 1807, elle fut terminée en 1850.

Le cadastre se compose de trois éléments : 1° un plan géographique contenant la carte de la commune découpée en sections et relevant toutes les parcelles, lesquelles sont numérotées dans chaque section; 2° un registre appelé *état des sections*, contenant par ordre de sections et de numéros, la liste de toutes les parcelles, avec indication du nom des propriétaires et du revenu imposable, détaillé, s'il le faut, pour les différentes parties d'une même parcelle ; 3° deux registres appelés *matrices cadastrales*, l'un pour a

Source : BIU Cujas

— Le revenu net imposable constaté pour chaque parcelle de terre par le cadastre peut varier assez rapidement, la justice absolue demanderait une révision périodique des opérations cadastrales. Cela a été jugé impossible, d'abord à cause des frais qu'eût occasionnés cette révision, ensuite, parce qu'on eût risqué de décourager les améliorations par la perspective d'une augmentation d'impôt. On est parti de l'idée opposée : les évaluations du cadastre sont permanentes. En principe, d'après la loi du 15 septembre 1807, art. 37, il ne pouvait être demandé de dégrèvement que pour destruction totale de la propriété (V. cep. O. 3 oct. 1821, art. 9 et R. 10 oct. 1821 ; L. 2 mars 1874, art. 9 et 10). Il faut ajouter que le cadastre peut être refait (1).

b) *Assujettissement à la taxe.* — Toutes les portions du sol qui sont

propriété bâtie, l'autre pour la propriété non bâtie, où sont ouverts des chapitres au nom des propriétaires contenant la liste des parcelles que ceux-ci possèdent, avec indication de la section, des numéros et du revenu (V. L. 29 juill. 1881, art. 2).

Confection du cadastre. — La confection du cadastre donne lieu à deux ordres d'opérations différentes, les unes géométriques, les autres administratives : 1° *Opérations géométriques.* — Elles ont pour but de dresser un état descriptif exact des parcelles avec indication de la contenance. Ces opérations sont : la délimitation de la commune, la division de la commune en sections, la triangulation, l'arpentage et la levée du plan parcellaire; 2° *Opérations administratives.* — Elles ont pour but de déterminer le revenu imposable de chaque parcelle. Elles sont au nombre de trois : la classification, le classement, le tarif des évaluations. La *classification* est l'indication du nombre de classes entre lesquelles devront être réparties, suivant leur nature de culture, les diverses propriétés de la commune et le choix du type de chaque classe. Le *classement* est l'indication de la classe dans laquelle est comprise chaque parcelle. Le *tarif des évaluations* est l'estimation du revenu imposable de chaque classe. La classification et le classement sont opérés par les soins de cinq classificateurs choisis par le conseil municipal parmi les propriétaires de la commune, dont deux, s'il est possible, doivent être domiciliés hors de la commune. Le tarif des évaluations est arrêté par le conseil municipal et approuvé par la commission départementale qui a été substituée au préfet par la loi du 10 août 1871 (art. 87, § 1). Pour obtenir le revenu imposable de chaque parcelle, il suffit de multiplier la contenance de la parcelle par le revenu à l'hectare de la classe dont elle fait partie.

Toutes ces opérations donnent lieu à des recours : la classification et le tarif des évaluations, au recours pour excès de pouvoir; de plus, en matière de tarif d'évaluation, la décision de la commission départementale peut être attaquée devant le conseil général (L. 10 août 1871, art. 88) ; le classement peut donner lieu à un recours devant le conseil de préfecture, car s'il est fautif, il entraîne une surtaxe et par conséquent justifie une demande en réduction.

(1) Dans toute commune cadastrée depuis trente ans au moins, il pourra être procédé à la révision et au renouvellement du cadastre sur la demande du conseil municipal de la commune et sur l'avis conforme du conseil général du département, à la charge par la commune de pourvoir aux frais des nouvelles opérations (L. 7 août 1850, art. 7). Le 17 mars 1898 a été votée une loi tendant à rendre plus rapide et plus économique la révision du cadastre, elle met la majeure partie des frais à la charge de l'État et du département; par D. du 30 mai 1891 a été instituée au ministère des finances une commission extraparlementaire du cadastre, en vue d'une refonte d'ensemble; ses travaux ne sont pas encore terminés. V. sur toute la question du cadastre, Boucart et Jèze, *op. cit.*, t. II, p. 691 et s.

Source : BIU Cujas

objets de propriété sont frappées lorsqu'elles sont productives de revenu. Le sol sur lequel est édifié un bâtiment est cotisé comme sol, indépendamment de la taxe que paie la propriété bâtie. Le sol des dépendances du domaine public des personnes administratives est soumis à l'impôt, aussi bien que celui des dépendances de leur domaine privé, à la condition d'être productif de revenu. Ainsi les chemins de fer et les canaux sont imposés. Il y a intérêt à ce que les biens de l'État et des communes soient imposés afin que, dans les communes où ils se trouvent, la répartition soit équitable.

Exemptions. — Il y a des exemptions, les unes permanentes, les autres temporaires : Les forêts de l'État sont exemptées d'une façon permanente (L. 19 vent. an IX); mais cette exemption ne s'applique qu'à l'impôt foncier levé au profit de l'État, elles sont soumises aux centimes additionnels, départementaux et communaux (L. 5 avr. 1884, art. 144).

Quant aux exemptions temporaires, elles ont pour but d'encourager les améliorations agricoles; on les trouve dans les art. 111 et suiv. de la loi du 3 frimaire an VII et dans divers autres textes, notamment loi 1er décembre 1887 sur la reconstitution des vignes phylloxérées, L. 29 mars 1897, art. 3, sur la reconstitution de la propriété boisée.

Qui doit l'impôt? — L'impôt est dû par le propriétaire ou par celui qui a sur l'immeuble un droit de jouissance, comme l'usufruitier ou l'emphytéote, il n'est pas dû par le fermier. Le débiteur de l'impôt peut se libérer en faisant abandon de l'immeuble à la commune. Le Trésor a un privilège sur les récoltes, fruits, loyers, revenus des biens soumis à la contribution pour l'année échue et l'année courante (L. 12 nov. 1808).

B. *Impôt foncier sur la propriété bâtie* (L. 3 frim. an VII; L. 17 août 1835, art. 2; L. 8 août 1885; L. 8 août 1890). L'impôt foncier sur la propriété bâtie est un impôt direct de quotité, assis sur la valeur locative de l'édifice. Cet impôt fournit au budget environ 86 millions.

a) *Assiette de l'impôt.* — L'assiette de cet impôt a été complètement modifiée par des lois nouvelles. Autrefois elle était la même que celle de l'impôt sur la propriété non bâtie, l'impôt était de *répartition*, il est devenu de *quotité*, c'est un certain tant pour cent de la valeur locative. Il était assis sur le *revenu net imposable* déterminé par le cadastre, il est assis sur la *valeur locative* déterminée par une évaluation administrative qui n'est plus fondée sur le cadastre (L. 8 août 1890, art. 4 et 5)(1).

Évaluation de la valeur locative. — La valeur locative imposable est la valeur locative réelle, déduction faite d'un quart pour les maisons et d'un tiers pour les usines, en considération du dépérissement, des frais

(1 Il est à noter que, en ce qui concerne les centimes additionnels départementaux et communaux, cet impôt est demeuré de répartition.

Source : BIU Cujas

d'entretien et de réparation (art. 5). L'évaluation de cette valeur locative est faite par l'Administration (*eod.*). Un recours est possible : 1° pendant six mois à dater de la publication du premier rôle dans lequel un immeuble est imposé; 2° pendant trois mois à partir de la publication du rôle suivant. Il est procédé en principe par évaluations générales pour toute la France. Ce travail d'ensemble a été accompli pour la première fois en 1890 en vertu de la loi du 8 août 1885.

L'évaluation générale sera révisée tous les dix ans, la première révision a été faite exactement en 1900 (1). Pendant la période décennale, l'évaluation ne sera pas modifiée, toutefois, si, par suite de circonstances exceptionnelles, il se produit une dépréciation générale des propriétés bâties, soit de l'intégralité, soit d'une fraction notable d'une commune, le conseil municipal aura le droit de demander qu'il soit procédé, aux frais de la commune, à une nouvelle évaluation (art. 8).

La fixité, pendant dix ans, de l'évaluation n'empêchera point les constructions nouvelles d'être taxées. Les constructions nouvelles, les reconstructions et les additions de constructions seront imposées par comparaison avec les autres propriétés bâties de la commune où elles seront situées; sont considérées comme constructions nouvelles la conversion d'un bâtiment rural en maison ou en usine, et l'affectation d'un terrain à des usages commerciaux ou industriels (art. 9). Il y a exemption pendant deux ans (V. *infrà*).

La fixité de l'évaluation n'empêche pas non plus que les propriétaires ne soient admis annuellement à se pourvoir en décharge ou réduction : 1° en cas de destruction totale ou partielle de leurs bâtiments; 2° en cas de conversion en bâtiment rural; 3° en cas de dépréciation par suite de circonstances exceptionnelles (LL. 15 sept. 1807, art. 38; 8 août 1890, art. 7). Ces mêmes propriétaires peuvent demander une remise ou modération dans le cas d'inhabitation totale ou partielle de leurs immeubles pendant toute une année, à la condition qu'ils soient destinés à la location (LL. 15 sept. 1807, art. 38; 8 août 1885, art. 35).

Fixation du taux de l'impôt. — Le taux de l'impôt ou le tant pour cent à payer sur la valeur locative, sera fixé annuellement par la loi de finances. Jusqu'ici, il a été fixé à 3,20 p. 100.

b) *Assujettissement à la taxe.* — Sont frappés tous les édifices productifs de revenu, même les bâtiments dépendant du domaine public s'ils remplissent cette condition. Doivent être frappés, par conséquent,

(1) Rapport de M. Payelle, Imprimerie Nationale, 1901. — Situation au 1er janvier 1901 : 1° Nombre des propriétés bâties recensées 9.249.206, en augmentation de 182.928; 2° valeur locative réelle, 3.124.122.469 en augmentation de 319.892.241; 3° valeur vénale, 57.117.943.000 francs, en augmentation de 7.796.959.000 francs; elle se décompose en 53.136.538.000 francs pour les maisons en augmentation de 6.999.548.000 francs et 3.981.405.000 francs, pour les usines en augmentation de 797.411 francs. — Les augmentations résultent d'ailleurs surtout d'une nouvelle appréciation de l'Administration.

Source : BIU Cujas

les théâtres, marchés-couverts, abattoirs. La loi du 18 juillet 1834, art. 2, a ajouté aux édifices les bains et moulins sur bateaux, les bacs, bateaux de blanchisseries et autres semblables, bien qu'ils ne soient retenus que par des amarres. La loi du 29 décembre 1884, art. 1er, a ajouté les chantiers affectés à des usages commerciaux ou industriels.

Exemptions. — Il y en a de permanentes, c'est ainsi que la loi du 3 frimaire an VII, art. 85, a exempté tous les bâtiments d'exploitation agricole servant à loger les récoltes ou les bestiaux, et la loi du 8 août 1890, art. 5, ajoute le bâtiment qui sert à loger le gardien des bestiaux. Il y en a de temporaires : les constructions nouvelles, reconstructions, etc., ne sont imposées que la troisième année après leur achèvement, à la condition que le propriétaire ait fait une déclaration à la mairie dans les quatre mois de l'ouverture des travaux (L. 8 août 1890, art. 9). A défaut de déclaration, la taxation se fait immédiatement, conformément à l'art. 10, et même, s'il y a lieu, avec une certaine rétroactivité.

C. *Contribution personnelle-mobilière* (L. 18 févr. 1791; L. 3 niv. an VII ; L. 21 avr. 1832 ; L. 4 août 1844). — Cette contribution est un impôt direct de répartition qui frappe l'ensemble du revenu du contribuable à l'aide de deux droits : 1° la cote personnelle, droit fixe ou de capitation assis sur le seul fait de l'existence personnelle indépendante ; 2° la cote mobilière, droit proportionnel assis sur la valeur locative du logement. Le contingent en a été fixé par la loi du 4 août 1844 d'après le nombre des logements habitables et est modifié tous les ans d'après les mouvements de la matière imposable. Cet impôt fournit au budget de l'État 72 millions.

a) *De la cote personnelle. — Assiette du droit.* — La cote personnelle est une capitation, qui frappe tout habitant vivant de ses ressources propres et non réputé indigent. Le montant de cette capitation équivaut à trois journées de travail. La valeur de la journée de travail est déterminée chaque année pour chaque commune par le conseil général du département, sans que néanmoins cette valeur puisse être moindre de 0 fr. 50, ni supérieure à 1 fr. 50.

Ce qui est frappé par cet impôt, c'est donc l'ensemble du revenu, et ce, à raison du fait même de l'existence indépendante du contribuable, mais l'impôt est très léger, puisqu'il oscille entre un minimum de 1 fr. 50 et un maximum de 4 fr. 50.

Assujettissement à la taxe. — La cote personnelle est due par tout habitant, sans distinction de nationalité, ni de sexe, ni d'âge, à la condition :

1° Que l'habitant ait des ressources propres. Par conséquent, un mineur qui a des ressources personnelles doit être imposé. Une femme veuve, séparée de corps ou divorcée doit être imposée. A l'inverse, les garçons et filles même majeurs, qui vivent avec leurs parents et n'ont

Source : BIU Cujas

pas de moyens d'existence personnels, ne doivent pas la taxe. Non plus la femme mariée qui habite avec son mari. Les domestiques attachés à la personne ne sont pas d'ordinaire imposés;

2° Que l'habitant ne soit pas réputé indigent. Sont réputés indigents ceux qui ont été désignés comme tels par le conseil municipal, à qui les répartiteurs soumettent leur travail à cet effet.

La taxe n'est jamais due qu'une fois au domicile réel, quel que soit le nombre des résidences (L. de 1832, art. 13).

Exemptions. — Les officiers avec troupe sont exemptés de cet impôt, de même les sous-officiers ayant un logement en ville, de même les père et mère de sept enfants mineurs, lorsque leur cote personnelle-mobilière serait égale ou inférieure à 10 francs (V. *infrà, Cote mobilière*).

b) *De la cote mobilière. — Assiette du droit.* — La cote mobilière est un droit proportionnel assis sur la valeur locative du logement habité par le contribuable. Elle est destinée à frapper l'ensemble du revenu du contribuable, alors même que des branches de ce revenu seraient frappées par d'autres contributions, c'est donc un impôt de superposition; il s'agit uniquement du revenu tel qu'il est révélé par la valeur du loyer, il est interdit de tenir compte d'aucun autre renseignement.

Évaluation de la valeur locative. — L'évaluation de la valeur locative est faite par les répartiteurs de la commune assistés du contrôleur des contributions directes, d'après les règles suivantes :

1° On ne doit tenir compte que de la partie des bâtiments consacrée à l'habitation personnelle avec les dépendances naturelles, écuries, remises, etc. On ne tient pas compte des bâtiments d'exploitation agricole, non plus des locaux consacrés exclusivement au commerce et à l'industrie, car ces derniers sont frappés par le droit proportionnel de la patente;

2° Les logements doivent être évalués à vide, abstraction faite du mobilier et des facultés des contribuables (1).

Ces évaluations sont consignées dans une matrice révisée tous les ans.

Assujettissement à la taxe. — Tout contribuable imposé à la cote personnelle est par là même imposé à la cote mobilière. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les locataires en garni, les locataires d'appartements vides, les propriétaires qui habitent leur propre immeuble. Même les fonctionnaires qui habitent des bâtiments publics doivent l'impôt.

Un contribuable ayant plusieurs résidences est imposé pour chaque résidence prête à l'habitation.

Exemptions. — Sont exemptés de la cote mobilière les officiers avec

(1) Il paraîtrait, d'après une enquête faite par l'Administration en 1884, que dans la grande majorité des communes, les répartiteurs n'observeraient pas ces règles, et tiendraient compte des facultés présumées des contribuables. V. Boucart et Jèze, *op. cit*, t. II, p. 906. Mais cette pratique est illégale, et motive une réduction (C. É., 13 févr. 1901, *Grosbon*, S. 1902. 3. 49, et la note).

Source : BIU Cujas

troupe ; cependant, s'ils occupent un logement d'un loyer supérieur à celui qu'ils occuperaient dans la caserne, ils paieront pour le surplus (Cons. d'Ét., 23 nov. 1883, *Dalbe*, *Legagneux*, etc.). Un décret du 25 décembre 1875 a énuméré les officiers sans troupe qui ne bénéficient pas de l'exemption.

Sont exemptés dans les mêmes conditions les sous-officiers ayant un logement en ville, lorsque la valeur du logement n'excède pas l'indemnité de logement accordée par la loi du 23 juillet 1881, c'est-à-dire 180 francs (Cons. d'Ét., 16 mars 1888, *Ville de Lorient*, etc.). Les sous-officiers de l'armée de mer sont assimilés (D. 13 janv. 1885). Enfin, aux termes des lois des 17 juillet 1889, art. 3, § 3 et 9 août 1890, art. 31, sont exemptés les père et mère de sept enfants vivants, mineurs, légitimes ou reconnus, lorsque leur contribution personnelle-mobilière est égale ou inférieure à 10 francs en principal.

Répartition de l'impôt. — Ce n'est que grâce à la réunion de ses deux éléments, que la contribution personnelle-mobilière est un impôt de répartition. La cote personnelle, à elle toute seule, serait un impôt de quotité, mais grâce à la réunion des deux éléments, voici ce qui se produit : un contingent unique est fixé pour la commune, on commence par défalquer le chiffre produit par la cote personnelle, il reste un reliquat, variable tous les ans, qui doit être fourni par la cote mobilière et qui est réparti au prorata de la valeur des loyers. Les contingents départementaux et communaux qui, pendant longtemps, avaient été fixés d'une façon traditionnelle, ont été ramenés aux évaluations de la valeur locative fournis par les révisions décennales de la propriété bâtie par la loi du 10 juillet 1901, art. 3 (amendement Lemoigne). Cette réforme ayant amené une grande perturbation, à raison de ce que le contingent de nombreux départements s'en est trouvé augmenté, des dispositions ont été prises par la loi du 30 mars 1902, art. 2 à 6.

Rachat de l'impôt. — Dans les communes où il y a un octroi, le conseil municipal peut obtenir la conversion par décret de tout ou partie du contingent de la contribution personnelle et mobilière assigné à la commune, en une somme payable par la caisse municipale (L. 1832, art. 20). Si la commune n'opère qu'un rachat partiel, elle acquiert le droit de modifier dans une certaine mesure l'assiette du restant du contingent (L. 3 juill. 1846, art. 5).

D. *Impôt des portes et fenêtres* (L. 4 frim. an VII ; L. 21 avr. 1832) (1). — L'impôt des portes et fenêtres est un impôt direct de répartition qui frappe le revenu du contribuable, révélé par le nombre et la qualité des ouvertures de son logement. Il a été visiblement créé comme un complément de la cote mobilière, puisque, comme cette contribution, il

(1) La suppression de cet impôt avait été décidée en principe par la loi du 18 juill. 1892, art. 1er, mais elle n'a pas encore été réalisée.

Source : BIU Cujas

frappe l'ensemble du revenu, grâce à une certaine manière d'être du logement, mais dans beaucoup de régions, il retombe sur le propriétaire ; il fournit au budget 62 millions. Cet impôt est très critiqué, parce qu'il s'oppose aux progrès de l'hygiène. Dans beaucoup de régions, en effet, il est un obstacle à la multiplication des ouvertures qui feraient pénétrer dans les maisons l'air et la lumière.

a) *Assiette de l'impôt.* — La taxe est assise sur toute ouverture donnant accès dans un édifice, du dehors au dedans, soit aux personnes, soit à l'air et à la lumière (1).

Les ouvertures sont frappées en vertu d'un tarif fixé par l'art. 24 de la loi du 21 avril 1832 et dressé en tenant compte des trois éléments suivants : 1° la population des communes, 2° le nombre des ouvertures des édifices, 3° la qualité des ouvertures.

Suivant le chiffre des habitants, les communes sont divisées en six classes (5.000, 5.000 à 10.000, 10.000 à 25 000, etc.). Il y a des règles pour déterminer la population (art. 24, § 2, L. 1832; L. 30 juill. 1885). Au point de vue du nombre des ouvertures, les maisons sont également divisées en six classes : une ouverture, deux..., etc., six ouvertures et au-dessus. Au point de vue de la qualité des ouvertures, la loi fait trois catégories, dont la première comprend les portes cochères, charretières et de magasin; la seconde, les fenêtres du rez-de-chaussée et des étages inférieurs jusques et y compris le second ; la troisième, les fenêtres des étages supérieurs.

Il est à remarquer que le tarif ne tient pas compte de la différence de valeur des maisons suivant les quartiers, c'est une injustice. Aussi Paris, Lyon, Bordeaux, sont-ils régis par des règles spéciales inaugurées par le décret-loi du 17 mars 1852. Ces villes ont des tarifs spéciaux dans lesquels il est tenu compte de l'importance du revenu cadastral.

b) *Assujettissement à l'impôt.* — Toute maison et tout logement *habitables* doivent être frappés de l'impôt, alors même qu'ils ne seraient pas actuellement habités. En effet, bien que l'impôt soit destiné à frapper le revenu du locataire, dans un but de fiscalité, la loi déclare qu'il est dû par le propriétaire ou l'usufruitier, sauf à celui-ci à le recouvrer sur le locataire. Si donc il n'y a pas actuellement de locataire, le propriétaire ne peut point se pourvoir en décharge ou réduction, il peut seulement former une demande en remise ou modération.

Les maisons nouvellement construites sont soumises à l'impôt dès qu'elles sont *habitables*, tandis que pour l'impôt foncier, il y a exemption pendant deux ans.

La taxation des ouvertures et le dénombrement des maisons à taxer

(1) Peu importe que l'ouverture soit sur une rue, sur une cour intérieure ou sur un jardin, peu importe qu'elle soit sur le toit, un *ciel-ouvert* est imposable. Sont seules hors de cause les ouvertures qui font communiquer, à l'intérieur les appartements ou les pièces des appartements.

Source : BIU Cujas

sont opérés par les répartiteurs avec l'assistance du contrôleur des contributions directes. Il y a une matrice revisée annuellement.

Exemptions. — Sont exemptées : 1° les portes et fenêtres des bâtiments employés à un service public, alors même qu'ils seraient productifs de revenu (L. 4 frim. an VII, art. 5), différence avec l'impôt foncier. Mais lorsque des fonctionnaires sont logés dans ces bâtiments, ils paient la contribution pour les locaux qu'ils occupent (L. 1832, art. 21) ;

2° Dans l'intérêt de l'agriculture, les portes et fenêtres servant à éclairer ou aérer les granges, bergeries, étables, greniers, caves et autres locaux non destinés à l'habitation des hommes (L. 4 frim. an VII, art 5).

De plus, dans les fermes et métairies, il n'est compté qu'une seule porte cochère ou charretière, alors même qu'il y en aurait plusieurs (L. 21 avr. 1832, art. 27 § 1) ;

3° Les propriétaires des manufactures ne sont taxés que pour les fenêtres de leurs habitations personnelles et pour celles de leurs préposés et commis. En cas de difficultés sur ce que l'on doit entendre par manufactures, il sera statué par le conseil de préfecture (L. 4 germ. an XI, art. 19).

c) *Répartition de l'impôt.* — On peut se demander comment il se fait que cet impôt soit de répartition, il présente toutes les apparences d'un impôt de quotité, chaque ouverture étant taxée individuellement à l'aide de tarifs applicables à toute la France. Il avait été en effet créé impôt de quotité, et il a été perçu ainsi de l'an VII à l'an X. Voici simplement comment il est procédé à la répartition : on commence par appliquer les tarifs à toutes les maisons de la commune, cela donne un certain total généralement plus élevé que le contingent mis à la charge de la commune ; le rôle des répartiteurs consiste alors à réduire proportionnellement la cote de chaque contribuable, pour ramener le total au chiffre du contingent.

E. *Impôt des droits de patente* (L. 2-17 mars 1791 ; L. 1er brum. an VII ; L. 25 avr. 1844 ; L. 15 juill. 1880, actuellement fondamentale, V. Tableaux annexés, *Journal officiel*, 22 juill. 1880 ; modifications postérieures de détail, L. 30 juill. 1885 ; L. 17 juill. 1889 ; L. 8 août 1890, art. 28, 29, 30, 32, et tableaux annexés ; L. 28 avr. 1893 et tableau R. annexé). — L'impôt des droits de patente est un impôt direct de quotité qui frappe le revenu produit par le travail au moyen de deux droits : 1° un droit fixe assis sur la nature de la profession, la population de la commune où elle est exercée, etc. ; 2° un droit proportionnel assis sur la valeur locative du logement personnel et des locaux industriels.

Cet impôt a produit en 1899, 83 millions en principal.

a) *Du droit fixe. — Assiette de ce droit.* — Le droit fixe est réglé conformément aux tableaux, A, B, C, D, annexés à la loi du 15 juillet 1880, sauf modifications de détail ultérieures (pour le tableau D, V. loi du 8 août 1890). Pour chacun de ces tableaux, l'assiette varie (1).

(1) *Tableau* A. — Dans le tableau A, le droit est établi d'après la nature de la profes-

Source : BIU Cujas

Assujettissement au droit. — Les professions non dénommées dans les tableaux n'en sont pas moins assujetties à la patente. Il doit être procédé à leur égard conformément aux règles de l'art. 4 de la loi du 15 juillet 1880, fixation par analogie, par arrêté du préfet.

Le patentable, qui exerce la même profession dans des établissements différents, est passible d'autant de droits fixes qu'il a d'établissements (L. 1880, art. 8 et 22; L. 4 juin 1858, art. 9; 29 mars 1872, art. 1er).

Le patentable qui exerce plusieurs professions dans le même établissement ne peut être soumis qu'à un seul droit fixe déterminé conformément aux règles de l'art. 7(1). Mais, s'il a des établissements différents, il est passible d'un droit fixe à raison de chaque établissement (art. 8 et 9).

sion et eu égard à la population de la commune. Il comprend huit classes de professions et neuf classes de communes au point de vue de la population. L'élément de population est calculé d'après les règles des art. 5 et 6. La ville de Paris forme, à elle seule, la première classe de population, la dernière est celle des villes de 2.000 habitants et au-dessous.

Quant aux professions, ce sont celles des commerçants, l'activité du commerce est, en effet, en rapport avec la population. Les premières classes sont occupées par le commerce de gros, puis vient le demi-gros, puis le détail. Le commerce de *gros*, d'après la loi de 1880, est celui qui fait principalement le gros, c'est-à-dire qui vend principalement à d'autres marchands, très accessoirement le détail. Le *demi-gros* fait à la fois le gros et le détail, le *détail* ne fait pas du tout le commerce de gros. Ces appellations avaient varié sous les lois précédentes.

La plus grosse patente du tableau A est de 400 francs; la plus petite de 1 franc.

Il faut ajouter que des lois récentes ont réduit les petites patentes, celles des 6e, 7e, 8e classes dans les communes de moins de 2.000 habitants. Provisoirement, la dernière disposition est celle de la loi du 8 août 1890, art. 32.

Tableau B. — Dans le tableau B le droit est établi eu égard à la population et d'après un tarif exceptionnel spécial à chaque profession. La population est calculée suivant les règles des art. 5 et 6 de la loi de 1880, avec cette observation que les villes de 30.000 âmes et au-dessous qui ont un entrepôt réel, sont haussées d'une classe.

Pour la majeure partie des professions qui figurent dans le tableau B, on a établi, en outre du droit fixe proprement dit, une taxe par employé en *sus du nombre de cinq*, dont la quotité suit la progression du droit fixe eu égard à la population.

Sont dans ce tableau les professions du haut commerce, agents de change, banquiers, commissionnaires, courtiers, grands négociants. Les magasins de plusieurs marchandises (grands magasins) ont été frappés, par la loi du 8 août 1890 et par la loi du 28 avril 1893, tableau R, de droits fixes plus élevés et d'une taxe par employé plus forte.

Tableau C. — Dans le tableau C, le droit est établi sans avoir égard à la population, mais en tenant compte du nombre d'ouvriers employés et de celui des machines ou instruments. Les individus au-dessous de seize ans et au-dessus de soixante-cinq ans ne seront comptés dans les éléments de cotisation que pour la moitié de leur nombre (art. 10, voir aussi art. 11). Sont dans ce tableau les usines, fabriques, manufactures, dont les bénéfices sont en effet indépendants de la population de la commune et sont peut-être même en raison inverse.

(1) La loi du 28 avril 1893 a établi une exception pour les grands magasins de plusieurs marchandises, qui au-dessus d'un certain nombre d'employés paient un droit fixe pour chaque rayon.

Source : BIU Cujas

b) *Du droit proportionnel. — Assiette du droit.* — Le droit proportionnel est établi sur la valeur locative, tant de la maison d'habitation que des magasins, usines, ateliers, remises, chantiers et autres locaux servant à l'exercice des professions imposables (art. 12, § 1er).

Suivant les professions, le taux du droit proportionnel varie. Il est fixé conformément au tableau D annexé à la loi du 15 juillet 1880, art. 19, et modifié par la loi du 11 août 1890; le tarif est progressif, il va du 60e au 8e de la valeur locative (1).

Le droit proportionnel fait double emploi avec la cote mobilière, au moins pour la valeur locative de l'habitation; mais c'est que la cote mobilière est un impôt de superposition (2).

Assujettissement au droit. — Le patentable qui exerce la même industrie dans des établissements différents paie le droit proportionnel dans toutes les communes où sont situés les établissements, magasins, boutiques, usines, ateliers, hangars, etc., conformément aux règles de l'art. 14, L. de 1880.

Le patentable qui exerce dans un même local plusieurs industries ne paie qu'un droit, celui applicable à la profession pour laquelle il est assujetti au droit fixe. S'il exerce des industries différentes dans des locaux différents, il paie un droit proportionnel pour chaque local (art. 25). V. art. 15 pour le droit qui frappe dans ce cas l'habitation.

Exemptions. — Il y a des exemptions (L. de 1880, art. 1er), elles portent sur les deux droits à la fois ou sur l'un d'eux seulement (3).

(1) Pour les grands magasins de plusieurs marchandises, le tarif est progressif d'après le nombre des employés (L. 28 avr. 1893); tant pour le droit proportionnel que pour le droit fixe et la taxe des employés.

(2) La valeur locative est déterminée, soit au moyen de baux authentiques ou de déclarations de locations verbales dûment enregistrées, soit par comparaison avec d'autres locaux dont le loyer aura été régulièrement constaté ou sera notoirement connu et, à défaut de ces bases, par voie d'appréciation. Il s'agit d'obtenir la valeur locative *réelle*, ce n'est pas comme pour la cote mobilière qui est impôt de répartition et où les répartiteurs atténuent toujours la valeur locative réelle. Le droit proportionnel pour les usines et établissements industriels est calculé sur la valeur locative de ces établissements pris dans leur ensemble et munis de tous leurs moyens matériels de production (art. 12, §§ 2 et 3). L'ensemble des moyens de production comprend : 1° les bâtiments ; 2° la force motrice naturelle ou artificielle; 3° l'outillage mobile ou fixe.

(3) I. *Exemption du droit fixe* au profit des patentables qui exercent des professions libérales, comme celles d'avocat, médecin, notaire, etc., énumérées au tableau D.

Les professions libérales sont soumises à la patente depuis la loi du 18 mai 1850. Les avocats ne sont soumis à la patente qu'autant qu'ils sont inscrits au tableau. Le stagiaire n'y est pas soumis. Le stagiaire qui a terminé son stage, retiré son certificat, et qui ne s'est pas fait inscrire au tableau n'y est pas soumis; s'il donne des consultations il pourrait être mis à la patente comme agent d'affaires.

II. *Exemption du droit proportionnel* au profit des patentables qui exercent des professions de la 7e et de la 8e classe du tableau A dans les communes dont la population est inférieure à 20.000 habitants (Arg. art. 16, L. de 1880). Il en est de même des fabricants à métier ayant moins de dix métiers et ne travaillant qu'à la façon.

III. *Exemption totale des deux droits fixe et proportionnel* au profit des professions et

Source : BIU Cujas

Établissement de la matrice du rôle. — La matrice du rôle des patentes est établie, conformément aux règles de l'art. 25 de la loi du 15 juillet 1880, par l'administration des contributions directes *sous la surveillance du maire*. En cas de désaccord, la difficulté est soumise au préfet. Cette disposition est intéressante, car elle pourrait servir de modèle au cas où d'autres impôts de répartition deviendraient impôts de quotité, il est clair que le point important, c'est que le contribuable puisse surveiller la confection des matrices, pour que les évaluations ne soient pas exagérées, que les exemptions soient appliquées, etc. (1).

Recouvrement, responsabilité du locateur. — Les locateurs de bâtiments occupés par des patentables sont responsables du montant de la contribution en certains cas (V. L. 15 juill. 1880, art. 30, §§ 2, 3, 4).

F. *Les taxes assimilées aux contributions directes.* — Ces taxes, dont les principales sont la *taxe des biens de mainmorte*, celle des *chevaux, voitures, vélocipèdes, voitures automobiles* (2), celle *sur le revenu des valeurs mobilières*, etc., sont assimilées aux contributions directes en ce sens qu'elles sont perçues au moyen de rôles nominatifs rendus exécutoires par le préfet et que leur contentieux relève du conseil de préfecture. Renvoi aux ouvrages de science financière.

II. — *Les impôts directs départementaux.*

Il n'existe au profit du département que des impôts directs. Ce sont des centimes additionnels aux grandes contributions directes de l'État. Ces centimes se divisent en *ordinaires et extraordinaires*. Ils se subdivisent en centimes *généraux* sans affectation spéciale, et en centimes *spéciaux* ayant une affectation. On peut citer, comme exemple de centimes spéciaux ordinaires, ceux affectés à la confection du cadastre par la loi du 2 août 1829 et ceux affectés aux chemins vicinaux par la loi du 21 mai 1836. Ces centimes sont votés par le conseil général dans la limite d'un maximum fixé annuellement par la loi de finances. Au point de vue de l'assiette, de la répartition et du recouvrement, les impôts départementaux sont liés aux impôts similaires de l'État; ils ont même figuré longtemps dans un chapitre du budget de l'État sous la rubrique *budget sur ressources spéciales*.

métiers énumérés dans l'art. 17, L. 15 juillet 1880. Il y a exemption de moitié des droits fixe et proportionnel au profit des professions et métiers énumérés dans l'art. 18. Enfin, il y a certain nombre de cas où il est perçu moins de droits de patente qu'il n'y a en apparence de patentables (V. art. 19, 20, 21, 22).

(1) *Des formules de patentes.* — Il était délivré à tout individu mis à la patente une formule de patente qu'il devait représenter dans certaines occasions (V. art. 31 à 35 L. 15 juill. 1880), mais l'Administration a été invitée à supprimer ces formules (discussion du budget de 1899).

(2) V. L. 28 avril 1893; L. 13 avril 1898 art. 3-9.

Source : BIU Cujas

III. — *Les impôts directs communaux* (1).

A. *Centimes additionnels.* — Il existe des centimes additionnels communaux qui présentent les mêmes caractères que ceux des départements. Il en est d'ordinaires et d'extraordinaires, et ils se subdivisent aussi en centimes généraux et en centimes spéciaux. Il y a des centimes spéciaux ordinaires pour les chemins vicinaux. Il existe une catégorie de centimes généraux très avantageux pour le budget communal, ce sont les *centimes pour insuffisance de revenu.* Tous ces centimes sont votés par le conseil municipal, avec ou sans autorisation de l'autorité supérieure (V. p. 471).

B. *Prélèvements sur les impôts d'État.* — 1° Prélèvement de huit centimes par franc du principal dans l'impôt des patentes (L. 15 juill. 1880, art. 36) ; 2° prélèvement du vingtième de l'impôt sur les chevaux et voitures (L. 29 juill. 1872, art. 10) ; 3° prélèvement d'un quart sur la taxe des vélocipèdes (L. 28 avr. 1893, art. 15).

C. *Taxe des chiens* (L. 2 mai 1855).

D. *Taxes réparties par le conseil municipal* (L. 5 avr. 1884, art. 140). — Il s'agit de taxes particulières dues en vertu de lois ou d'usages locaux, et provenant en général du rachat de servitudes légales, telles que taxes de balayage, de pavage, etc. (2).

E. *Impôt des prestations* (L. 21 mai 1836). — L'impôt des prestations est un impôt direct de quotité qui frappe l'ensemble du revenu comme la contribution personnelle-mobilière, mais il est assis sur des faits qui révèlent chez le contribuable soit l'usage probable des chemins et voies de communication, soit des facultés qui lui permettront de travailler à leur construction et à leur entretien.

Caractères particuliers. — Outre son assiette spéciale sur laquelle nous allons revenir, cet impôt présente trois caractères particuliers : 1° le produit en est spécialement affecté aux dépenses des chemins vicinaux ; 2° il est, dans une certaine mesure, facultatif pour les communes ; celles-ci peuvent se dispenser de l'établir si leurs ressources ordinaires suffisent aux dépenses des chemins vicinaux, ou bien elles peuvent lui préférer des centimes additionnels spéciaux (art. 2, L. de 1836) ; 3° bien qu'il soit en principe payable en argent, il y a une *facultas solutionis* qui permet de l'acquitter en nature par des journées de travail (art. 4).

Assiette de l'impôt. — L'impôt est assis sur des faits d'habitation et sur des faits de possession :

1° Est taxé à raison du *fait d'habitation* tout habitant de la commune, chef de famille, ou chef d'établissement, à titre de propriétaire, régis-

(1) Dupont, *Les impôts communaux en Belgique*, 1900.

(2) Sur les taxes de pavage, V. *Revue générale d'administration*, 1895, II, 171.

Source : BIU Cujas

seur, fermier ou colon partiaire, mâle, valide, âgé de dix-huit à soixante ans, inscrit au rôle des contributions directes.

La taxe est de trois journées de travail, dont la valeur est évaluée en argent annuellement, pour chaque commune, par le conseil général, comme pour la cote personnelle, mais avec cette différence qu'ici il n'y a ni maximum ni minimum.

On remarquera que, pour ce chef d'habitation, la taxe ressemble à la cote personnelle, mais qu'elle exige des conditions plus étroites et par conséquent frappe moins de personnes. Notamment, elle ne frappe pas les femmes, même chefs d'établissement. A l'inverse, elle frappe tous les hommes mâles, valides, etc., quelle que soit leur condition sociale, même les ecclésiastiques. Sont seuls exemptés les officiers avec troupes.

2° Est taxé à raison du *fait de possession*, alors même qu'il ne le serait pas personnellement comme *habitant*, tout chef d'établissement : *a*) pour chaque individu mâle, valide, âgé de dix-huit à soixante ans, membre ou serviteur de la famille et résidant dans la commune ; *b*) pour chacune des charrettes ou voitures attelées (1) ; *c*) pour chacune des bêtes de somme, de trait, de selle, au service de la famille ou de l'établissement dans la commune (et non comprise déjà dans les attelages).

La taxe est de trois journées de travail pour chacun de ces éléments ; les journées des attelages, celles des bêtes de somme, sont évaluées en argent par le conseil général, commes les journées des hommes.

L'assiette de cet impôt est très critiquable, en ce qu'il frappe lourdement les revenus qui s'emploient d'une façon productive, et très légèrement ceux qui se dépensent en consommations improductives. — Le mode de paiement laisse encore plus à désirer en ce sens que l'administration des agents-voyers est obligée de se livrer à des manœuvres peu régulières pour décourager les contribuables d'accomplir leurs prestations en nature et forcer le rendement en argent de l'impôt. Malgré cela, une loi du 11 juillet 1868 a autorisé les communes à s'imposer d'une quatrième journée de prestations, mais une réforme est à prévoir, d'autant mieux que la période de construction des chemins vicinaux touche à sa fin.

IV. — *Les impôts directs coloniaux.*

Il existe, entre le territoire des colonies et les autres parties du territoire de l'État français, une différence capitale au point de vue de l'impôt, c'est que les impôts d'État ne sont pas perçus aux colonies, il n'est perçu d'impôts qu'au profit des colonies elles-mêmes ou bien au profit des communes qu'elles peuvent renfermer.

Les colonies perçoivent à leur profit la plupart des impôts qui, dans les autres parties du territoire, sont perçus au profit de l'État, elles en

(1) L. 10 juillet 1901, art. 7, imposant aux prestations les voitures automobiles.

Source : BIU Cujas

ont donc une grande variété. Tous ces impôts sont votés par le conseil général de la colonie et en principe doivent être approuvés par décret (V. L. 13 avril 1900, art. 33, *suprà*, p. 498). Il y a des impôts directs et des impôts indirects. Chacune de ces deux espèces de contributions suit les mêmes règles qu'en France, notamment au point de vue du contentieux. Il est à remarquer seulement que les impôts directs y sont tous de quotité.

Toutes les colonies n'ont pas les mêmes impôts. Les tableaux qui ont été dressés montrent que les plus usuels sont : parmi les impôts directs, la contribution foncière et celle des patentes; parmi les impôts indirects, les droits sur les spiritueux, les droits de navigation, l'octroi de mer et les douanes, les droits d'enregistrement. Des arrangements sont pris pour que le personnel des administrations financières coloniales puisse, au bout d'un certain temps de service, rentrer dans les cadres de la métropole.

L'Algérie ayant été dotée d'un budget spécial par la loi du 19 décembre 1900, perçoit désormais des impôts à son profit comme une colonie. V. pour le mécanisme de ces impôts la loi du 19 décembre 1900.

V. — *Les impôts directs au profit des établissements publics.*

Les principaux impôts au profit des établissements publics sont :

1° Au profit des *Bourses et Chambres de commerce,* la taxe annexée à la contribution des patentes et supportée par les catégories supérieures de patentables de la ville où sont établies la Bourse et la chambre (V. art. 38, L. 15 juill. 1880; L. 9 avr. 1898);

2° Au profit des bureaux de bienfaisance et établissements hospitaliers d'une commune, *le droit des pauvres,* sur tous les spectacles donnés dans la commune (1).

(1) Sont soumis au paiement du quart de leur recette brute, les bals publics, les feux d'artifice, les exercices de chevaux, et généralement tous les lieux de réunion ou de fête où l'on est admis en payant (L. 8 therm. an V; 16 juill. 1840, art. 9; arr. Cons. d'Ét., 12 févr. 1817). Sont soumis au paiement de 5 0/0 du maximum de leur recette brute, les concerts non quotidiens (L. 3 août 1875, art 23). Sont soumis au prélèvement du dixième en sus du prix du billet, tous les autres spectacles : *Théâtres* (7 frim. an V, 8 therm. an V); *Panoramas* (arr. 10 therm. an XI); *Concerts quotidiens* (L. 16 juill. 1840, art. 15), etc., etc. Le pari mutuel organisé sur les champs de courses en vertu d'une autorisation donnera lieu à un prélèvement fixe en faveur des œuvres locales de bienfaisance (L. 2 juin 1891, art. 5; L. 16 avr. 1895, art. 47).

Ce droit des pauvres est une sorte de contribution directe qui frappe le revenu spécial de l'entreprise de spectacle; au reste, il est perçu soit en régie, soit en ferme, soit par abonnement avec l'entrepreneur de spectacles. Le contentieux appartient au conseil de préfecture. L'attribution des droits perçus entre les divers établissements de la commune est faite par le préfet sur l'avis du sous-préfet. L'origine historique du droit est très lointaine, elle remonte à une ordonnance de Charles VI, avril 1407.

Source : BIU Cujas

N° 2. — *Les impôts indirects.*

L'impôt indirect est perçu à l'occasion d'un fait de consommation ou de circulation qui suppose le déplacement d'une valeur certaine. A la différence de l'impôt direct, il n'est point levé à l'aide de rôle nominatif, car il est bien plutôt dû par les choses que par les personnes. Les principaux impôts indirects de l'État sont : les *droits d'enregistrement*, les *droits de douane*, les *droits sur les boissons* (L. 29 déc. 1900), etc... Il y a en outre des contributions indirectes communales, *les octrois* (V. p. 471); d'autres, à la vérité, exceptionnelles, qui peuvent être perçues au profit des départements, des communes et des chambres de commerce, les *surtaxes de chemins de fer* (L. 26 oct. 1893) et d'assez nombreuses contributions indirectes coloniales, notamment l'*octroi de mer*.

Les impôts indirects sont beaucoup moins intéressants pour le droit administratif que les impôts directs, pour les raisons suivantes : 1° comme ils n'exigent pas la confection de rôles nominatifs, il n'intervient pas à leur sujet des opérations administratives annuelles comme il en intervient pour les impôts directs; 2° tandis que le contentieux des impôts directs est de la compétence des tribunaux administratifs, celui des impôts indirects, sauf exception très rare, est de la compétence des tribunaux judiciaires, soit du tribunal d'arrondissement, soit même du juge de paix, comme en matière de douanes et d'octrois. A la vérité, la procédure suivie est toute particulière et d'ailleurs un peu administrative, notamment l'affaire est jugée sur *mémoires*, mais il n'en reste pas moins que c'est l'autorité judiciaire qui en est chargée. Cela s'explique soit parce qu'il n'y a pas d'actes administratifs à interpréter, mais seulement des lois à appliquer, soit parce que, au sortir de la Révolution, lorsqu'on a voulu rétablir les impôts indirects qui étaient très mal vus, on a éprouvé le besoin de donner aux contribuables la garantie de la compétence judiciaire.

Comme, d'ailleurs, la législation des impôts indirects est une des plus compliquées et une des plus mouvantes qui soit, nous nous bornerons à renvoyer aux ouvrages spéciaux de science financière (V. not. Boucart et Jèze, *op. cit.*).

Appendice aux impôts. — Les monopoles financiers de l'État (1).

On peut définir le monopole financier, *le droit pour l'État de rendre d'une façon exclusive certains services ou de vendre certains produits et*

(1) Il s'agit des monopoles *de droit*, qu'il ne faut point confondre avec les monopoles *de fait*. Dans les monopoles de droit, certains services ou certains produits sont directement monopolisés; il est interdit aux particuliers de se livrer aux mêmes entreprises industrielles et cette interdiction est sanctionnée par des pénalités. Dans les monopoles de fait la monopolisation n'est obtenue qu'indirectement, grâce à ce fait que pour rendre

Source : BIU Cujas

de percevoir à l'occasion de ces faits des taxes ou des bénéfices. La parenté du monopole avec l'impôt est évidente, car dans la fixation du prix des services ou dans le tarif de vente des produits monopolisés, il intervient une majoration qui constitue une source de revenus pour le budget. Il y a toutefois une différence importante : l'impôt est une taxe perçue en dehors de toute connexité avec tel ou tel service, tandis que la taxe du monopole est connexe à un service déterminé.

Étant une sorte d'impôt, le monopole est un droit de puissance publique et il convient de poser les règles suivantes :

1° Un monopole ne peut être créé que par une loi, de même qu'un impôt ne peut être créé que par une loi. Cette règle a toujours été appliquée ; le monopole des tabacs a été rétabli après la Révolution par les décrets-lois des 29 décembre 1810 et 12 janvier 1811, confirmés par les lois du 23 décembre 1814, du 28 avril 1816, etc...; le monopole des poudres et salpêtres a été créé par la loi du 13 fructidor an V, art. 16 et 24 ; celui des allumettes chimiques par la loi du 2 août 1872 ; celui des postes a été créé par l'arrêté du 27 prairial an IX ; celui des télégraphes par la loi du 2 mai 1837 et le décret du 27 décembre 1851 ; celui des téléphones résulte des mêmes textes ;

2° Lorsque le monopole, au lieu d'être directement exploité par l'État, l'est par un concessionnaire, la concession ne peut également être faite que par une loi (Cons. d'Ét., 24 juill. 1891, *Société générale des téléphones*, S. 93. 3. 97 et la note) ;

3° Le contentieux des monopoles est administratif toutes les fois qu'il ne s'agit pas de la simple application d'un tarif, mais que l'exécution du monopole donne lieu à des mesures administratives individuelles (1).

§ 3. — Les dettes administratives et les dettes publiques.

Il convient de distinguer *les dettes administratives* et *les dettes publiques :* les dettes administratives sont celles contractées par les administrations pour l'exécution des services, ou du moins celles qui naissent à leur charge par l'exécution des services, les dettes publiques sont celles qui proviennent de l'emprunt ou des pensions. Une première diff-

au public tel ou tel service, par exemple, celui de l'éclairage, il est indispensable d'user de la voie publique, c'est la permission d'user du domaine public qui n'est conférée qu'à un seul concessionnaire, d'où résulte monopole, quant à l'entreprise industrielle, elle reste libre. Les monopoles de fait peuvent être créés par les départements et les communes, aussi bien que par l'État et il n'est point besoin d'une loi (V. p. 692).

(1) Par exemple, le conseil de préfecture est compétent pour les contestations entre les planteurs de tabac et la régie au sujet des manquants, parce que les recouvrements des manquants s'opèrent d'après un rôle nominatif rendu exécutoire par le préfet (L. 18 avr. 1816, art. 201).

Source : BIU Cujas

rence consiste en ce que les dettes publiques sont payées par arrérages ou annuités, tandis que les dettes administratives sont payées en capital et tout au plus par à-comptes ; une seconde différence consiste en ce que les dettes administratives ne confèrent au créancier qu'une créance, tandis que sur les dettes publiques se sont créés des titres de propriété.

A. *Des dettes administratives et de leurs privilèges.* — Les personnes administratives jouissent à l'égard des dettes qui naissent à leur charge par l'exécution de leurs services, et même par l'administration de leur domaine privé, d'un privilège à double face : 1° elles sont soustraites aux voies d'exécution du droit commun ; 2° le paiement s'opère suivant une procédure administrative.

I. *De l'impossibilité pour les créanciers des administrations publiques d'employer les voies d'exécution du droit commun.* — Cette impossibilité est absolue, elle s'applique à toute dette et à toute espèce de voie d'exécution. Les créanciers, même munis de titres exécutoires ou de jugements de condamnations, ne peuvent ni faire saisir le mobilier administratif, ni frapper de saisie-arrêt les créances et les revenus, ni faire saisir les immeubles, ni même faire inscrire sur les immeubles l'hypothèque judiciaire(1) (L. 22 nov.-1er déc. 1790, art. 8 et 9; av. Cons. d'Ét., 12 août 1807; 26 mai 1813; Circ. 2 prair. an III; conflits, 9 déc. 1899, *syndicat du Canal de Gignac*). C'est par suite de cette législation que les biens des administrations publiques sont considérés comme insaisissables (V. p. 578), et que la compensation ne leur est pas opposable (V. p. 720).

La raison de ce privilège est que la destinée des administrations pu-

(1) La question de l'inscription de l'hypothèque judiciaire s'est posée récemment; elle est sans grand intérêt pratique, mais elle a donné lieu à une assez vive controverse. Les créanciers d'une commune, après avoir obtenu jugement contre celle-ci, peuvent-ils faire inscrire l'hypothèque judiciaire? Sans doute, cette hypothèque ne leur conférerait point le droit de faire saisir et vendre les biens de la commune, ce qui serait une mesure d'exécution, mais le jour où la commune aliénerait volontairement l'un de ses biens, ne leur permettrait-elle pas de se faire colloquer par préférence sur le prix et jusque-là ne vaudrait-elle point à titre de simple mesure conservatoire? Dans le sens de l'affirmative, V. cour d'Agen, 18 juill. 1892, S. 94. 2. 1, et la note de M. Michoud; Cass., 18 déc. 1893, *Revue générale d'administration*, 1894, t. III, p. 69 et s. — Dans le sens de la négative, M. Seignouret, *Revue générale d'administration*, 1893, t. II, p. 257 et s.; M. Humblot, même revue, 1895, t. III, p. 274; Tribunal de la Seine, jugement du 7 févr. 1895, rapporté dans l'article précité. — Dans le jugement du tribunal de la Seine nous trouvons ce considérant, décisif à notre avis : « attendu que le prix (du bien vendu par « la commune) une fois consigné, ce prix, propriété de la commune, aurait par là même « le caractère de deniers communaux; qu'à ce titre, il ne pourrait pas recevoir d'autre « destination que celle qui aurait été prévue dans le budget de la commune; — qu'un « ordre ne saurait être ouvert, l'autorité judiciaire ne pouvant se substituer à « l'autorité administrative, seule compétente pour l'ordonnancement des fonds commu- « naux. » Ainsi la seule utilité possible de l'inscription de l'hypothèque judiciaire s'évanouit comme illusoire.

Source : BIU Cujas

bliques ne doit pas être à la merci de leurs créanciers; même quand elles sont au-dessous de leurs affaires, ceux-ci ne doivent pas pouvoir les faire mettre en liquidation, ce qui serait interrompre l'exécution des services publics dont elles ont la charge et dont l'exécution régulière est une nécessité publique. La nécessité d'assurer le service l'emporte sur les considérations tirées du crédit public.

II. *Du règlement administratif des dettes des administrations publiques.* — Il faut cependant que les créanciers des administrations publiques soient payés; ils le seront par une procédure administrative différente, selon qu'il s'agira des dettes de l'État ou de celles des administrations subordonnées, mais qui suppose dans les deux cas transformation de la dette en une *dépense publique* payable sur les crédits ouverts au budget :

a) Pour les dettes de l'État, il n'est pas inscrit de crédit spécial au budget des dépenses pour le paiement de chacune des dettes exigibles, il est ouvert des crédits généraux pour les dépenses publiques; il appartient aux ministres ou à leurs délégués de décider que telle ou telle dette de l'État sera transformée en une dépense payable sur les crédits ouverts au budget, cette décision prend le nom de *liquidation* et constitue une opération administrative de la plus haute importance.

La liquidation est donc la décision administrative en vertu de laquelle une « dette de l'État » prend rang parmi les « dépenses publiques » pour être payée (la dette liquidée sera ensuite ordonnancée et payée). La liquidation est l'équivalent de l'inscription d'un crédit spécial au budget des dépenses pour payer la dette. En vue de ce résultat elle implique un certain nombre de constatations : 1° au fond elle implique reconnaissance de l'existence de la dette (1) et de son exigibilité et détermination de son quantum; 2° au point de vue de la comptabilité elle implique que l'on ne peut opposer au créancier aucune déchéance et qu'il y a des crédits suffisants pour payer la dépense. La liquidation, prise dans son ensemble, est tellement réservée au ministre que lorsqu'une juridiction administrative reconnaît le principe d'une dette à la charge de l'État, elle renvoie devant le ministre pour la liquidation.

La décision de liquidation ou de refus de liquider est un acte de gestion publique parce que le créancier de l'État est forcément un collaborateur (V. p. 204 et s.); elle donne lieu à un recours contentieux de pleine juridiction par lequel le créancier fait valoir ses droits.

Toutes les dettes de l'État sans exception sont soumises à cette procédure de la liquidation et c'est en ce sens qu'on doit entendre les textes d'après lesquels ces dettes *sont réglées administrativement*, notamment les lois du 17 juillet 1790 et du 26 septembre 1793, ainsi que l'arrêté du

(1) Si cette reconnaissance de la dette ne résulte pas d'une décision juridictionnelle antérieure déclarant l'État débiteur, mais ayant renvoyé devant le ministre pour la liquidation.

Source : BIU Cujas

2 germinal an V; ces textes ne signifient point, comme on l'a cru pendant longtemps, que l'État ne saurait être déclaré débiteur que par la juridiction administrative, il paraît aujourd'hui certain que, selon la nature de la dette, tantôt la juridiction administrative est compétente, tantôt la judiciaire (suivant les distinctions ordinaires tirées du principe de la séparation des pouvoirs); mais que, après la condamnation, il y a toujours lieu à liquider la dette constatée pour la transformer en une dépense publique (1).

Il convient de remarquer que pendant longtemps cette procédure de la liquidation administrative ne fournissait au créancier aucun moyen de contrainte, le ministre n'était point obligé de statuer dans un certain délai sur la demande en liquidation, il pouvait garder le silence; il est vrai que le créancier qui avait introduit une demande régulière en liquidation était à l'abri de toute déchéance. Mais la loi du 17 juillet 1900 a modifié la situation par la disposition générale de son article 3; si dans les quatre mois du dépôt de la demande, le ministre n'a pas rendu de décision sur la liquidation, son silence est assimilé à une décision de rejet et l'intéressé peut se pourvoir devant le Conseil d'État;

b) Pour les dettes des départements, communes et autres administrations subordonnées, il n'y a pas lieu à liquidation des dettes par décision administrative séparée, parce que le budget étant beaucoup plus spécialisé, l'assemblée qui vote le budget inscrit en général un crédit pour chacune des dettes et qu'elle est ainsi censée avoir procédé à une liquidation ou tout au moins à une évaluation préalable. La procédure de paiement est donc ici l'*inscription d'un crédit spécial au budget des dépenses.*

(1) Il faut lire sur cette question la discussion très bien conduite de M. A. Mestre, dans son étude sur l'*autorité compétente pour déclarer l'État débiteur*. Paris, 1899, p. 61-99. Pendant longtemps on a cru à la vérité absolue de cet adage que l'État ne pouvait être déclaré débiteur que par la juridiction administrative, toutefois le Conseil d'État s'appuyait sur une quantité de textes dont aucun n'était bien probant, on appliquait le prétendu principe même aux dettes provenant de l'administration du domaine privé (C. É. conflits, 4 févr. 1824, *Bourbon-Conti;* 9 mai 1841, *de Bâvre*). Une décision C. É., 7 décembre 1844, *Finot*, fit pour la première fois la distinction des dettes provenant de l'administration du domaine privé et de celles provenant de la gestion des services publics et, par suite, la distinction entre la liquidation, toujours réservée à l'autorité administrative, et la déclaration de dette qui peut revenir à la juridiction ordinaire. A partir de la décision *Blanco*, 8 février 1873, le tribunal des conflits manifesta sa défiance du prétendu principe en refusant de l'invoquer à l'appui de sa jurisprudence qui réserve aux tribunaux administratifs le règlement des indemnités pour faits de service et en fondant cette jurisprudence sur d'autres motifs. Depuis ce moment, le prétendu principe paraissait bien compromis (Dareste, *La juridict. adm.*, 2e édit., 1898), M. Laferrière ne le défendait plus que parce qu'il se demandait si beaucoup de matières de gestion n'allaient pas échapper au contentieux administratif (*Jurid. adm.*, I, 435). Nous n'avons pas cette crainte, nous qui fondons la compétence de la juridiction administrative dans les matières de gestion, non pas sur un privilège financier plus ou moins fragile, mais sur la nature profonde de la gestion administrative elle-même (V. p. 204 et s.).

Source : BIU Cujas

Cette inscription est en principe volontaire et spontanée de la part de l'administration débitrice, cependant le créancier n'est pas à la merci de la bonne volonté de celle-ci. Toute dette exigible peut être transformée en dépense obligatoire par une décision de l'administration supérieure et, à ce titre, inscrite d'office au budget de l'administration subordonnée (1), mais le créancier n'a pas le droit d'exiger de l'administration supérieure cette inscription d'office (2), il est obligé de s'en remettre à l'État honnête homme.

B. *Des dettes publiques.* — Ce sont celles payables en arrérages, elles comprennent : les pensions (dette viagère), les dettes provenant des emprunts des administrations publiques (dette perpétuelle ou terminable), les annuités des comptes d'établissement et des garanties d'intérêt des chemins de fer (C. É., 8 févr. 1895, Cie P.-L.-M.); elles ont le caractère de choses publiques, non seulement parce qu'elles sont dettes de personnes publiques, payables sur les deniers publics, mais encore parce que, offertes au public à titre de placement, elles constituent un élément important de la fortune publique, les *fonds publics*, et une propriété spéciale, la propriété de la *rente* ou de la *pension* (3). Si nous laissons de côté la dette des pensions dont il a été parlé, nous voyons que les dettes publiques sont contractées par une opération qui, au point de vue financier, s'appelle un emprunt, mais qui au point de vue juridique est une constitution de rente, c'est-à-dire l'aliénation d'un titre de propriété donnant droit à la perception d'arrérages et qui est en soi une *valeur mobilière* (4).

(1) L. 10 août 1871, art. 61; L. 5 avril 1884, art. 136, n° 17; pour les colonies, décrets sur l'organisation des conseils coloniaux; pour les associations syndicales, R. 9 mars 1894, art. 58. — Cfr. art. 110, L. 5 avril 1884 sur l'autorisation de la vente des biens des communes.

(2) C. É. 15 janvier 1875, *Larralde;* 4 août 1876, *ville de Besançon;* 17 avril 1885, *consistoire de Nimes.* Cela revient à dire que toute cette procédure de paiement est objective, dans l'intérêt de la régularité de l'administration plutôt que dans celui du créancier.

(3) Le chiffre total de la dette nationale, départementale et communale ne s'éloigne guère de 40 milliards; 1.400 millions sont prélevés annuellement sur les contribuables pour le service des arrérages. Dans une certaine mesure, on peut dire que l'État français a des actionnaires qui tirent de lui un revenu annuel de 1.400 millions. Cette situation a de grosses conséquences politiques. Tant que les porteurs de la dette sont en majorité des nationaux, la dette publique n'influe que sur la politique intérieure, elle peut être considérée comme un élément de stabilité du régime, par cela même que la prospérité de l'État intéresse pécuniairement des nationaux. Mais s'il y a beaucoup de porteurs de la dette étrangers, comme ceux-ci ne tardent pas à se syndiquer, ils exercent une influence dangereuse sur la politique extérieure. On a vu des États mis en tutelle par leurs créanciers et certains sont virtuellement en liquidation. Les placements en fonds publics sont imposés en certains cas aux établissements nationaux, par exemple les fonds de la caisse d'épargne postale ne peuvent être placés qu'en rente sur l'État (L. 11 août 1881, art. 19), ceux des caisses d'épargne ordinaires peuvent en outre être placés en valeurs départementales ou communales, V. *infrà.*

(4) Les lois du 21 juin 1871 et du 15 juillet 1882 relatives à l'emprunt de 5 milliards

Source : BIU Cujas

Il y a lieu de distinguer, au point de vue du contentieux, la dette publique de l'État et celle des départements et des communes. La dette publique de l'État, du moins celle qui est constituée par l'emprunt direct, donne lieu à une formalité administrative spéciale qui est l'inscription au Grand-Livre de la dette organisé par la loi du 23 août 1793; cette inscription est l'œuvre du ministre des Finances qui est constitué gardien du Grand-Livre; tant à cause de cette formalité administrative, que parce que la constitution de la dette publique est au premier chef une opération de gestion destinée à assurer l'exécution des services publics, le contentieux est de la compétence de la juridiction administrative (contestations relatives à l'émission, à la répartition, à la délivrance des titres, aux transferts, au paiement des arrérages, aux conversions, etc.). Les dettes départementales et communales, ne donnant pas lieu à inscription administrative sur un grand-livre et étant considérées à tort comme contractées pour la vie civile des départements et communes, n'entraînent qu'un contentieux judiciaire (1).

§ 4. — L'année financière et le budget.

Observations préliminaires. — Ainsi que nous l'avons annoncé p. 714, il existe un mécanisme destiné à incorporer à la vie administrative tous les éléments financiers, les deniers publics, les créances et les dettes publiques; ce mécanisme porte le nom de comptabilité budgétaire, mais il repose essentiellement sur l'*année financière*. L'idée a consisté à découper la vie administrative en années, qui sont d'ailleurs celles du calendrier, et à considérer que chaque année constituait un cycle complet d'opérations pour lequel on pouvait établir des prévisions et après lequel on pouvait rendre des comptes. La pratique administrative comme on le voit, n'a rien inventé, elle n'a fait que s'approprier des usages civils et commerciaux destinés à prendre conscience de la vie, mais elle

s'expriment ainsi : « Il sera aliéné la somme de rentes nécessaire pour produire 2 milliards, 3 milliards. » — Le titre de rente est nominatif (nom du titulaire et pas de coupon), au porteur (pas de noms et des coupons) ou mixte (nom et coupons); la dette départementale et communale est divisée en *obligations*. — La rente sur l'État est une propriété très privilégiée, elle est insaisissable (L. 8 nivôse an VI ; L. 22 floréal an VII) et exempte d'impôt (L. 9 vendém. an VI); les obligations départementales et communales ne jouissent pas de ces privilèges.

(1) Et cependant il faut songer que parmi les communes, il est de très grandes villes dont la vie administrative est intense, dont la dette est considérable. La dette de la ville de Paris est de 2.357 millions (*Bulletin statistique*, mai 1902), elle a été contractée par des emprunts très nombreux et très variés (V. G. Cadoux, *Les finances de la ville de Paris*, 1900). Il faut songer aussi que la dette départementale et communale prend rang aussi bien que celle de l'État parmi les fonds publics, et que par exemple la caisse des dépôts et consignations est autorisée à y employer les fonds de ses déposants, notamment ceux des caisses d'épargne ordinaires (V. L. 20 juill. 1895, art. 1er).

Source : BIU Cujas

l'a fait en introduisant la régularité, la publicité et le contrôle qui sont propres à la vie publique.

Chaque année de la vie administrative devient donc une *année financière* et prend une individualité comptable, tous les faits administratifs s'y traduisent d'une façon très particulière qui sera caractérisée par les observations suivantes :

1° L'année financière s'exprime en une balance des *recettes* et des *dépenses*. Par suite, les faits de la vie administrative y figurent, non pas sous la forme juridique des créances et des dettes qu'ils engendrent, mais sous la forme financière des *recettes* auxquelles doivent aboutir les créances encaissées en deniers, et des *dépenses* auxquelles doivent aboutir les dettes payées en deniers;

2° L'année financière ne s'exprime pas en un plan de comptabilité unique, mais en trois plans différents, le budget, l'exercice financier, les comptes. — Le budget, c'est l'année financière à l'état de prévision, c'est donc l'état de prévision des recettes et des dépenses à exécuter dans une certaine année financière — l'exercice financier, c'est l'année financière en tant qu'elle s'exécute, c'est donc l'exécution des recettes et des dépenses ou, comme on dit, des *services financiers* relatifs à une certaine année financière — les comptes, c'est la vérification faite après coup de la régularité de toutes ces opérations, et faite surtout par le rapprochement du budget et des résultats de l'exercice financier d'une même année financière (1).

De ces observations, il résulte que les règles de la comptabilité budgétaire doivent être très soigneusement distinguées des règles de fond du droit administratif : ce sont des règles d'une espèce de procédure très particulière, qui est *objective*, c'est-à-dire qui existe dans l'intérêt de l'organisation administrative et de la puissance publique, elle est pour le bon ordre des finances et elle doit aussi peu que possible influer sur les droits et obligations qui se cachent sous les opérations finan-

(1) La clef du système de la comptabilité publique est, on le voit, la décomposition de l'année financière en plusieurs éléments dont les deux principaux sont le budget et l'exercice financier. Jusqu'à un certain point, l'année financière se dissout en ces deux éléments ; elle se dissout tellement qu'on a pris l'habitude de n'en plus parler, on l'identifie avec l'état de prévision, c'est-à-dire avec le budget, et on considère ensuite l'exercice financier comme étant l'exécution du budget. Ces raccourcis et ces simplifications sont sans inconvénient dans la pratique, mais, dans une étude théorique, il me paraît qu'il importe de mettre chaque chose à sa place et de faire réapparaître la notion fondamentale de l'année financière ; au reste, la loi du 25 janvier 1889 sur l'exercice financier pose très nettement dans son article 1er la nécessité de l'année financière : « les droits acquis et les services faits du 1er janvier au 31 décembre *de l'année qui donne son nom à un budget*, sont seuls considérés comme appartenant à l'exercice de ce budget » (Cfr. Paul Boiteau, *Diction. des finances*, v° *Budget*) et, en réalité, l'exercice financier produit des effets à l'égard des dettes de l'État qui sont nées dans l'année financière, mais hors budget (V. *infrà*, Déchéance quinquennale), il a donc quelque chose de plus large que le budget.

Source : BIU Cujas

cières. Cependant, il n'est pas possible qu'elle ne produise pas accidentellement quelqu'effet sur le fond du droit; c'est ainsi que le budget, sous forme d'autorisation de dépenses, autorise en réalité des opérations administratives ; c'est ainsi encore que la déchéance quinquennale atteint non seulement les dépenses publiques, mais fatalement aussi les dettes, c'est-à-dire les droits acquis par les créanciers de l'État pendant l'année financière; dans une partie séparée nous examinerons les rapports qui se créent ainsi entre la comptabilité et le fond du droit.

A. *Le budget.* — Le budget est l'acte par lequel sont *prévues et autorisées* les recettes et les dépenses *annuelles* des personnes administratives (conf. D. 31 mai 1862, art. 5 ; D. 12 juillet 1893, art. 4). Ainsi, d'une part, le budget prévoit les recettes et les dépenses et d'autre part il les autorise. Il est à remarquer en effet que, du moins en ce qui concerne les recettes de l'État, celles qui sont établies par des lois permanentes, par exemple tous les produits des contributions indirectes, ne peuvent pas être perçues sans l'autorisation du budget ou sans des lois de douzièmes provisoires; de même, l'opération de la répartition des contributions directes ne peut pas être mise en train tous les ans avant l'autorisation budgétaire et c'est pourquoi l'habitude s'est établie de distraire de la loi du budget celle des contributions directes et de la voter avant la session d'août des Conseils généraux, afin que ceux-ci puissent procéder à la répartition. Pour ce qui est des dépenses, le budget les autorise sous la forme d'ouvertures de crédits. Le budget se compose en réalité de deux tableaux, l'un des recettes, l'autre des dépenses.

Un bon budget doit présenter un certain nombre de qualités :

1° Il doit embrasser l'*universalité* des services et des opérations à effectuer dans l'année; il ne doit y avoir aucun service hors budget (1) et d'autre part les services doivent figurer avec leurs recettes brutes et leurs dépenses brutes, non pas avec le résultat net de leurs opérations (par exemple, les recettes brutes des contributions doivent figurer au budget des recettes, sauf à faire état au budget des dépenses des frais de perception) ;

2° Il doit y avoir dans un budget *unité d'écritures*, c'est-à-dire un seul tableau des recettes et un seul tableau des dépenses pour une même personne administrative. Cette règle n'est pas entièrement observée pour le budget de l'État qui contient des budgets *annexes*, c'est-à-dire les bud-

(1) Il a été très difficile de faire disparaître les services hors budget de l'État; sous les noms divers de compte de liquidation, budget extraordinaire, etc., ils ont reparu avec opiniâtreté à diverses reprises et pendant de longues périodes. Le budget extraordinaire a disparu cependant en 1891, mais il reste certains services hors budget confiés au Trésor. — D'un autre côté, il existe, et cela est une bonne chose, des valeurs hors budget qui sont consacrées à des secours, par exemple les bureaux de tabac; ces ressources sont souvent accordées à la faveur, mais souvent aussi elles servent à régler des situations intéressantes qui sont en dehors des règles du droit administratif, telle la situation de la veuve et des enfants d'un fonctionnaire mort avant d'avoir acquis droit à la pension de retraite.

Source : BIU Cujas

gets de certains services tels que celui de l'Imprimerie Nationale ou des chemins de fer de l'État qui, tout en étant doués d'autonomie financière, ne sont pas cependant des établissements publics séparés, des personnes administratives distinctes (1).

La règle de l'unité d'écritures n'empêche point que le budget des administrations locales ne soit divisé en un budget sur ressources ordinaires et un budget sur ressources extraordinaires, parce qu'il n'y a là qu'une subdivision d'un seul et même budget établie pour distinguer la nature des ressources (2);

3° Le budget doit être *préalable*. Cette règle s'entend avec rigueur pour le budget de l'État qui doit être dressé à l'avance pour l'année entière en recettes et en dépenses et qui doit être à l'avance *équilibré;* il résulte de là que toute dépense nécessaire non prévue survenant en cours d'année nécessite la demande de *crédits supplémentaires* au parlement et donne lieu à toute une procédure constitutionnelle. Pour les administrations locales et pour les établissements publics le budget n'est pas préalable au même degré ; il n'est pas nécessaire que toutes les dépenses soient prévues à l'avance ni que le budget soit équilibré, le budget des dépenses reste pour ainsi dire ouvert pendant toute la durée de l'année financière, tant qu'il y a des ressources disponibles (3);

4° Le budget des dépenses doit être spécialisé dans ses crédits. On appelle crédit la somme prévue au budget pour une dépense déterminée, on alloue un crédit, on ouvre un crédit, etc..., il est clair que l'on peut plus ou moins détailler les crédits, il est clair aussi que plus on détaillera les crédits, moins l'administrateur chargé d'exécuter les services aura de latitude, moins il pourra modifier les éléments de la dé-

(1) Le budget de l'État est aussi accompagné de certains budgets de personnes administratives séparées que l'on rattache pour ordre et dans une pensée de contrôle ; c'est ainsi que les budgets des départements ont été rattachés jusqu'en 1893 sous le nom de budgets sur ressources spéciales; le budget de la Légion d'honneur est encore, avec quelques autres, dans cette situation.

(2) Les ressources ordinaires sont celles que l'on peut considérer comme des revenus, les ressources extraordinaires celles qui consistent en un capital, comme le produit d'un emprunt. Cette distinction n'est pas appliquée aux ressources de l'État, mais elle est imposée à toutes les administrations locales (V. L. 5 avr. 1884, art. 132 et s.; D. 12 juill. 1893, art. 23 et s.).

(3) Cette différence dans la comptabilité tient à une différence de nature fondamentale dans l'administration de l'État et dans les autres administrations. L'administration de l'État présente un grand caractère de nécessité, les dépenses de cette administration également, il importe donc que le gouvernement commence par dresser le budget des dépenses qui toutes sont considérées comme également indispensables et il faudra trouver assez de recettes pour faire face aux dépenses, la dépense commande la recette. Au contraire, dans les administrations locales, la recette commande la dépense ; on ne dépense que ce que l'on a, et l'on ne dépense pas nécessairement tout ce que l'on a. — Il est vrai que dans les budgets des administrations locales il y a des dépenses obligatoires, mais elles sont couvertes et au delà par les recettes ordinaires (Cfr. note dans *Sirey*, 1900. 3. 65).

Source : BIU Cujas

pense des services. Si par exemple, on allouait un crédit en bloc pour un service, l'administrateur resterait libre d'employer telle partie de la somme au personnel, telle autre au matériel, mais si on ouvre des crédits distincts pour ces deux éléments, l'administrateur sera lié, car il lui est interdit de faire des *virements*, c'est-à-dire d'employer un crédit à une dépense autre que celle qui est prévue. Dans le budget de l'État, les crédits se sont progressivement spécialisés, ils sont votés par chapitres, sous-chapitres, articles et, s'il y a lieu, paragraphes (L. 28 déc. 1895, art. 53), mais cette spécialisation n'arrive cependant pas encore à une individualisation absolue du crédit, c'est-à-dire à son adaptation exacte à une dépense déterminée. Dans les budgets des administrations locales, comme le fonctionnement des services est plus simple et permet des prévisions plus exactes, on arrive à une individualisation presque complète des crédits.

Le budget est voté par les assemblées délibérantes administratives, il est le principal instrument de leur pouvoir, c'est par lui que ces assemblées règlent l'action de l'organe exécutif; d'autre part, les assemblées locales n'ont pas pleins pouvoirs pour régler le budget, c'est un point où elles restent soumises à la tutelle de l'administration centrale, il y a la question des *dépenses obligatoires* auxquelles elles doivent pourvoir, etc..., ces questions ont déjà été examinées à propos de l'organisation administrative (V. p. 425 et p. 470) (1).

B. L'*exercice financier*. — L'exercice financier est *la période d'exécution des services d'un budget* (D. 31 mai 1862, art. 4; D. 12 juill. 1893, art. 3; L. 25 janv. 1889, art. 1 et 3) ou mieux, la *période d'exécution des services d'une année financière* (V. p. 755) (2). Pour bien comprendre la notion de l'exercice financier il faut distinguer la comptabilité *par exercice* et la comptabilité *par gestion*, qui toutes les deux sont appliquées aux services financiers (D. 31 mai 1862, art. 2). Un comptable compte par *gestion* lorsqu'il tient registre des paiements et des encaissements qu'il a opérés pendant une certaine période par ordre chronologique et sans distinguer les années aux services financiers desquelles ces opérations se rattachent; il compte au contraire par exercice lorsqu'il enregistre les paiements et les encaissements qu'il a opérés en les rattachant aux années financières aux services desquelles ces opérations se rapportent. La nécessité de ces deux modes de comptabilité provient de ce que les services financiers d'une année ne s'exécutent pas en réalité tous dans l'année afférente, il y a toujours en retard des opérations des années précédentes qui viennent se mêler à celles de l'année courante ;

(1) Le vote du budget n'est qu'un acte administratif; le vote du budget de l'État se présente en forme de loi, mais ce n'est pas une loi ordinaire (V. Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 707, et ce qui a été dit ici-même, p. 22).

(2) L'exercice financier est relatif même aux dettes qui naissent hors budget. V. *infrà*, *Déchéance quinquennale*.

Source : BIU Cujas

d'une part, il faut noter au fur et à mesure toutes ces opérations, d'autre part, il convient d'en faire le triage par exercices si l'on veut pouvoir contrôler chaque année financière.

Mais l'existence parallèle d'une trop grande quantité d'exercices financiers en cours d'exécution serait une cause de complications intolérables dans les comptes (1), on a vite compris qu'il était nécessaire de liquider rapidement les exercices financiers des années écoulées, deux institutions ont été organisées dans ce but, la *clôture des exercices*, la *péremption des exercices* ou *déchéance quinquennale :*

1° La *clôture des exercices.* — A un certain moment, l'exercice d'une année est *clos*, c'est-à-dire que les crédits non employés sont annulés et les dépenses afférentes à cet exercice qui n'ont pas encore été payées le seront sur les budgets ultérieurs ; à cet effet, il est ouvert pour mémoire dans tous les budgets un chapitre intitulé *dépenses sur exercices clos*, la loi de règlement du budget valide après coup les dépenses réellement payées (O. 14 sept. 1822, art. 20 et 21 ; L. 23 mai 1834 ; O. 10 févr. 1838 ; D. 31 mai 1862, art 125). En même temps il est interdit aux administrateurs d'imputer des dépenses de l'année courante sur les exercices clos (O. 14 sept. 1822).

A quel moment un exercice est-il clos ? En principe en même temps que l'année financière, mais il y a des délais de grâce pour certaines opérations en retard, ces délais de grâce ont été progressivement réduits ; pour l'État la loi du 25 janvier 1889 les a ainsi fixés : jusqu'au 31 mars de l'année suivante pour la liquidation et l'ordonnancement des sommes dues aux créanciers ; jusqu'au 30 avril pour le paiement des dépenses, etc., d'autres opérations se poursuivent jusqu'au 31 juillet dernier délai (Pour les départements, V. D. 12 juill. 1893, art. 6 et 7 ; Pour les communes, clôture le 31 mars).

2° *La péremption des exercices et la déchéance quinquennale* (2). — Les mesures prises pour assurer la clôture des exercices n'auraient pas été efficaces si les créanciers de l'État avaient conservé pendant trente ans le droit de se faire payer sur exercice clos ; le chapitre des dépenses sur exercices clos aurait été très chargé dans tous les budgets et un arriéré considérable aurait continuellement pesé sur les comptes. Il a fallu intéresser les créanciers à la prompte liquidation des exercices clos en les atteignant dans leurs droits par une courte péremption. L'institution de la péremption ou de la déchéance quinquennale qui serait utile pour toutes les administrations publiques n'existe cependant que pour l'État

(1) Et en même temps une source d'arbitraire ministériel, car il serait bien impossible de contrôler un ministre qui assignerait des paiements sur des exercices remontant à 30 ans.

(2) V. Laferrière, *Jurid. admin.*, 2e édit., II, p. 250-264 ; Dumesnil et Pallain, *Législation du trésor public*, 2e édit., p. 402 et s. ; Le Gouix, *La déchéance quinquennale*, Paris, 1901.

Source : BIU Cujas

(L. 29 janv. 1831, art. 9 et 10; L. 10 mai 1888, art. 7 et 8; L. 3 mai 1842, art. 13) et pour les colonies (O. 22 nov. 1841, art. 44 et 45) (1).

Règles de la déchéance quinquennale. — Sont prescrites et définivement éteintes au profit de l'État les créances qui n'auraient pas été liquidées, ordonnancées et payées dans un délai de cinq années à partir de l'ouverture de l'exercice où elles sont nées (L. 29 janv. 1831, art. 9), tel est le principe de la déchéance :

a) *Des créances auxquelles s'applique la déchéance.* — A toute créance d'une somme d'argent, qu'elle soit née de l'exécution même du budget ou qu'elle soit née hors budget, aux droits acquis par suite d'un dommage causé, aussi bien qu'aux droits acquis pour services faits, aux créances qui proviennent d'opérations domaniales aussi bien qu'à celles qui proviennent de la gestion des services publics (2). N'échappent à la déchéance quinquennale que les revendications de droits réels (3) ou bien les réclamations pécuniaires soumises à d'autres déchéances, par exemple les arrérages des rentes (L. 24 août 1793, art. 156; D. 31 mai 1862, art. 217) ou les arrérages des pensions (A. 15 flor. an XI; L. 9 juin 1853, art. 30).

b) *Du point de départ de la déchéance.* — Comme chaque exercice est périmé en bloc, pour toutes les créances afférentes à un exercice le point de départ de la déchéance est le premier janvier de l'année; ainsi, pour toutes les créances afférentes à l'exercice 1903, le point de départ est le 1er janvier 1903 et toutes ces créances seront prescrites le 31 décembre 1907. Mais à quel exercice une créance contre l'État est-elle afférente? Si c'est une créance née de l'exécution du budget, pas de difficultés; si c'est une créance née hors budget, elle appartient également à l'exercice de l'année où elle est née, non pas à l'exercice de l'année où l'État aurait été condamné à payer (4).

c) *De l'interruption de la déchéance.* — La déchéance quinquennale n'ayant d'autre but que de forcer les créanciers de l'État à faire diligence pour obtenir la liquidation et le paiement de leurs créances, ceux-ci doivent être à couvert s'ils ont fait les diligences convenables et si les retards proviennent de l'Administration; la loi du 29 janvier 1831, art. 10, a pris dans ce but une disposition ainsi conçue : « Les dispositions

(1) Avant l'institution permanente de la déchéance quinquennale il y avait eu des lois de déchéance pour certains arriérés spéciaux; la plus importante avait été celle du 25 mars 1817 sur l'arriéré du premier Empire, la liquidation de cet arriéré dura 17 ans et aboutit à un total de 653 millions.

(2) C. É., 12 avril 1843, *Sallentin*, créance contre une succession recueillie par l'État.

(3) Cf. C. É., 26 juillet 1844, *Pellegrini*; 12 février 1857, *Delamarre*.

(4) Ainsi, dans l'hypothèse des dommages résultant de travaux publics ou, d'une façon plus générale, dans le cas de droit à indemnité, la créance naît du jour du préjudice et non pas du jour de la condamnation de l'État parce que les jugements sont purement déclaratifs (C. É., 28 mai 1880, *Delrieu*; 25 févr. 1881, *Raveaud*; 9 févr. 1883. *La Providence*; 8 août 1894, *Buisson*; 7 févr. 1896, *Cornaille*).

Source : BIU Cujas

« précédentes ne seront pas applicables aux créances dont l'ordonnan-
« cement et le paiement n'auraient pû être effectués dans les délais dé-
« terminés, par le fait de l'Administration ou par suite de pourvois for-
« més devant le Conseil d'État; — tout créancier aura le droit de se
« faire délivrer par le ministre compétent un bulletin énonçant la date
« de sa demande et les pièces produites à l'appui. »

Ainsi, si avant l'expiration du délai de cinq ans, le créancier a introduit une demande de liquidation régulière devant le ministre (ou bien si avant la même date une juridiction compétente a été saisie par lui d'une réclamation (1)) la déchéance quinquennale ne peut pas être invoquée contre lui. Et tant que durera la procédure de liquidation, ou même tant que dureront les recours au Conseil d'État contre la décision de liquidation, la déchéance se trouvera interrompue. Mais quelle sera la situation, une fois terminée cette liquidation qui aura été retardée au-delà du délai de cinq ans? Dans quel délai nouvean le créancier devra-t-il faire ordonnancer et payer sa créance enfin liquidée? Si l'on admet l'idée que nous sommes en présence d'une cause d'interruption de prescription, et cela est généralement admis, il n'y a qu'à appliquer les principes, un nouveau délai de cinq ans recommence à courir à partir du 1er janvier de l'année où est intervenue la liquidation tardive et, dans ce nouveau délai, le créancier doit faire *ordonnancer et payer* (2).

d) *Du maniement de la déchéance.* — D'une part, l'application de la déchéance est exclusivement dans les attributions du ministre liquidateur, ni les tribunaux judiciaires, ni les conseils de préfecture ne sont compétents pour l'appliquer, le Conseil d'État lui-même ne peut l'appliquer d'office, c'est pour cela que toute dette de l'État doit être liquidée administrativement (V. p. 751); d'autre part, le ministre n'a pas le droit de renoncer à invoquer une déchéance encourue, car il ne peut ni faire de cadeaux au nom de l'État, ni ordonnancer le paiement d'une dette naturelle (3); enfin le ministre n'est pas obligé d'invoquer la déchéance quinquennale dès qu'on formule devant lui la réclamation de paiement, il peut rejeter cette réclamation pour des motifs tirés du fond et plaider, la déchéance peut être invoquée même après que l'État a été condamné au

(1) Mais l'interruption ne résulterait ni d'une demande formée devant une juridiction incompétente, ni d'un simple commandement (C. É., 19 mai 1853, *Touillet*).

(2) Sur cette délicate question, V. les conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Romieu dans l'affaire *Dufourq*, C. É., 12 janvier 1894 (*Lebon*). — Cfr. Dumesnil et Pallain, *Législation du trésor public*, 2e édit., p. 408, et les arrêts suivants du C. É., cités par M. Romieu : 14 janvier 1842, *Julien;* 26 juillet 1855, *Hayet;* 8 juillet 1892, *Hugot.*

(3) Si, en fait, le ministre renonce à invoquer une déchéance encourue, comme le Conseil d'État ne peut pas se saisir d'office, il n'y a que le payeur qui puisse sauvegarder les droits de l'État en refusant de payer pour défaut de crédits et en saisissant de la difficulté le ministre des Finances (D. 31 mai 1862, art. 91).

Source : BIU Cujas

fond (C. É., 22 nov. 1889, *Nicquevert*) (1), le contentieux de la décision du ministre sur l'application de la déchéance, qui fait partie du contentieux de la liquidation, appartient exclusivement au Conseil d'État (C. É., 6 mai 1898, *Galinier*).

e) *Du caractère de la déchéance quinquennale.* — La déchéance quinquennale est une *prescription* en ce qu'elle atteint même les droits justifiés, tandis que d'ordinaire les déchéances n'anéantissent que des procédures de réclamation ou de justification. Mais c'est une prescription aussi rigoureuse qu'une déchéance. Elle ne comporte pas d'autre atténuation que la cause d'interruption prévue par l'art. 10, L. 29 janvier 1831, par conséquent ni autres cas d'interruption, ni cas de suspension Elle court contre les mineurs et les interdits (C. É., 13 janv. 1888, *Arbinet*) et aussi contre le créancier qui a totalement ignoré sa créance (C. É., 17 mai 1895, *Lauret*).

C. *Les comptes du budget.* — Tout le mécanisme budgétaire a pour objet de se rendre compte année par année de la situation financière. A cet effet le budget, état de prévision, est dressé par l'organe délibérant, les services financiers sont exécutés dans la période de l'exercice financier par l'organe exécutif; il faut qu'on s'assure, par le rapprochement des comptes d'exercice et du budget, que les services financiers ont bien été exécutés tels qu'ils avaient été prévus. C'est en effet ce qui se produit; une fois l'exercice clos, l'organe exécutif présente son compte administratif à l'organe délibérant qui est chargé de l'approuver.

Ce règlement annuel des budgets après exercice clos se fait assez simplement pour les administrations locales dont les assemblées délibérantes, en cours d'année, ont surveillé de très près l'exécution des services ; il présente plus de difficultés pour l'Administration de l'État dont l'énorme budget est exécuté par les ministres avec un contrôle beaucoup moins constant du Parlement. Aussi les comptes administratifs des ministres ne sont-ils présentés au Parlement qu'après avoir été sévèrement examinés par la Cour des comptes qui est chargée de prononcer à leur sujet deux déclarations de conformité, l'une constatant que les chiffres concordent avec ceux révélés par les comptes des comptables (que la cour vient d'apurer), l'autre constatant que les règles budgétaires prohibant les dépassements de crédits, les virements, etc., ont été observées par les ministres; ces déclarations de conformité sont accompagnées d'un rapport dans lequel la Cour des comptes signale au Parlement les infractions budgétaires qui ont été commises; enfin le Parle-

(1) Mais si le ministre a eu tort de ne pas invoquer la déchéance dès qu'a été formulée la réclamation et si le réclamant a été induit en un procès, il y a fait de service qui engage la responsabilité de l'État et celui-ci peut être condamné aux dépens de l'instance considérés comme frais frustratoires (C. É., 7 déc. 1900, *Madelain*).

Source : BIU Cujas

ment règle le compte du budget par le vote d'une loi que l'on appelle loi des comptes (1).

D. *Des rapports qui s'établissent entre la comptabilité budgétaire et le fond du droit.* — Cette matière a été annoncée p. 755, il y a lieu de traiter du budget considéré comme acte d'administration, des rapports qu'il y a entre la dépense budgétaire et la dette administrative, de la question de savoir si le budget séparé est un élément de la personnalité administrative :

1° *Le budget comme acte d'administration.* — Le budget ne se borne pas à prévoir, il *autorise* (D. 31 mai 1862, art. 5) ; mais il ne faut pas croire qu'il n'autorise que des recettes ou des dépenses, implicitement il autorise du même coup les opérations administratives dont les recettes sont le but ou dont les dépenses sont les voies et moyens. Cela est remarquable surtout dans l'administration de l'État, le Parlement intervient peu dans les mesures administratives, il statue moins sur les affaires que ne le font le conseil général ou le conseil municipal, ce sont les ministres qui statuent ; mais le Parlement ouvre aux ministres des crédits pour l'Administration, ces crédits sont spécialisés et les ministres ne doivent pas les dépasser, il faut en conclure que les crédits contiennent autorisation implicite des opérations à survenir ; les ouvertures de crédit sont donc des actes d'autorité de nature réglementaire (2).

2° *Des rapports qui existent entre la dépense budgétaire et la dette administrative.* — Nous avons déjà vu p. 751 qu'une dette administrative ne peut être payée que lorsqu'elle a revêtu la forme d'une dépense budgétaire, les règles sur la déchéance quinquennale nous ont appris que pour les dettes de l'État cette forme de dépense budgétaire doit être obtenue dans un délai très court sous peine de péremption du droit ; la forme de dépense budgétaire est donc très importante, mais il faut se garder de croire qu'elle absorbe et détruise la matière propre ou même la forme propre de la dette ; elle vient s'y surajouter, ainsi qu'il va résulter des observations suivantes :

a) Il n'est pas nécessaire que les dettes administratives *naissent* sous la forme de dépenses prévues dans un budget. Sans doute beaucoup naissent à la suite des opérations autorisées par les crédits ouverts au

(1) La loi du 25 janvier 1889, art. 6 et 7, a pris des mesures pour que la loi des comptes soit présentée rapidement, mais en fait le Parlement met un retard inconcevable à la voter — en moyenne sept à huit ans après l'année dont il s'agit. — V. sur ces matières, Emmanuel Besson, *Le contrôle des budgets en France et à l'étranger*, 1899.

(2) Les marchés passés par les ministres en dépassement de crédits, c'est-à-dire sans autorisation budgétaire, ne sont pas pour cela annulés, ils engagent quand même l'État et c'est un des faits qui prouvent qu'il naît des dettes hors budget ; ces dépassements de crédits engagent aussi la responsabilité personnelle du ministre qui est à la vérité peu efficace (V. p. 380). On cherche à les éviter par un contrôle préventif des marchés (L. 26 déc. 1890, art. 59).

Source : BIU Cujas

budget des dépenses, mais il en est beaucoup d'autres qui naissent hors budget; telles sont les dettes d'indemnité pour préjudice causé, les dettes dont le principe se trouve dans une loi antérieure (toutes les dépenses obligatoires des administrations locales), les dettes provenant de la gestion d'affaire ou de l'*in rem versum* (V. p. 211), les dettes provenant de marchés engagés par les ministres en dépassement de crédit ;

b) Même pour les dettes qui sont d'avance prévues au budget des dépenses, il faut savoir qu'elles ne naissent pas de la seule ouverture de crédit, mais d'un fait obligatoire qui est venu se joindre à l'ouverture de crédit pendant l'exécution du budget. Ce fait obligatoire peut être de nature contractuelle, par exemple un marché passé (Conflits, 11 mai 1901, *Casadavant*, S. 1901. 3. 113 et la note), mais ce peut être aussi une *situation de gestion* qui s'est établie, c'est-à-dire un concours qui a été apporté à l'exécution d'un service public, sans contrat, sur la foi d'une création d'emploi et d'une allocation votée (1) ou bien même un concours qui a été apporté à une œuvre d'utilité publique sur la foi d'une subvention votée (2) ;

c) La transformation de la dette en une dépense publique par une liquidation ou par une inscription au budget ne constitue pas une novation, car les justifications de la dette primitive suivent le dossier

(1) C. É. 26 février 1892, *Commune de Lion-sur-Mer;* 8 avril 1892, *Commune de Rennes;* 24 février 1896, *Ville de Narbonne* (Cf. Barthélémy, *Les Droits subjectifs des administrés*, p. 173). Dans ces diverses hypothèses, non seulement l'allocation avait été votée pour l'emploi créé, mais même elle avait été payée pour le premier douzième, il y avait eu commencement d'exécution; il a été décidé que le traitement était dû pour l'année entière.

(2) La subvention votée constitue une légitime espérance et, si des services faits viennent s'y ajouter, elle est due pour l'exercice courant (C. É., 22 juin 1888, *ville de Biarritz*). La subvention budgétaire est en soi l'ouverture de crédit pure et simple, elle ne comporte par elle-même aucun engagement; elle se distingue par là des contributions budgétaires qui sont imposées par des lois ou par des engagements administratifs antérieurs. On estime, dans les tractations administratives, que la promesse de subvention dégénère en un engagement lorsqu'elle est limitée à un certain chiffre et a un certain nombre d'années.

A titre de dépenses publiques, les subventions des assemblées locales sont astreintes aux conditions de validité des délibérations de ces assemblées, c'est-à-dire qu'elles peuvent être annulées si elles sortent de la légalité et des bornes de la compétence. Une application de cette idée a été faite aux subventions votées en faveur des écoles libres. Des avis du Conseil d'État du 19 juillet 1888 et du 13 novembre 1888 ont déclaré qu'il y avait dans ces subventions, violation de la loi du 30 octobre 1886, art. 2, qui ne reconnaît que deux catégories d'écoles, les écoles publiques entretenues par l'État, les départements et les communes, les écoles privées entretenues par des particuliers ou des associations; la subvention publique à une école privée eût créé une troisième catégorie d'écoles non prévue par la loi. Il y a eu des annulations nombreuses de décisions de conseils municipaux et de délibérations de conseils municipaux. Cependant on voit poindre une distinction entre la subvention à l'école qui demeurerait interdite, et la subvention à titre de secours aux enfants pauvres qui deviendrait permise (C. É., 6 août 1897, *ville de Dax*).

Source : BIU Cujas

jusqu'au paiement par le comptable et même jusqu'à l'apurement des comptes par le juge des comptes (1).

Donc, la dette administrative, c'est ce qui est dû en vertu des sources générales des obligations (contrat, quasi-contrat, quasi-délit, loi); la dépense budgétaire, c'est la dette administrative revêtue (soit dès le principe, soit *a posteriori*) d'une forme comptable qui autorise le paiement et qui vient s'ajouter à la forme primitive de la dette.

3° *Le budget comme élément de la personnalité administrative.* — Cette question a été traitée à la page 194.

(1) V. cependant les observations de M. le commissaire du Gouvernement Romieu sur le cas où la liquidation intervient après l'expiration du délai de la déchéance quinquennale (C. É., 12 janv. 1894, *Dufourq*).

Source : BIU Cujas

TITRE II

LES DROITS DE PERSONNE PRIVÉE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES DROITS DE PERSONNE PRIVÉE.

A. — *Définition et subdivision. — Les droits de personne privée sont les droits des personnes administratives qui ne leur donnent pas de contrainte et qui ne sont pas munis du privilège du préalable.* Ce sont des droits semblables à ceux qu'ont les particuliers dans leur patrimoine; ils n'entraînent, ni pour les personnes, ni pour les propriétés de charges exceptionnelles; ils se rattachent à la personnalité privée des administrations publiques (V. p. 195, cfr. p. 501).

L'exercice de ces droits provoque diverses observations :

1° Théoriquement ces droits ne sont pas exercés pour l'exécution des services publics, mais pour la gestion du domaine privé (V. p. 214). Pratiquement, dans les administrations locales, il y a des opérations qui sont certainement effectuées pour l'exécution des services publics et qui cependant sont considérées comme l'exercice de droits privés, tels sont les marchés de fournitures et les emprunts des départements et des communes. Cette anomalie déjà plusieurs fois signalée tient à ce que pendant longtemps l'exécution des services départementaux et communaux a été considérée comme chose privée. Avec le développement du régime de la puissance publique et avec la décentralisation, elle devra disparaître;

2° L'exercice des droits de personne privée donne lieu à des décisions de principe qui sont des actes d'autorité, ce n'est que l'exécution de ces décisions de principe qui consiste en des actes de gestion privée (V. p. 214, 302) (1);

(1) Ces actes d'autorité peuvent être attaqués par le recours pour excès de pouvoir jusqu'au moment où le contrat qu'ils autorisent a été passé; à partir de ce moment, ils

Source : BIU Cujas

3° Les préjudices causés par l'Administration dans l'exercice des droits de personne privée donnent lieu à l'application de la théorie civile de la responsabilité pour faute (V. p. 248);

4° Les créances et les dettes qui résultent pour l'Administration de l'exercice de ces droits de personne privée sont munies, au point de vue du recouvrement et du paiement, des mêmes privilèges financiers que celles qui résultent de l'exercice des droits de puissance publique (V. p. 720, 750).

Subdivision des droits de personne privée. — Ces droits sont tous domaniaux; il n'y a point parmi eux de droits de police, à moins qu'on ne veuille considérer comme étant un droit de police de personne privée, le pouvoir disciplinaire exercé dans les internats des lycées et collèges, ce qui serait assez raisonnable, car l'État n'est là que le représentant des pères de famille et ne doit, par conséquent, exercer qu'un pouvoir familial (1). Les droits domaniaux de personne privée se divisent en deux grandes catégories :

1° *Le domaine privé*, qui n'est autre chose que le droit de propriété privée appartenant aux personnes administratives;

2° Les *modes d'acquérir de personne privée*, c'est-à-dire les modes d'acquérir qui ne supposent point l'emploi de la puissance publique.

B. *Absence de conflit entre les droits de personne privée et les droits des particuliers.* — Comme les droits de personne privée n'entraînent aucune charge exceptionnelle ni pour les personnes, ni pour la propriété, ils n'entrent point en conflit avec les droits des particuliers. Il n'y a donc point à se demander, comme il fallait le faire pour les droits de puissance publique, comment on rétablira l'égalité au profit des particuliers lésés par l'exercice de ces droits. Ici, il n'y a point de dommage à réparer, ni d'indemnités pour dommages, il n'y a point à rétablir l'égalité parce qu'elle n'est pas rompue. Les particuliers qui traitent avec l'Administration ne subissent pas ici de préjudice spécial, puisqu'ils peuvent librement débattre leurs intérêts.

C. *Des règles de droit applicables aux droits de personne privée.* — Nous avons vu que pour les droits de puissance publique, il fallait appliquer des règles spéciales, qui ne se rattachent au reste du Droit que parce qu'elles s'inspirent des principes constitutionnels et des données les plus générales des contrats. Pour les droits de personne privée, au contraire, il faut appliquer en principe, et sauf exception, les règles du droit commun, soit du droit civil, soit du droit commercial; non seule-

sont incorporés à l'acte privé, ne peuvent plus être attaqués séparément et les tribunaux judiciaires deviennent compétents pour les interpréter (*conflits*, 12 juillet 1890, *Ville de Paris*).

(1) D'autre part, il est certain que les élèves des lycées et collèges ne relèvent point des juridictions disciplinaires spéciales de l'Université tant qu'ils ne prennent part à aucun examen ni à aucun concours publics.

Source : BIU Cujas

ment les règles générales des contrats, mais les règles spéciales de chaque contrat; si l'on se trouve en présence d'un bail de maison, par exemple, appliquer les règles des baux; si l'on se trouve en présence d'un marché de travaux non publics, appliquer les règles des art. 1787 et suiv.

La prescription s'applique aux droits de personne privée dans les termes du droit commun, art. 2227 du Code civil.

Les personnes administratives peuvent librement transiger sur ces droits (1).

De plus, en principe et sauf exception, les contestations qui s'élèvent à la suite de l'exercice des droits de personne privée, sont de la compétence des tribunaux ordinaires.

(1) Le Conseil d'État a posé en principe « qu'aucune disposition de loi ou de règlement n'interdit à l'État la faculté de transiger (Avis, 27 févr. 1868 ; C. É. 23 déc. 1887, *Évêque de Moulins;* 18 mai 1877, *Banque de France;* 17 mars 1893, *Chemins de fer contre le ministre de la guerre*), en principe donc, l'État peut transiger, même sur ses droits de puissance publique; il est vrai que pour qu'une opération de puissance publique prête à transaction, il faut qu'elle se présente d'une façon synallagmatique. Cette condition se trouve réalisée dans les marchés de travaux publics et dans les marchés de fournitures. Le droit de transiger appartient alors au ministre et il trouve à s'exercer dans la liquidation du marché. — A plus forte raison le droit de transiger appartient-il à l'État pour son domaine privé et ici il est exercé par le ministre des finances (Arr., 3 juill. 1834). — Enfin, il faut noter qu'il peut être transigé encore sur la poursuite des délits et contraventions en matière de forêts (C. forest., art. 159; L. 18 juin 1859; D. 22 déc. 1879), en matière de contributions indirectes (Arr. 5 germ. an XII, art. 23; O. 3 janv. 1821, art. 10; D. 1er nov. 1895) et en matière de douanes (V. D. 8 août 1890).

Pour les départements, l'art. 46, n. 16, de la loi du 10 août 1871 énumère parmi les délibérations définitives du Conseil général celles relatives « aux transactions concernant les droits du département; » il n'y a pas de raison pour que cela ne vise pas les marchés de travaux aussi bien que les opérations privées.

Pour les communes, l'art. 68, n. 4, de la loi du 5 avril 1884, énumère parmi les délibérations du conseil municipal soumises à l'approbation du préfet celles portant sur « les transactions; » ici encore l'expression est générale et vise les marchés de travaux aussi bien que les opérations privées; notons que l'arrêté du 21 frim. an XII, qui exigeait l'avis préalable de trois jurisconsultes, a été abrogé par l'art. 168 de la loi municipale.

Pour les établissements charitables, la loi du 7 août 1851, art. 9 et 10, prévoit également les transactions par délibérations de la commission administrative soumise à l'avis du conseil municipal et ajoute que cette délibération suit, quant aux autorisations, les mêmes règles que les délibérations dudit conseil municipal ; c'est-à-dire que l'avis préalable de trois jurisconsultes s'est imposé aux établissements charitables aussi longtemps qu'il s'est imposé aux communes, mais que l'art. 168, L. 5 avril 1884, a supprimé par contre-coup cette formalité pour ces établissements en la supprimant pour les communes Cfr. sur tous ces points, p. 198).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE I

LE DOMAINE PRIVÉ

A. *Le domaine privé de l'État* (1). — Il n'y a actuellement qu'un seul domaine privé de l'État, et toutes les dépendances de ce domaine forment, au point de vue juridique, une seule masse.

On distinguait avant la Révolution un grand et un petit domaine; depuis la Révolution, il y a eu un domaine *extraordinaire*, produit de la conquête, servant notamment à constituer des majorats, un *domaine de la couronne* ou des *biens de la liste civile*. Toutes ces distinctions du domaine et tous ces domaines particuliers sont aujourd'hui abolis. Les dépendances du domaine privé de l'État comprennent : des immeubles, comme les forêts nationales, les lais et relais de la mer, les fortifications des places de guerre déclassées, certaines sources minérales, salines, mines, etc..., certaines fermes ; des meubles comme le mobilier des bâtiments affectés aux services publics, comme le matériel de guerre, à supposer que ces objets ne soient pas plutôt des dépendances du domaine public (V. p. 590); enfin on y range souvent certains droits incorporels tels que le droit de chasse dans les forêts nationales et le droit de pêche sur les fleuves, à supposer qu'il y ait intérêt à séparer ces droits du droit de propriété.

Aliénabilité et prescriptibilité du domaine. — Toutes les dépendances du domaine privé sont aliénables et prescriptibles ; aliénables, parce que les textes anciens qui les mettaient hors du commerce sont

(1) Le *domaine privé*, dans le langage courant, désigne le droit de propriété privée en tant qu'il appartient aux personnes administratives. Les choses sur lesquelles porte ce droit de propriété méritent le nom de *dépendances du domaine privé*.

Toutes les personnes administratives ont un domaine privé, notamment les établissements publics qui n'ont pas de domaine public, mais qui ont un domaine privé. On dit les biens des hospices, les biens des fabriques, les biens des sections de commune, comme on dit les biens des communes ou des départements.

Observation. — Bien que d'après le langage courant, le domaine privé ne comprenne que le droit de propriété privée, en réalité on y trouve aussi d'autres droits réels, tels que l'usufruit, l'usage, les servitudes, les privilèges et les hypothèques ; nous nous occuperons de ces droits dans un appendice.

Source : BIU Cujas

abrogés ; prescriptibles, parce que l'art. 2227 du Code civil soumet l'État et les autres personnes administratives aux mêmes prescriptions que les particuliers (1).

Bien qu'aliénables et prescriptibles, les dépendances du domaine privé sont insaisissables.

Gestion du domaine. — C'est le préfet qui passe les actes juridiques relatifs au domaine privé de l'État, mais la gestion proprement dite, c'est-à-dire la direction économique, appartient, soit à *l'administration de l'enregistrement, des domaines et du timbre* sous l'autorité du ministre des finances, soit à *l'administration des eaux et forêts* qui dépend du ministère de l'Agriculture (D. 19 avril 1898) ; de plus, les biens affectés à un service public, sont gérés sous l'autorité du ministre au service duquel ils sont affectés.

Les forêts sont administrées en régie, et il y a tout un corps de règles importantes que l'on appelle le *régime forestier*.

Les autres biens de l'État, s'ils ne sont aliénés ou concédés, ou affectés à un service public, doivent en principe être affermés (V. *infrà*).

B. *Le domaine privé du département.* — Nous ne le faisons guère figurer que pour ordre et pour mémoire, il est très peu important; il

(1) Sous l'ancien régime, en vertu d'un principe qui remonte très haut, et qui avait été consacré pour la dernière fois dans l'édit de Moulins de février 1566, tous les biens du domaine de la couronne étaient inaliénables, sauf ce qu'on appelait le petit domaine, lais et relais de la mer, landes, marais, terres vagues. Le domaine de la couronne comprenait alors justement ce que nous appelons aujourd'hui le domaine privé. La loi du 22 novembre 1790 supprima le principe de l'inaliénabilité, qui d'ailleurs avait toujours été fort mal respecté par les rois.

Ainsi qu'il est dit fort justement dans le préambule de cette loi, l'inaliénabilité du domaine se comprenait lorsque ce domaine était censé appartenir non pas à la nation, mais au roi chef de la nation. Il y avait lieu de prendre des précautions contre le roi ; mais maintenant que la nation était rentrée en possession de son domaine et qu'elle était maîtresse de ses destinées, rien ne justifiait plus ce principe. La nation doit être maîtresse d'aliéner son domaine et on est certain qu'elle ne l'aliénera pas à la légère.

L'inaliénabilité des dépendances du domaine public se justifie parce qu'en fait l'affectation à l'utilité publique de ces choses les met hors du commerce, l'inaliénabilité des dépendances du domaine privé serait sans motif.

Cependant la loi de 1790 laissa subsister l'inaliénabilité pour les grandes masses de forêts, mais cette dernière exception fut elle-même abolie par la loi du 25 mars 1817 qui affecta les forêts de l'État à la dotation de la caisse d'amortissement. Par conséquent, à l'heure actuelle, les forêts sont aliénables et prescriptibles (Cass., 27 juin 1854, S. 55. 1. 497). Seulement il faut une loi pour autoriser l'aliénation, de même que pour autoriser l'aliénation des immeubles de plus d'un million (L. 1er juin 1864, art. 1er).

Quelques auteurs voient dans cette nécessité d'une loi pour autoriser l'aliénation, la preuve que les forêts et les domaines de plus d'un million sont restés en principe inaliénables et imprescriptibles, et ils en font un grand domaine qu'ils opposent au petit domaine qui seul serait aliénable et prescriptible; ils ressuscitent ainsi l'ancienne distinction. Ils ne voient pas que la loi qui intervient ici n'est qu'un acte d'administration analogue à la loi qui décide un emprunt, que c'est la décision par laquelle l'État *aliène* tel ou tel bien, et non point une loi qui le rend *aliénable*.

Source : BIU Cujas

est aliénable, prescriptible et insaisissable, il est administré par le conseil général et le préfet.

C. *Le domaine privé de la commune.* — Le domaine privé de la commune est plus important que celui du département.

Ce domaine est aliénable, prescriptible et insaisissable, il est administré par le conseil municipal et par le maire ; en principe, comme pour les biens de l'État, les objets qui ne sont pas affectés à un service public doivent être affermés. Les bois des communes, lorsqu'ils sont susceptibles d'être aménagés, sont soumis au régime forestier.

Il y a dans le domaine privé de la commune une catégorie de biens particulièrement intéressante, ce sont les biens *communaux*.

Des biens communaux. — Les biens communaux ont une origine complexe ; certains d'entre eux peuvent être un vestige de la copropriété de village et nous venir du droit germanique ; d'autres peuvent aussi nous venir, sinon de la législation romaine, tout au moins des traditions des grands propriétaires gallo-romains, qui, dans leurs domaines cultivés par manses, laissaient certains terrains vagues communs entre les divers tenanciers ; enfin d'autres peuvent provenir de concessions de terres incultes et de bois faites aux XIIe et XIIIe siècles par les seigneurs à des communautés d'habitants, pour retenir ou attirer les populations (1). Ce qui est certain, c'est qu'ils représentent, ainsi qu'on va le voir, une forme de jouissance communiste.

Très considérables avant la Révolution, ils ont été fortement diminués par les partages qu'on a laissé faire. On a beaucoup vanté ces partages qui ont donné quantité de terres à la culture, on s'aperçoit aujourd'hui que la culture a ses déceptions, et que dans les mauvaises années, il est bon que des bois ou des terres incultes soient à la disposition des nécessiteux, pour leur fournir certaines ressources de première importance, qu'il y a là une forme d'assistance élémentaire.

Les biens communaux sont affectés à l'usage des habitants ut singuli *d'une ou de plusieurs communes, d'une ou de plusieurs sections de commune, d'un ou de plusieurs hameaux. Ils sont la propriété de la commune ou de la section de commune* (2).

Condition juridique des biens communaux. — Ils sont la propriété des communes et sections de commune, mais ils sont affectés à l'usage des habitants *ut singuli* des communes, sections de commune ou hameaux. Ce n'est pas un véritable droit d'usage, d'ailleurs, qu'ont les habitants, du moins ce droit n'empêche pas la commune ou la section de commune d'aliéner son communal :

(1) La réalité de cette origine semble attestée par la législation sur le triage dont il va être parlé.

(2) L'art. 542 du Code civil donne des biens communaux une définition incorrecte, car elle supposerait que les habitants de la commune ont un droit à la propriété de ces biens, ce qui n'est pas.

Source : BIU Cujas

1° Les biens communaux sont aliénables (1) et prescriptibles; 2° ils peuvent être partagés entre communes et sections de communes copropriétaires (L. 10 juin 1793); 3° ils ne peuvent pas être l'objet d'un partage de propriété gratuit entre les habitants, ce mode d'aliénation éminemment dangereux est actuellement interdit (2); 4° il peut y avoir partage provisionnel d'usage entre les habitants, ce partage est fait par le conseil municipal.

Énumération des communaux. — Doivent être rangés parmi les biens communaux : 1° les pâturages communs et les forêts affouagères dont les communautés rurales étaient propriétaires à la date de la loi du 28 août 1792; 2° les forêts affouagères en possession desquelles elles ont pu rentrer en vertu de l'art. 1er de ladite loi (Cfr. L. 19 avril 1901 sur l'affouage communal et articles de Germain, *Rev. gén. d'adm.*, 1901, II, 129 et s.); 3° les terres vaines et vagues dont les communautés avaient l'usage conjointement avec le seigneur à la même date, ou dont elles ont pris possession dans les cinq ans, à moins que ledit seigneur ou ses ayants cause ne puissent montrer un titre légitime d'acquisition non entaché de féodalité, ou justifier d'une prescription de droit commun (L. 28 août 1792, art. 1er et art. 9, et L. 10 juin 1793, art. 1er) (3); 4° le droit à la récolte du varech ou goémon de rive; 5° l'usage appartenant aux communes dans les forêts de l'État (C. forest., art. 61 à 85) (4).

(1) Cependant, ils ne peuvent être aliénés que dans des cas restreints, par exemple, en vertu de l'art. 110, L. mun., car « ils ne sont pas des biens de société, mais des biens de mainmorte » Décis. adm., 6 avril 1899, *Revue d'adm.*, 99, II, 325.

(2) Il y a eu de ces partages. Au XVIIIe siècle on avait déjà fortement commencé, on partageait alors par feux. La loi du 14 août 1792 ordonna le partage des terrains communaux, à l'exception des bois. Enfin, la célèbre loi du 10 juin 1793 rendit le partage facultatif, mais il suffisait qu'il fût voté par le tiers des habitants de tout sexe, il avait lieu gratuitement et par tête; c'était la spoliation des générations futures, on l'a appelée une loi agraire. Trois ans après, la loi du 21 prair. an IV, venait suspendre la loi de 1793, puis la loi du 9 vent. an XII valida tous les partages exécutés et fit remise aux communes de ce qui restait. Depuis lors, pas de doute, le partage gratuit est interdit (Av. Cons. d'Ét., 16 mars 1838). — Il put être fait des partages *avec estimation* qui équivalaient à vente (*eod*). Cfr. Aucoc, *Traité des sections de commune*, 2e édit., p. 451; Dufour, *Droit adm. appliqué*, 3e édit., t. III, p. 560), mais la décision ministérielle du 6 avril 1899 précitée semble s'y opposer pour l'avenir.

(3) Ces lois sont relatives à l'abolition du *triage*, droit que l'ord. de 1669, art. 4, titre XXV, avait consacré au profit du seigneur. Celui-ci, lorsqu'il avait autrefois donné à titre gratuit un bois ou un pâturage put en reprendre le tiers. — Ce droit s'établit probablement par imitation du cantonnement; il eut de fâcheux effets et donna naissance à des procès interminables. Aboli pour l'avenir par la loi des 15-28 mars 1790, art. 30, titre II, il le fut rétroactivement par la loi du 28 août 1792. V. Merlin, *Répert.*, vo *Triage*.

(4) Le parcours de commune à commune, radicalement aboli par l'art. 1er de la loi du 9 juillet 1899, pouvait être considéré comme un *communal;* la vaine pâture sur un héritage déterminé conservée par l'art. 12, même loi, peut être également considérée comme un *communal* quoique pour Merlin le bien communal suppose propriété.

La vaine pâture générale, abolie en principe sauf maintien exprès par décisions ad-

Source : BIU Cujas

D. *Le domaine privé des colonies.* — Le domaine privé des colonies comprend à peu près les mêmes biens que celui de l'État ; il a été constitué par les ordonnances du 26 janvier 1825 et du 17 août 1826. Il est placé dans les attributions du gouverneur et administré par le service du domaine. Les règles d'aliénabilité sont fixées par les décrets constitutifs de chaque colonie.

E. *Le domaine privé des établissements publics.* — Le domaine privé des établissements publics ne mérite aucune mention particulière ; il est aliénable et prescriptible, mais insaisissable, sa composition et son mode d'administration sont analogues à ceux des biens des départements et des biens des communes,

Lorsque les bois possédés par des établissements publics, notamment par des hospices, sont susceptibles d'être aménagés, ils sont soumis au régime forestier.

Appendice au domaine privé (1). — Les personnes administratives, outre le droit de propriété privée, peuvent avoir également à titre privé,

ministratives (L. 22 juin 1890), est plutôt une condition générale de la propriété dans la commune.

(1) Les droits de *servitudes* ne méritent aucune observation.

Les droits d'*usufruit* et d'*usage* soulèvent la question de savoir si l'art. 619 du Code civil est applicable. Cet article statue que l'usufruit qui n'est pas accordé aux particuliers ne dure que trente ans. Il ne faut étendre cette disposition aux droits d'usage appartenant aux personnes administratives qu'avec les plus grandes précautions. Beaucoup de droits d'usage sont perpétuels. Sans parler de la disposition de l'art. 643 du Code civil relative à l'usage de l'eau d'une source acquis aux habitants d'un hameau, les droits d'usage des communes dans les forêts de l'État sont perpétuels, sauf le droit de cantonnement (art. 61 à 85, C. forest.), et beaucoup de droits d'usage sur des halles ou champs de foire appartenant avant la Révolution aux seigneurs, et dont les ayants cause ont conservé la propriété, sont perpétuels (L. 28 mars 1790, t. II, art. 19 et L. 20 août 1790, c. III, art. 2).

Les *privilèges* et *hypothèques* existant au profit des personnes administratives sont intéressants dans leur principe en ce qu'ils montrent le secours que la personnalité privée peut prêter à la personnalité publique ; en effet, beaucoup de ces privilèges et hypothèques existent à la garantie de droits de puissance publique, les privilèges et hypothèques sur les biens des comptables, par exemple, ou encore les privilèges du Trésor en matière d'impôts et cependant, en soi, ils sont des droits privés. Ainsi la personnalité privée nous apparaît comme une doublure très utile de la personnalité publique, devant procurer à celle-ci les moyens d'action du droit privé.

Envisagés dans leurs détails, ces privilèges et hypothèques intéressent le droit civil plus que le droit administratif.

I. *Les privilèges du Trésor* ont été énumérés, p. 722.

II. *Des hypothèques conventionnelles.* — Les personnes administratives, dans les contrats qu'elles passent, peuvent stipuler des hypothèques conventionnelles. Ces hypothèques sont régies par le droit commun, sauf qu'elles peuvent être stipulées dans le contrat passé en la forme administrative par dérogation à l'art. 2127 du Code civil (art. 14, tit, II, L. 28 oct. 1790 sur l'administration des biens nationaux).

III. *De l'hypothèque judiciaire.* — Les personnes administratives jouissent du béné-

Source : BIU Cujas

d'autres droits réels, des droits de servitudes, d'usufruit, d'usage, des privilèges et hypothèques.

fice de l'hypothèque judiciaire résultant soit des jugements des tribunaux ordinaires, soit des décisions des juridictions administratives statuant au contentieux.

Les contraintes décernées par les autorités administratives, dans les cas et pour les matières de leur compétence, sont assimilées à ce point de vue à des jugements de condamnation et emportent l'hypothèque judiciaire au profit de l'État (Av. Cons. d'Ét., 16 25 therm. an XII).

Nous avons vu ce qu'est la contrainte administrative : un titre exécutoire que l'administration se crée à elle-même. D'après l'opinion généralement reçue, ce titre entraîne hypothèque judiciaire, non seulement en matière de *débets*, mais aussi en matière d'impôts (V. les textes cités, p. 721).

IV. *De l'hypothèque légale.* — L'État, les départements, les communes, les établissements publics ont une hypothèque légale sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (Art. 2121, 3e aliénéa, C. civ.). Elle prend rang au jour du commencement de la gestion, à la condition d'être inscrite, car elle n'est pas dispensée d'inscription. Elle s'étend à tous les biens présents et à venir des comptables, sauf en ce qui concerne les comptables de l'État, dont elle ne frappe pas les immeubles acquis à titre onéreux postérieurement au jour de leur nomination (L. 5 sept. 1807, art. 4, 5, 6), ces biens étant déjà frappés du privilège spécial de la loi de 1807.

Pour les fabriques, l'art. 17 du décret du 27 mars 1893 décide que l'hypothèque légale ne sera inscrite sur les biens du trésorier que par décision spéciale du juge des comptes et en certains cas déterminés.

Enfin, c'est une question de savoir qui est comptable; on n'applique l'hypothèque qu'aux agents qui sont *directement comptables*, aux receveurs généraux et particuliers, mais pas aux simples percepteurs.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

LES MODES D'ACQUÉRIR DE PERSONNE PRIVÉE

Section I. — Modes d'acquérir qui procèdent de la loi.

A. *Attribution des biens vacants et sans maître* (Art. 639 et 713, C. civ.). — Ce mode d'acquérir est particulier à l'État. Pratiquement, il s'applique :

Aux *épaves terrestres*, choses déposées dans les greffes des tribunaux, dans les lazarets, dans les bureaux de douanes, sommes versées à la poste, etc., lorsque ces choses n'ont pas été retirées dans un certain délai ;

Aux *épaves fluviales*, objets trouvés sur les bords ou dans le lit des cours d'eaux navigables et flottables ;

Aux *épaves maritimes*, objets provenant de jet, bris ou naufrage, choses du cru de la mer, herbes marines, ambre, corail, poissons à lard, lorsque le tout est jeté sur la grève ;

Aux *successions vacantes*, lorsque l'État n'a pas voulu les recueillir par déshérence afin de n'être pas traité comme successeur à titre universel ;

Enfin, aux *biens laissés vacants*, par la suppression de la personnalité des établissements publics, des établissements d'utilité publique, et de toutes les associations et congrégations qui constituent des personnes morales si la dévolution des biens n'a pas été réglée autrement (V. p. 121, 127).

B. *Déshérence.* — Le droit de déshérence appartient à l'État et, dans des hypothèses spéciales, aux hopices, à la caisse des invalides de la marine et à la caisse des retraites pour la vieillesse (1).

(1) Le droit de déshérence de l'État est réglé par les art. 723, 724, 767 à 772 du Code civil. Le droit de déshérence des hospices est réglé par la loi du 15 pluv. an XIII, art. 8. et l'avis du Conseil d'État du 14 oct. 1809. Il porte : 1° sur la succession entière des enfants qui décèdent avant leur sortie de l'hospice, leur émancipation ou leur majorité, lorsqu'il ne se présente aucun héritier pour la recueillir; 2° sur les effets mobiliers, meubles corporels, linges, vêtements ou autres objets servant à l'usage quotidien apportés par les malades décédés dans les hospices et qui y ont été traités gratuitement, à l'ex-

Source : BIU Cujas

Section II. — Les dons et legs (1).

(art. 910 et 937, C. civ.; L. 4 février 1901).

Les personnes administratives peuvent recevoir des donations et des legs, mais en général, l'État intervient et il faut qu'il autorise l'acceptation. La législation est la même pour les établissements d'utilité publique, bien que ce soient des établissements privés. C'est un des cas où ils sont soumis à la tutelle de l'État (art. 910 et 937, C. civ.). La nécessité de l'autorisation de l'État n'est pas la seule règle exceptionnelle que le droit administratif ait introduite dans la matière des dons et legs, nous en rencontrerons quelques autres qui toutes ont pour but d'assouplir le droit civil (2). En principe, malgré tout, il faut partir des règles du droit civil, tant sur le fond que sur la forme des libéralités.

A. *De la capacité d'être institué ou gratifié* (3). — En théorie, toute personne morale devrait avoir une personnalité juridique, toujours la même, qui comprendrait la capacité d'être institué ou gratifié (V. p. 89, 482); Pratiquement, il faut faire des distinctions : 1° les personnes administratives françaises, État, départements, communes, établissements publics, ont la capacité d'être institués ou gratifiés (V. pour le département, art. 46, n° 5, L. 10 août 1871; pour la commune, art. 68, n° 8, L. 5 avr. 1884; pour les établissements publics, art. 910, 937, C. civ.); 2° les établissements d'utilité publique français ont également cette capacité (Art. 910 et 937, C. civ.; L. 4 février 1901, art. 5; L. 1er juillet 1901, art. 11); 3° la question est discutée pour les sociétés de commerce (V. p. 90), pour les syndicats professionnels (V. p. 103); 4° les associations simplement déclarées, n'ont pas la capacité d'être instituées ou

clusion des héritiers; 3° sur les effets mobiliers apportés dans l'hospice, par les malades payants, lorsque ceux-ci y sont décédés sans héritiers.

Le droit de déshérence de la caisse des invalides de la marine est réglé par la loi du 30 avr. 1791, art. 4, n° 8. Il porte sur les deniers et effets non réclamés dépendant de la succession des marins et autres personnes mortes en mer.

Le droit de déshérence de la caisse des retraites pour la vieillesse est réglé par la loi du 2 juill. 1886, art. 18. Il porte sur les capitaux réservés dont la caisse eût été débitrice envers les héritiers ou légataires du crédi-rentier s'ils se fussent présentés dans les trente ans. Pour les effets de la déshérence, renvoi au Code civil.

(1) *Bibliographie :* de Salverte, *Essai sur les libéralités en faveur des établissements civils et ecclésiastiques*, 1859; Albert Vandal, *Des libéralités aux établissements publics*, 1879; Marguerie, article *dons et legs* dans le Dictionnaire Blanche et Imbert, 1884; Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, 1896; *Notes de jurisprudence du Conseil d'État*, première publication 1892, deuxième publication 1900; L. Aucoc, *Les établissements publics et la loi du 4 février 1901*. Revue critique de législation, 1901, p. 158.

(2) Ainsi en est-il de la règle qui permet aux établissements de recevoir avant d'avoir la personnalité, de celle qui permet l'acceptation d'une donation après la mort du donateur, de celle qui autorise l'acceptation partielle d'un legs.

(3) Il y a lieu de distinguer la capacité d'être institué ou gratifié, et la capacité de recevoir; c'est à peu près la distinction romaine de la *factio testamenti* et du *jus capiendi*.

Source : BIU Cujas

gratifiées (L. 1er juillet 1901, art. 6); 5° les fondations n'existent pas dans notre droit en tant qu'un testateur pourrait créer par sa seule volonté une personne morale capable d'être gratifiée (V. p. 129 et s.); 6° la question est discutée de savoir si les États étrangers et les différentes personnes administratives étrangères ont la capacité d'être instituée ou gratifiée en France (V. la *Bibliographie*, p. 197); 7° enfin, les articles 910 et 937 du Code civil et l'ordonnance du 2 avril 1817, art. 1 et 3, établissent que « les pauvres d'une commune » constituent une collectivité capable d'être instituée ou gratifiée; par une conséquence logique, des libéralités peuvent être adressées aux pauvres d'un canton, d'un arrondissement, d'un département et même aux pauvres de France, en effet, elles seront considérées comme adressées à un ensemble de collectivités communales de pauvres (Tissier, *op. cit.*, n. 135) (1).

Des établissements dont l'existence n'est pas encore reconnue. — Rigoureusement, les établissement qui, tout en ayant une existence de fait, n'ont pas encore la personnalité, ne devraient pas pouvoir être institués ou gratifiés; cependant la jurisprudence actuelle du Conseil d'État les admet, leur appliquant par analogie l'art. 906 du Code civil qui habilite l'enfant simplement conçu; seulement, il faut : 1° que l'établissement ait la personnalité au moment de l'acceptation; 2° que les héritiers du testateur ou donateur ne se refusent pas à l'exécution. Les décrets d'autorisation portent la mention que : « l'établissement est autorisé à accepter la libéralité résultant pour lui, tant du testament ou de la donation, que du consentement donné par les héritiers à son exécution. » Il n'y a pas là une libéralité nouvelle de la part des héritiers, mais une renonciation consentie par eux à invoquer une exception existant à leur profit (2).

De certaines restrictions à la capacité. — Les congrégations religieuses reconnues ne peuvent recevoir que des legs à titre particulier; elles ne peuvent recevoir d'un de leur membres, par donation entre-vifs ou par testament, que le quart des biens de celui-ci, à moins que le don ou legs n'excède pas la valeur de 10.000 francs (L. 24 mai 1825, art. 4 et 5).

(1) Sur toute cette question de la capacité d'être institué, V. Tissier, nos 39 à 284; il est à remarquer que la loi du 4 février 1901, ne parle pas de l'acceptation des libéralités laissées « aux pauvres », mais comme elle n'est relative qu'à la question de l'acceptation, c'est-à-dire au *jus capiendi*, elle ne peut pas être considérée comme ayant aboli leur capacité d'être institué.

(2) Pendant longtemps, la jurisprudence du Conseil d'État avait été différente; elle reposait sur un avis du 18 avril 1834, qui refusait l'autorisation, même lorsque l'auteur de la libéralité avait spécifié que la libéralité était subordonnée à la reconnaissance postérieure de l'établissement. Dorénavant, les discussions ne seront plus possibles, car la loi municipale du 5 avril 1884, art. 111, a consacré le principe nouveau au profit des hameaux qui ne sont pas encore érigés en sections de commune et qui, par suite, n'ont pas encore la personnalité.

Source : BIU Cujas

Les Petites Sœurs des pauvres ne peuvent posséder ni rentes ni immeubles autres que ceux affectés au logement des sœurs (Statuts).

Les Sociétés de secours mutuels libres ne peuvent recevoir des dons et legs immobiliers qu'à la charge de les aliéner (L. 1er avr. 1898, art. 15, § 5); les syndicats professionnels (L. 21 mars 1884, art. 6) et les comités des habitations à bon marché (L. 30 nov. 1894, art. 2), ne peuvent posséder que les immeubles destinés au logement de leurs services.

B. *De la capacité de recevoir et de la nécessité d'une autorisation préalable.* — Les personnes morales capables d'être instituées ou gratifiées sont, en principe, empêchées de recevoir l'émolument de la libéralité, à moins d'obtenir l'autorisation préalable du Gouvernement (art. 910, C. civ., L. 4 févr. 1901). Cette règle crée une véritable *incapacité de recevoir* qui entraîne nullité civile de l'acceptation faite sans autorisation, ou qui s'oppose à l'emploi des sommes touchées dans les cas où il n'y a pas eu lieu à acceptation (1). Si, pour échapper à la nécessité de l'autorisation, la libéralité a été dissimulée sous un contrat à titre onéreux ou faite à une personne interposée, on applique la nullité de l'art. 911, Code civil (2).

La règle de l'art. 910 s'explique par différents motifs : la préoccupation que doit avoir le Gouvernement de ne pas voir les familles dépouillées par la vanité des donateurs; la vigilance avec laquelle il doit surveiller l'accroissement des biens de mainmorte; enfin, quand les personnes morales gratifiées appartiennent à l'Administration, la sollicitude avec laquelle il doit veiller sur elles afin qu'elles n'acceptent pas de legs dont les charges soient onéreuses ou tendent à les faire sortir de leur spécialité. Cette règle est d'ailleurs inspirée des précédents historiques, la législation de l'amortissement pour les gens de mainmorte et l'édit d'août 1749 (V. Tissier, *op. cit.*, nos 1 à 38).

I. *Des personnes morales qui ont besoin de l'autorisation.* — La règle de l'art 910 ne s'applique qu'aux institutions ou établissements qui ont à la fois la capacité d'être institués, et la qualité d'établissements publics ou d'utilité publique; elle ne s'applique pas, croyons-nous, aux quelques institutions qui, tout en ayant la capacité d'être instituées, ne sont pas cependant de véritables établissements d'utilité publique. Cela résulte du contexte de la loi du 4 février 1901 et de ce qu'elle laisse soumises à des règles

(1) L'art. 910 dit que les libéralités *n'auront leur effet* qu'autant qu'elles seront autorisées par un décret; d'autre part, il est placé dans un chapitre du Code civil qui a pour rubrique *de la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament;* il est donc à croire que ce qui empêche les libéralités d'avoir leur effet est une incapacité. Au reste, l'opinion générale des civilistes est que l'art. 910 crée une incapacité (Cfr. Aubry et Rau, t. VII, p. 37). — V. cependant en sens contraire, M. Tissier, *op. cit.*, n° 340, dont l'opinion à la vérité paraît peu déterminée, car au n° 349 il admet au contraire que l'art. 910 établit une condition de capacité.

(2) V. en ce sens, Aubry et Rau, t. VII, p. 49; Cass., 3 mars 1880, *Pigelet;* en sens contraire, M. Tissier, *op. cit.*, n° 344.

Source : BIU Cujas

spéciales les sociétés de secours mutuels et les congrégations religieuses autorisées (art. 6) (1).

Il y a toutefois des exceptions à la règle : 1° l'État n'est pas tenu à l'autorisation, puisqu'il se la donne à lui-même, cependant à titre de formalité administrative, il intervient un décret du chef de l'État qui est plutôt une acceptation qu'une autorisation (art. 1er, L. 4 févr. 1901) ; 2° le département peut recevoir sans autorisation lorsqu'il n'y a pas de réclamation de la part des familles et refuser dans tous les cas (L. 10 août 1871, art. 46, n° 5 modifié par L. 4 février 1901, art. 2); la commune également, à la condition qu'il n'y ait pas de réclamation de la famille (L. 5 avr. 1884, art. 68, n° 8 modifié par L. 4 février 1901, art. 3), sur l'hypothèse du refus, V. art. 111 et 112 modifiés. Les établissements publics acceptent et refusent sans autorisation les dons et legs faits sans charges, conditions ni affectations immobilières (art. 4, L. 4 févr. 1901) et qui ne donnent pas lieu à réclamation des familles (art. 7) ; lorsque les dons ou legs sont grevés de conditions ou d'affectations immobilières, l'acceptation ou le refus est autorisé par arrêté du préfet, si l'établissement bénéficiaire a le caractère départemental ou communal, et par décret du Conseil d'État s'il a le caractère national. Les établissements d'utilité publique sont toujours soumis à l'autorisation.

II. *Des libéralités soumises à autorisation.* — Comme toute règle qui déroge au droit commun de la liberté, la règle de l'art. 910 doit être interprétée restrictivement, par conséquent, elle ne s'applique qu'aux donations proprement dites et aux legs proprement dits. Elle ne doit pas être étendue aux charges de donation ni aux charges d'hérédité (2). En revanche, on l'applique aux dons manuels (3), à l'exception des dons anonymes modiques reçus dans les quêtes et les troncs par les établissements publics suivants, bureaux de bienfaisance, hospices, hôpitaux et fabriques qui ont le droit de quête et de tronc (4).

III. *Des conditions administratives de l'autorisation. — Principe de la spécialité.* — Les lois et règlements et la jurisprudence du Conseil d'État ont établi certaines règles administratives de l'autorisation ; c'est

(1) Pratiquement cette question de l'autorisation se présentera pour les libéralités adressées aux sociétés de commerce ou aux syndicats (V. p. 776). M. Tissier soutient que la nécessité de l'autorisation est générale et s'applique à toute personne morale capable d'être instituée ou gratifiée (*op. cit.*, n° 358).

(2) Nous avons déjà vu à propos des fondations, p. 129, que la charge d'hérédité est imposée à l'héritier ou au légataire en faveur d'un tiers par disposition de dernière volonté, mais ne suppose pas chez le bénéficiaire « l'institution » que suppose un véritable legs. Le Conseil d'État n'applique pas aux charges d'hérédité la nécessité de l'autorisation et même il a une tendance à traiter comme charges d'hérédité les legs de sommes modiques (Cfr. Tissier, *op. cit.*, n° 346).

(3) Cons. d'Ét., avis du 12 mai 1886, *Destruel*; Aubry et Rau, t. VII, p. 41 ; Tissier, *op. cit.*, n°s 349 et s. ; P. Bressolles, *Des dons manuels*, p. 222.

(4) Cfr. Th. Tissier, *op. cit.*, n° 351 ; P. Bressolles, *op. cit.*, p. 243.

Source : BIU Cujas

ainsi que les libéralités faites sous réserve d'usufruit sont prohibées au profit des établissements ecclésiastiques ou religieux par l'ordonnance du 14 janvier 1831 portant règlement d'administration publique et ne doivent pas être autorisées. C'est ainsi qu'en matière de donation, l'autorité administrative se borne à autoriser ou à ne pas autoriser l'acceptation, qu'en matière de legs, elle peut en outre autoriser une acceptation partielle, la partie retranchée faisant retour à la succession; la raison de la différence est que la donation peut être réitérée, que le legs ne le peut pas. La plus célèbre des règles ainsi posées est le *principe de la spécialité* sur lequel il nous faut insister.

Le Conseil d'État s'est imposé à lui-même de ne pas donner d'avis favorable à des projets de décrets d'autorisation, lorsque les libéralités sont grevées de charges qui tendraient à faire sortir de leur spécialité fonctionnelle les institutions gratifiées.

a) *Caractère purement administratif du principe de la spécialité.* — Ce principe a certainement d'abord le caractère d'une règle de police administrative, il procède d'une certaine conception de l'ordre public qui exigerait que chaque établissement administratif ou même chaque établissement corporatif fût enfermé étroitement dans une certaine spécialité fonctionnelle, sans pouvoir en sortir. Doit-on en faire une règle du droit civil dont l'effet se ferait sentir jusque sur la capacité d'être institué? Doit-on considérer que les personnes morales n'ont la capacité d'être instituées ou gratifiées que dans la mesure de leur spécialité? Les libéralités contraires au principe de la spécialité sont-elles entachées d'une nullité civile, en même temps que d'un vice qui les empêche d'être autorisées administrativement (1)? Nous ne le pensons pas. Au point de vue civil, la personnalité juridique est une, elle comprend la capacité d'être institué ou gratifié qui est toujours la même et qu'il est impossible de mesurer sur la spécialité fonctionnelle des personnes morales, pas plus qu'on ne la mesure sur la spécialité professionnelle des individus vivants (2).

b) *Histoire et formule actuelle du principe de la spécialité.* — Le principe de la spécialité se compose de deux règles jumelles que l'on peut ainsi formuler : 1° lorsqu'une libéralité est faite à un établissement ins-

(1) L'intérêt pratique se révèle dans les hypothèses où les personnes morales ont le bénéfice de l'acceptation provisoire dont il sera parlé plus bas; le tribunal civil saisi d'une demande en délivrance, pourrait-il la rejeter sous le prétexte que la libéralité est nulle civilement pour infraction au principe de la spécialité?

(2) Notre opinion sur ce point a été développée page 89 et surtout page 482. V. en notre sens, MM. Marquès di Braga et Camille Lyon, *Traité de la comptabilité de fait*, n° 187; en sens contraire, M. Th. Tissier, *Traité des dons et legs*, n°s 262 et s., M. Ducrocq, *De la personnalité civile en France du Saint-Siège*, p. 24. — La jurisprudence de la Cour de cassation n'admet pas que le principe de la spécialité entraîne nullité des libéralités au point de vue civil (Cass., 18 mai 1852, *Haussmann*; 31 janv. 1893, *Faidides*; 24 mai 1894, *Cambournac*).

Source : BIU Cujas

titué, avec des charges dont l'exécution ne rentre pas dans la spécialité de cet établissement, celui-ci ne doit pas être autorisé à l'accepter à son profit; 2° comme, cependant, il est désirable que le bénéfice de la libéralité ne soit pas perdu pour le public et qu'il soit satisfait, au moins en partie, aux intentions du testateur, s'il existe un autre établissement dans la spécialité duquel rentrent les charges mises à l'exécution de la libéralité, il faut s'efforcer d'assurer à cet autre établissement, qui sera non institué mais bénéficiaire, le bénéfice de la libéralité. — Si, par exemple, un legs (1) a été fait à une fabrique à la charge de distribuer des aumônes, la fabrique n'ayant pas d'après la jurisprudence administrative de spécialité charitable, l'acceptation ne sera pas autorisée à son profit; mais, comme il existe un établissement public qui a la spécialité charitable, le bureau de bienfaisance ou à son défaut le bureau d'assistance, on cherchera une combinaison qui assure à cet autre établissement le bénéfice du legs.

Ces deux règles jumelles n'ont pas toujours été appliquées pratiquement de la même façon. D'après M. Th. Tissier (*op. cit.*, n°s 226 et s.), il ne faut pas distinguer moins de six périodes (2).

(1) En cas de libéralité par donation, le donateur est vivant et il est naturel qu'il reste libre de refaire sa donation.

(2) 1° Jusqu'en 1837, le Conseil d'État ne réussit pas à imposer de jurisprudence suivie : ainsi, pour ce qui est des libéralités charitables aux fabriques, tantôt l'acceptation en fut autorisée, tantôt elle fut refusée ;

2° En 1837, deux avis du Conseil d'État affirmèrent résolument le principe de la spécialité, l'un du 15 février 1837 sur les libéralités charitables aux fabriques, l'autre du 12 avril 1837 sur les libéralités scolaires, également aux fabriques, l'autorisation d'accepter fut dans les deux cas refusée aux fabriques; pour les libéralités charitables le bureau de bienfaisance fut admis à recevoir à défaut de la fabrique, pour les libéralités scolaires aucun établissement bénéficiaire ne fut désigné et la libéralité resta caduque. Néanmoins les deux règles jumelles étaient posées;

3° En 1841, un avis du Conseil d'État du 4 mars 1841 rendu au rapport de Macarel, inaugura le système de l'*acceptation conjointe, première manière*. On avait remarqué que le système de 1837 présentait un grave inconvénient, faire accepter la libéralité uniquement par un établissement qui n'était pas institué, cela entraînait la nullité de l'acceptation au point de vue civil, on eut donc l'idée d'autoriser l'acceptation au profit des deux établissements à la fois, l'institué et le bénéficiaire, on évitait ainsi la nullité. La rente achetée avec le produit du legs devait être immatriculée au nom de l'établissement institué qui rendait le service sous le regard et la surveillance de l'établissement bénéficiaire. Ce système était très juridique, mais ne donnait guère de réalité au principe de la spécialité; en somme, une fabrique instituée à charge d'aumônes, distribuait elle-même les aumônes sous le simple regard du bureau de bienfaisance;

4° A partir de 1863, système de l'*acceptation conjointe, deuxième manière*. On voulut donner plus de réalité au principe, dessaisir davantage l'établissement institué. Un avis des 24 janvier et 10 juin 1863 décida que la rente achetée avec le produit du legs serait immatriculée au nom des deux établissements, l'institué et le bénéficiaire; donc dans l'hypothèse de libéralité charitable faite à une fabrique, après acceptation conjointe, la rente était immatriculée au nom de la fabrique et du bureau de bienfaisance; le bureau de bienfaisance avait la garde du titre, mais remettait les revenus à la fabrique qui pro-

Source : BIU Cujas

c) *Critique du principe de la spécialité.* — Il apparaît au premier abord, rien qu'à en suivre l'histoire, qu'il y a dans le principe de la spécialité quelque chose de faux ou tout au moins d'excessif. En un demi-siècle, on le voit se formuler de cinq ou six façons diverses et finalement revenir à son point de départ, après avoir vainement essayé de se perfectionner. Ses partisans eux-mêmes se montrent découragés et s'alarment tantôt parce qu'ils trouvent qu'on l'exagère inutilement, tantôt, au contraire, parce qu'ils estiment qu'on y admet des exceptions dangereuses (1).

Le principe de la spécialité a un premier inconvénient qui est de pousser l'administration à déterminer, d'une façon trop étroite, la spécialité fonctionnelle des divers établissements. Nous avons vu que la véritable physionomie des établissements ecclésiastiques a été méconnue, notamment pour les fabriques auxquelles la vocation charitable a été déniée, bien qu'elle fut traditionnellement établie (V. p. 158), notamment encore pour les menses (V. p. 153). Or, ces interprétations étroites ne sont pas acceptées par les testateurs, ni même par la jurisprudence civile, et c'est la source de difficultés sans cesse renaissantes.

cédait à la distribution des aumônes. Ce système retombait dans les inconvénients de celui de 1837 en rendant copropriétaire un établissement non institué, et il n'arrivait pas lui non plus à enfermer la fabrique dans sa spécialité fonctionnelle. Il fut vivement attaqué et des décisions de cours d'appel admirent des demandes en révocation de la libéralité pour inexécution des conditions;

5° Par un revirement complet dû à des changement dans la composition du Conseil d'État, des avis du 6 mars 1873 et du 24 juillet 1873 décidèrent que les fabriques ont la vocation charitable et la vocation scolaire, par conséquent les autorisèrent à accepter seules les libéralités charitables et les libéralités scolaires, tout en laissant encore un certain droit de regard aux bureaux de bienfaisance et aux communes; ils ne nièrent pas le principe de la spécialité, mais comme en pratique les difficultés ne s'élèvent guère qu'à propos des établissements religieux, en interprétant largement la spécialité de ceux-ci, ils supprimèrent pour un temps la question ;

6° Enfin, trois avis du Conseil d'État des 13 avril et 13 juillet 1881 sont revenus brusquement au système le plus sévère, celui de 1837, refus absolu d'autoriser l'acceptation de l'établissement institué ; autorisation d'accepter donnée à un établissement bénéficiaire, au bureau be bienfaisance pour les libéralités charitables, à la commune pour les libéralités scolaires, à moins que cette combinaison ne soit formellement écartée par le testateur (Cfr. notes de jurisprudence publiées par M. Bienvenu Martin, p. 176) ; mais les cours d'appel ont recommencé à prononcer la caducité du legs comme n'ayant pas été accepté par l'établissement institué (Cour de Nimes, 19 janvier 1898, *Bureau de bienfaisance de Nimes*). En même temps, elles reconnaissent que le testateur peut prescrire la distribution des secours par les soins du curé, même si le capital du legs est recueilli par le bureau de bienfaisance (V. *Rev. du culte catholique*, 1899, p. 271).

(1) M. Th. Tissier, qui est certes un partisan convaincu du principe de la spécialité, trouve nos 267 et s., qu'on l'applique hors de sa sphère, et au contraire, n° 252, il trouve qu'on a tort d'y faire échapper les legs modiques en les traitant comme des charges d'héridité dispensées de l'autorisation. Dans un rapport sur les travaux de la commission de décentralisation, nous trouvons consignée l'opinion que la règle de la spécialité avec ses complications serait incompatible avec une décentralisation plus grande (V. *Rev. d'administr.*, 1896, t. III, p. 106).

Source : BIU Cujas

Mais le plus grave est que le principe de la spécialité renferme en son sein une contradiction mortelle ; les deux règles jumelles qui le constituent sont la négation l'une de l'autre. Si l'on avait le courage de n'appliquer que la première, de refuser l'autorisation d'accepter à l'établissement institué sans se préoccuper du sort des libéralités caduques, le principe subsisterait. Mais du moment que, par la seconde règle, on essaye de faire revivre les libéralités au profit d'établissements bénéficiaires qui ne sont pas institués, on se heurte à des difficultés inextricables, car la logique juridique veut que ces libéralités ne puissent s'exécuter qu'au profit de l'établissement institué (1). Or, par une sorte de fatalité, toujours on voit apparaître la seconde règle à la suite de la première, en 1881 comme en 1837.

Ce qu'il y a d'excessif dans le principe de la spécialité est condamné à disparaître, comme tout ce qui est arbitraire et contraire à la liberté. Mais tout n'est pas faux en lui. Il est certainement bon, au point de vue administratif, que les établissements divers conservent une spécialité fonctionnelle déterminée ; cela est nécessaire au contrôle, surtout au contrôle financier. Si on abandonnait le principe, bientôt autant il y aurait de fabriques, autant il y aurait de budgets faisant face aux œuvres les plus diverses. Et cela arriverait des hôpitaux, des bureaux de bienfaisance, etc., aussi bien que des fabriques ; il n'y aurait plus de catégories d'établissements, il n'y aurait qu'une confusion d'établissements hétérogènes. Mais il est si facile de concilier le principe, dans ce qu'il a de raisonnable, avec la liberté ! Le procédé est simple. Lorsque l'œuvre que la libéralité tend à fonder est étrangère à la spécialité de l'établissement institué, il n'y a qu'à ériger l'œuvre elle-même en un établissement subsidiaire qui dépendra de l'établissement institué, qui vivra sous son contrôle, mais qui aura personnalité à part et comptabilité séparée. Ce procédé de l'*établissement subsidiaire* avait été imaginé déjà par le Conseil d'État de 1873, à propos d'un hôpital de fabrique (Av. 7 juill. 1874, *fabrique de Samadet*), et si la jurisprudence de 1873 avait duré, sans doute il se fut généralisé. Mais à l'heure actuelle il y a mieux, c'est un procédé légal, car la loi du 22 mars 1890, sur les syndicats de communes, autorise ces établissements publics à fonder des établissements subsidiaires (art. 176 et 177) et la loi du 9 avril 1898, art. 14, prévoit la même faculté pour les chambres de commerce. Le Conseil d'État n'a plus qu'à étendre à tous les établissements publics la législation des syndicats de communes et celle des chambres de commerce. Pourquoi n'y aurait-il pas des hôpitaux de fabriques aussi bien

(1) M. Th. Tissier a parfaitement raison de dire (n° 240) que la deuxième règle du principe de la spécialité est juridiquement inacceptable et qu'il ne faudrait pas s'occuper du sort des libéralités caduques (sauf le cas des libéralités charitables qui est particulier). Mais l'histoire montre que toujours on s'en préoccupe et que là est la pierre d'achoppement du principe de la spécialité.

Source : BIU Cujas

que des hôpitaux de syndicats de communes, aussi bien que des écoles professionnelles de chambres de commerce (1)?

A notre avis, les lois du 22 mars 1890 et du 9 avril 1898 ont touché à mort le principe de la spécialité, du moins la conception étroite que l'on en a eue jusqu'ici. Sincèrement, personne ne pourra le regretter; ce fut une gêne constante pour l'organisation de ces institutions diverses qui dans un grand pays sont nécessaires à la variété des besoins; ce fut un principe de stérilité, alors que la liberté des établissements subsidiaires, en développant l'activité corporative, serait un principe de vie.

IV. *Des autorités chargées de donner l'autorisation et de la procédure.* — Depuis la loi du 4 février 1901, l'autorisation d'accepter est donnée par les autorités suivantes :

1° Les dons et legs faits à l'État ou aux services nationaux qui ne sont pas pourvus de la personnalité civile (services des ministères) sont autorisés par décret simple du Président de la République (article 1er). — Ceci n'est pas précisément l'autorisation d'accepter, mais l'acceptation elle-même;

2° La compétence pour l'autorisation des dons et legs faits aux autres personnes administratives dans les cas où celles-ci n'ont pas la capacité d'accepter sans autorisation se partage entre le Préfet et le gouvernement statuant en conseil d'État :

a) L'autorisation est de la compétence du préfet pour les établissements publics qui ont le caractère communal ou départemental (hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, etc..), lorsque les dons et legs sont grevés de charges et conditions ou d'affectations immobilières, mais ne donnent pas lieu à réclamations des familles et le préfet est compétent pour autoriser l'acceptation ou le refus (art. 4, § 2). Pour l'avis des conseils municipaux sur les libéralités adressées aux mêmes établissements, V. art. 4, § 3. — Le préfet est encore compétent pour l'autorisation des dons et legs faits aux établissements d'utilité publique dont le siège est dans son département, à moins que la libéralité ne consiste en immeubles d'une valeur supérieure à 3.000 francs (art. 5); ajoutons que lorsqu'un conseil municipal a refusé une libéralité adressée à la commune, il appartient au préfet de requérir par arrêté motivé une seconde délibération (art. 112, L. munic. modifiée par l'art. 2, L. 4 février 1901);

b) L'autorisation est de la compétence du Gouvernement en Conseil d'État : 1° dans tous les cas où les dons et legs laissés à une administration quelconque donnent lieu à une réclamation des familles (art. 7); 2° dans ce cas de libéralité laissée à un hameau ou à un quartier de commune qui n'est pas encore érigé en section de commune (art. 111, L. municipale modifié par art. 3, L. 4 février 1901; de même dans le cas de libé-

(1) Déjà il existe des orphelinats annexés aux hôpitaux et s'ils n'ont pas personnalité séparée, ils ont du moins chapitre spécial au budget (Circ. intérieur, 18 mai 1900); il existe aussi des écoles d'hospices (*Rép.* Béquet, v° *Hôpitaux*, n° 167).

Source : BIU Cujas

ralité laissée à une section de commune déjà existante, mais si le conseil municipal est d'avis de refuser la libéralité (art. 112, § 2, L. munic. modifiée par art. 3, L. 4 février 1901); 3° dans le cas de libéralité laissée à un établissement public national et grevée de charges ou affectations immobilières (art. 4, § 2); 4° dans le cas de libéralité laissée à un établissement d'utilité publique, si elle consiste en immeubles d'une valeur supérieure à 3.000 francs (art. 5).

En cas de libéralité complexe ou connexe, l'autorisation a lieu par acte de l'autorité compétente la plus élevée s'il y a réclamation des héritiers, sinon par chaque autorité compétente (D. 1er févr. 1896, art. 4). Il y a libéralité complexe lorsque plusieurs libéralités à des établissements différents sont faites par le même acte, il y a libéralité connexe lorsqu'une libéralité à un second établissement est écrite comme charge d'une libéralité à un premier établissement.

Instruction de l'affaire. — Il appartient au préfet de chaque département de diriger l'instruction des affaires ayant pour objet des libéralités faites au profit des personnes administratives et des établissements. Il transmet le dossier à l'administration centrale dans les cas où celle-ci doit statuer (1).

V. *Des autorisations d'office.* — Le pouvoir central a toujours considéré qu'il puisait dans ses droits de tutelle sur les administrations locales et sur les établissements publics la faculté de contraindre ces administrations et établissements à accepter les libéralités, contre leur propre volonté. Cela s'appelle l'autorisation d'office. Les établissements d'utilité publique, qui ne sont pas membres de l'État et sur lesquels le pouvoir central n'a qu'une faible tutelle, ne sont pas soumis à l'autorisation d'office (Cfr. L. 4 févr. 1901, art. 5, qui ne vise l'autorisation que dans le cas d'acceptation). Les départements en sont affranchis depuis la loi

(1) Le dossier n'est complet qu'autant qu'il contient : les délibérations prises par les conseils administratifs de l'établissement institué; l'avis du conseil municipal pour les libéralités faites aux établissements appelés éventuellement à recevoir des subventions; l'avis de l'évêque pour les libéralités faites aux établissements ecclésiastiques ; un état de l'actif et du passif de l'établissement institué, certifié et vérifié par le préfet. S'il s'agit d'une donation, une expédition de l'acte de donation, le certificat de vie du donateur, une évaluation de sa fortune et de celle de ses héritiers présomptifs; s'il s'agit de dispositions testamentaires, une expédition du testament, le consentement ou l'opposition des héritiers et des légataires universels ou bien les actes extrajudiciaires par lesquels ils ont été mis en demeure de consentir (Cfr. D. 1er févr. 1896); si les héritiers sont inconnus, les pièces constatant que la disposition testamentaire a été affichée de huitaine en huitaine et à trois reprises consécutives à la mairie du domicile du testateur et insérée dans le journal judiciaire du département; une évaluation des biens légués et des renseignements sur la situation de fortune des héritiers; le préfet joint son avis motivé. La constitution de ce dossier est dispendieuse autant qu'occupante. Les établissements ne sont cependant pas dispensés de le constituer, même quand la non-autorisation est probable, car le plus souvent il ne dépend pas d'eux de refuser la libéralité (V. *infrà*).

Source : BIU Cujas

du 10 août 1871, art. 46, n° 5 (Cfr. L. 4 févr. 1901, art. 2), les communes également depuis la loi du 5 avril 1884, art. 112, § 1 (Cfr. L. 4 févr. 1901, art. 3), le conseil municipal peut seulement être appelé à délibérer une seconde fois afin que l'Administration sache s'il persiste dans son refus. Quant aux établissements publics, l'administration centrale estime qu'ils restent soumis à l'autorisation d'office et qu'un texte formel serait nécessaire pour supprimer un droit qui découle des principes même de la centralisation (Av. minist. intér., 28 sept. 1894; *Rev. d'adm.*, 1895, t. I, p. 463) (1). La loi du 4 février 1901 a cependant restreint cette servitude au cas où les libéralités sont grevées de charges, conditions ou affectations immobilières (art. 4, § 2).

C. *De l'acceptation.* — a) *Par qui elle doit être faite.* — L'acceptation doit être faite, savoir : pour le département par le préfet, en vertu d'une décision du conseil général ; pour les communes par le maire, en vertu d'une délibération du conseil municipal ; pour les établissements publics par les administrateurs (2) ; par les trésoriers des fabriques en vertu d'une délibération du conseil de fabrique lorsque les donateurs ou testateurs ont disposé en faveur des fabriques ou pour l'entretien des églises et le service divin (note du 24 oct. 1895, legs *Perrot*); par le supérieur des associations religieuses, lorsqu'il s'agit de libéralités faites au profit des associations; par les maires des communes lorsque les dons ou legs sont faits au profit de la généralité des habitants, ou *pour le soulagement et l'entretien des pauvres de la commune* (O. 2 avr. 1817, art. 3). Le préfet accepte les libéralités faites au profit des pauvres d'un canton, d'un arrondissement ou d'un département (Jurisprudence constante) (3).

b) *De l'acceptation provisoire.* — L'acceptation ne peut avoir lieu en principe que lorsque l'autorisation administrative est intervenue (art. 937, C. civ.). Mais en pratique l'application stricte de cette règle entraînerait les plus graves inconvénients, la procédure de l'autorisation est très longue et, pendant qu'elle dure, la bonne volonté du donateur pourrait se lasser, il retirerait sa donation; en cas de testament, il en serait de même de la bonne volonté des héritiers dont les réclamations sont une complication à redouter; le droit administratif, toujours souple, a paré à cet inconvénient en imaginant une acceptation provisoire faite à titre conservatoire qui n'entraîne pas d'autre effet immédiat que de lier le donateur ou les héritiers du testateur en tant qu'on peut avoir

(1) Cfr. article Salmon, *Des autorisations d'office*, *Rev. d'adm.*, 1895, t. I, p. 129.

(2) Pour les Universités et les Facultés de l'enseignement supérieur, V. D. 27 juillet 1897.

(3) L'acceptation des libéralités aux pauvres donne lieu à des difficultés provenant de ce qu'il y a multiplicité de représentants légaux des pauvres, bureau de bienfaisance, bureau d'assistance, maire de la commune; suivant la teneur de la libéralité, c'est tantôt l'un de ces représentants légaux, tantôt l'autre, qui a qualité pour accepter; on trouvera le détail de ces difficultés dans Th. Tissier, *op. cit.*, n°s 126 et s.; n° 297.

Source : BIU Cujas

besoin de leur consentement et de conférer à l'établissement gratifié une sorte de saisine. L'acceptation provisoire s'est introduite sous la forme d'un bénéfice accordé d'abord parcimonieusement à quelques administrations, les départements (L. 10 août 1871, art. 53) ; les communes (L. 5 avr. 1884, art. 113) ; les hospices et hôpitaux (L. 7 août 1851, art. 11) ; les bureaux de bienfaisance (Arr. Cass., 11 nov. 1868) ; les bureaux d'assistance (L. 15 juill. 1893, art. 11) ; les Universités, Facultés et écoles de l'enseignement supérieur (D. 27 juill. 1897, art. 3) ; la loi du 4 février 1901 vient de l'étendre, par son article 8, à toutes les administrations publiques et à tous les établissements, ce qui paraît s'appliquer même aux établissements d'utilité publique (Aucoc, *loc. cit.*, p. 158) (1).

Appendice. — *Produit des quêtes, collectes, troncs.* — Ces produits sont des dons manuels le plus souvent anonymes ; quand ils sont modiques, ils ne sont assujettis à aucune des formalités des dons et legs. Mais une autre question s'est élevée, celle de savoir si les bureaux de bienfaisance, établissements publics dont la spécialité est le soulagement de la misère, n'avaient pas un véritable monopole en matière de quête ou collecte pour les pauvres faite dans les lieux publics, et si le produit des quêtes faites par des tiers, notamment par les curés dans leur église, ne devait pas être versé dans la caisse du bureau. Cette prétention était excessive. Il est bien vrai que les textes reconnaissent au bureau de bienfaisance le droit de faire des quêtes ou collectes dans les églises (Arr. 5 prair. an XI ; D. 12 sept. 1806 ; D. 30 déc. 1809, art. 75), mais ils ne parlent pas d'un droit exclusif (Av. Cons. d'Ét., 24 mars 1880 ; Cass., 2 août 1897) (2). Ce droit existe en effet aussi au profit des fabriques (D. 30 déc. 1809, art. 36) et au profit des hôpitaux (L. 7 frim. an V, art. 8) (3).

D. *De l'emploi.* — L'administration supérieure a le droit, vis-à-vis de beaucoup d'établissements, de prescrire l'emploi des objets et des sommes provenant des dons ou legs, cet emploi est en principe le placement en rente sur l'État (V. O. 2 avr. 1817, art. 4 ; L. 1er avr. 1898, art. 15, § 4, etc.).

(1) Avant qu'elle ne fût ainsi étendue le Droit avait imaginé d'autres palliatifs : lorsqu'une donation avait été faite et que l'autorisation n'était pas encore intervenue, le donateur pouvait la confirmer par testament d'un mot, en s'y référant (Cass., 17 déc. 1879, S. 81. 1. 425). Enfin, lorsqu'une donation avait été faite à un établissement qui ne jouissait pas du bénéfice de l'acceptation provisoire, et que le donateur était décédé avant l'autorisation administrative, on autorisait l'établissement à accepter la libéralité résultant pour lui *tant de l'acte de donation entre-vifs que du consentement donné par les héritiers à son exécution.*

(2) Un projet d'avis en sens contraire avait été préparé le 20 octobre 1898, mais le Conseil d'État l'a rayé de son ordre du jour.

(3) De plus, le maire ne peut pas, par arrêté municipal, interdire les quêtes à domicile (Cass., 14 juin 1884, S. 84. 1. 400).

Source : BIU Cujas

Section III. — Les contrats.

Les contrats que les personnes administratives peuvent passer à titre de personne privée sont très nombreux. Rappelons que les *marchés de travaux* passés pour le domaine privé sont des contrats du droit civil; qu'il en est de même des *marchés de fournitures* passés par les départements, les communes et les établissements publics, et des *emprunts* contractés par les mêmes personnes.

Nous traiterons ici seulement des ventes, des concessions sur le domaine privé et des baux à ferme. On remarquera pour tous ces contrats la même règle que pour les marchés de travaux publics et les marchés de fournitures, l'emploi de l'adjudication publique, qui est destiné à assurer la loyauté de la gestion des patrimoines administratifs.

Remarquons aussi l'emploi, au point de vue de la rédaction des actes, de la *forme administrative* qui donne à l'acte la vertu d'un titre exécutoire (V. p. 302).

N° 1. — *Les ventes.*

I. *Ventes des biens de l'État.* — a) *Ventes d'immeubles.* — Les ventes d'immeubles appartenant à l'État ont été célèbres sous la Révolution et pendant tout le début du XIXe siècle, sous le nom de ventes de biens nationaux. Les biens nationaux étaient en effet devenus biens de l'État par la confiscation, et c'est en cette qualité qu'ils étaient vendus. Les ventes de biens nationaux sont arrêtées depuis longtemps, les réclamations et les procès sans nombre auxquels elles avaient donné lieu sont aujourd'hui tombés dans l'oubli; les ventes de biens privés de l'État ne sont plus une opération politique, mais une opération d'administration courante, et par conséquent devraient avoir un caractère privé. Mais la législation n'a pas encore été mise en harmonie avec ce nouvel état de choses. En l'an VIII, le contentieux des biens nationaux avait été placé dans la compétence des conseils de préfecture, cette attribution avait été dès le début considérée comme exceptionnelle, elle subsiste encore, alors qu'elle devrait avoir disparu.

Autorités qui décident la vente. — D'une législation assez compliquée, il résulte qu'il faut faire deux catégories de biens :

1° Ceux dont l'aliénation doit être décidée par une loi, immeubles de plus d'un million (L. 1er juin 1864) et forêts nationales (L. 22 nov., 1er déc. 1790, art. 8) (V. p. 770, texte et note);

2° Ceux dont l'aliénation doit être décidée par décret; ce sont tous les autres immeubles (L. 15 et 16 flor. an X) et, parmi eux, il convient de citer les lais et les relais de la mer, les atterrissements des fleuves,

Source : BIU Cujas

les terrains retranchés de la voie publique par suite d'alignement (L. 16 sept. 1807, art. 41 et 53) (1).

Règles de la vente. — Le préfet est chargé de procéder à la vente, mais l'administration des domaines doit intervenir à l'acte. La vente sauf exception prévue par des textes, doit être faite aux enchères avec publicité et concurrence sur une mise à prix fixée par expert.

Au point de vue de l'exécution de la vente, l'État a deux droits intéressants : d'abord la créance peut être recouvrée par contrainte; de plus, si dans la quinzaine de la signification de la contrainte le prix n'est pas payé, l'acquéreur encourt la déchéance qui n'est autre chose que la résolution de la vente prononcée par l'administration elle-même (par le préfet, sauf recours au ministre et au conseil d'État). Cette apparition du privilège du préalable semble maintenir les ventes des biens de l'État parmi les opérations de puissance publique.

b) *Vente de meubles.* — La vente est faite aux enchères, avec les mêmes formalités que la vente d'immeubles, sauf la mise à prix par expert; adjudication présidée par un receveur des domaines.

II. *Vente des biens des communes.* — Les ventes des biens des communes, meubles ou immeubles, doivent être faites par adjudication publique (V. L. 5 avr. 1884, art. 89). — De plus, elles doivent être précédées d'une enquête de *commodo* et *incommodo*. Enfin V. art. 1596, C. civ. pour une incapacité qui frappe les autorités municipales et les empêche de se rendre adjudicataires.

N° 2. — *Les concessions sur le domaine privé.*

Les concessions sur le domaine privé sont un mode d'aliénation ou tout au moins de constitution de droits réels, en quoi elles se distinguent des concessions sur le domaine public, qui ne donnent jamais au concessionnaire qu'un droit de possession précaire.

Elles se distinguent des ventes domaniales par des caractères variables selon les hypothèses : tantôt parce qu'elles sont faites à titre gratuit; tantôt parce qu'elles concèdent un droit de propriété simplement éventuel; tantôt parce qu'elles concèdent un droit à charge d'un service à remplir; tantôt parce qu'elles échappent à la règle de l'adjudication publique et sont faites de gré à gré, etc., etc.

Toutes les personnes administratives peuvent faire des concessions. C'est ainsi que les communes peuvent concéder des sources thermales leur appartenant, à charge d'exploitation, de même, les établissements publics.

Mais c'est l'État surtout qui use des concessions (L. 16 sept. 1807, art. 41; O. 23 sept. 1825; D. 16 août 1853; D. 8 sept. 1858; L. 6 déc.

(1) Pour les expropriations de biens appartenant à l'État et pour les échanges des mêmes biens, V. L. 6 décembre 1897, art. 1er et art. 6.

Source : BIU Cujas

1897, art. 5; D. 25 mai 1898). En Algérie, dans certaines colonies et dans certains pays de protectorat, il y a tout un système organisé de concessions de terres domaniales faites en vue du peuplement, et qui entraînent pour le concessionnaire l'obligation de résider et de cultiver sous peine de déchéance. En principe, ces concessions sont gratuites; cependant depuis quelques années, l'Administration s'efforce d'introduire la pratique des concessions à titre onéreux par adjudication (1).

Dans la métropole, les concessions sont pratiquées à titre onéreux en vertu de l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807, pour les *lais et relais* de la mer, pour les *marais* qui appartiennent à l'État, pour les *accrues* et *atterrissements* des fleuves et rivières navigables et flottables, lorsque ces terrains se sont formés dans des conditions où ils n'accroissent pas aux riverains, notamment à la suite de travaux publics; enfin pour les *endiguements* et les *créments futurs* (V. p. 602).

En la forme, ces concessions se présentent en général comme des ventes, autant que possible, on les fait par la voie de l'adjudication; elles doivent être approuvées par décret; le contentieux est, comme celui des ventes, de la compétence des tribunaux administratifs, mais pas toujours des conseils de préfecture.

N° 3. — *Les baux à ferme.*

Au sujet des baux à ferme, deux règles intéressantes :

Première règle, que nous avons déjà rencontrée plusieurs fois : les biens immeubles des personnes administratives, qui ne sont pas aliénés et qui ne sont pas affectés à un service public, doivent en principe être affermés (L. 19 août-12 sept. 1791, art. 8, § 2).

Deuxième règle : la location des biens doit être faite en principe par adjudication, cette pratique suivie par l'État, est simplement recommandée aux communes car les conseils municipaux sont maîtres de régler les conditions des baux au-dessous de dix-huit ans (L. 5 avr. 1884, art. 68, n° 1) (2).

Les baux à ferme sont de la compétence des tribunaux judiciaires, même les baux de chasse dans les forêts de l'État (Trib. confl., 21 mars 1891), même les baux de droit de pêche dans les cours d'eau navigables et flottables; mais, par exception, les baux de sources minérales de l'État sont de la compétence du conseil de préfecture (Arr. 3 flor. an VIII).

SECTION IV. — LES QUASI-CONTRATS (V. gestion d'affaires, p. 210).

SECTION V. — LES QUASI-DÉLITS (V. p. 248).

(1) V. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 607; t. II, p. 149.
(2) Sur les baux des biens de l'État, V. L. 6 décembre 1897, art. 7.

Source : BIU Cujas

LIVRE IV

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF[1]

On entend par contentieux administratif *l'ensemble des règles relatives aux litiges organisés que suscite l'activité des administrations publiques* (2).

Les administrations publiques en agissant, c'est-à-dire en exerçant leurs droits, sont exposées, soit à froisser des intérêts respectables, soit à violer des droits des administrés, il en résulte des réclamations. Sans doute, pour donner satisfaction à ces réclamations, on pourrait se borner à les soumettre à l'examen de l'Administration centrale par la voie du recours hiérarchique, il y a dans la centralisation et la hiérarchie une vertu de justice qu'il ne faut point dédaigner, car à bien des époques et dans bien des pays elle a suffi au fonctionnement de l'État. Néanmoins, ce sera un progrès considérable si, à côté des recours hiérarchiques, il se crée des recours contentieux, c'est-à-dire des recours portés devant un juge qui s'interpose entre les administrations publiques et les réclamants : 1° l'Administration centrale évitera ainsi de jouer le rôle de juge dans sa propre cause, c'est-à-dire de paraître juge et partie; 2° on pourra appliquer les formes ordinaires des litiges organisés, elles permettent au réclamant de lutter pour faire triompher ses prétentions, de là le nom de contentieux donné au débat (*contendere*, lutter); la lutte juridictionnelle avec ses péripéties, ses formalités accoutumées et ses frais, a le don d'apaiser les plaideurs quelle qu'en soit l'issue; 3° enfin, dans la lutte juridictionnelle, les administrations publiques prennent peu à peu la qualité de parties en cause, ce n'est pas contre l'Administration adversaire impersonnel et irresponsable que l'on plaide, c'est contre l'État, contre le département, la commune, personnes administratives sans doute, mais personnes responsables; du moins ce progrès se réalise-t-il dans le contentieux de pleine juridiction.

(1) *Bibliographie :* E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol. in-8°, 2e édit., 1896; Brémond, *Traité de la compétence*, 1894; Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif.*

(2) Cette définition est à peu près celle que donne M. Laferrière, *op. cit*, t. I, p. 10.

Source : BIU Cujas

Ainsi le progrès du droit administratif paraît doublement lié à l'existence d'un contentieux administratif. D'une part, parce que cette institution assure plus de paix et de justice, d'autre part, parce qu'elle favorise le développement du droit proprement dit, soit par les garanties de légalité qu'elle crée, soit par l'importance qu'elle donne à la personnalité morale des administrations, c'est-à-dire aux théories subjectives. En fait, c'est grâce au contentieux que le droit administratif français s'est développé (1).

L'étude du contentieux administratif doit comprendre les trois objets suivants : 1° les juridictions et la compétence ; 2° les actions et recours ; 3° la procédure.

(1) Grâce à la création jurisprudentielle du recours pour excès de pouvoir, on a pu organiser la théorie de la légalité, c'est-à-dire astreindre la puissance publique à l'observation de la loi et de la moralité administrative. Grâce à l'existence déjà ancienne des recours contentieux de pleine juridiction, on pourra organiser la théorie de la gestion administrative, c'est-à-dire astreindre à la responsabilité pécuniaire la puissance publique en tant que gérante de l'entreprise des services publics. Ces deux voies me paraissent l'une et l'autre extrêmement fécondes pour le développement du droit administratif (V. l'Introduction).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE I

LES JURIDICTIONS ET LA COMPÉTENCE

SECTION I. — DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE.

§ 1. — Séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire.

Article I. — Le principe de la séparation des pouvoirs.

Il existe, dans notre organisation française, des tribunaux administratifs à compétence large distincts des tribunaux ordinaires, et une partie du contentieux administratif leur est réservée. Voilà un fait considérable qui influe sur tout le contentieux administratif, parce qu'il fait naître pour chaque affaire la question de savoir si elle rentre dans les attributions du juge ordinaire ou bien dans celles du juge administratif. Il s'ensuit : 1° la nécessité d'un tribunal pour départager les deux ordres de juridictions et trancher les conflits d'attribution qui s'élèvent, ce tribunal existe en effet sous le nom de *Tribunal des conflits;* 2° la nécessité de règles d'attribution.

En présence de la gravité de ces conséquences, on doit scruter les raisons profondes de cette séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire et se demander si elle est vraiment indispensable.

A. *Du principe constitutionnel sur lequel repose la séparation des juridictions.* — D'après la législation positive française, le partage d'attributions entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires repose sur le principe constitutionnel de la *séparation des pouvoirs.* Les tribunaux administratifs sont considérés comme faisant partie intégrante du Pouvoir exécutif, et la question de leurs rapports avec les tribunaux ordinaires ou judiciaires devient une question de *rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir judiciaire*, c'est-à-dire une question constitutionnelle.

Cela repose sur des textes de lois révolutionnaires : « Les fonctions ju-« diciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions

Source : BIU Cujas

« administratives. Les juges (1) ne pourront, à peine de forfaiture, trou-
« bler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administra-
« tifs » (L. 16-24 août 1790, titre II, art. 13). — « Les tribunaux... ne
« peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant
« eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (C. 3 sept.
1791, art. 3). — « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de con-
« naître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient »
(L. 16 fruct. an III). Ces textes contiennent en réalité deux interdictions très différentes : 1° la défense aux tribunaux judiciaires de s'immiscer directement dans les fonctions de l'administration active par des injonctions adressées aux administrateurs; 2° La défense aux mêmes tribunaux de se saisir du contentieux des réclamations. La première interdiction paraît conforme au principe de la séparation administrative des pouvoirs; la seconde, qui seule entraîne la nécessité d'une juridiction administrative, y semble contraire, car si l'on interprète le principe uniquement au point de vue fonctionnel, on arrive à cette conclusion que l'acte de juger des réclamations, étant le même dans tous les cas, devrait toujours être confié à un seul et même pouvoir, qu'il ne devrait point y avoir séparation entre deux pouvoirs chargés de juger (2); mais la séparation des pouvoirs ne doit pas être entendue uniquement au sens fonctionnel, elle doit l'être aussi et surtout au sens politique; s'il faut dans l'État un certain nombre de pouvoirs politiquement indépendants et ayant les uns vis-à-vis des autres des garanties d'indépendance, on doit se rendre compte que ces garanties d'indépendance n'existent que si chacun des pouvoirs politiques cumule à un certain degré les diverses activités fonctionnelles. De sorte que c'est une garantie nécessaire d'indépendance pour le pouvoir exécutif d'avoir une certaine part de la juridiction, de même que par le pouvoir réglementaire, il a une certaine part de la législation. — Comme la réalité politique de la séparation des pouvoirs est pratiquement plus importante que sa réalité fonctionnelle, il ne faut pas s'étonner qu'elle se soit traduite par l'institution d'une juridiction administrative pour le contentieux des réclamations contre l'Administration.

Ce sont donc de puissantes et durables raisons constitutionnelles qui ont dicté aux hommes de la Révolution un principe de séparation de l'autorité administrative et du pouvoir judiciaire aussi sévère, et qui leur

(1) Il est bon de rappeler qu'on entend par tribunaux judiciaires, tous ceux qui sont sous la dépendance de la Cour de cassation : cours d'appel, tribunaux d'arrondissement, juges de paix, tribunaux de commerce, tribunaux criminels. Ces tribunaux ont succédé aux parlements et aux juridictions diverses qui dépendaient de ceux-ci.

(2) V. R. Jacquelin, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, 1891. On trouvera dans cette excellente monographie l'histoire des attaques passionnées dont la juridiction administrative a été l'objet en partant du sens abstrait et purement fonctionnel de la séparation des pouvoirs.

Source : BIU Cujas

ont fait soustraire les litiges administratifs au juge de droit commun. Toutefois, il faut bien le reconnaître, ces raisons n'existent que dans les pays centralisés; il faut qu'il y ait une forte administration d'État possédant des prérogatives pour que cette administration sente le besoin de protéger ses pérogatives, par une juridiction administrative; or, dans les pays très décentralisés l'Administration, étant surtout locale et spéciale, n'est presque pas une administration d'État ou du moins n'a pas de prérogatives. C'est pourquoi dans les pays anglo-saxons, comme l'Angleterre et les États-Unis, qui jusqu'à ces dernières années n'étaient pas entrés dans la voie de la centralisation, il n'y a point de tribunaux administratifs à compétence large, il n'y a que le juge de droit commun et quelques tribunaux d'exception. — Finalement la juridiction administrative est liée à la prérogative et celle-ci à son tour est liée à la centralisation (V. l'Introduction).

B. *Des raisons juridiques qui militent en faveur de l'existence d'une juridiction administrative.* — Il ne faudrait pas croire cependant qu'il n'y ait que des raisons politiques et constitutionnelles à faire valoir en faveur de la juridiction administrative, il y a aussi des raisons juridiques et de deux ordres : 1° Ce n'est pas une chose tout à fait naturelle que l'État, puissance publique, soumette à un juge ceux de ses actes contre lesquels on réclame, qu'il consente à courir le risque d'une condamnation, et qu'il supporte ensuite d'exécuter cette condamnation ; il y a là de la part de l'État un effort de bonne volonté qui gagne à demeurer spontané, il serait contraire à la notion de la Puissance publique que l'État parût contraint de se présenter en justice et forcé d'abandonner de ses prétentions. On devait désirer, pour juger les litiges suscités par l'activité de l'Administration, un juge devant qui la Puissance publique, par un suprême effet de la prérogative, se condamnât elle-même à abandonner de ses exigences et par là, souvent, à faire des concessions de droits. Ce juge ne pouvait pas être l'autorité judiciaire qui, étant séparée de l'Administration, n'avait pas qualité pour faire des concessions au nom de celle-ci, ce ne pouvait être qu'un juge administratif. Le juge administratif est un juge, ce n'est pas l'administrateur lui-même, il n'est pas juge et partie dans l'affaire qu'il examine, mais d'un autre côté il appartient à l'Administration et il a qualité pour engager celle-ci(1); 2° En ce

(1) La juridiction administrative est assez juridiction pour constater exactement la règle juridique désirable, elle est assez administration pour en faire la concession; c'est la concession administrative organisée à jet continu (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 11-12; Esmein, *Élém. de droit constitutionnel*, p. 336). L'expérience a prouvé que cette organisation était bonne pour les progrès du droit administratif. Dans aucun pays du monde le droit administratif n'est aussi développé qu'en France et il est certain que ce développement est dû à l'existence de la juridiction administrative et aux continuels sacrifices que le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont demandés à la Puissance publique. Quant aux tribunaux judiciaires, dans les quelques matières où ils se trouvent chargés de représenter la Puissance publique, on voit bien qu'ils ne se reconnaissent pas

Source : BIU Cujas

qui concerne la gestion des services publics il se crée entre l'Administration et ses administrés une coopération et par conséquent une société, il n'est pas étonnant que des relations de sociétés spéciales entraînent un juge spécial (V. ma brochure *La gestion administrative*, p. 49) (1).

C. *De l'existence de la juridiction administrative dans tous les pays centralisés.* — Les études de droit comparé montrent, au reste, que dans tous les pays centralisés la nécessité d'une juridiction administrative séparée a été comprise, soit à cause des raisons constitutionnelles, soit à cause des raisons tirées du développement du droit administratif. L'Espagne, le Portugal, l'Italie, l'empire d'Allemagne et les principaux États qui le composent, l'Empire Austro-Hongrois et quelques cantons de la Suisse possèdent une juridiction administrative d'après le type français quoique moins fortement organisée et depuis moins longtemps. L'Italie présente même ceci de particulier qu'elle a fait pendant quelques années l'expérience de la suppression de la juridiction administrative et qu'elle s'est vue obligée de la rétablir, les tribunaux administratifs supprimés en 1865 ont été réorganisés en 1889 et 1890 ; il existe des juntes administratives provinciales analogues à nos conseils de préfecture

qualité pour faire des concessions, car, au contraire, ils poussent à l'excès les prérogatives de l'Administration. Par exemple, dans la matière de l'alignement, la jurisprudence de la Cour de cassation est plus sévère que celle du Conseil d'État (V. p. 624) ; dans la matière des dommages résultant de l'exploitation des mines, elle est moins libérale que celle du Conseil d'État pour les dommages résultant de travaux publics; dans l'application des droits d'enregistrement, l'esprit de fiscalité de la Cour suprême est bien connu. — Dans les pays où, la juridiction administrative n'existant pas, l'Administration est soumise au juge de droit commun, il faudrait voir de très près les choses pour pouvoir juger si les résultats sont plus satisfaisants; on peut poursuivre l'Administration devant le juge de droit commun mais la poursuit-on? N'est-on pas découragé par les complications de la procédure ordinaire et par le sentiment que l'Administration est un gros plaideur contre lequel il ne fait pas bon lutter? Et puis, en fait, les poursuites contre l'Administration ne consistent-elles pas presque uniquement en poursuites contre les fonctionnaires, de telle sorte qu'il manque pratiquement deux des grandes ressources du contentieux administratif français, les moyens d'annulation contre les actes administratifs et les recours en indemnité contre les personnes morales administratives? Ces réflexions me sont suggérées particulièrement par les chapitres si intéressants consacrés par M. Dicey, dans son *Introduction au droit constitutionnel*, au parallèle des institutions anglaises et françaises sur ce point (traduction française collection Jèze).

(1) Il n'est pas jusqu'aux conflits de compétence qu'entraîne l'existence d'une juridiction administrative spéciale, à côté de la juridiction ordinaire, qui ne soient profitables aux progrès du Droit. Pour se disputer les litiges l'une et l'autre juridiction s'ingénient, elles créent des théories; pour retenir la compétence dans les cas d'emprise, la Cour de cassation a créé la théorie de l'expropriation indirecte; pour retenir la compétence dans les cas d'action en responsabilité contre l'État, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État ont rejeté la notion étroite de la responsabilité du commettant d'après l'art. 1384 du Code civil et ont peu à peu substitué l'idée du dommage accidentel à celle de la faute. Toute situation administrative passée à ce laminoir de la compétence finit par exprimer à nu sa véritable substance, son originalité propre.

Source : BIU Cujas

comme tribunaux du premier degré ; il y a une section du contentieux du Conseil d'État et un recours pour excès de pouvoir qui peut être intenté contre les actes de l'administration centrale, à qui il manque seulement d'être dispensé des frais (1).

Article II. — Les règles d'attribution.

Les termes des lois révolutionnaires qui ont consacré le principe de la séparation des pouvoirs étaient très absolus (V. p. 794), ils signifiaient que le contentieux de toutes les opérations administratives, de quelque nature qu'elles fussent, même des opérations de gestion privée et celui de toutes les réclamations contre tous les agissements des administrateurs, devaient être soustraits à la compétence des tribunaux judiciaires, et en effet, jusqu'à la réorganisation du Conseil d'État, ce fut la jurisprudence appliquée. Mais il est évident qu'il y avait, dans cette façon de comprendre la séparation des pouvoirs, quelque chose d'exagéré et d'injuste qui ne pouvait s'expliquer que par le souvenir non encore effacé de luttes politiques (2). On avait été préoccupé, visiblement, non pas de faire un partage égal entre les deux pouvoirs, mais de protéger le pouvoir exécutif contre le pouvoir judiciaire. On avait exagéré les droits du pouvoir exécutif, car ce pouvoir n'est dans sa véritable essence, et n'a besoin d'indépendance que lorsqu'il agit à titre de puissance publique. Lorsqu'il agit à titre de personne privée, il n'y a pas de raison pour ne pas le soumettre au droit commun. D'autre part, on avait laissé dans l'ombre les droits de l'autorité judiciaire, celle-ci a des attributions aussi fondamentales que celles du pouvoir exécutif, elle est la gardienne des droits individuels des citoyens, tout au moins des libertés

(1) V. pour cette législation comparée, Laferrière, *Juridict. adm.*, 2e édit., t. I, p. 26, et s. Dans les pays moins fortement centralisés, voici la distinction que fait M. Laferrière, t. I, p. 26 : « Dans un groupe se placent les États où il n'existe pas de tribunaux administratifs, mais où la fonction administrative demeure distincte et séparée de la fonction judiciaire. Dans ces États, les tribunaux judiciaires statuent sur toutes les réclamations ayant le caractère d'actions contentieuses, mais ils ne peuvent s'immiscer dans les attributions de l'administration active, ni prononcer l'annulation de ses actes ; à ce groupe appartiennent la Belgique, la Suède et la Norwège, le Danemark, la Grèce, la plupart des cantons de la Suisse, quelques États secondaires de l'Allemagne.

« Un autre groupe est constitué par l'Angleterre et les États-Unis d'Amérique. Dans ces États les tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction ; ils l'exercent non seulement sur les contestations qui s'élèvent entre l'Administration et les particuliers, mais encore sur la fonction administrative elle-même ; ils peuvent adresser aux administrateurs des injonctions et des défenses auxquelles ceux-ci doivent obtempérer sous peine d'encourir des condamnations pénales. »

(2) Les luttes des Parlements représentant l'ancienne décentralisation, contre les intendants représentant la moderne centralisation administrative ; luttes dont avaient été témoins tous les hommes de la Révolution et qui les préoccupaient d'autant plus qu'ils entendaient bien continuer l'œuvre de centralisation. Sur l'esprit de centralisation administrative de la Révolution, V. Laferrière, 2e édit., t. I, p. 183.

Source : BIU Cujas

essentielles, la liberté individuelle, l'état des personnes, la propriété; ce sont là des attributions qui sont consacrées, non pas par tel ou tel texte, mais par l'ensemble des lois.

Ce sera le très grand honneur des juridictions administratives, et notamment du Conseil d'État, d'avoir compris qu'elles devaient d'elles-mêmes renoncer à profiter de textes excessifs, qu'elles devaient plutôt les interpréter avec souplesse à l'aide du principe de la séparation des pouvoirs sainement entendu. Le Conseil d'État entra dans cette voie dès qu'il fut réorganisé en l'an VIII et il y a toujours persévéré, soit comme juge administratif, soit comme juge des conflits (1), le Tribunal des conflits, dès qu'il fut organisé à part, y entra lui aussi.

Le résultat d'un demi-siècle d'efforts, accomplis dans le sens de l'abnégation par les juridictions administratives elles-mêmes, fait qu'aujourd'hui on peut formuler ainsi le principe :

1° *Tout ce qui est appréciation des actes et des opérations de la Puissance publique doit être de la compétence des tribunaux administratifs;*

2° *Tout ce qui n'est pas appréciation des actes et des opérations de la Puissance publique doit être laissé aux tribunaux judiciaires.*

En d'autres termes, ce ne sont plus tous les actes de l'administration qui sont réservés aux tribunaux administratifs, mais seulement les actes où la Puissance publique est en jeu (2). Cet énoncé rectifié du principe de la séparation des pouvoirs ne suffirait pas lui-même pour trancher les conflits d'attribution, c'est-à-dire pour déterminer le domaine réservé aux tribunaux administratifs, car la Puissance publique est en jeu dans des hypothèses variées, non seulement lorsque l'Administration a agi par la voie d'autorité mais encore lorsqu'elle a agi par la voie de gestion publique; du principe il faut déduire des règles précises qui s'adaptent à la variété des hypothèses.

Il y a lieu de distinguer quatre espèces de contentieux : 1° le contentieux de l'annulation : il s'agit de faire annuler un acte d'autorité, c'est en particulier le contentieux du recours pour excès de pouvoir; 2° le contentieux de pleine juridiction : il s'agit de saisir complètement un juge de toute une situation créée par un acte de gestion, soit par un recours contentieux ordinaire, dans le cas de gestion publique, soit par une action judiciaire dans le cas de gestion privée; 3° le contentieux de

(1) Dès 1828, Sirey écrivait ceci : « En général le Conseil d'État se montre beaucoup plus disposé à restreindre qu'à étendre sa propre juridiction. » *Le Conseil d'État selon la charte*, p. 154.

(2) Cfr. en ce sens Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 471, p. 7 et s.; sur un point cependant nous nous séparons de M. Laferrière, il ne considère pas les actes de gestion publique comme dépendant de la Puissance publique, tandis que pour nous ils en dépendent; il en résulte que pour lui en principe ils relèvent du contentieux judiciaire, tandis que pour nous en principe ils relèvent du contentieux administratif (Laferrière, t. I, p. 484; notre précis, p. 204 et s.).

Source : BIU Cujas

l'interprétation : il s'agit, au cours d'un litige dont un tribunal judiciaire est saisi, de demander, à titre de question préjudicielle, à une autorité administrative l'interprétation d'un acte d'administration obscur, ou bien à un juge administratif l'appréciation de la validité de cet acte; 4° le contentieux de la répression : il s'agit des cas exceptionnels où les tribunaux administratifs sont compétents pour la répression d'infractions.

A. *Le contentieux de l'annulation.* — Aucune difficulté pour le principal recours qui est le recours pour excès de pouvoir. Nous savons depuis longtemps que ce recours ne peut être porté que devant le conseil d'État (V. p. 268 et s.). Il s'agit de faire annuler un acte d'autorité pris en lui-même, isolé de l'opération dont il fait partie. Cet acte ne peut pas être jugé par confrontation avec les droits des particuliers, car dans la voie d'autorité l'administration n'accepte pas le duel judiciaire sur le terrain du conflit des droits en présence; il ne peut être jugé qu'au nom de la légalité et de la bonne conscience administrative. Il s'agit de savoir si l'acte pris en soi est conforme à la loi et à la bonne administration. Cette question est au premier chef de la compétence du juge administratif et le Conseil d'État grand juge et grand corps consultatif, sorte de conscience du corps administratif, était tout indiqué pour la trancher.

B. *Le contentieux de la pleine juridiction.* — C'est ici que se rencontrent les plus grandes difficultés, parce qu'il s'agit de saisir un juge de toute une situation créée par un acte de gestion et que le contentieux se rapprochant davantage de celui qui se débat devant les tribunaux judiciaires, le principe d'attribution devient plus délicat à poser; en outre, à ce principe quel qu'il soit, les textes apportent des exceptions assez nombreuses. Pour soulager la mémoire, nous allons procéder par affirmations très dogmatiques :

a) *Règles d'attribution en faveur de la juridiction administrative.* — *En principe, la juridiction administrative doit être saisie du contentieux de pleine juridiction soulevé par les* ACTES ET LES OPÉRATIONS DE GESTION PUBLIQUE, *c'est-à-dire par les actes et les opérations qui constituent l'*EXÉCUTION DES SERVICES PUBLICS (V. p. 204 et s.). *Il en est de même du contentieux sur les indemnités réclamées par les administrés se trouvant vis-à-vis de l'Administration dans une* SITUATION DE GESTION PUBLIQUE *c'est-à-dire dans la situation de collaborateurs* A L'EXÉCUTION DES SERVICES PUBLICS (V. p. 242 et s.).

Ce principe est discuté(1), mais nous avons affirmé déjà à diverses reprises que si on ne l'admet pas on condamne à mort le contentieux de

(1) M. Laferrière, *Jurid. adm.*, 2e édit., t. I, p. 484, pose, à tort selon nous, une règle inverse, à savoir qu'en principe pour les actes de gestion la compétence serait judiciaire, il méconnaît la véritable nature de l'acte de gestion publique dans lequel il subsiste de la Puissance publique, il le confond avec l'acte de gestion privée; en même temps il compromet l'existence du contentieux de la pleine juridiction, qui ne saurait se développer que dans le domaine des actes et des opérations de gestion publique (V. la note de la p. 752).

Source : BIU Cujas

pleine juridiction; si celui-ci n'est pas le contentieux de l'exécution des services publics et de ses conséquences (tandis que le contentieux de l'annulation est celui de la légalité des actes de commandement), il n'est rien. D'autre part, il est bien naturel que le fait de l'exécution des services publics, qui est aujourd'hui le fait administratif par excellence, engendre un contentieux administratif pour les opérations par lesquelles il s'accomplit et pour les indemnités qu'il entraîne; or si ce contentieux n'était pas celui de la pleine juridiction on ne voit point quel il serait. On doit considérer comme des *applications du principe*, le contentieux administratif des travaux publics, des contributions directes, des marchés de fournitures de l'État, des opérations relatives à la dette publique, des liquidations, le contentieux administratif sur les indemnités pour faits de service, sur les traitements et les pensions des fonctionnaires. — On doit considérer comme des *exceptions imposées par les textes*, le contentieux judiciaire pour les impôts indirects et pour l'expropriation (cette exception-là très intéressante, V. *infrà*), — comme des *exceptions purement jurisprudentielles et mal justifiées*, le contentieux judiciaire pour les marchés de fournitures et les emprunts des départements et des communes, ainsi que pour la responsabilité des faits de service imputables à ces administrations (V. p. 215);

b) *Règles en faveur des tribunaux judiciaires. — 1° Les tribunaux judiciaires doivent être saisis du contentieux de pleine juridiction soulevé par* LES ACTES ET LES OPÉRATIONS DE GESTION PRIVÉE DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES *à moins d'exception consacrée par un texte.* — Cette règle s'applique au contentieux soulevé par les dons et legs, aux questions de propriété relatives au domaine, aux baux ordinaires des biens du domaine privé, aux ventes des biens départementaux et des biens des communes, aux actions en responsabilité pour dommages causés par des opérations privées, etc... Il y a exception, en vertu de textes, pour les ventes de biens nationaux, pour les concessions sur le domaine privé de l'État, pour les baux des sources minérales appartenant à l'État, dont le contentieux est de la compétence du conseil de préfecture;

2° *Lorsqu'il s'est produit par le fait de l'administration* UNE DÉPOSSESSION DÉFINITIVE DE PROPRIÉTÉ, *les tribunaux judiciaires peuvent être saisis de demandes tendant à compenser par une indemnité pécuniaire l'expropriation indirecte* (conséquence très intéressante de la compétence attribuée aux tribunaux judiciaires pour l'expropriation proprement dite, V. p. 659). Cette règle s'applique notamment au cas d'emprise occasionnée par une délimitation du rivage de la mer ou d'un fleuve (V. p. 617); elle doit être restreinte au cas où il y a véritablement expropriation indirecte, c'est-à-dire dépossession définitive d'une propriété et emprise de l'administration (V. p. 240) (1);

(1) Elle ne saurait être étendue notamment aux demandes en indemnité formées à la

Source : BIU Cujas

3° *Les tribunaux judiciaires sont compétents encore pour les poursuites intentées contre les fonctionnaires, avec cette réserve que l'appréciation de la nature de la faute est réservée au tribunal des conflits, si le préfet élève le conflit* (V. p. 254 et s.).

C. *Le contentieux de l'interprétation* (1). — Il y a contentieux de l'interprétation dans les cas où l'existence d'un acte d'administration, dont le sens est obscur ou dont la validité est contestée, forme question préjudicielle devant un tribunal judiciaire saisi d'un litige. Il faut pour cela deux conditions : 1° Qu'il y ait un acte d'administration dont le sens soit obscur, ou dont la validité soit attaquée (2) ; 2° Que la question soit soulevée à l'occasion d'un litige né et actuel (3).

On peut se demander s'il était bien nécessaire de réserver à la juridiction administrative la connaissance des actes d'administration lorsqu'ils ne sont qu'un élément accessoire dans un litige dont le fond appartient certainement à un tribunal judiciaire. Ainsi, en matière de mines, les contestations relatives au paiement de la redevance tréfoncière sont de la compétence des tribunaux judiciaires (O. 30 août 1820),

suite de mesures administratives ayant entraîné des violations de domicile (exécution des décrets du 29 mars 1880, Confl., 5 nov. 1880, *Marquigny*. Cfr. Brémond, *Traité de la compétence*, n°s 750 et s.); à plus forte raison ne saurait-elle être étendue à des demandes en indemnité fondées sur la violation de la liberté individuelle, telles que des mesures d'expulsion, etc. Toutes les violations de droits individuels autres que le droit de propriété et même toutes les violations du droit de propriété qui ne vont pas jusqu'à l'expropriation indirecte, constituent, si elles sont le résultat d'un acte administratif légal, des dommages administratifs de la compétence de la juridiction administrative. Si l'acte administratif n'est pas légal il y a voie de fait et compétence judiciaire, sauf conflit pour discuter la question de légalité (Cfr. p. 240, la note; Brémond, *op. cit.*, n°s 750 et s.; Laferrière, t. I, p. 471 et s., p. 529, p. 544 et s.).

(1) Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 604 et s.

(2) S'il ne s'agit que de constater l'existence matérielle de l'acte et si la validité n'en est pas contestée, le tribunal judiciaire reste compétent ; c'est ainsi que dans la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique le tribunal judiciaire est compétent pour constater l'existence de l'arrêté de cessibilité, mais non pour apprécier sa validité.

(3) L'interprétation d'un acte administratif obscur ne pourrait pas être demandée d'une façon principale en dehors de tout litige actuel. Quant à la validité d'un acte administratif, elle peut bien être attaquée d'une façon principale, mais alors c'est par le recours pour excès de pouvoir, dans les délais et avec les formes de ce recours, et elle aboutit à l'annulation de l'acte ; tandis que par la voie de la question préjudicielle, la validité de l'acte peut être attaquée pendant trente ans, par un recours contentieux ordinaire qui ne bénéficie pas de la dispense d'avocat, et cela n'aboutit qu'à une déclaration d'illégalité de l'acte qui peut avoir son influence dans le procès, mais qui n'anéantit pas l'acte.

Il faut ajouter que l'interprétation d'un acte ou l'appréciation de sa validité peuvent paraître nécessaires, parce que de là dépend une décision administrative qui est sur le point d'être rendue. Dans ce cas, le Conseil d'État admet que l'interprétation peut être demandée, soit par les parties intéressées, soit d'office par le ministre. On assimile ainsi l'instance purement administrative d'où doit résulter une décision à un litige pendant devant un tribunal.

Source : BIU Cujas

mais, s'il y a lieu, comme élément de décision, d'interpréter le décret de concession qui a créé la propriété de la mine, cette interprétation ne peut être donnée que par le Gouvernement (Cass., ch. réunies, 16 mai 1893, *Rev. d'adm.*, août 1893). Ces questions préjudicielles créent certainement des complications, et il serait plus simple d'appliquer la règle *accessorium sequitur principale* (V. Michoud, *Les conseils de préfecture*, *Revue politique et parlem.*, XII, p. 267), mais il convient de remarquer : 1° qu'il n'y a là qu'une application logique du principe de la séparation des pouvoirs, car si on n'a pas voulu que les tribunaux judiciaires connaissent des actes de l'Administration, ils ne doivent pas en connaître même d'une façon accessoire; 2° qu'il existe bien d'autres exemples de questions préjudicielles et que les juridictions administratives elles-mêmes doivent assez souvent renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux civils pour faire trancher des questions réservées à la connaissance de ceux-ci (1); 3° que le contentieux de l'interprétation a servi plus d'une fois à couvrir la retraite de la juridiction administrative, qui a renoncé à la compétence sur le fond de certaines affaires pour ne conserver que l'interprétation des actes de Puissance publique qui y seraient intervenus, que par conséquent il a été utile aux progrès du droit administratif (2).

Il y a lieu de distinguer l'interprétation du sens d'un acte obscur et l'appréciation de la validité de l'acte :

I. *Interprétation du sens de l'acte.* — La question est de savoir par qui doit être donnée cette interprétation. Est-ce par l'autorité administrative qui a fait l'acte, par application de la maxime *ejus est interpretari cujus est condere*, est-ce au contraire par la juridiction administrative? La jurisprudence et la doctrine paraissent sur ce point assez indécises, et il est visible que le Conseil d'État cherche à s'attribuer toute la compétence :

1° Il est reçu que pour tous les actes dont le conseil de préfecture a le contentieux, l'interprétation appartient au conseil de préfecture, avec appel au Conseil d'État, par exemple, en matière de travaux publics; 2° pour les actes du chef de l'État et même pour les actes d'administration accomplis par les Chambres, le Conseil d'État s'attribue compétence en premier et en dernier ressort. Avant la loi du 24 mai 1872 l'interprétation était donnée par décret en Conseil d'État, le Conseil es-

(1) Il y a question préjudicielle en faveur des tribunaux judiciaires toutes les fois que devant un tribunal administratif il est soulevé : 1° une question de propriété ou d'existence de privilège (C. É., 28 nov. 1890, *Tramways de Roubaix*, S. 93. 3. 1 et la note), ou d'existence d'enclave (Conflits, 26 mai 1894, *Bedor*); 2° une question d'état, de capacité, de domicile (par exemple dans les contentieux électoraux).

(2) V. par exemple la jurisprudence relative aux baux des droits de plaçage, abatage, mesurage (C. É., 13 mars 1891, *Médioni;* 17 avr. 1891, *commune de Saint-Justin*, S. 93. 3. 49 et la note).

Source : BIU Cujas

time que c'est un des cas où la justice retenue a été transformée par la dite loi en justice déléguée ; 3° pour tous les autres actes, soit des maires, soit des préfets, soit des ministres, on applique la règle *ejus est interpretari* et on s'adresse à l'autorité qui a fait l'acte ; lorsque c'est une autorité inférieure, on peut remonter par des recours successifs jusqu'au ministre, et la décision du ministre peut être portée devant le Conseil d'État. Mais celui-ci, estimant que ces recours en interprétation devant les autorités administratives sont des recours *hiérarchiques* et non point des recours contentieux, leur applique la doctrine de l'arrêt Bansais (V. p. 286), et, dans un but de célérité, autorise le recours au Conseil d'État *omisso medio* contre la décision de l'autorité inférieure (Cons. d'Ét., 21 nov. 1873, *Baudouin;* 9 mars 1877, *Brescon;* 4 avr. 1884, *Rivier*). On peut même prévoir que, par une nouvelle évolution, le Conseil d'État se considérera comme directement saisi par le jugement qui constate la question préjudicielle ; l'autorité qui a fait l'acte ne sera plus du tout consultée, l'interprétation sera devenue complètement l'affaire des tribunaux, ce sera une simplification (Cons. d'Ét., 15 févr. 1895, *Camplong ;* Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 619).

II. *Appréciation de la validité de l'acte.* — Cette appréciation est l'affaire des tribunaux administratifs, et non point celle des autorités administratives. Dans le cas où le conseil de préfecture ou bien le ministre ne sont pas compétents en vertu des textes, c'est le Conseil d'État en sa qualité de juge de droit commun (Arrêt 28 avr. 1882, *ville de Cannes*).

D. *Le Contentieux de la répression.* — Renvoi à ce que nous avons dit de la compétence répressive des conseils de préfecture en matière de contraventions de grande voirie (p. 626) (Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 630 et s.).

Article III. — Les conflits d'attribution et le Tribunal des conflits (1).

Le partage d'attributions entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires entraîne fatalement des conflits de compétence.

Dans le cas qui nous occupe, la lutte de compétence est appelée *conflit d'attribution* parce que les deux autorités qui luttent l'une contre l'autre appartiennent à deux *pouvoirs constitutionnels* différents, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire (2).

A. *Les conflits d'attribution sont réglés d'une façon juridictionnelle et cela donne naissance à un contentieux spécial. — Caractères généraux du*

(1) Des Cilleuls, *Des évocations dans l'ancien droit et des conflits d'attribution dans le droit intermédiaire, Bulletin des sciences économiques et sociales*, 1898. — Maurice Félix, *L'histoire du conflit d'attribution*, 1899. — Bavoux, *Des conflits*, 1828.

(2) Dans le cas où la lutte de compétence s'établit entre deux autorités appartenant au même pouvoir, par exemple entre deux tribunaux judiciaires ou entre deux autorités administratives, il y a *conflit de juridiction*. Nous n'avons pas à nous occuper ici du conflit de juridiction.

Source : BIU Cujas

contentieux des conflits. — a) *Caractère de justice déléguée.* — Pendant longtemps le contentieux des conflits a été aux mains du Gouvernement lui-même (L. 7-14 oct. 1790; L. 21 fruct. an III, art. 27). Lorsque le Conseil d'État fut réorganisé, on lui confia la mission d'examiner les conflits (R. 5 niv. an VIII; Arr. 13 brum. an X), mais la décision était toujours signée du chef de l'État, c'est-à-dire que c'était un cas de justice retenue. La Constitution du 4 novembre 1848 fit une tentative pour organiser un Tribunal des conflits indépendant; il fut organisé en effet (R. 28 oct. 1849; L. 4 févr. 1850) et il rendit quelques décisions; mais la Constitution de 1852, presque tout de suite, le supprima et revint au système ancien.

C'est la loi du 24 mai 1872 qui a définitivement organisé un Tribunal des conflits indépendant, et qui a fait du contentieux des conflits une justice déléguée. En effet, le Tribunal des conflits a un président qui est le ministre de la Justice et se choisit lui-même un vice-président (art. 25, L. 24 mai 1872); les décisions du tribunal sont signées du président (ou du vice-président) (R. du 28 oct. 1849, art. 9); elles ne sont donc pas signées du chef de l'État, ce ne sont point des décrets en tribunal des conflits. Cela suffit pour qu'on ne puisse pas dire que la justice est retenue, car il n'y a de justice retenue que celle dont les décisions sont sous la signature du chef de l'État (1).

b) *Caractère constitutionnel.* — Le contentieux des conflits a un caractère gouvernemental, ou pour mieux dire constitutionnel, et le Tribunal des conflits est une juridiction constitutionnelle. En effet, il s'agit de régler les rapports de deux pouvoirs publics, et tout ce qui est relatif aux rapports des pouvoirs publics est constitutionnel (2).

Il faut distinguer cependant entre le conflit *positif* et le conflit *négatif* : il y a conflit positif, lorsqu'un tribunal judiciaire s'est saisi d'un litige revendiqué par l'autorité administrative; il y a conflit négatif lorsque les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs se refusent les uns et les autres à se saisir d'un litige.

Le conflit *négatif* ne porte aucune atteinte à la séparation des pouvoirs, puisque justement les deux autorités refusent de se saisir de l'affaire, le débat n'a donc point d'importance constitutionnelle, il n'y a en jeu que l'intérêt du particulier qui veut trouver un juge. Aussi le conflit constitue-t-il dans ce cas une affaire contentieuse ordinaire; l'État n'y intervient pas, les parties peuvent prendre des conclusions,

(1) M. Laferrière ne se prononce pas expressément sur le caractère de justice déléguée du contentieux des conflits (V. *op. cit.*, t. I, p. 21, 270, 274).

(2) M. Laferrière ne qualifie pas expressément de constitutionnel le contentieux des conflits, mais il le qualifie de gouvernemental (V. *op. cit.*, t. I, p. 21). Il est très intéressant, à notre avis, de signaler le caractère constitutionnel de ce contentieux parce que ce serait un jalon posé dans la voie des juridictions constitutionnelles.

Source : BIU Cujas

les jugements rendus donnent lieu à la perception du droit d'enregistrement, ils peuvent contenir condamnation aux dépens.

Le conflit *positif*, au contraire, soulève en plein la question de la séparation des pouvoirs, aussi le débat ne constitue-t-il pas une affaire contentieuse ordinaire : 1° l'État intervient, non pas comme plaideur, mais à titre de puissance publique ; 2° les parties privées, qui figurent dans le litige, ne sont pas vraiment parties en cause et elles ne seraient pas admises à prendre des conclusions (notamment à fins de récusation, confl. 4 nov. 1880, *Marquigny*) ; 3° les décisions ne sont pas des jugements passibles du droit d'enregistrement ; 4° elles ne peuvent prononcer aucune condamnation ; 5° elles ne sont pas susceptibles d'opposition.

B. *Organisation du Tribunal des conflits.* — Le Tribunal des conflits se compose :

« 1° Du garde des Sceaux, président ; 2° de trois conseillers d'État en service ordinaire élus par les conseillers d'État en service ordinaire ; 3° de trois conseillers à la Cour de cassation nommés par leurs collègues ; 4° de deux membres et deux suppléants, qui seront élus par la majorité des autres juges désignés aux paragraphes précédents. Les membres du tribunal des conflits sont soumis à la réélection tous les trois ans et indéfiniment rééligibles. Ils choisissent un vice-président au scrutin secret et à la majorité absolue des voix. Ils ne pourront délibérer valablement qu'au nombre de cinq membres présents au moins » (L. 24 mai 1872, art. 25) (1).

« Les fonctions du ministère public seront remplies par deux commissaires du Gouvernement, choisis tous les ans par le président de la République, l'un parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État, l'autre dans le parquet de la Cour de cassation. Il sera adjoint à chacun de ces commissaires un suppléant choisi de la même manière et pris dans les mêmes rangs, pour le remplacer en cas d'empêchement. Ces nominations doivent être faites chaque année, avant l'époque fixée pour la reprise des travaux du tribunal » (L. 4 févr. 1850. art. 6).

« Les décisions du Tribunal des conflits ne pourront être rendues qu'après un rapport écrit par l'un des membres du tribunal et sur les conclusions du ministère public » (L. 4 févr. 1850, art. 4), — « Dans aucune

(1) On remarquera que, à part les deux membres élus par les sept premiers juges, le Tribunal des conflits est composé par égales parties de représentants du pouvoir judiciaire et de représentants de la juridiction administrative ; le garde des Sceaux lui-même a un caractère mixte, puisqu'il est en même temps ministre de la Justice, supérieur hiérarchique des magistrats de l'ordre judiciaire, et président du Conseil d'État. Il était impossible, en effet, de ne pas donner une représentation égale aux deux pouvoirs en présence. Mais, d'un autre côté, il fallait bien les départager, c'est à cette préoccupation qu'on a obéi en introduisant les deux membres élus par la majorité de leurs collègues. C'est un élément qui n'existait pas dans le Tribunal des conflits de 1850.

Source : BIU Cujas

affaire, les fonctions de rapporteur et celles de ministère public ne pourront être remplies par deux membres pris dans le même corps » (L. 4 févr. 1850, art. 7). — « Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation peuvent être chargés, par les parties intéressées, de présenter devant le Tribunal des conflits des mémoires et des observations » (R. 1859, art. 4).

Les décisions du Tribunal des conflits portent en tête la mention suivante : *Au nom du peuple français, le Tribunal des conflits...* Elles sont motivées, les noms des membres qui ont concouru à la décision y sont mentionnés, la minute est signée par le président (ou le vice-président), le rapporteur et le secrétaire (R. 28 oct. 1849, art. 9) (1).

C. *Procédure du conflit positif d'attribution* (2). — *Marche générale de la procédure du conflit.* — Il faut partir de cette idée que la procédure du conflit est destinée à protéger la compétence des tribunaux administratifs contre les empiétements des tribunaux judiciaires, que, par conséquent, l'hypothèse pratique du conflit est celle où un tribunal judiciaire s'est saisi d'une question que le Gouvernemeut estime être de la compétence des tribunaux administratifs (3).

Dès lors, on comprend qu'il y ait deux phases dans la procédure du conflit : 1° *l'élévation du conflit* qui a pour but de forcer le tribunal judiciaire à surseoir, et qui porte la question d'attribution devant le Tribunal des conflits; 2° *le jugement du conflit* par le Tribunal des conflits. D'ailleurs, le Tribunal des conflits se renferme dans la question qui lui est posée : l'arrêté de conflit a posé la question de savoir si oui ou non le tribunal ordinaire est valablement saisi, le Tribunal des conflits répond affirmativement en annulant l'arrêté de conflit, il répond négativement en validant l'arrêté ; dans cette dernière hypothèse le tribunal judiciaire est dessaisi, mais le Tribunal des conflits n'indique jamais quelle est la juridiction compétente, c'est aux parties à la chercher.

(1) Le Tribunal des conflits siège d'une façon tout à fait intermittente : d'un tableau dressé par M. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 296, il résulte que le nombre des conflits va toujours en diminuant : en 1873, 30 décisions, en 1891, trois décisions seulement, en 1892, trois, en 1893 et 1894 un léger relèvement.

(2) Pour la procédure du conflit négatif, V. R. 1849, art. 17 à 24.

(3) Le conflit n'est donc pas fait pour protéger la compétence judiciaire. L'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 donne bien aux ministres le droit d'élever le conflit devant la section du contentieux du Conseil d'État, et, peut-être, ce droit pourrait-il être exercé par le ministre de la Justice pour faire respecter la compétence des tribunaux judiciaires, mais il faut remarquer : 1° que le conflit ne pourrait être élevé que devant la section du contentieux du Conseil d'État et non point devant toutes les juridictions administratives; 2° que cette disposition a beaucoup plutôt pour objet de soustraire certaines décisions gouvernementales à l'appréciation du Conseil d'État (V. p. 275); 3° qu'enfin les parties sont toujours libres d'introduire une action devant les tribunaux judiciaires, alors même qu'une instance serait pendante devant les tribunaux administratifs, ce qui renversera les rôles et forcera l'Administration à élever le conflit en faveur des tribunaux administratifs.

Source : BIU Cujas

1. *Élévation du conflit* (O. 1er juin 1828). — C'est le Gouvernement représenté par le préfet qui a la mission d'élever le conflit. Il agit là dans l'intérêt de la puissance publique. Aussi peut-il élever le conflit, non seulement dans les instances où l'État est partie en cause, mais aussi dans celles auxquelles l'État est complètement étranger.

Dans les premières années de la Restauration il avait été fait un tel abus des conflits que le Gouvernement, pour donner une satisfaction à l'opinion publique, fut obligé de restreindre lui-même sa liberté d'action. On ne put pas déterminer limitativement les cas de conflit, cela était impossible à faire d'une façon directe pour la bonne raison que les actes de puissance publique qui doivent être protégés par le conflit échappent à toute énumération, mais on tourna la difficulté en indiquant certaines juridictions devant lesquelles le conflit ne pourrait pas être élevé, et en déterminant une procédure rigoureuse. Ce fut l'objet de l'ordonnance du 1er juin 1828 (1).

a) *Des juridictions devant lesquelles le conflit ne peut pas être élevé.* — Le texte de l'ordonnance écarte un certain nombre de juridictions ; de plus, la jurisprudence a admis que devant certaines autres le conflit ne

(1) Si l'on ne peut pas énumérer limitativement tous les cas de conflit, on peut en revanche indiquer les principaux. Le conflit peut être élevé dans les catégories d'hypothèses suivantes :

a) Un tribunal judiciaire est saisi d'une difficulté relative à une opération déjà accomplie, dont le caractère administratif est contesté. — Ainsi un tribunal judiciaire est saisi d'une difficulté relative à une offre de concours, c'est-à-dire à un incident des travaux publics, mais c'est qu'on peut se demander dans l'espèce s'il y a vraiment offre de concours, ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une cession amiable dont le contentieux serait judiciaire (exemple Confl., 27 mai 1876, *de Chargère*, V. p. 681) ;

b) Un tribunal judiciaire est saisi d'une action qui tendrait à lui faire accomplir un acte réservé à l'autorité administrative ; tel serait le cas d'une action tendant à faire prononcer par le tribunal civil la délimitation du rivage de la mer (V. p. 616, les décisions citées en la note 1) ;

c) Un tribunal judiciaire est saisi d'une action qui tendrait à mettre obstacle à l'exécution d'une mesure administrative ; c'est le cas des actions formées lors de l'exécution des décrets du 29 mars 1880 et tendant à maintenir ou à réintégrer en possession de leurs immeubles les membres des congrégations religieuses dissoutes (Confl., 5 nov. 1880, *Marquigny*, V, p. 801) ; c'est le cas aussi des actions formées lors des mesures de laïcisation d'écoles et tendant à maintenir ou à réintégrer en possession les instituteurs congréganistes (Confl , 14 janv. 1886, *Frères des écoles chrétiennes ;* 26 mars 1881, *Mounier ;* 28 déc. 1878, *Demorgny*, etc. Cfr., Brémond, *Traité de la compétence*, nos 187 et s.) ; les instituteurs laïques ont été installés dans les locaux sauf à régler ensuite les questions de propriété s'il y en avait (V. p. 135) ;

d) Un tribunal judiciaire est saisi d'une demande en indemnité contre l'État pour dommage causé dans le fonctionnement d'un service public. — Par exemple, confl. 8 févr. 1873, *Blanco* (V. p. 243) ;

e) Un tribunal judiciaire est saisi d'une action tendant à poursuivre un fonctionnaire en responsabilité personnelle, et ce tribunal aurait à apprécier l'acte administratif accompli par ce fonctionnaire pour savoir s'il ne renferme qu'une faute de service ou bien s'il constitue un fait personnel (Confl., 26 juill. 1873, *Pelletier*, V. p. 255).

Source : BIU Cujas

pouvait pas être élevé, à raison de l'impossibilité d'accomplir certaines formalités de la procédure. En résumé, le conflit ne peut pas être élevé :

1° Devant les tribunaux criminels (O. 1828, art. 1er). — Par conséquent, alors même qu'un acte administratif formerait l'un des éléments d'un débat criminel, il ne saurait y avoir élévation de conflit pour en renvoyer l'appréciation à un tribunal administratif, à titre de question préjudicielle (1);

2° Devant les tribunaux correctionnels, le conflit ne peut être élevé que dans les deux cas suivants (art. 2) : Lorsque la répression du délit est attribuée par une disposition législative à l'autorité administrative, comme en matière de contravention de grande voirie ; lorsque le jugement à rendre par le tribunal dépend d'une question préjudicielle dont la connaissance appartient à l'autorité administrative, en vertu d'une disposition législative (V. au bas de la page précédente, note, lettre *e*);

3° Devant les tribunaux de simple police, le conflit ne peut pas être élevé parce que le *procureur de la République* figure dans la procédure du conflit et que devant les tribunaux de simple police, il y a bien un ministère public, mais ce n'est pas le procureur de la République ;

4° Devant les juges de paix et devant les tribunaux de commerce, même raison ;

5° Devant la Cour de cassation, le conflit ne peut pas être élevé, mais pour un autre motif, parce que tous les jugements déférés à la Cour de cassation sont des jugements en dernier ressort, et que le conflit ne saurait être élevé après des jugements en dernier ressort (art. 4).

Au contraire, le conflit peut être élevé devant les tribunaux d'arrondissement et devant les cours d'appel, c'est là son domaine. Il peut même être élevé devant le président du tribunal civil statuant en référé (Trib. confl., 27 déc. 1880, *Caseneuve*).

b) *Moment où le conflit peut être élevé.* — « Hors le cas prévu ci-après « par le dernier paragraphe de l'art. 8 de la présente ordonnance (le « cas où le jugement aurait été rendu avant l'expiration des délais qu'a « l'Administration pour élever le conflit), il ne pourra jamais être élevé de « conflit après des jugements rendus en dernier ressort ou acquiescés, « ni après des arrêts définitifs.

« Néanmoins, le conflit pourra être élevé en cause d'appel s'il ne l'a « pas été en première instance ou s'il l'a été irrégulièrement (art. 4). »

c) *Autorité compétente pour élever le conflit.* — Nous savons que c'est le préfet.

(1) Mais cela ne s'applique qu'au cas où c'est l'action publique qui est portée devant la juridiction criminelle, non point si c'est une action civile, en ce cas au contraire le conflit peut être élevé (Confl. 22 déc. 1880, *Boucanières*).

Source : BIU Cujas

d) *Formes requises pour l'élévation du conflit.* — 1° *Déclinatoire d'incompétence.* — Lorsqu'un préfet estimera que la connaissance d'une question « portée devant un tribunal de première instance est attribuée par une « disposition législative à l'autorité administrative, il pourra, alors « même que l'Administration ne serait pas en cause, demander le ren- « voi de l'affaire devant l'autorité compétente. A cet effet, le préfet « adressera au procureur de la République un mémoire dans lequel « sera rapportée la disposition législative qui attribue à l'Administration « la connaissance du litige. — Le procureur de la République fera « connaître, dans tous les cas, au tribunal, la demande formée par le « préfet, et requerra le renvoi si la revendication lui paraît fondée. » (O. 1828, art. 6).

Le tribunal rend un jugement sur le déclinatoire, pour l'accueillir ou le rejeter. S'il le rejette, *c'est à proprement parler cette décision qui crée le conflit* (1).

« Si le déclinatoire est rejeté, dans la quinzaine de cet envoi (du ju- « gement de rejet) pour tout délai, le préfet du département, s'il estime « qu'il y ait lieu, pourra élever le conflit » (art. 8 et 11).

2° *Arrêté de conflit.* — Le conflit est élevé par un arrêté que prend le préfet et qu'il fait déposer au greffe du tribunal avec les pièces à l'appui : « L'arrêté devra viser le jugement intervenu et l'acte d'appel, « s'il y a lieu ; la disposition législative qui attribue à l'Administration « la connaissance du point litigieux, y sera textuellement insérée. »

« Si l'arrêté a été déposé au greffe en temps utile, le greffier le re- « mettra immédiatement au procureur de la République, qui le commu- « niquera au tribunal réuni dans la Chambre du Conseil, et requerra « que, conformément à l'art. 27 de la loi du 23 fructidor an III, il soit « sursis à toute procédure judiciaire. » (art. 12).

II. *Jugement du conflit* (O. 1828 ; O. 12 mars 1831 ; R. 28 oct. 1849). — « Après la communication ci-dessus, l'arrêté du préfet et les pièces « seront rétablis au greffe, où ils resteront déposés pendant quinze « jours. Le procureur de la République en préviendra de suite les par- « ties ou leurs avoués, lesquels pourront en prendre communication « sans déplacement, et remettre, dans le même délai de quinzaine, au « parquet du procureur de la République, leurs observations sur la « question de compétence, avec tous les documents à l'appui. » (art. 13, O. 1828).

« Le procureur de la République informera immédiatement le garde

(1) En effet, l'autorité administrative a affirmé ses prétentions en présentant le déclinatoire, l'autorité judiciaire affirme les siennes en rejetant le déclinatoire; aussi la formalité du *déclinatoire d'incompétence* est-elle essentielle, et alors même que les parties auraient proposé elles-mêmes une exception d'incompétence que le tribunal aurait rejetée, le préfet doit proposer son déclinatoire ; en effet, le préfet *émet la prétention* de la Puissance publique, tandis que la partie agissait en son nom privé.

Source : BIU Cujas

« des Sceaux, ministre de la Justice, de l'accomplissement desdites for-« malités, et lui transmettra en même temps l'arrêté du préfet, ses « propres observations et celles des parties, s'il y a lieu, avec toutes les « pièces jointes. La date de l'envoi sera consignée sur un registre à ce « destiné. » (art. 14). Transmission immédiate par le ministre au secrétaire du tribunal des conflits. « Les rapporteurs sont désignés par le « ministre de la Justice, immédiatement après l'enregistrement des piè-« ces au secrétariat du tribunal. » (R. 1849, art. 6).

« Dans les cinq jours de l'arrivée, l'arrêté de conflit et les pièces « sont communiqués au ministre dans les attributions duquel se trouve « placé le service auquel se rapporte le conflit. La date de la communi-« cation est consignée sur un registre à ce destiné. Dans la quinzaine, « le ministre doit fournir les observations et les documents qu'il juge « convenables sur la question de compétence. Dans tous les cas, les « pièces seront rétablies au Tribunal des conflits dans le délai précité. » (R. 1849, art. 12).

« Les avocats des parties peuvent être autorisés à prendre communi-« cation des pièces au secrétariat sans déplacement » (R., art. 13).

Dans les vingt jours qui suivent la rentrée des pièces, le rapporteur fait au secrétariat le dépôt de son rapport et des pièces (R., art. 14).

Le dossier est communiqué au commissaire du Gouvernement.

« Le rapport est lu en séance publique; immédiatement après le rap-« port, les avocats des parties peuvent présenter des observations orales. « Le commissaire du Gouvernement est ensuite entendu dans ses con-« clusions » (R. 1849, art. 8).

« Il sera statué sur le conflit dans le délai de deux mois à dater de la réception des pièces au ministère de la Justice. — *Si un mois après l'expiration de ce délai, le tribunal (primitivement saisi) n'a pas reçu notification de la décision, il pourra procéder au jugement de l'affaire.* » (O. 12 mars 1831, art. 7) (1).

§ 2. — Séparation de la juridiction administrative et de l'administration active.

Article I. — Séparation des juges administratifs et des administrateurs.

Il est bon que pour le contentieux soulevé par les actes et les opérations de puissance publique, il y ait une juridiction administrative, nous en avons donné plus haut les raisons; mais il faut aussi que cette juridiction soit séparée de l'administration active. Cela est nécessaire :

1° Dans l'intérêt de la justice, il ne faut pas qu'un même homme soit

(1) Mais, d'un autre côté, le tribunal des conflits peut statuer après l'expiration des délais tant que le tribunal civil n'a pas repris l'examen de l'affaire (Conflits, 28 janv. 1899, *Compagnie des bateaux à vapeur de la Guadeloupe*).

Source : BIU Cujas

juge et partie; or, un administrateur qui prononcerait comme juge sur les litiges provoqués par une décision administrative, serait forcément juge et partie, car cette décision est son œuvre, ou celle d'un inférieur hiérarchique qu'il a intérêt à couvrir;

2° Dans l'intérêt de la méthode et des progrès du droit : si le même homme est à la fois administrateur et juge, les décisions qu'il prendra en ces deux qualités auront une tendance à se confondre, les décisions purement administratives prendront couleur de jugements; or, cela est fâcheux, car les décisions administratives ne sont pas du tout des jugements, ce sont des *manifestations de volonté* en vue de l'exercice des droits de l'administration.

On peut dire que cette nécessité de la séparation de la juridiction et de l'administration active est aujourd'hui comprise de tous les partisans d'une juridiction administrative (V. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 12), mais c'est le résultat d'une lente évolution historique qui s'est produite depuis la Révolution. L'idée des hommes de la Révolution était que la juridiction devait appartenir aux administrateurs eux-mêmes (Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 13).

A. *Application du principe de la séparation au Conseil d'État et aux conseils de préfecture.* — En tant que la juridiction administrative est confiée au Conseil d'État ou aux conseils de préfecture, on voit tout de suite que la séparation est réalisée; en effet, ces tribunaux ne sont point des autorités administratives prenant des décisions.

Ils participent, il est vrai, dans une certaine mesure à l'administration active, puisque ce sont, en même temps que des tribunaux, des conseils administratifs dont les autorités administratives prennent les avis. Le Conseil d'État peut avoir préparé à titre consultatif le projet d'un décret, et être appelé ensuite à titre contentieux à statuer sur les litiges soulevés par ce décret. Le conseil de préfecture peut aussi avoir donné des avis au préfet dans des matières qui deviennent par la suite contentieuses. Il y a là un léger inconvénient.

Mais d'une part, dans ces assemblées, du moins au Conseil d'État, des précautions sont prises pour que les mêmes conseillers n'aient pas à statuer, au contentieux, sur les conséquences d'un acte sur lequel ils auraient émis un avis à titre administratif. — D'autre part, autre chose est avoir donné son avis sur une décision à prendre, autre chose est avoir pris la décision soi-même; le conseiller qui ne signe pas ne peut jamais avoir le même amour-propre d'auteur que l'administrateur qui signe et prend la responsabilité de l'acte. Enfin, du moment que la juridiction est administrative, il faut bien que le personnel des juges appartienne d'une façon quelconque à l'administration. Or, on ne saurait imaginer de lien plus ingénieux que celui de l'administration consultative qui mêle à toute l'administration sans jamais compromettre, qui procure la compétence professionnelle sans entraîner le parti pris; le léger incon-

Source : BIU Cujas

vénient que présente la confusion des attributions de juge et de conseiller administratif, est donc compensé par un très réel avantage. Du moment qu'il y a des tribunaux administratifs, il est naturel qu'ils soient composés d'hommes compétents ; or, qui pourrait être plus compétent que ces conseillers ordinaires des administrateurs qui, en vue des avis à donner, sont obligés d'étudier toutes les affaires?

A la condition que ces corps soient sérieusement constitués, que le personnel y ait des garanties d'indépendance, ce qui est déjà réalisé pour le Conseil d'État, ce qui se réalisera pour les conseils de préfecture, ce ne sont pas les fonctions de conseiller administratif qui nuiront aux fonctions de juge, ce sont au contraire les fonctions de juge qui fortifieront celles de conseiller et qui donneront aux avis plus de poids.

B. *Application du principe de la séparation aux autorités administratives. — Question du ministre-juge.* — La conséquence rigoureuse du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction est que les *autorités administratives* proprement dites ne sont pas des juges. Donc, ni les ministres, ni les préfets, ni les maires, ni aucune des assemblées délibérantes, conseils généraux, conseils municipaux, ne sauraient être des juges (1). Une exception doit être faite seulement pour le Chef de l'État dans les cas de justice retenue (V. p. 815) (2).

Cette doctrine n'a jamais présenté de difficulté qu'en ce qui concerne les ministres; pendant longtemps, dans la plupart des décisions qu'ils rendaient, ils furent considérés comme étant des juges, non point des administrateurs. La doctrine du ministre-juge a été régnante pendant presque tout le XIXe siècle et aujourd'hui encore, bien que condamnée par une jurisprudence du Conseil d'État qui date d'une vingtaine d'années (on peut citer, parmi les dernières décisions qui acceptaient encore l'idée du ministre-juge, un arrêt *Vivarès*, C. É., 28 mars 1885), bien que répudiée par la grande majorité de la doctrine, elle compte encore quelques partisans fidèles (M. Ducrocq, 7e édit.; M. Artur, articles dans la *Revue du droit public*, 1900, 1901, 1902 sur la *séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions*). Cette doctrine consistait en ce que dans tous les cas où la décision du ministre était susceptible d'un recours contentieux au Conseil d'État, on affirmait que cette décision était elle-même un premier jugement, et que le recours au Conseil d'État n'était qu'un recours en appel (3). C'est surtout dans les deux cas suivants qu'on voulait voir des jugements dans les décisions ministérielles :

(1) En ce qui concerne le préfet V. C. É., 24 mars 1899, *Commune de Mussy-sur-Seine.*

(2) Le Chef de l'État représente ici le pouvoir exécutif dans ce qu'il a de plus élevé, en tant qu'il est la source historique du pouvoir juridictionnel et même du pouvoir législatif.

(3) L'une des causes de cette erreur résidait dans une locution ambiguë ; on avait pris l'habitude d'appeler *décision contentieuse* une décision administrative prise en une matière où il existait un recours contentieux au profit de la partie, et on en était venu à

Source : BIU Cujas

1° *Dans le cas d'actes de gestion unilatéraux :* décision ministérielle liquidant une dette de l'État, arrêté de débet mettant un détenteur de deniers publics en demeure de restituer, etc..,

Dans ces hypothèses, la décision, qui est exécutoire par elle-même comme tout acte d'administration, devient définitive si l'on n'a pas formé recours dans le délai, de même qu'un jugement devient définitif par l'expiration des délais d'appel. On tirait de là un argument, mais on oubliait que c'est la condition de tous les actes d'administration, les recours contre ces actes sont enfermés dans des délais très courts, parce que sans cela la marche de l'administration serait entravée; l'administration agit beaucoup, il est nécessaire que les conséquences de ses actes soient rapidement réglées. Contre le rôle des contributions directes, qui est rendu exécutoire par arrêté du préfet, le recours n'est possible également que pendant un bref délai, on n'a jamais prétendu, cependant, que cet arrêté du préfet fut un premier jugement (1). Dans le cas de l'arrêté de débet, cet arrêté est suivi d'une contrainte délivrée par le ministre des finances, qui entraîne hypothèque judiciaire comme un jugement; on s'est encore beaucoup appuyé sur cet argument, il est bien mauvais cependant, d'abord parce que ce n'est pas l'arrêté de débet lui-même, où se trouve pourtant la véritable décision, qui entraîne l'hypothèque, mais la contrainte qui n'est qu'une voie d'exécution; ensuite, parce qu'il est naturel que le pouvoir exécutif ait le droit d'employer des voies d'exécution énergiques, n'est ce point lui qui donne aux jugements eux-mêmes leur force exécutoire?

Ce qui tranche la question, ce sont les observations suivantes :

α) Il est de principe que le juge ne doit pas être juge et partie; or, ici, le ministre est nécessairement partie dans l'acte comme ayant exercé les droits de l'État, donc il ne peut pas être juge;

β) Quand un jugement en premier ressort est frappé d'appel, le juge du premier ressort ne vient point lui-même défendre son jugement devant le juge d'appel, or, le ministre vient défendre sa décision devant le Conseil d'État, cette décision ne peut donc pas être un véritable jugement;

γ) Quand une juridiction est soumise à l'appel, ses jugements sont tous portés devant le même juge d'appel; or, les décisions des ministres sont frappées de recours, tantôt devant le Conseil d'État et tantôt devant les conseils de préfecture (en matière de travaux publics). Ces recours ne sont donc point des appels contre des jugements;

croire que la décision était contentieuse aussi en ce sens qu'elle équivalait elle-même à un jugement. — Une autre cause d'erreur provenait de ce que, par les circonstances dans lesquelles elles se produisent ou par leurs effets, quelques-unes des décisions ministérielles rappellent des jugements.

(1) La règle d'après laquelle les actes de l'administration doivent être attaqués dans un délai très bref est une des formes du privilège du préalable (V. p. 228).

Source : BIU Cujas

2° *Dans le cas de décision sur recours hiérarchique.* — Dans cette hypothèse, dit-on, le ministre statue bien à la façon d'un juge, puisqu'il statue sur une décision qui a déjà le caractère d'un acte d'administration. Nous avons répondu par avance à cet argument lorsque nous nous sommes occupé du recours hiérarchique (V. p. 234). Ce recours a beau ressembler à un recours contentieux, il est purement administratif, et la décision ministérielle n'est qu'un second acte d'administration qui vient en annuler, en réformer ou en confirmer un premier. C'est l'action hiérarchique qui s'exerce sollicitée par un recours, mais qui pourrait aussi bien s'exercer d'office. Elle ne change point de nature par ce seul fait qu'elle est sollicitée. Ainsi qu'on l'a fait observer très justement, il faudrait admettre alors que le préfet est un juge quand il annule l'acte d'un maire, que le conseil général est un juge quand il annule une délibération de la commission départementale, *si bien que dans la hiérarchie administrative, on chercherait vainement un administrateur, il n'y aurait plus que des juges* (1).

En résumé, le ministre n'a pas de véritable juridiction, les décisions qu'il prend sont des actes d'administration, soit des actes de gestion publique, soit des actes d'autorité, notamment dans les cas de décision sur recours hiérarchique (2). Cela entraîne quelques conséquences :

α) Une décision ministérielle rendue par défaut n'est pas susceptible d'opposition (Cons. d'Ét., 24 janv. 1872, *Heit;* 20 juill. 1877, *Mathos;* 20 févr. 1880, *Carrière*) ;

β) Une décision ministérielle peut être rapportée tant qu'elle n'a pas créé de droit acquis au profit d'un tiers (Cons. d'Ét., 19 août 1867, *Calvo* ; 12 août 1879, *Esquino*) ;

γ) Les décisions ministérielles, n'étant pas des jugements, ne sont pas soumises de plein droit à la règle d'après laquelle toute sentence doit être motivée (Cons. d'Ét., 30 avr. 1880, *Harouel;* 2 juill. 1880, *Maillard;* 21 juin 1895, *Cames*).

(1) M. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 456. — En réalité, grâce au privilège du préalable, les décisions administratives produisent souvent les mêmes effets qu'un jugement, mais elles ne les produisent pas *à la façon d'un jugement.*

(2) M. Laferrière est un de ceux qui ont le plus contribué à ruiner la doctrine du ministre juge. Dans la première édition de son *Traité de la juridiction administrative*, il admettait encore que les ministres étaient juges dans trois cas de contentieux électoral : celui des élections des membres des chambres de commerce (Arr. 3 niv. an XI) ; celui des élections au conseil supérieur de l'instruction publique et au conseil académique (D. 16 mars 1880) ; celui des élections au conseil supérieur des colonies (Cons. d'Ét., 24 avr. 1891, *Raoulx*) ; mais dans sa deuxième édition, t. I, p. 465, il retire cette concession et il nie que, même dans ces trois cas, les décisions ministérielles soient vraiment contentieuses ; ce sont des décisions administratives que le ministre rend comme supérieur hiérarchique des bureaux électoraux, après lesquelles le débat est porté au Conseil d'État. La séparation entre l'administration et la juridiction devient ainsi complète et c'est plus logique.

Source : BIU Cujas

Article II. — Limites des pouvoirs de la juridiction administrative sur les actes de l'administration active.

L'administration active, qui tend de plus en plus à se séparer de la juridiction administrative, a quelque peu besoin, pour garder sa liberté d'action, d'être garantie contre les entreprises de celle-ci. Elle est suffisamment protégée par les règles suivantes :

1° Il y a des actes qui, à raison de leur forme ou de leur nature, échappent à tout recours contentieux : tels sont les actes du parlement, les règlements d'administration publique, les actes de gouvernement (V. p. 274). Dans toutes ces hypothèses, si le Conseil d'État voulait indûment examiner l'acte, le ministre pourrait élever le conflit devant la section du contentieux (L. 24 mai 1872, art. 26) ;

2° Comme toutes les juridictions, les tribunaux administratifs ne peuvent statuer que lorsqu'ils sont saisis par un recours régulier ;

3° En principe, le recours formé n'est pas suspensif de l'exécution de l'acte administratif, cette suspension peut cependant être ordonnée par mesure spéciale ;

4° Lorsqu'un acte est annulé, l'administration reste libre de le refaire comme elle l'entend, ou même de ne pas le refaire ;

5° A part les annulations ou les réformations d'actes, le contentieux est purement pécuniaire, c'est-à-dire que, même dans le contentieux de pleine juridiction, l'administration ne peut jamais être condamnée qu'à une somme d'argent, elle ne peut pas être condamnée à une certaine prestation avec clause pénale pour chaque jour de retard ; quelquefois même ses décisions ne sont pas annulées et il y a seulement indemnité (V. p. 711, *Marchés de fournitures*) ;

6° Enfin, comme il n'y a pas contre l'État de voie d'exécution, l'exécution des condamnations est toujours volontaire de sa part.

Article III. — Des cas de juridiction gouvernementale ou de justice retenue.

Si la juridiction administrative est séparée de l'administration, c'est en tant que justice déléguée, mais il existe aussi une justice retenue qui appartient au Gouvernement représenté par le Chef de l'État. En effet, dans un certain nombre de cas, de véritables décisions juridictionnelles sont rendues par le Gouvernement à la suite de véritables recours, qui portent dans la pratique le nom de *recours administratifs* ou *recours gouvernementaux :* telles sont les décisions en matière de prises maritimes, en matière de recours pour abus. Nous sommes très disposé à voir là des hypothèses de justice retenue.

On dit que la justice est *retenue*, lorsque la décision juridictionnelle est prise sous la signature du Chef de l'État, et, par conséquent, sous sa responsabilité. On dit que la justice est *déléguée*, lorsque la décision

Source : BIU Cujas

juridictionnelle est prise sous la signature d'autorités spéciales constituées à cet effet (1).

Historiquement, pour un ordre de contestations déterminé, la justice commence presque toujours par être retenue, puis plus tard elle est déléguée, de sorte que, d'une part, la justice actuellement déléguée a été auparavant de la justice retenue, et que, d'autre part, il y a toujours un peu de justice retenue, parce que des contestations nouvelles se révèlent continuellement pour lesquelles d'abord la justice n'est pas déléguée. La vérité de ces observations est confirmée par l'histoire générale du Droit, elle l'est aussi par l'histoire du développement de notre juridiction administrative en ce siècle.

I. *Actuellement, la justice administrative est presque tout entière déléguée, mais elle a commencé par être retenue.* — En effet, jusqu'à la loi du 24 mai 1872, toutes les décisions du Conseil d'État en matière contentieuse étaient prises sous la signature du Chef de l'État; sous l'Empire, cela s'appelait des *décrets en Conseil d'État,* sous la monarchie, des *ordonnances en Conseil d'État*, cela ne pouvait pas s'appeler des *arrêts du Conseil d'État*. Or, nous le verrons plus loin, le Conseil d'État par la cassation ou par l'appel, se subordonne toutes les juridictions administratives, de sorte que, par son intermédiaire, toute la justice administrative était retenue. De plus, le Conseil d'État étant juge des conflits, la juridiction des conflits était encore de la justice retenue.

Depuis la loi du 24 mai 1872, toutes ces justices sont au contraire déléguées. Cette loi donne en effet au Conseil d'État un pouvoir propre en matière contentieuse, de telle sorte que ses décisions ne sont plus signées du Chef de l'État, mais du vice-président du Conseil d'État, et qu'elles méritent maintenant le nom d'*arrêts*. De plus, la même loi ayant organisé un tribunal des conflits distinct, a également donné au président et au vice-président de ce tribunal le droit de signer les arrêts sur conflit (V. p. 806).

La loi du 24 mai 1872 n'a fait d'ailleurs que consacrer législativement ce qui depuis longtemps était passé dans les faits, à savoir que la véritable autorité contentieuse résidait dans le Conseil d'État.

II. *Il subsiste malgré tout une justice administrative retenue.* — Au lendemain de la loi du 24 mai 1872, on a été très porté à croire que toute la justice administrative était déléguée, qu'il ne subsistait plus du tout de justice retenue.

Cependant, on se trouvait en présence d'un certain nombre de recours qui aboutissaient à des décrets en Conseil d'État, et qui ressemblaient

(1) Il y a des intérêts pratiques plus grands qu'on ne le croirait à la distinction de la justice retenue et de la justice déléguée : 1° le Chef de l'État, tant que le Conseil d'État exerçait une justice retenue, pouvait retarder indéfiniment la signature d'un décret au contentieux et cela est arrivé plusieurs fois; 2° dans les matières répressives, le Chef de l'État pouvait exercer son droit de grâce dans les décisions contentieuses elles-mêmes.

Source : BIU Cujas

par conséquent beaucoup aux recours contentieux d'avant 1872, on se borna à les appeler recours *administratifs* ou recours en *annulation administrative* et on affirma que c'étaient des recours administratifs, non point des recours contentieux.

Mais quelques-uns de ces recours ont des formes consacrées qui se rapprochent des formes contentieuses, avec cette différence qu'en général il est statué par l'assemblée générale du Conseil d'État qui n'est point une formation contentieuse; il est même un cas, celui du recours contre les décisions du Conseil des prises maritimes, où le ministère des avocats au Conseil d'État est obligatoire (Arr. 7 vent. an XII (1). Ce serait, croyons-nous, bien comprendre la marche de l'évolution historique en ces matières que de considérer la plupart de ces recours, comme étant de véritables recours contentieux pour lesquels la justice est retenue. La conséquence serait que les décisions sur ces recours seraient définitives et ne pourraient en aucun cas être attaquées, ni par un recours contentieux, ni par le recours de l'art. 40 du décret de 1806 dont il va être parlé plus bas.

Cette observation a un caractère trop scientifique pour que nous y insistions davantage (V. dans Sirey, 1898, note 3 p. 129). Disons seulement que nous sommes heureux de constater dans une étude récente sur le contentieux administratif, la trace d'une opinion très voisine de la nôtre (2) (3).

(1) Jusqu'à l'ordonnance du 9 septembre 1831, les prises maritimes étaient considérées comme de véritables affaires contentieuses.

(2) *Répertoire de Béquet*, v° *Contentieux*, n° 543, étude de M. Béquet; Cfr. aussi Cormenin, 5e édit., p. 25.

(3) Les recours dits *administratifs*, qui tendent ainsi dès maintenant vers le recours contentieux, sont les suivants : 1° Les recours au Conseil d'État contre les décisions du conseil des prises en matière de prises maritimes; 2° les recours en matière d'appel comme d'abus; 3° les recours relatifs au privilège de la Banque de France (ces trois premiers recours sont signalés par M. Béquet, *loc. cit.*); 4° les recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des conseils généraux, en vertu des articles 33 et 47 de la loi du 10 août 1871; 5° les recours formés en vertu de l'article 13 de la loi du 21 juin 1865, contre les arrêtés des préfets qui créeraient des associations syndicales autorisées en dehors des cas prévus par la loi; 6° *les recours prévus par l'article 40 du décret du 22 juillet 1806*, qui tendent à faire rapporter ou réformer par la voie administrative des décrets rendus après délibération du Conseil d'État *en matière non contentieuse*. Ces recours ne font pas double emploi avec le recours pour excès de pouvoir, bien que le recours pour excès de pouvoir soit, lui aussi, actuellement admis contre les décrets rendus en Conseil d'État. — Le recours du décret de 1806 est plus large que le recours pour excès de pouvoir, il peut atteindre même des actes discrétionnaires et il peut aboutir à la réformation de l'acte, non pas seulement à son annulation. Nous devons reconnaître que, actuellement, le Conseil d'État ne considère pas du tout ce recours comme contentieux, au contraire, il est admis que la décision sur ce recours pourrait, le cas échéant, être attaquée au contentieux, ce qui fait un singulier échafaudage de recours.

Source : BIU Cujas

Section II. — Organisation de la juridiction administrative.

§ 1. — Organisation générale de la juridiction administrative.

Cette organisation est très particulière et très différente de celle des tribunaux judiciaires.

Il y a un tribunal administratif fondamental, le Conseil d'État. Ce tribunal cumule toutes les juridictions. Il est juge de droit commun en premier ressort, non seulement dans la matière du recours pour excès de pouvoir, mais aussi en matière de recours contentieux ordinaire; par là, et surtout par le recours pour excès de pouvoir, il exerce une influence directe sur toutes les autorités administratives. Il est en même temps juge d'appel et juge de cassation, et tous les autres tribunaux administratifs lui sont subordonnés par l'une ou l'autre de ces voies. Les conseils de préfecture, et les conseils du contentieux des colonies lui sont subordonnés par l'appel; les tribunaux à compétence spéciale, série qui comprend la Cour des comptes, les conseils de revision, les conseils de l'instruction publique, qui a compris dans le passé, et qui pourra comprendre dans l'avenir telle ou telle commission administrative plus ou moins éphémère chargée d'un contentieux particulier, lui sont subordonnés par le recours en cassation.

Ainsi, tandis que dans les juridictions civiles, le premier ressort, l'appel et la cassation sont nettement séparés et confiés à des tribunaux superposés, ici, ils sont concentrés au profit d'un même tribunal (1). Ce fait crée au Conseil d'État une situation privilégiée, et donne à sa jurisprudence une autorité bien plus grande encore que n'a celle de la Cour de cassation. Les principales décisions du Conseil d'État sont, en effet, des décisions de juge de premier ressort ou de juge d'appel, qui statue à la fois sur le fait et sur le droit. Ajoutez que toute cette jurisprudence est d'allure prétorienne, surtout dans la matière de l'excès de pouvoir.

Le Conseil d'État a conquis lentement cette haute situation. Le recours pour excès de pouvoir, bien qu'il trouve son germe dans une loi révolutionnaire, est une création de sa jurisprudence, et n'a pris tout son développement que depuis un décret sur la procédure du 2 novembre 1864. La doctrine d'après laquelle le Conseil d'État est juge de droit commun en premier ressort pour les recours contentieux ordinaires, ne s'est établie que très péniblement, ainsi que nous le verrons, elle est même encore contestée. Le Conseil d'État a triomphé de tous les obstacles par la conception nette de sa mission qu'il a eue dès le début, par son esprit de suite, par la haute valeur de sa jurisprudence.

(1) On peut dire que l'organisation des tribunaux civils est d'ordre pyramidal, tandis que celle des tribunaux administratifs est d'ordre concentrique.

Source : BIU Cujas

A. *De la juridiction en premier ressort. — Le Conseil d'État est le juge de droit commun en premier ressort.* — Le Conseil d'État est juge en premier ressort dans la matière du contentieux de l'annulation, il est saisi directement du recours pour excès de pouvoir, cela ne souffre aucune difficulté (L. 24 mai 1872, art. 9). Mais il faut admettre aussi qu'il est le juge de droit commun en premier ressort dans la matière du contentieux de la pleine juridiction et qu'il doit être saisi des recours contentieux ordinaires, lorsqu'un texte n'attribue pas compétence à un autre tribunal administratif, particulièrement des recours en indemnité (1). Cette opinion, quoique très raisonnable, ne s'est pas établie sans difficulté. On a longtemps cherché ailleurs le juge de droit commun, soit du côté des conseils de préfecture, soit du côté des ministres.

Les conseils de préfecture, auraient l'avantage d'être à proximité des justiciables; mais, d'une part, le texte de l'article 4, de la loi du 28 pluviôse an VIII, sur lequel s'appuie leur compétence, contient une énumération d'affaires qu'il est bien difficile de ne pas considérer comme limitative, d'autre part, si l'on tient compte de cette observation que la juridiction administrative est fatalement destinée à réaliser des abandons de prérogatives de la puissance publique, on tiendra pour avantageux qu'elle soit centralisée en un seul grand corps et non pas dispersée en une quantité de petits tribunaux (V. cependant, Introduction, p. XXII).

Le système qui faisait des ministres les juges de droit commun en premier ressort, chacun dans son département, a eu beaucoup plus de partisans et pendant longtemps il a été accepté par le Conseil d'État lui-même (2); il était d'une certaine commodité en ce sens que les affaires s'introduisaient comme des recours hiérarchiques, mais il est manifestement condamné aujourd'hui par la doctrine qui veut que le ministre ne soit pas juge du tout (V. p. 812). Il est clair que s'il n'est pas un juge, il ne saurait être le juge de droit commun.

Reste donc seulement le Conseil d'État, et il faut reconnaître que la doctrine qui en fait le juge de droit commun en premier ressort cadre bien avec l'idée de la juridiction administrative instrument des concessions de la Puissance publique. Le seul inconvénient de cette doctrine est que la procédure devant le Conseil d'État est un peu coûteuse, tandis que celle devant le ministre ne l'était pas du tout, mais des réformes seraient possibles (V. introduction p. XXII) (3).

(1) Sauf pour le contentieux administratif des colonies qui appartient en premier ressort au conseil du contentieux de chaque colonie (V. *infrà*).

(2) V. un bon exposé de cette doctrine dans Cabantous, *Répétitions écrites de droit administratif*, 4e édit., 1867; Cfr. Ducrocq, 7 édit.

(3) Le point de départ de l'évolution qui a fait du Conseil d'État le juge de droit commun me paraît être dans des articles publiés par Bouchené-Lefer dans la *Revue pratique du droit Français*, sous ce titre, *De la justice administrative*, 1863, t. XV, p. 354 et 538. Nul doute, d'ailleurs, que l'exemple du recours pour excès de pouvoir n'ait été

Source : BIU Cujas

B. *De l'appel.* — Il y a un certain nombre de tribunaux administratifs qui jugent en premier et en dernier ressort. Ainsi, lorsque le Conseil d'État est juge en premier ressort, il l'est en même temps en dernier ressort, il en est de même de certains tribunaux spéciaux, comme la Cour des comptes, les conseils de revision. Cependant l'institution de l'appel existe pour certains autres tribunaux; ainsi, tous les arrêtés des conseils de préfecture, toutes les décisions des conseils du contentieux des colonies sont susceptibles d'appel. Il convient de faire quelques observations :

1° Les appels ne sont pas tous portés au même tribunal, le Conseil d'État reçoit en principe les appels des conseils de préfecture, mais la Cour des comptes reçoit aussi les appels de ces conseils, lorsque ceux-ci jugent les comptes des comptables ; le Conseil supérieur de l'instruction publique reçoit les appels du conseil de l'Université, du conseil académique et du conseil départemental, etc... ;

2° Là où l'appel existe, le recours en appel peut être formé, quelque minime que soit l'importance de l'affaire, parce qu'un intérêt public est toujours présumé en jeu ;

3° Le recours en appel devant le Conseil d'État n'est pas suspensif de l'exécution du jugement de première instance, à moins que le Conseil d'État, par arrêt spécial, n'accorde un sursis (D. 22 juill. 1806, art. 3; L. 24 mai 1872, art. 24 ;

4° Le délai du recours en appel devant le Conseil d'État est de deux

pour beaucoup dans le mouvement qui a poussé le Conseil d'État à revendiquer la juridiction de premier ressort en matière de recours contentieux ordinaire, surtout depuis que le recours pour excès de pouvoir est admis contre les décisions des autorités administratives inférieures, *omisso medio* (Arrêt *Bansais*, 13 avr. 1882, V. p. 286).

C'est, d'abord, dans les cas de recours en interprétation, à la suite des questions préjudicielles soulevées devant les tribunaux judiciaires, qu'il a affirmé sa compétence (Cons. d'Ét., 28 avr. 1882, *ville de Cannes*). Puis il l'a affirmée franchement à propos d'un recours contentieux contre un acte administratif porté directement devant lui (Cons. d'Ét., 13 déc. 1889, *Cadot*), un fonctionnaire communal révoqué, le sieur Cadot, avait demandé une indemnité, le conseil municipal avait rejeté sa demande, le Conseil d'État s'est déclaré compétent pour le recours formé contre cette décision. De nombreuses décisions confirmatives sont survenues (C. É. 28 mars 1890, *Drancey;* 3 févr. 1893, *ville de Paris;* 20 avril et 30 nov. 1894, *département de la Seine;* 3 août 1894, *département de la Savoie*); 3 février 1899 *Chiroux*; 24 mars 1899, *Favril et Flacon* « considérant que la contestation soulevée ne rentre dans aucun des cas pour lesquels les textes.... ont déterminé la juridiction compétente... que la demande des requérants a été rejetée par le ministre ; qu'ainsi il appartient au Conseil d'État de statuer sur le litige » ; C. É. 8 août 1899, *département de la Mayenne;* 15 déc. 1899 *Adda*). Enfin le tribunal des conflits a implicitement confirmé cette doctrine (confl. 4 juillet 1896, *Bergeon*). Cfr. les arrêts cités p. 299.

Au point de vue des textes, cette doctrine s'appuie sur l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII et sur le règlement du 5 nivôse an VIII. Le Conseil d'État interprète ces textes comme ayant enlevé à son profit aux ministres, qui certainement les avaient eues pendant la Révolution, à la fois la juridiction d'appel et la juridiction de premier ressort.

Source : BIU Cujas

mois pour les arrêtés des conseils de préfecture (L. 22 juill. 1889, art. 57). Pour les conseils du contentieux des colonies, il y a des règles spéciales.

C. *De la cassation.* — Toutes les décisions en dernier ressort des tribunaux administratifs qui ne relèvent pas du Conseil d'État par l'appel, peuvent être attaquées devant le même Conseil d'État par le *recours en cassation* (1). Ainsi, les arrêts de la Cour des comptes, les décisions des conseils de revision, celles du Conseil supérieur de l'instruction publique, peuvent être attaquées par le recours en cassation; il en est de même des décisions de toutes les commissions éphémères chargées d'un contentieux spécial, qui peuvent être instituées, comme celle, par exemple, qui liquida les indemnités pour l'insurrection de 1871.

Le recours en cassation est un recours en annulation ouvert pendant les deux mois qui suivent la notification de la décision (D. 22 juill. 1806, art. 11, modifié par L. 13 avr. 1900, art. 24, § 4); il diffère du recours en appel en ce qu'il est dispensé du ministère d'un avocat.

Parenté du recours en cassation et du recours pour excès de pouvoir. — Le recours en cassation et le recours pour excès de pouvoir ont une grande parenté, ce sont deux recours en annulation, tous les deux sont fondés sur l'excès de pouvoir, l'un du juge, l'autre de l'administrateur (2).

Malgré cela, ces deux recours ne se confondent point et il est à prévoir que dans l'avenir ils iront se séparant toujours l'un de l'autre. Le recours pour excès de pouvoir est dirigé contre des actes d'administration, le recours en cassation contre des jugements. On conçoit qu'au début, alors que la décision administrative n'était pas bien distinguée de la décision contentieuse, on ait presque identifié les deux recours; mais maintenant, plus ira, plus la fonction d'administrateur sera séparée de la fonction de juge, plus par conséquent l'acte d'administration s'éloignera du jugement. Déjà, d'ailleurs, il y a des différences graves entre les deux recours, ainsi qu'il va apparaître :

Des ouvertures à recours en cassation. — Le recours en cassation s'appuyant sur l'excès de pouvoir, il s'agit de savoir quand il y a excès de pouvoir du juge. Le Conseil d'État a, jusqu'ici, fait sortir de la

(1) Par suite, les décisions des conseils de préfecture, celles des conseils du contentieux des colonies, qui peuvent toujours être frappées d'appel, ne peuvent pas être l'objet d'un recours en cassation. D'ailleurs, par la voie de l'appel, on peut faire valoir contre ces décisions des vices d'incompétence ou d'excès de pouvoir, tout comme on les ferait valoir par le recours en cassation.

(2) De plus, ils trouvent tous les deux leur origine dans les mêmes textes, la loi des 7-14 octobre 1790 et l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872; il est vrai que le recours en cassation s'appuie en certains cas sur des textes spéciaux, sur l'art. 17, § 2 de la loi du 16 septembre 1807 pour la Cour des comptes, sur l'art. 32 de la loi du 15 juillet 1889 pour le conseil de revision, mais on a besoin des textes généraux précités pour les cas où il n'y a pas de texte spécial.

Source : BIU Cujas

notion de l'excès de pouvoir en matière de cassation trois ouvertures à recours : 1° L'incompétence ; 2° la violation des formes ; 3° quelquefois le détournement de pouvoir.

Chose remarquable, il n'admet pas le motif de *violation de la loi*, à moins qu'il n'y ait un texte comme dans l'art. 32 de la loi du 15 juillet 1889. Cette ouverture à recours n'existe en effet pour les pourvois à la Cour de cassation qu'en vertu d'un texte (L. 27 nov., 1er déc. 1790, art. 3), la violation de la loi n'est pas considérée en soi comme une variété de l'excès de pouvoir, peut-être parce qu'on présume à tort qu'elle est toujours le résultat d'une erreur de droit (1).

Des effets du recours en cassation. — 1° L'effet de l'annulation du jugement est renfermé *inter partes*, comme l'était d'ailleurs l'effet du jugement lui-même ; au contraire, un acte administratif annulé à la suite d'un recours pour excès de pouvoir est annulé *ergâ omnes* ;

2° Le tribunal dont le jugement est annulé est obligé de refaire son jugement, car il faut que l'affaire soit jugée ; au contraire, une autorité administrative dont l'acte est annulé n'est point tenue de le refaire.

Du pourvoi dans l'intérêt de la loi. — Les représentants de l'administration ont, aussi bien que les parties, le droit de former des recours en cassation ordinaires, mais les ministres peuvent en outre former des pourvois dans l'intérêt de la loi, qui n'aboutissent qu'à une censure purement doctrinale de la décision, sans infirmation de ses effets légaux. Le pourvoi peut être formé même contre une décision qui n'est pas en dernier ressort ; il en existe un semblable en matière judiciaire.

§ 2. — Organisation et compétence des diverses juridictions.

N° 1. — *Le Conseil d'État.*

A. *Organisation du Conseil d'État délibérant au contentieux.* — Nous savons déjà que le Conseil d'État ne se forme pas de la même manière, suivant qu'il délibère en matière administrative ou en matière contentieuse ; on a vu quelles sont ses diverses formations en matière administrative (p. 389 et suiv.), le moment est venu d'étudier ses formations en matière contentieuse.

Observons d'abord qu'il se forme de la même façon, quelle que soit la nature de sa juridiction, qu'il s'agisse du premier ressort, de l'appel ou de la cassation.

Cela dit, il faut savoir que le Conseil d'État délibérant en matière contentieuse est formé, tantôt en *sous-sections du contentieux*, tantôt en *sections du contentieux*, tantôt en *assemblée du contentieux*, et que cela

(1) Toutefois, dans le recours pour excès de pouvoir, depuis le décret du 2 novembre 1864, la violation de la loi est devenue une variété d'excès de pouvoir à la condition qu'il y ait en même temps violation d'un droit acquis.

Source : BIU Cujas

correspond à la marche générale de la procédure, attendu qu'une affaire est en principe *instruite* par les sous-sections ou les sections du contentieux, et *jugée* par l'assemblée du contentieux.

I. *Des sous-sections et des sections du contentieux.* — En principe, les sous-sections et sections du contentieux sont chargées uniquement de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport sur les affaires; exceptionnellement, elles peuvent retenir et juger les affaires suivantes, savoir : les sous-sections les pourvois en matière d'élections et de contributions directes, et les sections, les affaires pour lesquelles il n'y a pas de constitution d'avocat (1), à moins que le renvoi à l'assemblée du contentieux ne soit demandé par l'un des conseillers de la section ou par le commissaire du gouvernement (L. 24 mai 1872, art. 19; D. 15 juill. 1900, art. 5).

Il n'y a eu pendant longtemps qu'une seule section du contentieux permanente, une loi du 26 octobre 1888 avait autorisé la création d'une section temporaire pour concourir au jugement du petit contentieux, en fait, cette section temporaire fonctionnait depuis lors; comme le rôle du Conseil d'État est de plus en plus chargé, la loi du 13 avril 1900, art. 24, § 2, un règlement d'administration publique du 16 juillet 1900, une loi du 17 juillet 1900, ont pris de nouvelles dispositions : « la section du contentieux est divisée en deux sous-sections qui ont les mêmes pouvoirs que la section elle-même; la section temporaire est maintenue (D. 31 juill. 1900) et a été, elle aussi, partagée en deux sous-sections (D. 4 août 1900), ce qui fait au total quatre sous-sections du contentieux fonctionnant simultanément, plus les deux sections qui constituent une formation différente et qui, chacune de son côté, statuent, soit pour faire l'instruction des affaires, soit pour les juger (2).

(1) Les affaires qui sont dispensées du ministère de l'avocat sont : 1° les recours pour excès de pouvoir; 2° les recours en cassation; 3° les recours en matière électorale; 4° les recours en matière de contributions directes ou de taxes assimilées; 5° les recours en matière de pensions et quelques autres, comme les recours contre les refus d'approbation des sociétés de secours mutuels, comme les appels des décisions des conseils de préfecture en matière d'assistance médicale gratuite. Théoriquement donc, les sections du contentieux pourraient statuer elles-mêmes sur l'importante matière du recours pour excès de pouvoir ou de la cassation ou sur celle des pensions. En fait, il n'en est pas ainsi, les sections ne retenaient jusqu'ici que les matières électorales et les recours en matière de contributions directes; ces affaires sont appelées *petit contentieux;* les autres (recours pour excès de pouvoir, contentieux des travaux publics, des marchés, des pensions) sont appelées *grand contentieux* — du 15 octobre 1892 au 15 octobre 1893... 446 affaires du grand contentieux, 1.688 du petit contentieux, dont 1.200 d'élections départementales ou communales : total 2.134 affaires contentieuses. En 1873, le total était de 1.127; la progression est constante; en 1806, moyenne annuelle 221; en 1852-1860, 1006. V. Tableau, Laferrière, 2e édit., t. I, p. 291.

(2) *Organisation de la section et des sous-sections du contentieux* (D. R. 16 juillet 1900). « La section du contentieux est composée de sept conseillers d'État en service ordinaire et d'un président. Elle ne peut délibérer que si cinq conseillers au moins, y compris le

Source : BIU Cujas

II. *De l'assemblée du contentieux.* — L'assemblée du contentieux, qu'il ne faut pas confondre avec l'assemblée générale du Conseil d'État, se compose : 1° du vice-président du Conseil d'État ou, à son défaut, du président de la section du contentieux; 2° des membres à voix délibérative de la section du contentieux, 3° de huit conseillers en service ordinaire pris dans les autres sections à raison de deux par sections et désignés par le vice-président du conseil délibérant avec les présidents de section, par une délégation qui dure en fait trois ans. Plus, des maîtres

président, sont présents (art. 1). Le président de la section désigne les affaires dont l'instruction ou le jugement doit être réservé à la section et nomme les rapporteurs de ces affaires (art. 3). La section du contentieux est divisée en deux sous-sections composées, l'une du président de la section et de trois conseillers, l'autre de quatre conseillers. Un décret désigne le conseiller chargé de présider la seconde sous-section (art. 2). Le président de la section répartit entre les sous-sections les affaires qui doivent être instruites par elles pour être jugées ensuite par le Conseil d'État (assemblée du contentieux). Les affaires qui doivent être instruites et jugées par les sous-sections sont réparties, sauf jonction des pourvois connexes, en nombre égal et alternativement, d'après l'ordre fixé par l'enregistrement (art. 3). Les sous-sections sont chargées concurremment de diriger l'instruction écrite et de préparer le rapport des affaires contentieuses qui doivent être jugées devant le Conseil d'État (assemblée du contentieux). Le renvoi de ces affaires devant la section a lieu de droit s'il est demandé par un conseiller au cours de leur examen par l'une des sous-sections (ce renvoi est uniquement en vue de l'instruction) (art. 4). Les sous-sections jugent concurremment les pourvois en matière d'élections et de contributions directes ou de taxes assimilées. Le renvoi de ces affaires à l'assemblée du Conseil d'État statuant au contentieux peut avoir lieu dans les conditions prévues à l'article 19 de la loi du 24 mai 1872 (art. 5).

Les sous-sections ne peuvent délibérer ni statuer que si trois conseillers au moins sont présents. Si les membres de la section ou de la sous-section ayant voix délibérative se trouvent en nombre pair, le plus ancien des maîtres des requêtes présents est appelé à délibérer. Le nombre des commissaires du gouvernement est de quatre au moins et de six au plus (art. 7 et 8).

Les requêtes, ainsi que les pièces qui y sont jointes, peuvent être accompagnées, en vue des communications, de copies sur papier libre certifiées conformes par les requérants (art. 10). Chaque sous-section statue sur les communications à faire aux ministres et aux parties et fixe les délais dans lesquels les réponses doivent être produites. A l'expiration du délai assigné aux ministres et aux parties pour la production des défenses ou des observations, le Conseil d'État peut statuer (art. 6 et 10, § 2).

Les règles suivies devant la section du contentieux pour l'instruction et le jugement des affaires et pour l'expédition des décisions sont applicables aux affaires portées devant les sous-sections et aux décisions rendues par elles, en tant qu'il n'y est pas dérogé par le présent règlement (art. 11).

Organisation de la section temporaire du contentieux (L. 26 août 1888, modifiée par L. 17 juillet 1900 et D. 4 août 1900). La section temporaire sera composée d'un président de section et de huit conseillers d'État, pris dans les différentes sections du conseil auxquelles ils continueront d'appartenir et désignés par décret du Président de la République. Elle pourra être divisée en deux sous-sections, qui auront les mêmes pouvoirs que la section elle-même. Un règlement d'administration publique statuera sur toutes les mesures d'exécution relatives à l'organisation et au fonctionnement de la section temporaire et de la sous-section (art. 2).

Source : BIU Cujas

des requêtes, des auditeurs et un ministère public composé de quatre commissaires du gouvernement.

Elle ne peut délibérer valablement que si neuf membres au moins ayant voix délibérative sont présents. D'autre part, elle ne peut délibérer qu'en nombre impair, de sorte que lorsque les membres présents sont en nombre pair et supérieur à neuf, le dernier conseiller dans l'ordre du tableau doit s'abstenir.

Les membres du Conseil d'État qui, dans les sections administratives, ont participé à la préparation d'une mesure, ne peuvent pas ensuite siéger comme juges des recours formés contre cette mesure.

B. *Compétence en premier ressort du Conseil d'État.* — Outre que le Conseil d'État est le juge de droit commun en premier ressort lorsqu'il n'y a pas de texte (V. p. 819), il est juge en premier ressort dans un assez grand nombre de cas prévus par les textes. Sont ainsi de sa compétence :

1° Les recours pour excès de pouvoir (L. 24 mai 1872, art. 9) ;

2° Le contentieux des élections des conseils généraux (L. 31 juill. 1875) ;

3° Les déclarations de démission prononcées en la forme contentieuse à la requête du ministre de l'intérieur contre les conseillers généraux, d'arrondissement et municipaux, en vertu de la loi du 7 juin 1873 ;

4° Les recours formés par les industriels exploitant ou demandant à exploiter des établissements dangereux, insalubres ou incommodes de première ou de seconde classe, contre les arrêtés des préfets qui refusent d'autoriser, ou retirent les autorisations données, ou imposent des conditions d'exploitation contestées par l'industriel (D. 15 oct. 1810, art. 7) ;

5° Les réclamations formées par les conseils municipaux ou par toute partie intéressée contre les arrêtés des préfets prononçant l'annulation des délibérations de ces conseils, ou déclarant qu'elles sont nulles de plein droit, ou au contraire refusant d'annuler (L. 5 avr. 1884, art. 66 et 67) (1).

(1) Les réclamations formées contre les décisions ministérielles ayant le caractère d'actes de gestion publique, lorsque ces décisions (auxquelles l'ancienne doctrine attribuait à tort le caractère de jugements) ne sont pas attribuées exceptionnellement aux conseils de préfecture, par exemple, les réclamations en matière d'exécution ou de résiliation de marchés de fournitures de l'État, de liquidation et de paiement des dettes de l'État (sauf pour travaux publics), de recouvrement de certaines créances de l'État au moyen d'arrêtés de débet, de décisions sur le droit à la pension et de liquidation des pensions, etc..., ont été considérées pendant longtemps comme attribuées au Conseil d'État en vertu de textes, mais il s'agissait des textes relatifs à la liquidation administrative des dettes de l'État et l'on considère aujourd'hui comme très douteux qu'ils soient attributifs de juridiction ; la compétence du Conseil d'État, qui continue d'être appliquée, ne peut

Source : BIU Cujas

N° 2. — *Les juges subordonnés au Conseil d'État par l'appel.*

Ces juges sont les conseils de préfecture et les conseils du contentieux des colonies.

A. *Les conseils de préfecture.* — L'organisation des conseils de préfecture est la même au contentieux qu'en matière administrative (V. p. 398). Faisons remarquer seulement qu'en fait, depuis la loi du 21 juin 1865, les préfets président rarement les conseils quand ceux-ci statuent au contentieux, que les secrétaires généraux remplissent les fonctions de commissaire du gouvernement, que les arrêtés doivent être rendus par trois conseillers au moins, président compris, que dans tous les cas les conseillers doivent être en nombre impair, que les arrêtés sont motivés, que les noms des membres qui ont concouru à la décision sont mentionnés, etc. (L. 22 juill. 1889, art. 47-48).

a) *Caractères généraux de la compétence.* — La compétence des conseils de préfecture présente les caractères suivants :

1° Elle est d'*attribution*, c'est-à-dire que le conseil de préfecture est un peu comme le juge de paix en matière civile, elle repose en effet sur des textes qui contiennent des énumérations limitatives, notamment la loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4;

2° Elle est toujours *en premier ressort;*

3° Elle est territoriale ou *ratione loci*, non pas à raison du domicile du défendeur, mais à raison du lieu où a été fait l'acte administratif attaqué. Ainsi les contestations relatives aux travaux publics sont portées, non pas devant le conseil du domicile de l'entrepreneur, mais devant celui du lieu des travaux. Une exception cependant pour le cas où un même travail public est exécuté par le même entrepreneur dans plusieurs départements, surtout pour les concessions de chemins de fer qui couvrent de vastes territoires, on détermine d'avance un seul conseil de préfecture qui sera compétent pour tous les départements; mais c'est une clause du cahier des charges qui n'a d'effet qu'entre le concessionnaire et l'administration, elle n'est pas opposable aux propriétaires qui réclament des indemnités pour dommages.

b) *Compétences diverses du conseil de préfecture.* — Le conseil de préfecture a plusieurs compétences d'ordre différent :

1° Une compétence *répressive* pour les contraventions de grande voirie (L. 28 pluv. an VIII, art. 4; L. 29 flor. an X);

2° Une compétence comme *juge des comptes* pour les comptables des communes et des établissements publics, lorsque le revenu annuel de ces personnes administratives ne dépasse pas 30.000 francs (D. 31 mai 1862, art. 427). L'appel est porté dans ce cas à la Cour des comptes;

plus se justifier que par le principe même de la gestion publique, source naturelle du contentieux administratif de pleine juridiction (V. p. 752).

Source : BIU Cujas

3° Une compétence comme juge chargé de donner les *autorisations de plaider* aux communes et aux établissements publics;

4° Une compétence de *pleine juridiction* pour le contentieux auquel donnent lieu les opérations suivantes : α) Les élections au conseil d'arrondissement; toutes les élections municipales, c'est-à-dire celles qui concernent les conseils municipaux, les maires et adjoints et les délégués sénatoriaux; β) Les contributions directes (demandes en décharge ou en réduction, etc...); γ) Les opérations de travaux publics, non seulement pour les difficultés qui s'élèvent entre l'entrepreneur et l'administration, mais même pour les actions en indemnité à raison de dommages causés à la propriété ou aux personnes et d'une façon générale pour toutes les conséquences de l'opération qui sont de nature à réfléchir contre l'administration (V. p. 662 et s.); δ) les ventes de domaines nationaux, etc., etc. (1).

B. *Les conseils du contentieux des colonies.* — Les conseils du contentieux existent dans toutes les colonies depuis le décret du 7 septembre 1881, l'Algérie n'en a point parce qu'elle a des conseils de préfecture.

Organisation. — L'organisation en a été réglée à nouveau, de même que la procédure, par un décret du 5 août 1881.

Ces conseils sont formés par le *conseil privé*, corps consultatif placé à côté du gouverneur avec des attributions administratives, auquel viennent se joindre deux magistrats de l'ordre judiciaire désignés chaque année par le gouverneur. On voit donc réalisée dans ces conseils, aux colonies, la fusion de l'élément judiciaire et de l'élément administratif si soigneusement séparés dans la métropole; seulement, ce qui vient diminuer la portée du fait, c'est que les magistrats coloniaux ne sont pas inamovibles.

La présidence appartient au gouverneur avec voix prépondérante, à son défaut à l'inférieur qui vient immédiatement après lui. Les fonctions du ministère public sont remplies par l'inspecteur des services administratifs. Le secrétaire du conseil privé fait office de greffier.

Compétence. — A la différence des conseils de préfecture, les conseils du contentieux ne sont point des juges d'attribution, ils connaissent « en général du contentieux administratif, » disent les ordonnances

(1) Les conseils de préfecture jugent près de 400.000 affaires par an, exactement en 1895, 369.498 affaires contentieuses dont 340.273 affaires de contributions directes, 3.574 de travaux publics, etc.

Le peu d'autorité des décisions des conseils de préfecture a provoqué bien des projets de réforme. On a proposé tantôt de supprimer complètement ces juridictions, tantôt d'en diminuer le nombre en instituant des cours de justice régionales, tantôt seulement d'améliorer le recrutement et de supprimer complètement la présidence du préfet en matière contentieuse (V. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 283) et Michoud, *Les conseils de préfecture*, *Rev. polit. et parlem.*, XII, p. 267). V. le système proposé dans notre introduction p. XXII.

Source : BIU Cujas

du 21 août 1825 (art. 160) et du 9 février 1827 (art. 76), confirmées par le décret du 5 août 1881.

Par conséquent, ils sont juges de droit commun en premier ressort pour le contentieux administratif soulevé dans la colonie et intéressant la colonie (1); là la compétence en premier ressort du Conseil d'État disparaît, ce qui s'explique suffisamment par la distance. Cette compétence générale leur a fait attribuer le contentieux des contributions directes, celui du traitement des fonctionnaires, etc...

Outre cela, une énumération assez longue figure dans les textes : marchés de travaux publics, marchés de fournitures, voirie, etc...

Cette compétence est toujours en premier ressort.

N° 3. — *Les juges qui dépendent du Conseil d'État par la cassation.*

Les principales juridictions de cette espèce sont la *Cour des comptes*, les *conseils de revision*, *le Conseil supérieur de l'instruction publique*.

Il a été dit un mot de la Cour des comptes à propos de la comptabilité (V. p. 717). Il a été parlé des conseils de revision à propos du service militaire (V. p. 517). Pour le conseil supérieur de l'instruction publique, V. la loi du 27 février 1880 et les décrets des 16 mars et 26 juin 1880.

(1) Ils ne sont pas compétents en principe pour le contentieux né dans la colonie qui intéresserait l'État, par exemple pour les actions en responsabilité contre l'État (C. É., 13 sept. 1895, *Carassus*).

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

LES ACTIONS OU RECOURS

---

§ 1. — Les actions ou recours intentés par les administrés.

Le contentieux administratif doit se préoccuper des actions ou recours intentés par les administrés contre les administrations publiques ou contre leurs actes, c'est-à-dire, des actions intentées par les administrés demandeurs; mais il doit prévoir aussi des actions intentées par les administrations à titre de demandeur, car les administrations peuvent, elles aussi, avoir des droits à faire valoir en justice contre des administrés (1), ou bien l'une contre l'autre (2), ou bien dans l'intérêt de la Puissance publique (3).

A. *Les recours contentieux administratifs intentés par les administrés.*

(1) A la vérité, vis-à-vis des administrés, les personnes administratives sont rarement demanderesses. Cela tient au *privilège du préalable* inhérent à la Puissance publique, grâce auquel dans la plupart des cas, elles réalisent leur droit extrajuridictionnellement jusqu'à l'extrême limite, et mettent leur adversaire dans la nécessité d'attaquer. Il est clair par exemple, que quand l'État procède lui-même à la délimitation de son domaine public, il met le voisin qui se croit lésé par cet acte dans l'obligation de prendre le rôle de demandeur en attaquant l'acte; de même, quand l'État liquide lui-même ses dettes envers ses fournisseurs. De même quand une administration (et aujourd'hui toutes ont ce privilège) dresse des états de recouvrement pour certaines de leurs créances elles mettent le débiteur dans la nécessité de faire opposition (V. p. 227 et s.).

Cela n'empêche pas cependant, que quelquefois l'État et les autres personnes administratives ne soient obligés de se porter demandeurs, l'exception confirme la règle.

(2) Les personnes administratives peuvent être demanderesses à l'encontre d'autres administrations publiques ou recourir contre certains actes d'administration : 1° dans des cas de coadministration où elles sont placées sur pied d'égalité et où elles exercent des actions récursoires, par exemple, les départements et les communes qui doivent supporter définitivement les frais de l'assistance médicale des indigents; 2° dans des cas où elles sont administrées par d'autres, c'est-à-dire en tutelle, et alors elles peuvent recourir contre certains actes de tutelle.

(3) Un certain nombre d'instances sont engagées au nom de la Puissance publique, telles sont : 1° les oppositions à ouverture d'écoles libres (V. p. 61); 2° Les recours en annulation de décisions de conseils généraux formés par les préfets devant le Conseil d'État, en vertu de l'art. 47 de la loi du 10 août 1871; 3° les recours en matière d'appel comme d'abus; 4° les jugements des comptes des comptables, etc...; 5° les élévations de conflit (V. p. 895).

Source : BIU Cujas

— Les administrés peuvent intenter des recours individuels et même des recours collectifs si l'objet de leurs réclamations est identique (C. É. 29 avril 1899, *Bos, Trespat* et autres), mais contre qui ou contre quoi intente-t-on un recours? La réponse à cette question demande des distinctions. Ou bien on peut intenter *de plano* un recours direct contre la personne administrative ainsi qu'on le ferait contre un particulier; ou bien on est obligé de former un recours contre un acte d'administration derrière lequel la Puissance publique se dérobe si c'est un acte d'autorité, à l'occasion duquel la personne administrative sera engagée, si c'est un acte de gestion publique. La question de savoir dans quels cas l'une ou l'autre voie peut être employée est une des plus délicates qu'il y ait dans le contentieux administratif. On peut poser les règles suivantes :

1° Les actes et les opérations de gestion privée, par exemple, les contrats passés à propos du domaine privé, donnent lieu à des actions directes contre la personne et même, en principe, à des actions judiciaires de la compétence des tribunaux ordinaires. Il en est de même des opérations de gestion publique dont le contentieux est par exception judiciaire, par exemple les marchés de fournitures des communes, les cessions amiables, etc...;

2° Les opérations de travaux publics donnent lieu à des recours contentieux de la compétence des conseils de préfecture qui peuvent encore être en certaines occasions dirigée *de plano* contre la personne administrative sans qu'il soit nécessaire de provoquer au préalable une décision administrative — notamment quand il s'agit de demandes d'indemnité pour dommages permanents. Cependant une évolution de Jurisprudence se dessine (C. É. 7 déc. 1900, *Madelain*), et dès maintenant il est plus prudent de former au préalable une réclamation devant le ministre pour obtenir une décision;

3° En dehors de ces hypothèses, toutes les réclamations qui relèvent de la compétence administrative, soit à propos d'actes d'autorité, soit à propos d'opérations de gestion, sont en principe des recours contre l'acte ; soit que l'administration ait spontanément pris une décision que l'on veuille faire annuler ou réformer, soit que l'on provoque soi-même une décision pour condenser en un acte attaquable ce que la situation a de contentieux. Dans la première hypothèse, le contentieux est créé d'avance; dans la seconde, le particulier est obligé de créer le contentieux en obtenant d'abord une décision administrative ; c'est le cas du fournisseur de l'État qui ne peut arriver à faire régler sa fourniture que lorsque le ministre a liquidé la dette par une décision et en attaquant cette décision ; c'est le cas du particulier qui demande une indemnité à l'État pour préjudice souffert et qui doit au préalable obtenir une décision du ministre (C. É. 6 janvier 1899 *Hœgestrand* et *Skoldebrand*); c'est le cas du fonctionnaire qui veut réclamer une indemnité à la commune et qui doit

Source : BIU Cujas

au préalable obtenir une décision du conseil municipal (Cons. d'Ét. 13 déc. 1889, *Cadot*).

Lorsqu'il y avait lieu de créer le contentieux en obtenant une décision, les autorités administratives pouvaient jusqu'ici y mettre obstacle en refusant de rendre la décision, car, en principe, leur silence n'était pas assimilé à une décision de rejet, mais une réforme récente de la loi du 17 juillet 1900, art. 3, est venue faire cesser cet abus. Au moins lorsqu'il s'agit de matières où le recours doit être porté au Conseil d'État, le silence gardé pendant quatre mois par toute autorité à laquelle a été adressée une réclamation est assimilé à une décision de rejet et crée le contentieux (1). Sur toute cette matière, V. *Privilège de la création du contentieux* p. 228.

B. *Des actions judiciaires et de l'obligation du mémoire* (2). — Lorsqu'un particulier a le droit d'intenter une action judiciaire contre une personne administrative, il peut se faire qu'il y ait obligation de déposer au préalable un mémoire entre les mains de l'autorité.

a) *Obligation du dépôt.* — Un mémoire contenant les prétentions du demandeur avec les pièces justificatives doit être adressé au préfet avant toute action *judiciaire* intentée à une personne administrative, sous le bénéfice des distinctions suivantes :

1° *Actions dirigées contre l'État* (L. 28 oct.-5 nov. 1790, t. III, art. 15). — L'obligation existe pour les actions de toute nature. La prescription est *interrompue* par le dépôt du mémoire ;

2° *Actions dirigées contre le département* (L. 10 août 1871, art. 55). — L'obligation existe pour les actions pétitoires. L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé. Le dépôt du mémoire *interrompt* toute prescription, s'il est suivi dans les trois mois d'une demande en justice ;

3° *Actions dirigées contre les communes* (L. 5 avr. 1884, art. 124 et s.), — L'obligation existe pour les actions pétitoires. L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé. Le dépôt du mémoire *interrompt* toute prescription, s'il est suivi dans les trois mois d'une demande en justice.

4° *Actions dirigées contre les établissements publics.* — V. note dans S. 1901. 1. 97.

b) *Nature du mémoire.* — Au fond, c'est un avertissement, il est à remarquer que le dépôt du mémoire se produit pour des actions judiciaires, c'est-à-dire dans des hypothèses où il n'y a pas eu de recours gracieux

(1) Il arrive aussi que si le Conseil d'État a été saisi d'un recours avant que le ministre n'ait rendu une décision, mais que, sur la communication qui lui est faite, le ministre réponde par des observations qui contiennent refus de faire droit, le Conseil considère alors le litige comme né et se déclare valablement saisi (C. É. 13 janvier 1899, *Guyot*).

(2) Cfr. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 422, 462.

Source : BIU Cujas

ou hiérarchique qui ait averti l'administration et où les tribunaux saisis ne seront pas les administratifs.

On a voulu y voir un essai de conciliation, à cause de l'effet interruptif de prescription; mais les parties ne sont pas mises en présence. On pourrait dire que c'est le reste affaibli d'une nécessité de demander l'autorisation d'attaquer. Ainsi les créanciers d'une commune, d'après l'arrêté du 17 vendémiaire an X renouvelant un édit d'août 1683, ne pouvaient actionner la commune qu'après autorisation du conseil de préfecture. Cela a disparu depuis la loi du 18 juillet 1837.

§ 2. — Des actions ou recours intentés par les personnes administratives (1).

Il y a lieu de se préoccuper de la capacité d'ester en justice et du maniement de l'action :

A. *L'État.* — 1° *Capacité.* — L'État a pleine capacité pour ester en justice.

2° *Autorités qui prennent la décision.* — Ce sont les autorités du pouvoir exécutif qui ont le droit de décision pour intenter l'action, en principe, ce sont les ministres.

3° *Mandataires* ad litem. — Pour savoir qui est le représentant en justice, il faut des distinctions :

a) *Domaine de l'État.* — Toutes actions concernant le domaine de l'État sont intentées et soutenues au nom du préfet du département dans le ressort duquel se trouvent les objets contentieux (Art. 69, § 1, C. proc. civ.). Toutefois, l'administration des domaines a le droit d'exercer les actions qui ont pour objet de simples recouvrements de revenus, d'arrérages, de rentes ou de créances, lorsque le fond du droit n'est pas contesté (L. 28 oct., 5 nov. 1790, tit. III, art. 14, et 19 août, 12 sept. 1791, art. 4 et 6). Le préfet représente le domaine de l'État, même contre le département. Dans ce cas, le département est représenté par un membre de la commission départementale nommé par elle (Art. 54, L. 10 août 1871). Le préfet représente le domaine de l'État, non seulement devant les tribunaux judiciaires, mais aussi devant les juridictions administratives, même devant le conseil de préfecture bien qu'il en soit président; il se borne à ne pas siéger comme juge. Cependant, devant le Conseil d'État, c'est le ministre des finances qui représente le domaine de l'État;

b) *Pour le domaine militaire,* c'est le ministre de la guerre qui intente et défend aux actions (L. 10 juill. 1791, tit. IV, art. 1 et 5);

(1) Cfr. Chauveau, *Code d'instruction administrative.* — *Revue d'administration,* 1900, III, 257, article de M. F. Sanlaville.

Source : BIU Cujas

c) *Trésor public.* — Le trésor public procède en justice par le ministère d'un agent spécial, appelé *agent judiciaire du Trésor* (C. proc. civ., art. 69 et 70; Cfr. Dumesnil et Pallain, *Législation du Trésor public*);

d) *Pour tous les autres droits pécuniaires* l'État est représenté, soit par les ministres compétents, soit par les administrations qu'ils ont sous leurs ordres et qui forment dans les ministères des directions; ainsi les administrations de l'enregistrement, des contributions directes, des contributions indirectes, sont représentées par leurs directeurs.

B. *Le département.* — 1° *Capacité.* — Le département a conquis peu à peu la capacité d'ester en justice sans autorisation, en demandant comme en défendant, pour toutes actions. Sous l'empire de la loi de 1838, il fallait l'autorisation du Chef de l'État; sous l'empire des décrets de 1852, l'autorisation du préfet; depuis 1865, il y a capacité. C'est un des objets sur lesquels le conseil général statue définitivement (L. 10 août 1871, art. 46, § 15);

2° *Autorité qui prend la décision.* — Il faut distinguer: pour l'attaque, en principe, le conseil général; dans les cas d'urgence, la commission départementale, qui a enlevé ainsi en 1871 une attribution au préfet (L. 1871, art. 46, n. 15);

Pour la défense : commission départementale (art. 54).

3° *Mandataire* ad litem. — Ce mandataire est le préfet, sauf dans le cas où il y a conflit avec l'État, auquel cas la commission départementale délègue un de ses membres (L. 1871, art. 54).

C. *La commune.* — 1° *Capacité.* — Les communes sont en principe incapables de plaider sans une autorisation donnée par le conseil de préfecture (L. 5 avr. 1884, art. 121 et suiv.). Cependant deux cas exceptés (1) :

— *Actions possessoires et tous actes conservatoires* (art. 132);

— *Difficultés soulevées par la perception des recettes municipales* qui se recouvrent sur des états dressés par le maire (art. 154). On admettait avant la loi de 1884 une troisième exception, celle du cas où la commune plaidait devant la juridiction administrative, mais les termes de l'art. 121 ne permettent plus de l'admettre; il n'y a pas de raison d'ailleurs, la femme mariée, elle aussi, est bien autorisée par la juridiction devant laquelle elle doit plaider.

L'autorisation donnée en première instance doit être renouvelée en appel et pour le pourvoi en cassation, bien que le maire puisse seul interjeter l'appel ou former le pourvoi (art. 122).

(1) *Bibliographie.* — Reverchon, *Des autorisations de plaider*; du Boys, *Des autorisations de plaider*; Derouin et Worms, *Traité des autorisations de plaider*, 1891; Reisser et Ridel, *Des autorisations d'ester en justice*, 1902.

Source : BIU Cujas

Pour les formes de l'autorisation, V. art. 121 *in fine*, il y a autorisation tacite à défaut de décision dans les deux mois (1).

2° *Autorité qui prend la décision.* — Le maire, sous le contrôle du conseil municipal (art. 90, § 8), c'est-à-dire qu'il doit être autorisé par une délibération (Jurisprudence antérieure à la loi de 1884).

3° *Mandataire* ad litem. — Le maire, sauf dans le cas où il a lui-même dans l'affaire des intérêts opposés à ceux de la commune, auquel cas le conseil municipal désigne un autre de ses membres (art. 83).

Action exceptionnelle de l'art. 123. — Les contribuables peuvent en certains cas exercer les actions de la commune. Cette disposition a été introduite par la loi de 1837. L'art. 123 est la reproduction exacte de l'art. 49 de la loi du 18 juillet 1837. Il y a quatre conditions : 1° l'action ne peut être exercée que par des contribuables inscrits au rôle; 2° elle est exercée aux frais et risques du contribuable; 3° l'autorisation du conseil de préfecture est nécessaire; 4° le conseil municipal doit être préalablement appelé à délibérer.

La disposition de l'art. 123 s'applique sans difficulté lorsqu'il s'agit de défendre à une action, aussi bien que lorsqu'il s'agit de l'intenter. La commune est mise en cause et le jugement produit effet à son égard. — Mais cette disposition ne permet pas à un contribuable d'exercer les actions d'un établissement communal distinct de la commune, par exemple, d'un bureau de bienfaisance (C. É., 17 sept. 1898, *Bezon*).

D. *Les établissements publics.* — *Capacité de plaider.* — Les établissements publics sont soumis à la nécessité de demander l'autorisation du conseil de préfecture : — pour la plupart il y a des textes spéciaux, il y en a pour les sections de commune, pour les hospices communaux, les bureaux de bienfaisance, les fabriques, les menses épiscopales et curiales, les consistoires protestants et israélites.

Pour les autres, il y a des textes très généraux, tels que l'art. 1032 du Code de procédure civile et l'art. 3 de l'ordonnance de 1828 sur les conflits. De plus, on ne saurait admettre que les établissements publics aient une capacité plus grande que les communes (V. cependant, C. É., 15 juin 1898, S. 1901. 3. 59 et la note (2).

Quant à la question de savoir qui décide et qui intente l'action, consulter l'organisation de chaque établissement.

(1) La même question s'est posée ici que pour les dons et legs, celle des autorisations d'office. — V. la loi du 5 avr. 1884, art. 125, § 2, discussions au Sénat. — Reverchon, *Revue critique*, 1865, p. 485, note sur l'arrêt ch. des req., 6 mai 1865, et les auteurs cités à la note précédente.

(2) V. note précédente pour l'autorisation d'office. — Les formes de l'autorisation sont en principe les mêmes que pour les communes, par conséquent, le défaut de statuer par le conseil de préfecture dans le délai de deux mois équivaut à autorisation (Cass., 24 févr. 1897, *Fabrique de Bagé-la-Ville*).

Source : BIU Cujas

§ 3. — Instances engagées au nom de la Puissance publique.

Pour ces instances, il ne saurait être question de capacité d'agir, attendu qu'aucune personne administrative n'est partie en cause, elles sont engagées au nom de la Puissance publique considérée comme impersonnelle et irresponsable. Il y a, suivant les cas, divers personnages chargés d'agir. V. p. 829, note 3 et spécialement pour les conflits, p. 805.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE III

LA PROCÉDURE (1).

§ 1. — Caractères généraux de la procédure administrative.

A. *Existence indépendante de la procédure administrative.* — Il existe une procédure administrative. A la vérité, il en existe plusieurs, en ce sens qu'il y a une procédure à suivre devant le Conseil d'État, une autre devant les conseils de préfecture, sans parler des tribunaux spéciaux; mais toutes ces procédures, malgré des différences de détail, présentent des caractères communs, de telle sorte qu'on peut en extraire un corps de règles générales.

Cette procédure est distincte de la procédure civile, elle a son génie propre et se développe d'une façon indépendante. Lorsque les textes qui la réglementent sont insuffisants, il appartient au juge administratif lui-même d'en formuler les règles. C'est ainsi que le Conseil d'État avait créé presque de toutes pièces la procédure à suivre devant les conseils de préfecture qui, jusqu'à la loi du 22 juillet 1889, n'avait guère attiré l'attention du législateur. Et si, dans cette œuvre prétorienne, le juge doit s'inspirer des principes d'équité sur lesquels reposent quelques-unes des dispositions du Code de procédure civile, il n'est point tenu d'appliquer textuellement ces dispositions, même les plus générales, comme les art. 1029 et suivants.

B. *Caractères généraux de la procédure administrative.* — Par ses caractères généraux, la procédure administrative se distingue profondément de la procédure civile; elle appartient, de même que notre procédure criminelle, au type de la procédure *inquisitoriale* où l'instruction de l'affaire est faite par le juge, tandis que la procédure civile se rattache

(1) Les proportions de cet ouvrage ne nous paraissant pas comporter une étude détaillée de la procédure administrative, nous nous bornons à des indications sommaires. On trouvera des renseignements très suffisants dans M. Laferrière, t. I, p. 327 à 354 pour la procédure devant le Conseil d'État, p. 367-382, pour la procédure devant les conseils de préfecture. Enfin, pour ce qui est du commentaire de la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les conseils de préfecture, V. Teissier et Chapsal, *Traité de la procédure devant les conseils de préfecture*; Brémond, *Examen critique de la loi du 22 juillet 1889.*

Source : BIU Cujas

au type de la procédure *accusatoire*, où l'instruction de l'affaire est faite par les parties elles-mêmes sans le concours du juge.

Le type de la procédure inquisitoriale est généralement considéré comme supérieur à celui de la procédure accusatoire ; le concours d'un juge, qui dirige l'instruction, est en effet une garantie contre les surprises d'audience et la multiplication des incidents, par conséquent, contre les lenteurs et les frais. Il est permis de penser, dès lors, que la procédure administrative offre quelques avantages sur la procédure civile et que celle-ci gagnerait à s'en rapprocher. La procédure administrative présente les trois grands caractères suivants :

1° L'*instruction est dirigée par le juge*. — Dès le début, ce caractère apparaît, car l'instance est introduite par une *requête en demande* adressée au juge, et non point par un ajournement adressé directement au défendeur. Le défendeur est mis en cause par une ordonnance du juge, et la *requête en défense* qu'il présente est également adressée au juge. De plus, tous les incidents donnent lieu à une décision du juge.

Cette initiative du juge n'empêche point que les parties n'aient un rôle à jouer, et qu'elles n'aient besoin, dans une certaine mesure, de conseils ou de représentants rompus aux affaires, comme les avoués. Les parties ou leurs représentants stimuleront le juge, le juge surveillera les parties. Les choses ont été comprises ainsi dès le début au Conseil d'État, puisqu'il a été créé, auprès de ce Conseil, des avocats-avoués dont le ministère est obligatoire, sauf exception. Auprès des conseils de préfecture, la loi du 22 juillet 1889 a facilité l'accès des avoués, en leur reconnaissant formellement le droit de représenter leurs clients sans procuration et en permettant en leur faveur le déplacement des pièces.

2° *La procédure est écrite*. — Cela veut dire : 1° que le juge, chargé de l'instruction, fait cette instruction sur des pièces écrites, qui doivent contenir non seulement les conclusions des parties, mais tous leurs moyens ; un moyen nouveau ne peut pas être produit pendant le débat oral, ou bien alors il faut recommencer l'instruction ; 2° que le juge chargé du jugement, juge sur le rapport écrit qui est résulté de l'instruction. En d'autres termes, en matière administrative, toutes les affaires sont jugées sur rapport, tandis que cette procédure est exceptionnelle en matière civile. Un débat oral peut venir se joindre au rapport écrit pour les affaires jugées en séance publique, mais il n'est jamais que le complément du rapport.

3° *La procédure est en partie secrète*. — Pendant longtemps, la procédure administrative a été complètement secrète, elle ne donnait lieu à aucun débat public et le jugement n'était point rendu en public. Il a été introduit des séances publiques en 1830 au Conseil d'État et en 1865 au conseil de préfecture, l'art. 44 de la loi du 22 juillet 1889 a même rendu obligatoire en principe la séance publique pour toutes les affaires

Source : BIU Cujas

portées devant le conseil de préfecture, mais on ne peut pas dire que la procédure soit complètement publique.

D'abord, les jugements sont *lus* à l'audience publique, mais ils ne sont pas *rendus* en audience publique, ils sont tous rédigés dans la chambre du conseil. De plus, au Conseil d'État, il est des affaires qui ne donnent lieu à aucun débat public, ce sont toutes celles qui sont retenues et jugées par les *sections* ou *sous-sections du contentieux;* devant les conseils de préfecture les affaires de contributions directes, d'élections et de contraventions ne donnent lieu à débat public que si la partie le demande.

C. *Des privilèges de la Puissance publique.* — L'État plaidant devant la juridiction administrative jouit d'un certain nombre de privilèges :

1° Devant le Conseil d'État, les ministres ne sont pas tenus d'employer le ministère d'un avocat pour l'instruction écrite, ils peuvent signer eux-mêmes les pièces; pour le débat oral, il leur faut un avocat;

2° Soit devant le Conseil d'État, soit devant les conseils de préfecture, les pièces sont déplacées pour être communiquées à l'Administration, tandis que pour les parties privées, en principe, la communication se fait au greffe sans déplacement (V. cep. p. précédente);

3° L'État ne peut être condamné *aux dépens*, sauf quand il s'agit : *a*) des contestations relatives au domaine; *b*) des contestations relatives à l'exécution des marchés passés pour un service public, marchés de fournitures, ou marchés de travaux publics et de la réparation des dommages occasionnés par les travaux publics (D. 2 nov. 1864, art. 22; L. 22 juill. 1889, art. 63);

4° Nous savons déjà qu'il n'y a pas d'exécution forcée contre l'État, par conséquent, l'État exécute volontairement les condamnations résultant de jugements, comme il exécute toutes ses obligations. Pour les autres personnes administratives, il ne peut y avoir qu'une exécution par la voie administrative autorisée par l'État (V. p. 750).

D. *Notification des pièces par la voie administrative.* — La procédure administrative présente encore ceci de particulier que les décisions et les pièces sont très rarement signifiées par huissier; les pièces sont communiquées sans déplacement au greffe; d'ailleurs, les parties font accompagner les requêtes et les pièces déposées au greffe de copies sur papier libre, certifiées conformes par elles-mêmes, et qui sont notifiées administrativement à l'intéressé (L. 22 juill. 1889, art. 3; D. 16 juill. 1900, art. 10); les décisions sont notifiées par la voie administrative, c'est-à-dire par les soins des préfets et des maires, ce qui constitue une grande économie.

§ 2. — Les diverses procédures.

A. *La procédure devant le Conseil d'État* (D. 22 juill. 1806; D. 18 janv. 1826; O. 2 févr., 12 mars 1831, L. 9 mai 1862; D. 2 nov. 1864; D. 2 août 1879; L. 22 juill. 1889, D. 16 juill. 1900). — Conformément

Source : BIU Cujas

aux caractères généraux de la procédure administrative que nous avons indiqués, p. 836, la procédure devant le Conseil d'État est *inquisitoriale*, c'est-à-dire dirigée par le juge ; *écrite*, c'est-à-dire que les affaires sont jugées sur rapport ; *secrète*, en partie, c'est-à-dire que l'arrêt est toujours rédigé hors de l'audience publique et qu'il n'y a même pas de débat oral pour les affaires jugées par les sections et sous-sections du contentieux ; il n'y en a que pour les affaires jugées en assemblée du Conseil d'État statuant au contentieux.

Bien que la procédure soit dirigée par le juge, cependant il y a auprès du Conseil d'État des officiers ministériels qui portent le nom d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et qui sont à la fois avocats et avoués. Ces officiers ministériels, créés par le décret du 11 juin 1806, ont un monopole ; en principe, leur ministère est obligatoire, c'est-à-dire qu'ils ont seuls le droit de signer les requêtes et mémoires présentés par les parties (1). Toutefois, dans le but de faciliter certains recours au Conseil d'État, des dispenses du ministère de l'avocat ont été établies ; les affaires dispensées sont : les recours pour excès de pouvoir, les recours en cassation, les recours en matière électorale, les recours en matière de pensions, et les recours en matière de contributions directes ou de taxes assimilées.

Les phases de la procédure sont :

1° L'*introduction* et l'*instruction de l'affaire* où il faut remarquer que toutes les pièces de la procédure, les demandes et les défenses, sont adressées au juge, au lieu d'être adressées directement à la partie adverse, et prennent le nom de *requêtes en demande* ou de *requêtes en défense ;* il faut même observer que la requête en demande n'est communiquée au défendeur que sur une décision prise par le président de la section, après examen sommaire de l'affaire, qui porte le nom d'*ordonnance de soit communiqué* et qui est signifiée par huissier (2) ;

2° *La rédaction du rapport* et la *communication au ministère public.* — Le rapport, qui est dressé en réalité par un maître des requêtes ou par un auditeur, est discuté et arrêté dans ses termes par la section ou la sous-section du contentieux, qui le fait sien et joue ainsi tout entière le rôle de juridiction d'instruction. Tout ces rapports sont écrits ;

3° Le *jugement de l'affaire*, en séance non publique s'il est prononcé par la section ou la sous-section du contentieux elle-même, en séance publique, s'il est prononcé par l'Assemblée du contentieux ;

(1) Sur le caractère de ces officiers ministériels, V. note dans Sirey, 98. 3. 97.

(2) En vue de faciliter la communication aux parties, l'art. 10 du D. du 16 juill. 1900 a introduit la disposition suivante : « Les requêtes, ainsi que les pièces qui y sont jointes peuvent être accompagnées, en vue des communications, de copies sur papier libre, et certifiées conforme par les requérants. » Une disposition semblable avait déjà été introduite par la loi du 22 juillet 1889, art. 3, dans la procédure devant les conseils de préfecture, mais avec un caractère d'obligation, V. *infrà*.

Source : BIU Cujas

4° Enfin il faut prévoir des voies de recours contre les décisions, mais comme le Conseil d'État est une juridiction souveraine, ce ne peuvent être que des voies de rétractation. On en admet trois : l'*opposition* en cas de jugement par défaut, la *revision* qui est une sorte de requête civile et la *tierce opposition*.

B. *La procédure devant les conseils de préfecture.* — Cette procédure est régie par une loi nouvelle, celle du 22 juillet 1889. Cette loi, attendue et promise depuis longtemps, n'a guère fait que consacrer les règles que le Conseil d'État avait élaborées en se fondant sur le décret de 1806, sur la loi du 21 juin 1865 et sur le décret du 12 juillet même année (1). La procédure ressemble d'ailleurs beaucoup à celle devant le Conseil d'État, avec cette différence que l'instruction au lieu d'être dirigée par une section du conseil, l'est par le conseil tout entier.

I. *Introduction de l'instance.* — La requête introductive d'instance doit être déposée au greffe du conseil, le secrétaire-greffier délivre aux parties qui en font la demande un récépissé.

Les parties peuvent aussi faire signifier leur requête au greffe par exploit d'huissier, les frais de la signification n'entrent pas en taxe. Ceci est une disposition nouvelle dont le besoin ne se faisait guère sentir, car cela n'enlève pas au conseil le droit de fixer les délais pour les défenses, ni même de prescrire la mise en cause de défendeurs que l'assignation n'aurait pas visés.

La requête doit contenir les nom, profession et domicile du demandeur, les nom et demeure du défendeur, l'objet de la demande, l'énonciation des pièces dont le réquérant entend se servir et qui y sont jointes.

La requête doit être accompagnée de copies certifiées conformes par le requérant, destinées à être notifiées aux parties en cause. Ces copies ne sont pas assujetties au droit de timbre (art. 3). Cette disposition nouvelle a pour but d'éviter au défendeur les frais d'un déplacement pour venir consulter au greffe la requête en demande.

II. *Instruction de l'affaire.* — Immédiatement après l'enregistrement au greffe des requêtes introductives d'instance, le président du conseil de préfecture désigne un rapporteur, auquel le dossier est transmis dans les vingt-quatre heures.

Notification au défendeur. — Dans les huit jours qui suivent cette transmission, le conseil de préfecture réuni en chambre du conseil règle, le rapporteur entendu, la notification aux parties défenderesses des requêtes en demande. Il fixe le délai pour fournir défense. La notification a lieu par la voie administrative.

Ainsi, il n'y a pas, comme au Conseil d'État, une ordonnance de *soit communiqué* signifiée par huissier, c'est une économie.

(1) Avec cependant une légère tendance à revenir aux principes de la procédure civile, ce qui n'est peut-être pas très heureux.

Source : BIU Cujas

Requête en défense et répliques. — La requête en défense et les répliques sont déposées au greffe dans les mêmes conditions que la requête en demande ; le conseil en ordonne communication.

Communication aux parties. — Les parties peuvent prendre connaissance des pièces au greffe sans déplacement. Toutefois, le déplacement est autorisé au profit de l'administration et au profit des avocats et des avoués des parties (1).

Mesures d'instruction. — Le conseil de préfecture a le droit d'ordonner les mesures qu'il juge propres à l'éclairer, telles que : enquêtes, expertises, auditions de témoins, vérifications d'écritures, descentes sur les lieux. Ces différents moyens de vérification sont réglementés dans le titre II de la loi du 22 juillet 1889.

Incidents. — Les incidents sont prévus au titre III (*ibid*).

III. *Rédaction du rapport, communication au ministère public.* — Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, le rapporteur prépare un rapport. Ce rapport est remis au secrétaire-greffier qui le transmet immédiatement au commissaire du gouvernement.

IV. *Jugement des affaires.* — Le rôle de chaque séance publique est arrêté par le président du conseil et affiché à la porte de la salle d'audience. Toute partie doit être avertie par une notification en la forme administrative, du jour où l'affaire est portée en séance publique. Après le rapport, qui est fait sur chaque affaire par un des conseillers, les parties peuvent présenter des observations orales à l'appui de leurs conclusions écrites, soit en personne, soit par mandataire (2). Le commissaire du gouvernement donne ses conclusions sur toutes les affaires. La décision est prononcée à l'audience publique après délibéré hors la présence des parties.

V. *Voies de recours.* — Elles sont au nombre de trois : l'opposition, l'appel et la tierce opposition.

L'opposition. — L'opposition est dirigée contre les décisions par défaut. Est par défaut une décision rendue alors que le défendeur n'a pas fourni de requête en défense, l'absence au débat oral ne suffit pas pour constituer le défaut. L'opposition doit être formée dans le délai d'un mois à partir de la notification de l'arrêté, elle est introduite en la forme ordinaire : elle suspend l'exécution à moins qu'il n'en ait été autrement ordonné par la décision qui a statué par défaut.

(1) Les avocats et les avoués exerçant dans le département, sont désormais admis à représenter les parties *sans procuration* (L. 22 juill. 1889, art. 8 et 50).

(2) Le débat oral avait été introduit par la loi du 21 juin 1865, mais n'avait qu'une importance très secondaire ; les parties ne devraient être convoquées que si elles avaient fait connaître leur intention de présenter des observations orales. Aux termes de l'art. 44 de la loi du 22 juillet 1889, toute partie doit être avertie du jour où l'affaire sera portée en séance publique, de façon à pouvoir présenter ses observations, sauf en matière de contributions directes, d'élections, et de contraventions où l'ancienne règle est conservée.

Source : BIU Cujas

L'appel au Conseil d'État. — Tout arrêté du conseil de préfecture peut être attaqué devant le Conseil d'État dans le délai de deux mois à dater de la notification. Le délai court contre l'État ou les administrations représentées par le préfet, soit à dater du jour où la notification de l'arrêté a été faite par les parties au préfet, soit à dater du jour où la notification a été faite aux parties par les soins du préfet. Ce délai de deux mois est augmenté conformément à l'art. 73 du Code de procédure civile modifié par la loi du 9 mai 1862, lorsque le requérant est domicilé hors de la France continentale.

La tierce opposition. — Cette demande est formée au conseil de préfecture lui-même, contre une décision contradictoire, par un tiers auquel la décision porte préjudice; elle suit les règles ordinaires du recours.

VI. *Des procédures spéciales.* — Il existe, en matière de contributions directes, une procédure spéciale (L. 21 avr. 1832); il en est de même en matière électorale (L. 5 avr. 1884, art. 37 et s.). Il n'est rien innové en ces matières (V. cependant l'art. 11, L. 22 juill. 1889).

Pour les contraventions de grande voirie, V. l'art. 10.

Source : BIU Cujas

SUPPLÉMENT

PROPOSITION DE LOI

SUR LE RECRUTEMENT DE L'ARMÉE (1).

TITRE Ier. — **Dispositions générales.**

Art. 1er. — Tout Français doit le service militaire personnel.

Art. 2. — Le service militaire est égal pour tous. Hors le cas d'incapacité physique, il ne comporte aucune dispense.

Il a une durée de vingt-cinq années et s'accomplit selon le mode déterminé par la présente loi.

Art. 3. — Nul n'est admis dans les troupes françaises s'il n'est Français ou naturalisé Français, sauf les exceptions déterminées par la présente loi.

. . . . . .

Art. 7. — Nul n'est admis dans une administration de l'État, ou ne peut être investi de fonctions publiques électives, s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations imposées par la présente loi.

Art. 8. — Tout corps organisé, quand il est sous les armes, est soumis aux lois militaires, fait partie de l'armée et relève soit du ministre de la guerre, soit du ministre de la marine.

Il en est de même des corps de vétérans que le ministre de la guerre est autorisé à créer en temps de guerre, et qui seraient recrutés par voie d'engagements volontaires parmi les hommes ayant accompli la totalité de leur service militaire.

Art. 9. — Les militaires et assimilés de tous grades et de toutes armes des armées de terre et de mer ne prennent part à aucun vote quand ils sont présents à leur corps, à leur poste ou dans l'exercice de leurs fonctions. Ceux qui, au moment de l'élection, se trouvent en résidence libre, en non-activité ou en possession d'un congé, peuvent voter dans la commune sur les listes de laquelle ils sont régulièrement inscrits. Cette dernière disposition s'applique également aux officiers et assimilés qui sont en disponibilité ou dans le cadre de réserve.

(1) On sait que cette proposition de loi, actuellement en discussion devant le Sénat, réduit à deux ans la durée du service actif et supprime toutes les dispenses. A raison de son importance, nous donnons ici de larges extraits du texte arrêté par la Commission. On trouvera ce texte complet avec le rapport de M. Rolland au *Journal officiel*, Documents parlementaires, Sénat, annexe 475, année 1901, p. 510. La discussion a commencé devant le Sénat à la séance du 19 juin 1902.

Source : BIU Cujas

TITRE II. — Des appels.

CHAPITRE Ier. — DU RECENSEMENT.

Art. 10. — Chaque année, pour la formation de la classe, les tableaux de recensement des jeunes gens ayant atteint l'âge de vingt ans révolus dans l'année précédente, et domiciliés dans l'une des communes du canton, sont dressés par les maires : 1° Sur la déclaration à laquelle sont tenus les jeunes gens, leurs parents ou leurs tuteurs; 2° D'office, d'après les registres de l'état civil et tous autres documents ou renseignements.

Sont portés sur ces tableaux : 1° Les individus nés en France d'un Français; 2° Les individus nés à l'étranger d'un Français à moins de dispositions contraires résultant d'une convention internationale; 3° Les individus nés en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue; 4° Les individus nés en France d'un père étranger qui lui-même y est né; 5° Les individus auxquels la loi réserve la faculté de décliner la qualité de Français dans l'année qui suit leur majorité, lorsque leur représentant légal aura, en leur nom, renoncé à cette faculté; 6° Les individus nés en France ou à l'étranger de parents dont l'un a perdu la qualité de Français, lorsque leur représentant légal a réclamé cette qualité pendant leur minorité, en vertu de l'article 10 du Code civil.

Ces tableaux mentionnent la professsion de chacun des jeunes gens inscrits. Ils sont publiés et affichés dans chaque commune suivant les formes prescrites par les articles 63 et 64 du Code civil. La dernière publication doit avoir lieu au plus tard le 15 janvier.

Art. 11. — Sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité :

1° Les jeunes gens qui, par application des articles 8, §§ 3 et 4, 12, §§ 3 et 18, du Code civil, sont Français, sauf faculté de répudier la nationalité française au cours de la vingt-deuxième année, lorsqu'il n'aura pas été renoncé en leur nom, et pendant leur minorité, à l'exercice de cette faculté;

2° Les jeunes gens nés en France de père et de mère nés à l'étranger qui viennent s'établir en France durant l'année de leur majorité telle qu'elle est fixée par la loi française.

Ces derniers peuvent réclamer contre leur inscription aussitôt après la publication des tableaux de recensement et lors de leur convocation au conseil de revision, conformément à l'article 16 ci-après. S'ils ne réclament pas, leur maintien sur les tableaux de recensement équivaudra pour eux à la déclaration prévue par l'article 9, § 1, du Code civil. S'ils se font rayer, ils seront déchus du bénéfice dudit article.

Art. 12. — Les individus devenus Français par voie de naturalisation, réintégration ou déclaration faite conformément aux lois, sont portés sur les tableaux de recensement de la première classe formée après leur changement de nationalité.

Les individus inscrits sur les tableaux de recensement en vertu du présent article et de l'article précédent ne sont assujettis qu'aux obligations de service de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge.

Toutefois, ceux qui ne sont inscrits sur les tableaux de recensement qu'après

Source : BIU Cujas

l'âge de vingt-deux ans sont tenus d'accomplir une année de service actif, après laquelle ils suivent le sort de leur classe.

Art. 13. — Sont considérés comme légalement domiciliés dans le canton :

1° Les jeunes gens, même émancipés, engagés, établis au dehors, expatriés, absents ou en état d'emprisonnement, si d'ailleurs leur père, leur mère ou leur tuteur est domicilié dans une des communes du canton, ou si leur père, expatrié, avait son domicile dans une desdites communes ;

2° Les jeunes gens mariés dont le père, ou la mère, à défaut du père sont domiciliés dans le canton, à moins qu'ils ne justifient de leur domicile réel dans un autre canton ;

3° Les jeunes gens mariés et domiciliés dans le canton, alors même que leur père et leur mère n'y seraient pas domiciliés ;

4° Les jeunes gens nés et résidant dans le canton et qui n'auraient ni leur père, ni leur mère, ni un tuteur ;

5° Les jeunes gens résidant dans le canton qui ne seraient dans aucun des cas précédents et qui ne justifieraient pas de leur inscription dans un autre canton.

Les jeunes gens résidant soit en Algérie, soit aux colonies, sont inscrits sur les tableaux de recensement du lieu de leur résidence. Sur la justification de cette inscription, ils sont, dans ce cas, rayés des tableaux de recensement où ils auraient pu être portés en France, par application des dispositions du présent article.

Art. 14. — Sont, d'après la notoriété publique, considérés comme ayant l'âge requis pour l'inscription sur les tableaux de recensement, les jeunes gens qui ne peuvent produire ou n'ont pas produit, avant la vérification des tableaux de recensement, un extrait des registres de l'état civil constatant un âge différent ou qui, à défaut des registres de l'état civil, ne peuvent prouver ou n'ont pas prouvé leur âge, conformément à l'article 46 du Code civil.

Art. 15. — Si, dans les tableaux de recensement des années précédentes, des jeunes gens ont été omis, ils sont inscrits sur les tableaux de recensement de la classe qui est appelée après la découverte de l'omission, sauf le cas prévu à l'article 60 ci-après, à moins qu'ils n'aient quarante-six ans accomplis à l'époque de la clôture des tableaux et sont soumis à toutes les obligations de cette classe.

Toutefois, ils sont libérés à titre définitif, à l'âge de quarante-sept ans au plus tard.

CHAPITRE II. — DU CONSEIL DE REVISION CANTONAL. — DES TABLEAUX DE RECENSEMENT. — DES EXEMPTIONS. — DES AJOURNEMENTS ET DES SURSIS D'INCORPORATION. — DES LISTES DE RECRUTEMENT CANTONAL.

. . . . . .

Art. 18. — Sont exemptés par le conseil de revision, siégeant au chef-lieu de canton, les jeunes gens que leur infirmités rendent impropres à tout service actif ou auxiliaire.

Il leur est délivré, pour justifier de leur situation, un certificat qu'ils sont tenus de représenter à toute réquisition des autorités militaire, judiciaire ou civile.

Art. 19. — Les familles des jeunes gens qui remplissent effectivement les devoirs de soutiens indispensables de famille pourront recevoir sur leur de-

Source : BIU Cujas

mande, en temps de paix, une allocation annuelle dont la quotité sera fixée par la loi de finances, payable par douzième, pendant la présence de ces jeunes gens sous les drapeaux. Leur nombre ne pourra dépasser 8 0/0 du contingent.

Ladite allocation pourra en outre être accordée, pendant la deuxième année de service, aux familles des militaires qui, après une année de présence sous les drapeaux, justifieront de leur qualité de soutiens indispensables de famille. Leur nombre ne pourra dépasser 2 0/0 de l'effectif de la classe.

Les demandes sont adressées par les familles, après la publication des tableaux de recensement, au maire de la commune de leur domicile. Il en sera donné récépissé. Elles doivent comprendre à l'appui :

1° Un relevé des contributions payées par la famille et certifié par le percepteur ;

2° Un état certifié par le maire de la commune et indiquant le nombre et la position des membres de la famille, vivant sous le même toit ou séparément, les revenus et les ressources de chacun d'eux.

La liste des demandes est présentée par le maire au conseil de revision, avec l'avis motivé du conseil municipal.

Il est statué sur ces demandes par un conseil, siégeant au chef-lieu du département, composé : 1° Du préfet, président, ou, à son défaut, du secrétaire général ou du vice-président du conseil de préfecture ; 2° Du directeur des contributions directes ; 3° Du trésorier-payeur général ; 4° De trois membres du conseil général pris dans des arrondissements différents et d'un conseiller d'arrondissement, désignés par la commission départementale.

Les décisions du conseil sont rendues en séance publique.

Art. 20. — Peuvent être ajournés deux années de suite à un nouvel examen du conseil de revision, les jeunes gens qui sont reconnus d'une complexion trop faible pour le service armé ou auxiliaire.

Les jeunes gens ajournés reçoivent, pour justifier de leur situation, un certificat qu'ils sont tenus de représenter à toute réquisition des autorités militaire, judiciaire ou civile.

A moins d'une autorisation spéciale, ils sont astreints à comparaître à nouveau devant le conseil de revision du canton devant lequel ils ont comparu.

Les jeunes gens qui, après avoir été ajournés, sont ensuite reconnus propres au service armé ou auxiliaire, sont astreints : — après un premier ajournement, à deux années de service dans l'armée active ; — après un second ajournement, à une année de service seulement. Ils sont ensuite soumis aux obligations de la classe à laquelle ils appartiennent par leur âge (1).

Art. 21. — En temps de paix, l'un des deux frères inscrits la même année sur les tableaux de recensement, ou faisant partie du même appel, et, en cas de désaccord entre eux, le plus jeune ne sera, sur sa demande, incorporé qu'après l'expiration du temps obligatoire de service de l'autre frère.

Art. 22. — En temps de paix, des sursis d'incorporation renouvelables d'année en année, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, peuvent être accordés aux jeunes gens qui en font la demande.

A cet effet, ils doivent établir que, soit dans l'intérêt de leurs études, soit

(1) Le ministre de la guerre a demandé à la commission du Sénat que les ajournés fussent toujours astreints à faire les deux années de service actif.

Source : BIU Cujas

pour leur apprentissage, soit pour les besoins de l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale à laquelle ils se livrent pour leur compte ou pour celui de leurs parents, soit à raison de leur résidence à l'étranger, hors d'Europe, il est indispensable qu'ils ne soient pas enlevés immédiatement à leurs travaux.

Les sursis d'incorporation ne confèrent aucune dispense. Les jeunes gens qui ont obtenu un ou plusieurs sursis suivent le sort de la classe avec laquelle ils sont ensuite incorporés. En cas de guerre, ils sont appelés avec les hommes de leur classe.

Ces mêmes jeunes gens peuvent, à partir de l'âge de dix-huit ans être admis à contracter un engagement volontaire de deux ans, en se conformant aux conditions prescrites par l'article 50 de la présente loi.

Art. 23. — Les demandes de sursis adressées au maire, après la publication des tableaux de recensement, sont instruites par lui; le conseil municipal donne son avis motivé. Elles sont envoyées au préfet et transmises par lui, avec ses observations au ministre de la guerre qui statue.

Art. 24. — Les jeunes gens reçus à l'école polytechnique, à l'école forestière ou à l'école centrale des arts et manufactures, qui sont reconnus propres au service militaire, n'y sont définitivement admis qu'à la condition de contracter un engagement volontaire de trois ans pour les deux premières écoles, et de quatre ans pour l'école centrale.

Ils sont considérés comme présents sous les drapeaux dans l'armée active pendant tout le temps passé par eux dans lesdites écoles. Ils reçoivent, dans ces écoles, l'instruction militaire complète et sont à la disposition du ministre de la guerre.

S'ils ne peuvent satisfaire aux examens de sortie ou s'ils quittent l'école pour une cause quelconque, ils sont incorporés dans un corps de troupes pour y terminer le temps de service qu'il leur reste à faire, d'après leur engagement, sans toutefois, pouvoir être retenus sous les drapeaux plus de deux années, y compris, s'il y a lieu, le temps passé au service avant leur entrée à l'école.

Les élèves de l'école polytechnique admis dans l'un des services civils recrutés à l'école, ou quittant l'école après avoir satisfait aux examens de sortie sans entrer dans aucun de ces services et les élèves de l'école forestière admis dans l'administration des forêts, sont nommés sous-lieutenants de réserve et accomplissent en cette qualité, dans un corps de troupes, leur troisième année de service.

Ceux qui viendraient à quitter le service civil dans lequel ils ont été admis n'en resteront pas moins soumis aux obligations indiquées par le paragraphe précédent.

Les élèves de l'école centrale des arts et manufactures quittant l'école après avoir satisfait aux examens de sortie sont admis à subir des épreuves d'aptitude au grade de sous-lieutenant de réserve déterminées par le ministre de la guerre.

Ceux de ces élèves qui satisfont à ces examens sont nommés sous-lieutenants de réserve et accomplissent, en cette qualité, dans un corps de troupes, leur quatrième année de service.

Ceux qui n'ont pas été jugés susceptibles d'être nommés immédiatement sous-lieutenants de réserve sont incorporés dans un corps de troupes comme simple soldats et accomplissent une année de service. A la fin de cette année de

Source : BIU Cujas

service, ils peuvent être nommés sous-lieutenants de réserve, s'ils satisfont aux conditions d'aptitude fixées par le ministre.

Les jeunes gens qui, en sortant de l'école polytechnique, de l'école forestière ou de l'école centrale, ont été nommés sous-lieutenants de réserve et qui donneraient leur démission avant la fin de l'année de service qu'ils doivent accomplir dans un corps de troupes, n'en resteront pas moins soumis à toutes les conséquences de l'engagement volontaire de trois ou quatre ans contracté par eux lors de leur entrée à l'école.

Les conditions d'aptitude physique, pour l'entrée à ces écoles, des jeunes gens qui, au moment de leur admission, ne sont pas aptes au service militaire, sont fixées par un règlement d'administration publique.

Art. 25. — Les élèves du service de santé militaire et les élèves militaires des écoles vétérinaires contractent, en entrant à l'école, l'engagement de servir dans l'armée active pendant six ans au moins, à dater de leur nomination au grade de médecin aide-major de 2e classe ou d'aide-vétérinaire.

Ceux qui n'obtiendraient pas le grade d'aide-major ou d'aide-vétérinaire ou qui ne réaliseraient pas l'engagement sexennal sont incorporés dans un corps de troupes pour deux ans sans déduction aucune du temps écoulé depuis leur entrée à l'école; mais s'il y a lieu, sous déduction du temps de service effectivement accompli à leur entrée à l'école.

Ces dispositions sont également applicables aux élèves de l'école de médecine navale.

Les élèves de l'école d'administration de la marine contractent le même engagement et sont astreints aux mêmes obligations dans le cas où ils n'obtiendraient pas le grade d'aide-commissaire ou ne réaliseraient pas l'engagement sexennal.

Art. 26. — Sont considérés comme ayant satisfait à l'appel de leur classe :

1° Les jeunes gens liés au service dans les armées de terre ou de mer en vertu d'un brevet ou d'une commission;

2° Les jeunes marins portés sur les registres matricules de l'inscription maritime, conformément aux règles prescrites par la loi sur l'inscription maritime du 24 décembre 1896.

Les premiers, s'ils cessent leur service, et les seconds, s'ils se font rayer de l'inscription maritime, sont tenus d'en faire la déclaration au maire de leur commune dans les deux mois, de retirer une expédition de leur déclaration et de la soumettre au préfet du département, sous les peines portées par l'article 67 ci-après.

Les uns et les autres accomplissent, dans l'armée active, le service prescrit par la présente loi, puis ils suivent le sort de la classe à laquelle ils appartiennent. Toutefois, le temps déjà passé par eux au service de l'État est déduit du nombre d'années pendant lesquelles tout Français fait partie de l'armée active.

. . . . . .

Art. 29. — Après que le conseil de revision a statué sur les cas d'exemption ainsi que sur toutes les réclamations auxquelles les opérations peuvent donner lieu, la liste de recrutement cantonal de la classe est définitivement arrêtée et signée par le conseil de revision ainsi que par le maire de la commune intéressée. Cette liste, divisée en cinq parties, comprend :

1° Tous les jeunes gens déclarés propres au service militaire et qui ne doivent pas être classés dans les catégories suivantes;

Source : BIU Cujas

2° Les jeunes gens classés dans les services auxiliaires de l'armée ;

3° Les jeunes gens liés au service en vertu d'un engagement volontaire, d'un brevet ou d'une commission, et les jeunes marins inscrits ;

4° Les jeunes gens qui sont ajournés conformément à l'article 20 ci-dessus ;

5° Les jeunes gens exclus en vertu des dispositions de l'article 4.

. . . . . .

TITRE III. — **Du service militaire.**

CHAPITRE Ier. — BASES DU SERVICE.

Art. 31. — Tout Français reconnu propre au service militaire fait partie successivement :

De l'armée active pendant deux ans ;

De la réserve de l'armée active pendant onze ans ; toutefois, pendant la première année, les militaires de la plus jeune classe sont à la disposition du ministre de la guerre, qui peut les rappeler sous les drapeaux par ordres individuels ;

De l'armée territoriale pendant six ans ;

De la réserve de l'armée territoriale pendant six ans.

Art. 32. — Le service militaire est réglé par classe.

L'armée active comprend, indépendamment des hommes qui ne proviennent pas des appels, tous les jeunes gens déclarés propres au service militaire et faisant partie des deux dernières classes appelées.

La réserve de l'armée active comprend tous les hommes qui ont accompli le temps de service prescrit pour l'armée active.

L'armée territoriale comprend tous les hommes qui ont accompli depuis moins de six ans le temps de service prescrit pour l'armée active et sa réserve.

La réserve de l'armée territoriale comprend les hommes qui ont accompli le temps de service prescrit pour cette dernière armée.

Art. 33. — La durée du service compte du 1er octobre de l'année de l'inscription sur les tableaux de recensement, et l'incorporation du contingent doit avoir lieu au plus tard le 10 octobre de la même année.

En temps de paix, chaque année, au 30 septembre, les militaires qui ont accompli le temps de service prescrit : 1° Soit dans l'armée active ; 2° Soit dans la réserve de l'armée active ; 3° Soit dans l'armée territoriale ; 4° Soit dans la réserve de l'armée territoriale,

Sont renvoyés respectivement : 1° Dans la réserve de l'armée active ; 2° Dans l'armée territoriale ; 3° Dans la réserve de l'armée territoriale ; 4° Dans leurs foyers, comme libérés à titre définitif.

Mention de ces divers passages et de la libération est faite sur le livret individuel.

Après les grandes manœuvres, la totalité de la classe dont le service actif expire le 30 septembre suivant peut être renvoyée dans ses foyers en attendant son passage dans la réserve.

Dans le cas où les circonstances paraîtraient l'exiger, le ministre de la guerre

Source : BIU Cujas

et le ministre de la marine sont autorisés à conserver provisoirement sous les drapeaux la classe qui a terminé sa seconde année de service.

Notification de cette décision sera faite aux Chambres dans le plus bref délai possible.

En temps de guerre, les passages et la libération n'ont lieu qu'après l'arrivée de la classe destinée à remplacer celle à laquelle les militaires appartiennent. Cette disposition est exceptionnellement applicable, dès le temps de paix, aux hommes servant aux colonies.

Les militaires faisant partie de corps mobilisés peuvent y être maintenus jusqu'à la cessation des hostilités, quelle que soit la classe à laquelle ils appartiennent. En temps de guerre, le ministre peut appeler par anticipation la classe qui ne serait appelée que le 1er octobre suivant.

. . . . . .

CHAPITRE II. — DU SERVICE DANS L'ARMÉE ACTIVE.

Art. 35. — Le contingent à incorporer est formé par les jeunes gens inscrits dans la première et la seconde partie des listes de recrutement cantonal.

Il est mis, à dater du 1er octobre, à la disposition du ministre de la guerre qui en arrête la répartition.

Art. 36. — Sont affectés à l'armée de mer :

1° Les hommes fournis par l'inscription maritime ;

2° Les hommes qui ont été admis à s'engager ou à contracter un rengagement dans les équipages de la flotte suivant les conditions spéciales déterminées aux articles 50 et 54 ci-après.

3° Les jeunes gens qui, au moment des opérations du conseil de revision auront demandé à entrer dans les équipages de la flotte et auront été reconnus aptes à ce service.

Art. 37. — Sont affectés aux troupes coloniales :

1° Les jeunes gens provenant des contingents des colonies de la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane et la Réunion, et des Français astreints au service militaire dans les autres colonies, conformément à l'article 71 ci-après ;

2° Les hommes qui ont été admis à s'engager ou à contracter un rengagement dans lesdites troupes suivant les conditions spéciales déterminées aux articles 50 et 54 ci-après ;

3° Les jeunes gens qui, au moment des opérations du conseil de revision, auront demandé à entrer dans les troupes coloniales et auront été reconnus propres à ce service ;

4° Les omis visés à l'avant-dernier paragraphe de l'article 16 ci-dessus ;

5° A défaut d'un nombre suffisant d'hommes compris dans les catégories précédentes, les jeunes gens du contingent métropolitain qui auront été affectés par le recrutement aux troupes coloniales, mais sans que ces jeunes gens puissent être envoyés aux colonies sans leur consentement.

Art. 38. — La durée du service actif ne pourra pas être interrompue par des congés, sauf le cas de maladie ou de convalescence, ou en exécution de l'article 71 de la présente loi.

Les hommes incorporés pour deux années ne pourront obtenir des permissions

Source : BIU Cujas

que jusqu'à concurrence de trente jours au maximum pendant leur présence sous les drapeaux.

Les hommes incorporés pour un an seulement ne pourront obtenir que quinze jours de permission.

. . . . . .

CHAPITRE III. — DU SERVICE DANS LES RÉSERVES.

Art. 40. — Les hommes envoyés dans la réserve de l'armée active, dans l'armée territoriale et dans la réserve de ladite armée sont affectés aux divers corps de troupes et services de l'armée active ou de l'armée territoriale.

Ils sont tenus de rejoindre leur corps en cas de mobilisation, de rappel de leur classe ordonné par décret, et de convocation pour des manœuvres ou exercices.

Les étudiants en médecine et en pharmacie et les élèves ecclésiastiques sont versés dans le service de santé.

A l'étranger, les ordres de mobilisation, de rappel ou de convocation sont transmis par les soins des agents consulaires de France.

Le rappel de la réserve de l'armée active peut être fait d'une manière distincte et indépendante pour l'armée de terre, pour l'armée de mer, ou pour les troupes coloniales ; il peut être fait pour un, plusieurs ou tous les corps d'armée, et s'il y a lieu, distinctement par arme. Dans tous les cas, il a lieu par classe en commençant par la moins ancienne.

Les mêmes dispositions sont applicables à l'armée territoriale.

La réserve de l'armée territoriale n'est rappelée à l'activité qu'en cas de guerre et à défaut de ressources suffisantes fournies par l'armée territoriale. Le rappel se fait par classe ou par fraction de classe en commençant par la moins ancienne.

En cas de mobilisation, les militaires de la réserve domiciliés dans la région, et, en cas d'insuffisance, les militaires de la réserve domiciliés dans d'autres régions, complètent les effectifs des divers corps de troupe et des divers services qui entrent dans la composition de chaque corps d'armée.

Les corps de troupes et services qui n'entrent pas dans la composition des corps d'armée sont complétés avec les militaires de la réserve pris sur l'ensemble du territoire.

Mention du corps d'affectation est portée sur le livret individuel.

Les hommes désignés dans l'article 5 comme devant être incorporés dans les bataillons d'infanterie légère d'Afrique, et qui n'auront point été jugés dignes d'être envoyés dans d'autres corps au moment où ils passseront dans la réserve, seront, lors de leur passage dans la réserve, affectés à ces mêmes corps. — En temps de paix, ils accompliront leurs périodes d'exercices dans des compagnies spécialement désignées à cet effet.

Les dispositions des deux derniers paragraphes seront appliquées aux hommes qui, après avoir quitté l'armée active, ont encouru les condamnations spécifiées à l'article 5.

Art. 41. — Les hommes de la réserve de l'armée active sont assujettis, pendant leur temps de service dans ladite réserve, à prendre part à deux manœuvres, chacune d'une durée de quatre semaines.

Les hommes de l'armée territoriale sont assujettis à une période d'exercices dont la durée sera de deux semaines.

Source : BIU Cujas

Peuvent être dispensés de ces manœuvres ou exercices :

1° Sur l'avis du consul de France, les jeunes gens qui ont établi leur résidence à l'étranger, hors d'Europe et qui y occupent une situation régulière;

2° Comme soutiens indispensables de famille, et s'ils en remplissent effectivement les devoirs, les hommes de la réserve et de l'armée territoriale qui en font la demande.

Chaque demande à titre de soutien indispensable de famille est appuyée d'un relevé des contributions payées par le réclamant, certifié par le percepteur et d'un avis motivé de trois citoyens résidant dans la commune, faisant partie de la réserve ou de l'armée territoriale et jouissant de leurs droits civils et politiques. Le maire soumet les demandes au conseil municipal qui émet un avis motivé.

Les listes de demandes, annotées, sont envoyées par les maires aux généraux commandant les subdivisions, qui statuent.

Ces dispenses peuvent être accordées, par subdivision de région, jusqu'à concurrence de 6 0/0 du nombre des hommes appelés momentanément sous les drapeaux; elles n'ont d'effet que pour la convocation en vue de laquelle elles seront délivrées.

Les hommes de la réserve de l'armée territoriale peuvent être soumis, pendant leur temps de service de ladite réserve, à une revue d'appel pour laquelle la durée du déplacement imposé n'excédera pas une journée.

En outre, les hommes de la réserve de l'armée territoriale affectés à la garde des voies de communication en cas de guerre peuvent être, en temps de paix, astreints à des exercices spéciaux dont la durée totale pendant les six années passées dans la réserve n'excède pas neuf jours.

Peuvent être dispensés de ces manœuvres, exercices ou revues d'appel, les fonctionnaires ou agents désignés au tableau B de la présente loi, ainsi que les hommes qui ont été classés dans les services auxiliaires de l'armée.

Les instituteurs publics peuvent être dispensés de l'un des deux appels auxquels ils sont assujettis pendant leur temps de service dans la réserve de l'armée active.

Dans le cas où les circonstances paraîtraient l'exiger, les ministres de la guerre et de la marine sont autorisés à conserver provisoirement sous les drapeaux, au delà de la période réglementaire, les hommes appelés à un titre quelconque pour accomplir une période d'exercices. Notification de cette décision sera faite aux Chambres dans le plus bref délai possible.

Art. 42. — En cas de mobilisation, nul ne peut se prévaloir de la fonction ou de l'emploi qu'il occupe pour se soustraire aux obligations de la classe à laquelle il appartient.

Sont seuls autorisés à ne pas rejoindre immédiatement, dans le cas de convocation par voie d'affiches et de publications sur la voie publique, les titulaires des fonctions et emplois désignés aux tableaux A, B et C annexés à la présente loi, sous la condition qu'ils occupent ces fonctions ou emplois depuis six mois au moins.

Les fonctionnaires et agents portés au tableau A, qui ne relèvent pas déjà des ministres de la guerre ou de la marine, sont mis à la disposition de ces ministres et attendent leurs ordres dans leur situation respective.

Les fonctionnaires et agents du tableau B, qui ne comptent plus dans la réserve de l'armée active, et les fonctionnaires et agents du tableau C, même

Source : BIU Cujas

appartenant à la réserve de l'armée active, ne rejoignent leurs corps que sur ordres spéciaux.

Les hommes autorisés à ne pas rejoindre immédiatement sont, dès la publication de l'ordre de mobilisation, soumis à la juridiction des tribunaux militaires par application de l'article 57 du Code de justice militaire.

Art. 43. — Sous les drapeaux, les hommes de la réserve et de l'armée territoriale sont soumis à toutes les obligations imposées aux militaires de l'armée active par les lois et règlements en vigueur.

Ils sont justiciables des tribunaux militaires en temps de paix comme en temps de guerre :

1° En cas de mobilisation, à partir du jour de leur appel à l'activité jusqu'à celui où ils sont renvoyés dans leurs foyers;

2° Hors le cas de mobilisation, lorsqu'ils sont convoqués pour des manœuvres, exercices ou revues, depuis l'instant de leur réunion en détachement pour rejoindre, ou de leur arrivée à destination s'ils rejoignent isolément jusqu'au jour où ils sont renvoyés dans leurs foyers;

3° Lorsqu'ils sont placés dans les hôpitaux militaires ou dans les salles des hôpitaux civils affectés aux militaires et lorsqu'ils voyagent comme militaires sous la conduite de la force publique, qu'ils se trouvent détenus dans les établissements, prisons et pénitenciers militaires ou qu'il subissent dans un corps de troupe une peine disciplinaire.

Toutefois, des circonstances atténuantes pourront être accordées, alors même que le Code de justice militaire n'en prévoit pas, aux hommes qui, n'ayant pas trois mois de présence sous les drapeaux, se trouveront dans l'une des positions indiqués au §§ 2 et 3 ci-dessus.

Art. 44. — Lorsque les hommes de la réserve et de l'armée territoriale, même non présents sous les drapeaux sont revêtus d'effets d'uniforme, ils doivent à tout supérieur hiérarchique, en uniforme, les marques extérieures de respect, prescrites par les règlements militaires, et sont considérés sous tous les rapports comme des militaires en congé.

Art. 45. — Le seul fait, pour les hommes inscrits sur le registre matricule prévu à l'article 30 ci-dessus, de se trouver revêtus d'effets d'uniforme dans un rassemblement tumultueux et contraire à l'ordre public, et d'y demeurer contrairement aux ordres des agents de l'autorité ou de la force publique, les rend passibles des peines édictées à l'article 225 du Code de justice militaire.

Art. 46. — Tout homme inscrit sur le registre matricule est astreint, s'il se déplace, aux obligations suivantes :

1° S'il se déplace pour changer de domicile ou de résidence, il fait viser dans le délai d'un mois son livret individuel par la gendarmerie dont relève la localité où il transporte son domicile ou sa résidence;

2° S'il se déplace pour voyager pendant plus d'un mois, il fait viser son livret avant son départ par la gendarmerie de sa résidence habituelle;

3° S'il va se fixer en pays étranger, il fait de même viser son livret avant son départ, et doit, en outre, dès son arrivée, prévenir l'agent consulaire de France, qui lui donne récépissé de sa déclaration et envoie copie dans les huit jours au ministre de la guerre.

A l'étranger, s'il se déplace pour changer de résidence, il en prévient, au départ et à l'arrivée, l'agent consulaire de France, qui en informe le ministre

Source : BIU Cujas

de la guerre. Lorsqu'il rentre en France, il se conforme aux prescriptions du § 1er ci-dessus.

Art. 47. — Les hommes qui se sont conformés aux prescriptions de l'article précédent ont droit, en cas de mobilisation ou de rappel de leur classe, à des délais supplémentaires pour rejoindre, calculés d'après la distance à parcourir. Ceux qui ne s'y sont pas conformés sont considérés comme n'ayant pas changé de domicile ou de résidence.

Art. 48. — Les hommes de la réserve de l'armée active, de l'armée territoriale ou de sa réserve sont justiciables des tribunaux militaires, en temps de paix comme en temps de guerre, pour les crimes ou délits prévus et punis par les articles du Code de justice militaire énumérés dans le tableau D annexé à la présente loi, lorsque, après avoir été appelés sous les drapeaux, ils ont été renvoyés dans leurs foyers.

L'application de ces articles est faite aux inculpés sous la réserve des dispositions spéciales indiquées audit tableau.

Toutefois, les hommes appartenant à l'armée territoriale ou à la réserve de cette armée ne sont plus justiciables des tribunaux militaires, en temps de paix, pour les crimes et délits prévus par les deux paragraphes précédents, lorsqu'ils ont été renvoyés dans leurs foyers depuis plus de six mois, à moins que, au moment où les faits incriminés ont été commis, les délinquants ne fussent revêtus d'effets d uniforme.

Art. 49. — Les hommes de la réserve de l'armée active peuvent se marier sans autorisation. Ils restent soumis néanmoins à toutes les obligations de service imposées à leur classe.

Les réservistes qui sont pères de quatre enfants vivants passent de droit et définitivement dans l'armée territoriale.

TITRE IV. — Des engagements volontaires, des rengagements et des commissions.

CHAPITRE Ier. — DES ENGAGEMENTS VOLONTAIRES.

Art. 50. Tout Français ou naturalisé Français, comme il est dit aux articles 11 et 12 de la présente loi, ainsi que les jeunes gens qui doivent être inscrits sur les tableaux de recensement ou qui sont autorisés par les lois à servir dans l'armée française, et les jeunes gens nés en pays étrangers d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, peuvent être admis à contracter un engagement volontaire dans l'armée active aux conditions suivantes :

L'engagé volontaire doit :

1° S'il entre dans l'armée de mer, avoir seize ans accomplis;

S'il entre dans l'armée de terre, avoir dix-huit ans accomplis;

2° N'être ni marié, ni veuf avec enfants ;

3° N'avoir jamais été condamné pour vol, escroquerie, abus de confiance, attentat aux mœurs, et n'avoir subi aucune des peines prévues par l'article 5 de la présente loi, à moins qu'il ne veuille contracter son engagement pour un bataillon d'infanterie légère d'Afrique;

4° Jouir de ses droits civils;

Source : BIU Cujas

5° Être de bonne vie et mœurs ;

6° S'il a moins de vingt ans, être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur ; ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille. Le consentement du directeur de l'Assistance publique dans le département de la Seine et du préfet dans les autres départements, est nécessaire et suffisant pour les moralement abandonnés.

L'engagé volontaire est tenu, pour justifier les conditions prescrites aux §§ 3, 4 et 5 ci-dessus, de produire un extrait de son casier judiciaire et un certificat délivré par le maire de son dernier domicile.

S'il ne compte pas au moins une année de séjour dans cette commune, il doit également produire un autre certificat du maire de la commune où il était antérieurement domicilié.

Le certificat doit contenir le signalement du jeune homme qui veut s'engager et mentionner la durée du temps pendant lequel il a été domicilié dans la commune.

Les hommes exemptés ou classés dans les services auxiliaires peuvent jusqu'à l'âge de trente-deux ans accomplis, être admis à contracter des engagements volontaires s'ils réunissent les conditions d'aptitude physique exigées.

Les conditions relatives soit à l'aptitude physique et à l'admissibilité dans les différents corps de l'armée, soit aux époques de l'année où les engagements peuvent être contractés, sont déterminées par décrets insérés au *Bulletin des lois*.

Il ne pourra être reçu d'engagements volontaires que pour la marine et les troupes coloniales, et pour les corps d'infanterie, de cavalerie, d'artillerie, du génie et le train des équipages militaires.

La durée de l'engagement volontaire est de trois, quatre ou cinq ans.

Toutefois, la faculté de contracter un engagement volontaire de deux ans est accordée aux jeunes gens qui, au moment des opérations du conseil de revision demandent à entrer dans les équipages de la flotte ou dans les troupes coloniales et qui auront été reconnus propres à ce service.

Les jeunes gens visés au dernier paragraphe de l'article 22 ci-dessus peuvent également être admis à contracter un engagement volontaire de deux ans.

Le service militaire fixé par l'article 31 ci-dessus compte du jour de la signature de l'acte d'engagement.

Art. 51. — Les engagements pour trois, quatre ou cinq ans, contractés dans les conditions indiquées à l'article précédent, donnent droit :

1° Pour les troupes coloniales, à une prime d'engagement et, après deux ans de service, à une haute paye journalière, dont la quotité et le mode de paiement seront fixés conformément à l'article 15 de la loi du 7 juillet 1900 ;

2° Pour l'armée de terre, à une haute paye journalière après deux ans de service. Cette dernière est fixée par les tarifs de solde.

L'allocation d'une prime d'engagement est applicable aux jeunes gens du contingent qui, affectés aux équipages de la flotte ou aux troupes coloniales, contractent l'engagement de servir pendant cinq ans.

Le mode de paiement de ces primes sera déterminé par un règlement d'administration publique.

Les jeunes gens remplissant les conditions stipulées par le précédent article

Source : BIU Cujas

peuvent être admis à contracter, dans les équipages de la flotte, soit des engagements à long terme dans les conditions de la loi du 22 juillet 1886, soit des engagements de cinq ans, soit enfin des engagements de trois ans.

Ces derniers engagements ne donnent droit à aucune prime. Le ministre de la marine aura la faculté d'allouer des hautes payes, dans la limite des crédits prévus à cet effet par la loi de finances, aux hommes des professions ou spécialités utilisables dans la marine et dont le recrutement, dans les conditions ordinaires, s'opère difficilement.

Art. 52. — En cas de guerre, tout Français ayant accompli le temps de service prescrit pour l'armée active, la réserve de ladite armée et l'armée territoriale est admis à contracter, dans un corps de son choix, un engagement pour la durée de la guerre. Cette faculté cesse pour les hommes de la réserve de l'armée territoriale lorsque leur classe est rappelée à l'activité.

Art. 53. — Les engagements volontaires sont contractés dans les formes prescrites par les articles 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42 et 44 du Code civil, devant les maires des chefs-lieux de canton. Les conditions relatives à la durée de ces engagements sont insérées dans l'acte même.

Les autres conditions sont lues aux contractants avant la signature, et mention en est faite à la fin de l'acte.

CHAPITRE II. — DES RENGAGEMENTS.

Art. 54. — Les caporaux ou brigadiers des troupes métropolitaines, ainsi que les soldats décorés ou médaillés ou inscrits sur les listes d'aptitude pour le grade de caporal ou de brigadier et les hommes de troupe de tous grades des troupes coloniales, peuvent, au cours de leur service actif et pendant l'année qui suivra leur libération, contracter des rengagements pour un, deux, trois, quatre ou cinq ans.

Pour les rengagements contractés sous les drapeaux, ce rengagement date du jour de l'expiration légale du service dans l'armée active.

Les rengagements sont renouvelables jusqu'à une durée totale de quinze années de service effectif, la durée du dernier rengagement étant calculées en conséquence et pouvant compter des fractions d'années.

Les rengagements donnent, jusqu'à concurrence de cinq années de rengagement, droit à des primes fixées proportionnellement à la durée du rengagement. En outre, les rengagés ont droit à partir de leur troisième année de service à des hautes payes d'ancienneté qui sont augmentées après cinq ans de service.

Des décrets fixent la quotité et le mode de paiement des primes de rengagement et les taux des hautes payes, qui sont distinctes pour les troupes métropolitaines et pour les troupes coloniales.

Après quinze ans de service effectif, les rengagés auront droit à une pension proportionnelle égale aux quinze vingt-cinquièmes du minimum de la pension de retraite du grade dont ils sont titulaires depuis deux ans au moins, augmentés de un vingt-cinquième pour chaque année de campagne.

Le taux des pensions proportionnelles et de retraite est décompté d'après les articles non abrogés de la loi du 11 avril 1831 et d'après les lois des 25 juin 1861, 18 août 1879 et le tarif joint à la loi du 11 juillet 1899.

Les autres conditions sont déterminées par un règlement inséré au *Bulletin des lois*.

Source : BIU Cujas

Dans les équipages de la flotte, les rengagements d'une durée de trois ou de cinq ans sont contractés dans le cours de la dernière année de service. Ils peuvent exceptionnellement être reçus à la fin de la première année de service lorsqu'il s'agit d'hommes admis à suivre les cours d'une des écoles spéciales de la marine. Ces rengagements sont renouvelables jusqu'à une durée totale de vingt-cinq années de service effectif.

Art. 55. — Au cours de leur service et pendant l'année qui suivra leur libération, les soldats des troupes métropolitaines, qui ne sont pas portés ou qui n'avaient pas été portés sur les listes d'aptitude pour le grade de caporal ou de brigadier, pourront être admis, avec le consentement du chef de corps, à contracter des rengagements de 1, 2, 3, 4 ou 5 ans sans prime.

Ces rengagements donnent droit aux hautes payes prévues par les décrets sur la solde.

Art. 56. — Peuvent être admis à se rengager pour les troupes coloniales, avec le bénéfice des avantages accordés en vertu de l'article 54 précédent.

1° Les militaires de toutes armes;

2° Les hommes de la réserve de l'armée active âgés de moins de trente-deux ans;

3° Les hommes des régiments étrangers autorisés par le ministre de la guerre.

Le bénéfice des dispositions du paragraphe précédent est applicable, sans aucune restriction ni réserve, aux hommes résidant ou domiciliés en Algérie ou aux colonies avant leur incorporation, ou après leur passage dans la réserve de l'armée active.

Un certain nombre d'emplois civils et militaires, déterminés par un règlement d'administration publique, sera exclusivement réservé en France, en Algérie et aux colonies, aux caporaux, brigadiers et soldats ayant accomplis quinze années de service dans les troupes coloniales.

Ils pourront, s'ils sont mariés et s'ils en font la demande, recevoir dans l'année qui suit leur libération, un titre de concession sur les terres disponibles en Algérie et dans les colonies. Cette concession leur sera accordée dans les mêmes conditions que celles qui sont faites aux autres colons.

Dans le corps des équipages de la flotte, les rengagements des quartiers-maîtres et marins provenant du recrutement donnent droit aux mêmes avantages pécuniaires que ceux qui sont accordés aux quartiers-maîtres et marins provenant de l'inscription maritime.

Art. 57. — Les rengagements sont contractés devant les sous-intendants militaires dans la forme prescrite par l'article 54 ci-dessus, sur la preuve que le contractant peut rester ou être admis dans le corps pour lequel il se présente.

Art. 58. — Tout rengagé qui, étant sous les drapeaux, subit une condamnation, soit à la peine des travaux publics, soit à celle de l'emprisonnement pour une durée de trois mois au moins, est déchu de tous ses droits à la gratification annuelle et à la haute paye.

En outre, si la condamnation à l'emprisonnement a été prononcée pour l'un des délits prévus au § 3 de l'article 50, il sera dirigé, à l'expiration de sa peine, sur un bataillon d'infanterie légère d'Afrique.

La même mesure sera prise à l'égard du rengagé qui, ayant été, par un seul jugement, déclaré coupable d'un délit militaire et d'un des délits ci-dessus

Source : BIU Cujas

spécifiés, aura été condamné à la peine des travaux publics par application des articles 135 du Code de justice militaire et 165 du Code de justice pour l'armée de mer.

Les dispositions de l'article 5, dernier alinéa, sont applicables aux militaires dirigés sur les bataillons d'Afrique en exécution du présent article.

Le droit de haute paye et prime annuelle est temporairement suspendu :

1° Pour tout rengagé envoyé par mesure disciplinaire dans une compagnie de discipline pendant la durée de son séjour dans cette compagnie ;

Pour tout rengagé des régiments étrangers, des régiments de tirailleurs algériens et des bataillons d'infanterie légère d'Afrique, envoyé par mesure disciplinaire à la section de discipline de son corps, pendant la durée de son séjour à ladite section, ainsi que pour les hommes des bataillons d'Afrique et des compagnies de discipline envoyés aux corps des disciplinaires coloniaux.

CHAPITRE III. — DES COMMISSIONS.

Art. 59. — Peuvent être maintenus sous les drapeaux en qualité de commissionnés :

1° Les sous-officiers de toutes armes, dans les conditions indiquées par la loi du 18 mars 1889;

2° Les militaires de la gendarmerie, de la justice militaire, du régiment de sapeurs-pompiers de Paris et le personnel employé dans les écoles militaires;

3° Les caporaux ou brigadiers et soldats affectés dans les divers corps et services à certains emplois déterminés par le ministre de la guerre.

Tout militaire commissionné pourra être mis à la retraite après vingt-cinq ans de services; il ne pourra être maintenu sous les drapeaux que jusque l'âge de cinquante ans.

Toutefois, les militaires de la gendarmerie et de la justice militaire pourront rester en activité au delà de cette limite dans les conditions fixées par les règlements constitutifs de cette arme et de ce service sans que les sous-officiers de la justice militaire puissent être maintenus au delà de l'âge de soixante ans.

Peuvent être réadmis en la même qualité, dans les catégories mentionnées aux §§ 2 et 3 ci-dessus, les militaires ayant accompli le temps de service exigé dans l'armée active, et rentrés dans leurs foyers depuis moins de trois ans

Les militaires commissionnés ont droit à la haute paye de leur grade dans les mêmes conditions que les rengagés.

La mise à la retraite d'office ou la révocation des caporaux, brigadiers ou soldats commissionnés sont prononcées par le ministre ou par le général commandant de corps d'armée délégué, d'après l'avis d'un conseil de discipline constitué d'après les règlements militaires en vigueur et dont l'avis ne peut être modifié qu'en faveur de l'intéressé.

La commission est, en outre, retirée de plein droit lorsque ayant été délivrée en vertu d'un emploi ou d'un traité déterminé, cet emploi est supprimé ou le traité est résilié ou vient à expiration.

Tout militaire commissionné quittant les drapeaux après quinze années de service effectif aura droit à une pension proportionnelle dont le taux sera décompté comme il est prescrit à l'article 54 ci-dessus, pour chaque année de service et

Source : BIU Cujas

pour chaque campagne, à raison de 1/25 du minimum de la pension de retraite du grade dont il sera titulaire depuis deux ans au moins.

Ceux qui obtiendraient d'être commissionnés après avoir quitté les drapeaux ne pourront réclamer ladite pension proportionnelle qu'après avoir servi pendant cinq ans en cette nouvelle qualité.

Les militaires commissionnés sont soumis aux lois et règlements militaires.

Ils ne peuvent quitter leur emploi sans avoir reçu notification de l'acceptation de leur démission. La décision du ministre de la guerre devra être transmise dans un délai maximum de deux mois, augmenté hors de France des délais de distance, à partir de la date de la remise de la démission. En cas de guerre, les démissions ne sont jamais acceptées.

TITRE V. — **Dispositions pénales.**

. . . . . .

TITRE VI. — **Recrutement en Algérie et aux colonies.**

Art. 71. — Les dispositions de la présente loi sont applicables en Algérie et dans les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Guyane et de la Réunion.

Elles sont également applicables dans toutes les autres colonies sous les réserves suivantes :

En dehors d'exceptions motivées et dont il serait fait mention dans le compte rendu prévu par l'article 76 ci-après, les Français et naturalisés Français résidant dans l'une de ces colonies, sont incorporés dans les corps stationnés aux colonies et, après une année de présence effective sous les drapeaux, ils sont envoyés en congé s'ils ont satisfait aux conditions de conduite et d'instruction militaire déterminées par le ministre de la guerre.

S'il ne se trouve pas de corps stationné dans un rayon fixé par arrêté ministériel, ces jeunes gens sont dispensés de la présence effective sous les drapeaux. Dans le cas où cette situation se modifierait avant qu'ils aient atteint l'âge de trente ans révolus, ils accompliraient une année de service dans le corps de troupe le plus voisin.

En cas de mobilisation générale, les hommes valides qui ont terminé leurs vingt-cinq années de service sont réincorporés avec la réserve de l'armée territoriale, sans cependant pouvoir être appelés à servir hors du territoire de l'Algérie et des colonies.

Si un Français ou naturalisé Français ayant bénéficié des dispositions du § 2 du présent article, transportait son établissement en France avant l'âge de trente ans accomplis, il devrait compléter, dans un corps de la métropole, le temps de service dans l'armée active prescrit par l'article 31 de la présente loi, sans toutefois pouvoir être retenu sous les drapeaux au delà de l'âge de 30 ans.

Les Français ou naturalisés Français établis dans un pays de protectorat où seront stationnées des troupes françaises pourront être admis, sur leur demande, à bénéficier des dispositions qui précèdent.

Source : BIU Cujas

Art. 72. — Les jeunes gens inscrits sur les listes de recrutement de la métropole, résidant dans une colonie ou un pays de protectorat où il n'y aurait pas de troupes françaises stationnées, pourront, sur l'avis conforme du gouverneur ou du résident, bénéficier des dispositions contenues dans les §§ 3 et suivants de l'article précédent.

La même disposition s'applique aux jeunes gens inscrits sur les listes de recrutement d'une colonie autre que celle où ils résident.

Art. 73. — Les conditions spéciales de recrutement des corps étrangers et indigènes sont réglées par décret, jusqu'à ce qu'une loi spéciale ait déterminé les conditions du service militaire des indigènes.

Projet de loi déposé par le Gouvernement pour compléter la loi du 1er juillet 1901 sur les associations. — Article premier. — Seront passibles des peines portées à l'article 8, § 2, de la loi du 1er juillet 1901 : 1° tous individus qui auront ouvert ou dirigé un établissement congréganiste de quelque nature qu'il soit, scolaire ou autre, sans être munis de l'autorisation exigée par l'article 13, § 2, de ladite loi; 2° tous ceux qui auront continué à faire partie d'un établissement dont la fermeture aura été ordonnée conformément à l'article 13, § 3, de la même loi; 3° tous ceux qui auront favorisé l'organisation ou le fonctionnement d'un établissement visé par le présent article.

Art. 2. — Les dispositions de l'article 463 du Code pénal sont applicables aux délits prévus par la présente loi.

Source : BIU Cujas

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

Pages.

AVERTISSEMENT DE LA CINQUIÈME ÉDITION VII

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT ADMINISTRATIF IX

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

LIVRE PREMIER

L'ÉTAT AU POINT DE VUE DU DROIT PUBLIC GÉNÉRAL

CHAPITRE I

Position du problème de l'État et définitions.

§ 1. *L'État* 3

§ 2. *Le régime d'État* 8

CHAPITRE II

La légalité dans le régime d'État.

§ 1. *L'importance et les garanties du règne de la loi* 13

§ 2. *La subordination du règlement à la loi.* — I. Définition de la loi; — II. Définition du règlement; autorités qui ont le pouvoir réglementaire; — III. La combinaison de la loi et du règlement; le règlement d'administration publique; la légalité des règlements 14

APPENDICE. La légalité dans les possessions coloniales ; les monuments du droit... 33

CHAPITRE III

Au delà de la loi.

Les privilèges administratifs, les concessions gracieuses, les abandons de droits par la puissance publique 36

Source : BIU Cujas

LIVRE II

LES EXISTENCES SOCIALES DANS LE RÉGIME D'ÉTAT.

CHAPITRE I

Le droit public individuel.

Pages.

SECTION PRÉLIMINAIRE : DÉFINITION, DÉTERMINATION ET GARANTIE DES DROITS INDIVIDUELS..... 39

SECTION I. L'ÉGALITÉ CIVILE ET POLITIQUE..... 45

SECTION II. LES LIBERTÉS. — § 1. *Les droits politiques*..... 49

§ 2. *Les libertés civiles.* De la jouissance de ces libertés..... 52

I. La liberté d'être (être moral, liberté de conscience ; être physique, liberté civile, sûreté individuelle et domicile ; être social, le nom, les titres, etc.)..... 53

II. La libre activité, liberté du travail, liberté des cultes, liberté d'enseignement, liberté de la presse, liberté de réunion..... 57

III. La propriété individuelle..... 71

SECTION III. LA FRATERNITÉ, L'ASSISTANCE PUBLIQUE, L'ASSISTANCE MÉDICALE GRATUITE, LE DOMICILE DE SECOURS, LES ENFANTS ASSISTÉS, etc..... 75

CHAPITRE II

Le droit public corporatif ou l'administration d'intérêt public.

SECTION I. LES INSTITUTIONS OU ÉTABLISSEMENTS. — § 1. *Partie théorique.* Les éléments des institutions corporatives. I. La liberté d'association et de fondation ; — II. La liberté de la personnalité juridique ; — III. La législation de la mainmorte ; — IV. Les établissements d'utilité publique..... 85

§ 2. *Partie pratique.* N° 1. — Législation des établissements d'utilité publique.... 93

N° 2. Quelques établissements. Les caisses d'épargne ordinaires ; les sociétés de secours mutuels ; les monts-de-piété ; les syndicats professionnels..... 96

§ 3. *L'association*, commentaire de la loi du 1er juillet 1901 : caractères généraux de la loi ; le contrat d'association et le droit d'association ; des diverses espèces d'associations, non déclarées, déclarées, reconnues d'utilité publique ; la dévolution des biens des associations ; les congrégations..... 105

SECTION II. — LA FONDATION..... 128

CHAPITRE III

Le droit public ecclésiastique.

SECTION I. L'ÉTAT LAÏQUE, LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE ET LA LIBERTÉ DES CULTES.... 131

SECTION II. LE CULTE CATHOLIQUE. — § 1. *La situation du culte catholique*..... 136

§ 2. *La situation concordataire.* — Valeur juridique du concordat ; analyse des textes qui ont créé la situation concordataire ; les articles organiques..... 140

Source : BIU Cujas

Pages.

§ 3. *L'organisation générale du culte catholique.* — N° 1. La hiérarchie : I. Le pape, les nonces, les cardinaux; — II. Les évêques, archevêques, vicaires généraux et chanoines; — III. Les curés, desservants et vicaires; — IV. Les ministres du culte sont-ils des fonctionnaires ordinaires? — V. Du caractère des traitements des ministres du culte et des retenues de traitement..... 144

N° 2. Les circonscriptions ecclésiastiques et les titres; — I. Les diocèses et les métropoles; — II. La paroisse; — III. Lieux de culte qui ne constituent pas des paroisses..... 150

N° 3. Les établissements ecclésiastiques; — I. Les menses, le droit de Régale; — II. Les séminaires et les caisses de retraite des prêtres âgés ou infirmes; — III. Les fabriques; caractère et spécialité des fabriques; leur organisation; le conseil de fabrique; comptabilité de la fabrique; rapports des fabriques et des communes..... 152

§ 4. *La police de l'exercice public du culte catholique, les cérémonies extérieures du culte*..... 164

§ 5. *Le recours pour abus.* — I. La séparation des pouvoirs entre l'autorité civile et l'autorité ecclésiastique; — II. Le recours pour abus; les questions préjudicielles d'abus..... 170

SECTION III. Les cultes protestants. — I. Culte réformé ou calviniste; — II. Culte Luthérien..... 174

SECTION IV. Le culte israélite..... 177

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT ADMINISTRATIF

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Définition de la fonction administrative et du droit administratif.

N° 1. La fonction administrative : la fonction caractérisée par son but; la fonction administrative comme manifestation du pouvoir exécutif; les services publics. 181

N° 2. Le droit administratif : plusieurs définitions possibles; la définition juridique; les personnes administratives; leurs droits et l'exercice de leurs droits; étude de la personnalité juridique administrative..... 190

LIVRE PREMIER

L'ADMINISTRATION PUBLIQUE ET LES ACTES D'ADMINISTRATION.

CHAPITRE

Définition de l'administration publique et de ses différents modes.

La voie d'autorité, la voie de gestion publique, la voie de gestion privée; importance respective de la voie de gestion publique et de la voie de gestion privée. 201

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

Théorie des actes d'administration.

Pages.

SECTION PRÉLIMINAIRE..... 222

SECTION I. Les actes administratifs envisagés comme manifestation de la puissance publique (théorie formelle de l'acte)..... 225

§ 1. *De la puissance publique.* — N° 1. Définition et prérogatives de la puissance publique; le privilège de l'exécution préalable; le privilège de la création du contentieux (L. 17 juillet 1900)..... 225

N° 2. Le privilège de la juridiction administrative..... 232

N° 3. L'unité de la puissance publique; le contrôle hiérarchique et le recours hiérarchique; la tutelle administrative..... 232

§ 2. *La théorie de la voie de fait :* de l'obligation pour la puissance publique de n'agir que pour exercer des pouvoirs légaux suivants des procédures légales.. 237

§ 3. *Des indemnités pécuniaires dues par les administrations publiques à raison de leurs actes; théorie de l'atteinte au droit de propriété; théorie des dommages; théorie des faits de service; théorie des fautes*..... 239

De la responsabilité des fonctionnaires à l'occasion des actes administratifs; théorie du fait personnel et garantie des fonctionnaires..... 250

SECTION II. Les décisions exécutoires ou les actes d'administration envisagés au point de vue de leurs effets de droit et des recours contentieux (Théorie matérielle de l'acte). — § 1. *Définition de la décision exécutoire*..... 257

§ 2. *Les décisions exécutoires prises par la voie d'autorité et les recours contentieux en annulation.* — Article I. Les décisions exécutoires prises par la voie d'autorité, leur caractère de décision réglementaire, nature de la situation juridique qu'elles créent..... 265

Article II. Les recours contentieux en annulation, le recours pour excès de pouvoir. — A. La recevabilité du recours, les fins de non-recevoir, l'acte de gouvernement, le défaut d'intérêt personnel, les recours parallèles; — B. Les ouvertures à recours. — Les trois premières, incompétence, violation des formes, détournement de pouvoir. — La quatrième ouverture, la violation de la loi et des droits acquis; — C. la procédure du recours, les effets de la décision..... 268

§ 3. *Les décisions exécutoires prises par la voie de gestion publique et les recours contentieux de pleine juridiction.* — A. La recevabilité de recours; — B. L'ouverture à recours; — C. La procédure..... 298

SECTION III. Les décisions exécutoires prises par la voie de gestion privée.... 301

LIVRE II

L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Les règles d'organisation générale.

SECTION I. Le mandat public, § 1. *Les limites du mandat public*, l'autonomie de la fonction..... 305

Source : BIU Cujas

Pages.

§ 2. *L'organisation élective.* — ARTICLE I. Le droit de suffrage. — N° 1. Le droit de vote. — I. Capacité électorale. — II. Incapacités électorales. — III. Conditions d'exercice du droit de vote; législation de la liste électorale..... 310

N° 2. Le droit d'éligibilité; des incapacités ou inéligibilités; des incompatibilités; des conditions d'exercice du droit d'éligibilité..... 323

ARTICLE II. Théorie générale des élections. — N° 1. Opérations antérieures au scrutin. — A. Détermination de la circonscription électorale; — B. Convocation des électeurs; — C. Période électorale; les candidatures. — N° 2. Opérations du scrutin. — N° 3. Le contentieux électoral et la vérification des pouvoirs. — A. Vices de l'élection; — B. Limites de la compétence du juge; — C. Pouvoirs du juge; — D. Procédure..... 332

ARTICLE III. Théorie générale des assemblées délibérantes administratives. — A. Organisation des assemblées délibérantes; — B. Leur fonctionnement, sessions, séances, délibérations, caractère juridique des délibérations; — C. Attributions personnelles des membres des assemblées..... 350

§ 3. *La hiérarchie*..... 365

SECTION II. La différenciation des administrations publiques. — *Centralisation et décentralisation*..... 367

CHAPITRE I

L'organisation de l'État.

SECTION PRÉLIMINAIRE. LE TERRITOIRE DE L'ÉTAT, SA PERSONNALITÉ, SES SERVICES PUBLICS..... 372

SECTION I. L'ORGANE EXÉCUTIF DE L'ÉTAT. — § 1. *Le pouvoir central.* — ARTICLE I. La présidence de la République. — A. L'organisation de la présidence; — B. Les attributions du président; — C. Les actes du chef de l'État et les voies de recours..... 373

ARTICLE II. Les ministères. — N° 1. Le conseil des ministres, les ministres, les sous-secrétaires d'État. — N° 2. Le cabinet du ministre. — N° 3. Les bureaux du ministère..... 377

ARTICLE III. Les conseils administratifs, le Conseil d'État..... 384

§ 2. *Le pouvoir régional.* — ARTICLE I. Les préfectures; le préfet; le cabinet du préfet; le secrétaire général de préfecture et les bureaux, les conseils de préfecture..... 392

ARTICLE II. Les sous-préfectures et les mairies..... 399

SECTION II. L'ORGANE DÉLIBÉRANT OU LÉGISLATIF. — § 1. *Les règles d'organisation.* — ARTICLE I. Règles générales de composition de la Chambre des députés et du Sénat..... 401

ARTICLE II. Les élections à la Chambre des députés et au Sénat..... 403

ARTICLE III. Fonctionnement de la Chambre des députés et du Sénat..... 407

§ 2. *Les attributions de l'organe législatif.* — A. Attributions constitutionnelles; — B. Attributions administratives; — C. Nature et forme des actes..... 409

CHAPITRE II

L'organisation du département.

SECTION PRÉLIMINAIRE. LE TERRITOIRE, LA PERSONNALITÉ, LES SERVICES, L'HISTOIRE DE L'ORGANISATION DU DÉPARTEMENT..... 412

Source : BIU Cujas

Pages.

SECTION I. L'organe exécutif du département. — Le préfet 415

SECTION II. L'organe délibérant du département. — Conseil général et commission départementale. — § 1. *Le conseil général.* — Article I. Règles d'organisation. 418

Article II. Les attributions du conseil général. — N° 1. Les délibérations, leur force exécutoire, leurs objets; les recours et voies de nullité. — N° 2. Les attributions de contrôle 422

§ 2. *La commission départementale.* — Article I. Règles d'organisation. — Article II. Attributions. — Article III. Du désaccord et du conflit avec le préfet 432

Organisation spéciale du département de la Seine. — Départements algériens. — Organisation de l'arrondissement 439

CHAPITRE III

L'organisation de la commune.

SECTION PRÉLIMINAIRE. Le territoire et la personnalité, les services, l'histoire de l'organisation de la commune 442

SECTION I. L'organe exécutif de la commune. — § 1. *Le maire et les adjoints.* — Article I. Règles d'organisation 447

Article II. Les attributions du maire, attributions, force exécutoire, contrôle des actes du maire 453

§ 2. *Les simples agents de la commune*, gardes champêtres, agents de police, commissaires de police 458

SECTION II. L'organe délibérant, le conseil municipal. — § 1. *Les règles d'organisation.* — Les élections au conseil municipal; le sectionnement électoral; les inéligibilités et incompatibilités; le fonctionnement des conseils municipaux; les conférences intercommunales et les commissions syndicales de biens indivis; suspension et dissolution des conseils municipaux; délégation spéciale 460

§ 2. *Les attributions du conseil municipal.* — Les délibérations, leur force exécutoire; leurs objets; les recours et voies de nullité 468

Régime spécial de Paris et de Lyon 475

Communes d'Algérie et des colonies 476

CHAPITRE IV

L'organisation des établissements publics.

SECTION I. Définition, personnalité, énumération des établissements publics 478

SECTION II. Organisation des établissements publics. — Les établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, bureaux d'assistance; les syndicats de communes 486

CHAPITRE V

L'organisation des colonies.

La possession coloniale et la métropole. — Organisation administrative des colonies, le gouverneur, le conseil colonial; l'Algérie, les délégations financières.. 493

Source : BIU Cujas

LIVRE III

LES DROITS DES PERSONNES ADMINISTRATIVES

TITRE PREMIER

LES DROITS DE PUISSANCE PUBLIQUE.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Caractères généraux des droits de puissance publique.

Pages.

Distinction des droits de police et des moyens de gestion. — Rapports des droits de puissance publique et des droits publics des citoyens. — Règles de droit applicables aux droits de puissance publique. — De la concession des droits de puissance publique..... 501

CHAPITRE I

Les droits de police.

SECTION I. Les pouvoirs et les droits contenus dans la police. — I. Le droit de disposer de la force publique..... 504

II. L'organisation de la force armée et le service militaire; conscription et recensement; inscription maritime; engagements et rengagements..... 509

SECTION II. Les polices de l'ordre public..... 522

Article I. La police administrative générale. — I. Police générale de l'Etat, sûreté générale, mesures sanitaires à la frontière. — II. Police municipale; les droits contenus dans la police municipale. — III. Polices mixtes, police rurale et police de la santé publique (L. 15 février 1902)..... 523

Article II. Les polices spéciales de l'État. — I. Police des cours d'eau. — II. Des établissements dangereux. — III. Des sources minérales. — IV. Des terrains en montagne. — V. Des monuments historiques..... 539

CHAPITRE II

Les moyens de gestion.

SECTION I. Les fonctions publiques. — § 1. *Les fonctions publiques et la situation générale des fonctionnaires*..... 552

§ 2. *La police des fonctions publiques et l'état des fonctionnaires*..... 558

§ 3. *La gestion des fonctions publiques. — Les traitements et les pensions*..... 566

SECTION II. Le domaine public. — § 1. *Les dépendances du domaine public.* — Article I. Caractères généraux de ces dépendances. — A. La règle de l'inaliénabilité des dépendances du domaine public et sa portée. — B. Du critérium qui permet de déterminer les dépendances du domaine public. — C. Du fait que ces dépendances sont objets de propriété..... 577

Source : BIU Cujas

Pages.

ARTICLE II. Énumération des principales dépendances du domaine public. — N° 1. Le domaine public de l'Etat; les rivages de la mer; les étangs salés; les ports et leur outillage; les phares ou balises; les fleuves et rivières navigables ou flottables; les canaux de navigation; les chemins, routes et rues à la charge de l'État; les bâtiments et terrains affectés aux services publics..... 600

N° 2. Le domaine public départemental..... 606

N° 3. Le domaine public communal, chemins vicinaux et ruraux..... 607

N° 4. Le domaine public colonial..... 610

§ 1. *La police et la surintendance du domaine public.* — N° 1. L'affectation et la désaffectation, le classement et le déclassement..... 610

N° 2. La délimitation et l'alignement. — A. Délimitation des rivages de la mer, des fleuves et des canaux; voies de recours contre ces actes, théorie des recours parallèles..... 615

B. De l'alignement, des plans d'alignement, et des servitudes d'alignement..... 621

N° 3. La police du domaine public et les servitudes domaniales. — I. Règles de la grande voirie; contraventions de grande voirie; servitudes des riverains des routes; servitudes de chemin de halage et de marchepied; matières assimilées à la grande voirie. — II. Règles de la petite voirie..... 625

N° 4. Les concessions ou permissions sur le domaine public ou occupations temporaires; concessions et dérivations usinières; permissions de voirie; concession des eaux de pluie; concessions dans les cimetières; des monopoles de fait créés par les concessions sur le domaine public..... 632

§ 2. *La gestion du domaine public.* — ARTICLE I. L'expropriation pour cause d'utilité publique, définition..... 639

N° 1. L'expropriation directe. — A. Qui peut exproprier; B. la procédure. — I. Phase administrative, déclaration d'utilité publique et arrêté de cessibilité. — II. Phase judiciaire, le jugement d'expropriation. — III. Le jury, la fixation de l'indemnité, le grand et le petit jury. — C. La cession amiable..... 641

N° 2. L'expropriation indirecte..... 659

ARTICLE III. Les travaux publics. — Observations préliminaires..... 661

N° 1. L'ouvrage public et les dommages qu'il entraîne; les dommages permanents. 663

N° 2. L'opération de travaux publics, ses conséquences et ses procédés d'exécution; la réquisition d'occupation temporaire; la contribution de la plus-value; les offres de concours; l'exécution en régie, le marché de travaux publics et ses éléments, la concession de travaux publics; les concessions de chemin de fer... 672

1er appendice : les associations syndicales..... 697

2e appendice : les concessions de mines..... 703

SECTION III. LES MATIÈRES ET FOURNITURES; la comptabilité-matières; les marchés de fournitures; les réquisitions militaires..... 709

SECTION IV. LES FINANCES PUBLIQUES. — § 1. *Les deniers publics;* les deniers comme chose publique; la gestion des deniers; la police des deniers ou comptabilité-deniers; les comptabilités de fait..... 714

§ 2. *Les créances publiques, les impôts.* — ARTICLE I. Législation générale des créances publiques..... 720

ARTICLE II. Les impôts, notions générales..... 723

N° 1. Les impôts directs; règles communes. — Les grandes contributions directes; impôt foncier sur la propriété non bâtie; sur la propriété bâtie; contribution personnelle mobilière; impôt des portes et fenêtres; patente; taxes assimilées... 728

Source : BIU Cujas

Pages.
Impôts directs départementaux, communaux, coloniaux, d'établissements publics.. 744
N° 2. Les impôts indirects..... 748
Les monopoles financiers..... 748
§ 3. *Les dettes administratives et les dettes publiques.* — A. Les dettes administratives, du règlement administratif de ces dettes, la liquidation, l'inscription d'office..... 749
B. Les dettes publiques..... 753
§ 4. *L'année financière et le budget.* — Le budget, l'exercice financier, la clôture des exercices, la péremption et la déchéance quinquennale, les comptes du budget; — les rapports qui s'établissent entre la comptabilité budgétaire et le fond du droit..... 754

TITRE II

LES DROITS DE PERSONNE PRIVÉE.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Caractères généraux des droits de personne privée..... 766

CHAPITRE I

Le domaine privé.

Domaine privé de l'État, du département, de la commune, biens communaux, droits d'usufruit, d'usage, privilèges et hypothèques..... 769

CHAPITRE II

Les modes d'acquérir de personne privée.

SECTION I. Attribution des biens vacants et sans maître, déshérence..... 775
SECTION II. Les dons et legs : capacité d'être institué ou gratifié, capacité de recevoir, nécessité d'une autorisation préalable, principe de la spécialité, autorisation d'office, formalités de l'acceptation, emploi, quêtes..... 776
SECTION III. Les contrats : les ventes, les concessions sur le domaine privé, les baux à ferme..... 788
SECTION IV. Les quasi-contrats, la gestion d'affaires..... 790
SECTION V. Les quasi-délits..... 790

LIVRE IV

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Notions générales..... 791

Source : BIU Cujas

CHAPITRE I

Les juridictions et la compétence.

Pages.

SECTION I. De la juridiction administrative. — § 1. *Séparation de la juridiction administrative et de la juridiction ordinaire.* — Article I. Le principe de la séparation des pouvoirs 793

Article II. Les règles d'attribution 797

Article III. Les conflits d'attribution et le tribunal des conflits 803

§ 2. *Séparation de la juridiction administrative et de l'administration active.* — Article I. Séparation des juges administratifs et des administrateurs, question du ministre-juge 810

Article II. Limites des pouvoirs de la juridiction administrative sur les actes de l'administration active 815

Article III. Des cas de juridiction gouvernementale ou de justice retenue 815

SECTION II. Organisation de la juridiction administrative. — § 1. *Organisation générale* : la juridiction en premier ressort, l'appel et la cassation 818

§ 2. *Organisation et compétence des diverses juridictions.* — N° 1. Le Conseil d'État. 822

N° 2. Les juges subordonnés au Conseil d'État par l'appel, conseils de préfecture et conseils du contentieux des colonies 826

N° 3. Les juges subordonnés par la cassation 828

CHAPITRE II

Les actions ou recours.

§ 1. *Les actions ou recours intentés par les particuliers.* — N° 1. Des cas où l'on peut intenter *de plano* une action contre la personne administrative et des cas où il faut procéder par un recours contre l'acte 829

N° 2. Des obligations judiciaires et de l'obligation du mémoire 831

§ 2. *Des actions ou recours intentés par les personnes administratives et de la capacité d'ester en justice*, de l'autorisation de plaider 832

§ 3. *Instances engagées au nom de la puissance publique* 835

CHAPITRE III

La procédure.

§ 1. *Caractères généraux de la procédure administrative* 836

§ 2. *Les diverses procédures.* — N° 1. La procédure devant le Conseil d'État 838

N° 2. La procédure devant les conseils de préfecture 840

Supplément. Proposition de loi sur le service militaire de deux ans 843

Source : BIU Cujas

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

A

Abus (recours pour), 170.
Accidents. — V. *Dommages*.
Accords administratifs, 208.
Acte administratif (théorie formelle), 225.
Actes d'administration, *décisions exécutoires* (théorie matérielle), 257 et s.
Acte d'autorité, 265.
Acte de gestion publique, 204.
Acte de gestion privée, 301.
Acte de gouvernement, 274.
Acte discrétionnaire, 283, 295.
Actions, ou recours intentés par les particuliers ou par les personnes administratives, 829.
Actions en indemnité contre l'État, etc., 239.
Adjoints, 447 et s. Adjoint spécial, 449.
Adjudication, 682.
Administration publique, 201.
Administration d'intérêt public, 87.
Administrés, 200.
Affectation et désaffectation, 610 et s.
Agents administratifs, 308.
Agent judiciaire du Trésor, 833.
Agents de police, 459.
Aisances de voirie, 581.
Algérie, Application des lois, 33 ; — le droit de cité des indigènes, 51 ; — organisation, 499; — départements algériens 436; — communes d'Algérie, 476; — délégations financières, 499.
Alignement, 621.
Alimentation d'eau des villes, 540.
Année financière, 754.
Annulation. — A. des actes par voie administrative, 234, 236. — V. *Préfet, Maire, Conseil général, Conseil municipal*, etc.; — contentieux de l'. — V. *Contentieux*.
Appel, 818.
Approbation. — V. *Autorisation*.
Arbitrages. — V. *Compromis*.
Archevêques, 147.
Armée. — V. *Service militaire*.
Arrêté, une des formes de l'acte d'administration, 260; — a. de domanialité, 616; — a. de débet, 721; — a. de cessibilité, 647.
Arrondissement, 439.
Articles organiques (du concordat), 141.
Asiles d'aliénés, 485.
Assainissement, 537.
Assemblées délibérantes administratives (théorie générale des), 350 et s.
Assiette de l'impôt, 724.
Assistance médicale gratuite, 83.
Assistance publique, 75 et s.
Association (les associations et le droit d'), 105 et s.). — V. 88.
Associations syndicales, 697 et s.
Ateliers insalubres. — V. *Établissements insalubres*.
Attache légale (liste électorale), 317.
Atteinte au droit de propriété, 240.
Attributions des autorités administratives. — V. *Président de la République, Ministres, Préfet, Maire, Conseil général, Conseil municipal*, etc.
Attribution contentieuse (règles d'). — V. *Conflit*, 71.
Attroupement. — V. *Responsabilité des communes*.
Auditeurs. — V. *Conseil d'État*.

Source : BIU Cujas

Authentication (droits d'), 506.
Autorisations ou approbations, d'un acte par une autorité supérieure, 234. — V. *Préfet*, *Maire*, *Conseil général*, *Conseil municipal*, etc.; — de plaider par le conseil de préfecture, 833; — d'accepter des dons et legs, 778.
Autorisations d'office, 785, 834.
Autorité. — V. *Voie d'autorité.*
Autorités administratives, 258.
Avis. — V. *Conseil général*, *Conseil municipal*, *Conseil d'État*, *Conseil de préfecture.*
Avocats au Conseil d'État, 839; — affaires dispensées du ministère d'avocat, 839.
Avoués, devant les conseils de préfecture, 841.

B

Bacs, 696.
Bancs et chaises des églises, 161.
Balayage des rues, 526.
Barrages en rivière, 541.
Bâtiments affectés à un service public, sont dépendance du domaine public, 588 et s.
Bâtiments menaçant ruine, 527.
Baux à ferme, 789.
Belfort (territoire de), 439.
Biens communaux, 771.
Biens vacants et sans maître, 774.
Bourses du travail. — V. *Syndicats.*
Budget, étude générale, 756; — b. du département, 425; — b. de la commune, 471.
Bulletin des lois, 34.
Bulletins de vote, 333, 342.
Bureau des assemblées délibérantes, 354.
Bureau d'assistance, 487.
Bureau de bienfaisance, 487.
Bureau électoral, 339.
Bureaux des ministères, 384; — b. des préfectures, 397.

C

Cabinet du ministre, 383; — c. du préfet, 397.
Cadastre, 733.
Cadres régionaux, 366.
Cahier des charges. — V. *Devis.*
Cahier des clauses et conditions générales, 684.
Caisse des dépôts et consignations, 484.
Caisse des écoles primaires, 486.
Caisses d'épargne ordinaires, 96.
Caisse d'épargne postale, 485.
Caisses de retraites des prêtres âgés ou infirmes, 155.
Caisses de retraites départementales et communales, 576.
Caisses diverses. — V. *Établissements publics*, 484.
Canaux, 605.
Candidature, déclaration de candidature, candidatures multiples, 336.
Capacité, des personnes administratives, 197.
Capacité électorale, 311.
Captage des sources. — V. *Alimentation d'eau des villes.*
Cardinaux, 145.
Cassation, 821.
Casier administratif électoral, 314.
Cautionnement, des entrepreneurs et fournisseurs, 683; — des comptables, 717.
Centimes additionnels, 426, 471, 744.
Centralisation. — V. *Décentralisation.*
Cercle privé, public, 60. — V. *Vie publique.*
Cérémonies extérieures du culte, 165.
Cessibilité (arrêté de), 647.
Cession amiable, 658.
Chambres législatives, 401 et s.
Chambres de commerce, chambres consultatives diverses, 484.
Chanoines, 147.
Chasse, 57.
Chemins de fer, 605, 696. — V. *Tarifs.*
Chemins de fer d'intérêt local, 606.
Chemins ruraux, 608.
Chemins vicinaux, 607.
Chose publique et chose privée, 10.
Cimetière, 161, 609. — *Servitudes des cimetières*, 675. — V. *Concessions.*
Cinquante pas du roi, 601.
Circonscriptions administratives, 187, 366; — c. ecclésiastiques, 150; électorales, 333, 334.
Circulaires, 315.
Circulation (police de la), 527.

Source : BIU Cujas

Cité. — V. *Droit de cité.*
Citoyen, 50, 311.
Classement, déclassement, 612.
Cloches (sonneries), 528.
Clubs, 110.
Coadministration, 189, 208.
Colis postaux, 187.
Collation des grades, 506; — c. d'emploi, 559.
Colonies. — Application des lois, 33; — organisation, 492; — communes des colonies, 476; — domaine public, 610; — impôts, 746.
Commissaire de police, 459, 524.
Commission administrative (hôpitaux, hospices, bureaux de bienfaisance, bureaux d'assistance), 488.
Commission administrative (liste électorale), 318.
Commission coloniale, 498.
Commission départementale, 432.
Commissions d'études. — V. *Assemblées délibérantes.*
Commission syndicale de biens indivis, 466.
Commissionnés militaires, 521.
Commune. — Organisation, 442 et s.; — police, 525; — domaine public, 607; — impôts, 745; — Communaux, 771; — responsabilité civile, 248 et s.;
Compensation, 720. 750.
Compétence (des tribunaux administratifs), 793 et s.
Compromis, 198, 383.
Comptabilité-matières, 710.
Comptabilité-deniers, 717; — comptabilité de fait, 719.
Comptabilité budgétaire, 756.
Comptables, 717.
Comptes (Cour des), 717.
Concession. — C. des droits de puissance publique, 504; — c. sur le domaine public, 595, 632; — c. sur les cours d'eau, 634; — c. sur le rivage de la mer, 634; — c. dans les cimetières, 636; — c. de travaux publics, 688; — c. sur le domaine privé, 789.
Concordat, 140 et s.
Concours (offres de), 680.
Conférence intercommunale, 466.
Conférence interdépartementale 421.
Conflit d'attribution; tribunal des conflits, 803.
Conflit de la commission départementale et du préfet, 438.
Congrégations, 122 et s.
Conseils administratifs, 384 et s.
Conseils d'arrondissement, 439.
Conseil d'État, 386; — au contentieux, 822.
Conseils de préfecture, 398; — au contentieux, 826.
Conseil du contentieux des colonies, 827.
Conseil de fabrique, 159.
Conseil privé. — V. *Colonies.*
Conseil général de département, 418.
Conseil général de colonie, 498.
Conseil municipal, 460 et s.
Conseil des ministres, 377.
Conseil de revision, 517.
Conseil supérieur des colonies, 495.
Consistoires, 176, 178.
Contentieux (Création du), 228.
Contentieux administratif, 791 et s. — c. de l'annulation, 799; — c. de pleine juridiction, 799; — c. de l'interprétation, 801; — c. de la répression, 803; — c. électoral, 344.
Contraintes administratives, 721.
Contrats. — C. de service public, 556; — c. de guichet, 206; — V. *Marchés.* — C. passés à titre de personne privée, 788.
Contraventions de grande voirie, 626; — c. de petite voirie, 631.
Contreseing. — V. *Ministre.*
Contributions directes ou indirectes. — V. *Impôts.* — C. administrative. — V. *Subventions.*
Contrôle hiérarchique ou par voie de tutelle, 233. — V. *Maire, Conseil général, Conseil municipal*, etc.
Conventions publiques (Théorie des). — V. *Concordat.*
Corps et communautés, 85 et s.
Costume ecclésiastique (Port du), 170.
Cours d'eau non navigables ni flottables 539.
Cour des comptes, 717.
Coutumes. — V. *Usages.*
Créances publiques, 720.
Crédits. — V. *Budget.*

Source : BIU Cujas

Crément futur (concession de), 602.
Culte catholique, 136 et s.; — protestant, 174 et s.; — israélite, 177 et s.
Cumul. — V. *Traitements, incompatibilité.*
Curage des cours d'eau, 544.
Curés et desservants, 147.
Cures et succursales, 151.

D

Débets (arrêtés de), 721.
Décentralisation 367.
Décharge ou réduction (demande en), 730. — V. *Impôts.*
Déchéance quinquennale, 759.
Décisions exécutoires. — V. *Actes d'administration.*
Déclarations des droits de l'homme, 43.
Déclaration d'utilité publique, 645.
Déclinatoire d'incompétence, 809.
Décrets, 377. — V. *Règlement.* — D. de déconcentration, 395; — décrets-lois, 30.
Délégation de la puissance publique, 308.
Délégations financières algériennes, 499.
Délégation spéciale, 467.
Délégué de l'administration, 456.
Délégués sénatoriaux, 405.
Délibérations des assemblées, 357 et s.; — des conseils généraux, 430; des conseils municipaux, 469.
Délibérations injurieuses, 356 et 357.
Délimitation des rivages et des fleuves, 615.
Démission, 364.
Deniers publics, 714.
Département. — Organisation, 412; — dép. algériens, 438; — domaine public, 606; — impôts, 744; — responsabilité civile, 248.
Dépendances du domaine public, 577 et s.
Dépens, 838.
Dépenses publiques, 751, 763. — Dépenses obligatoires, 425, 470.
Dérivation des sources. — V. *Alimentation des villes.* — D. usinières. — V. *Usines.*
Désaffectation. — V. *Affectation.*
Déshérence, 774.
Desservants, 147.
Desséchements, 630. — V. *Association syndicale.*
Détournement de pouvoir, 290.
Dettes administratives, 749, 763. — Dettes publiques, 753.
Devis, 683.
Diocèse, 150.
Dispensés conditionnels, 512.
Dissolution. — D. de la chambre, 376; — des conseils généraux, 421; — des conseils municipaux, 467.
Domaine privé, 769.
Domaine public, 577 et s.; — envisagé comme forme de propriété, 590; — de l'État, 600; — départemental, 606; — communal, 607; — colonial, 610.
Domanialité publique (Critérium de la), 584.
Domicile (Inviolabilité du), 56; — domicile de secours, 80.
Dommages, 242; — d. résultant des travaux publics; — dommages permanents, 667 et s., — dommages aux personnes, 671. — V. *Occupation temporaire.* — Dommages aux usines. — V. *Usines.*
Dons et legs, 776 et s.
Droit administratif, 181, 190.
Droit de cité aux colonies, 494.
Droits individuels, 39 et s.
Droits de puissance publique, 501 et s.; — droits de personne privée, 766 et s.
Droit des pauvres, 747.
Droits acquis, 291, 208.
Droits administratifs, 208 et s.
Droits de police, 501, 505 et s.; — droits contenus dans la police, 529.
Droit d'enseignement de l'État, 506.
Droit public corporatif, 85.
Droit public ecclésiastique, 131.
Droit public général, 1.
Droit public individuel, 39.
Droits politiques, 49. — V. *Suffrage.*
Droit à l'assistance, 75.
Dualisme. — Introduction, p. XXVIII.

E

Eaux de la ville, 610, 586.
Eaux de pluie, 635.
Éclairage des rues, 526. — V. *Gaz, électricité.*
École (Maison d'), 609.

Source : BIU Cujas

Édifice menaçant ruine, 527.
Égalité civile et politique, 45.
Église. — Domanialité publique des bâtiments des églises, 609 ; — réparations. — V. *Fabriques*.
Élargissement. — V. *Alignement, Classement*.
Élections. — Théorie générale, 332 et s. — Sénat et Chambre des députés, 403 ; — Conseil général, 419 ; — Conseil municipal, 461, etc.
Électeurs, électorat, 317.
Électricité (éclairage), 638, 692.
Éligibilité, 323. — V. *Inéligibilité*. — Conditions d'éligibilité, 331.
Empire colonial, 496.
Emploi, employés. — V. *Fonctions publiques, fonctionnaires*.
Emprise. — V. *Délimitation du rivage, expropriation indirecte*.
Emprunts, 753, 427, 472.
Endiguage (Concession d'), 602.
Endiguements. — V. *Desséchement*.
Enfants assistés, 81.
Engagements militaires, 521.
Enquêtes *de commodo et incommodo*, 646.
Enseignement (liberté de l'), 61.
Établissements corporatifs, 85.
Établissements dangereux, etc., 545.
Établissements ecclésiastiques, 152.
Établissements d'utilité publique ; notions théoriques, 92 ; — distinction de ces établissements et des établissements publics, 93 ; — condition générale de ces établissements, 93 et s.
Établissements publics, 478.
Étangs salés, 602.
État (théorie générale de l'), 3 ; — notion administrative de l'État, 191 ; — organisation de l'État, 372. — V. *Régime d'État*.
État de siège, 278.
État des fonctionnaires, 561.
Évêques, 146.
Excès de pouvoir, 288 (Recours pour), 269.
Exercice financier, 758.
Exploitations industrielles et commerciales, 183, 187, 446.
Expropriation pour cause d'utilité publique, 639 ; — expropriation indirecte, 659 ; — contentieux de l'expropriation, 659.

F

Fabriques, 157.
Fait personnel du fonctionnaire, 251.
Faits de guerre, 279.
Faits de service, (indemnités pour), 242.
Fautes (indemnités pour), 248.
Femmes (droits des), 311.
Fins de non-recevoir, 273.
Finances publiques, 714 et s.
Fisc. — V. *Personnalité fiscale*.
Fleuves et rivières navigables et flottables, 603. — V. *Délimitation*.
Foires et marchés, 427.
Fonction administrative. 181.
Fonctionnaires. — Condition des f., 553 et s. ; — poursuites contre les f., 250 et s. — V. *Garantie ; État des fonct.*
Fonctions publiques, 507, 553.
Fondations, 128. — V. 88.
Force armée, 509.
Force exécutoire des décisions administratives, 259 ; — des délibérations du conseil général, 423 ; — des délibérations du conseil municipal, 469 ; — des délibérations de la commission départementale, 435 ; — des actes du maire, 455.
Forces hydrauliques (utilisation des), 541, 707.
Force publique, 507.
Forêts de l'État 770.
Forme (Vice de), 289.
Forme administrative (Contrats en la). 302.
Forteresses (Servitudes des), 630.
Fouilles. — V. *Objets d'art, Occupation temporaire*.
Fournitures (marché de, 710.
Fraternité, 75.
Funérailles (liberté des), 133.

G

Gallicanisme, 137.
Garantie des droits individuels, 44, 503.
Garantie des fonctionnaires, 250 et s.
Garantie d'intérêts, 695 — V. 693.
Garde champêtre, 459.
Gaz (Eclairage au), 638, 692.
Gestion publique, 204. — V. 662 et 687.

Source : BIU Cujas

Gestion privée, 214.
Gestion d'affaires, 210.
Gouverneur. — V. *Colonies*.

H

Halage (Chemin de), 529.
Halles et marchés, 609, 589.
Hiérarchie, 365.
Homologation. — V. *Tarifs*.
Hôpitaux, Hospices, 483, 485, 487.
Houille blanche. — V. *Forces hydrauliques*.
Hypothèques, 773.

I

Illégalité des règlements, 28; — des actes, V. *Violation de la loi*; — des délibérations, V. *Nullité juridique*.
Immunité parlementaire, 356.
Impôts, — notions générales, 723 et s.; — *impôts directs*, 728; — décharge ou réduction, 730; — remise ou modération, 731; — impôt foncier sur propriété non bâtie, 732; — sur propriété bâtie, 735; — contribution personnelle-mobilière, 737; — c. des portes et fenêtres, 739; — patente, 741; — taxes assimilées, 744; — impôts départementaux, 744; — communaux, 745; — prestations, 745; coloniaux, 746; — d'établissement public, 747: — *impôts indirects*, 748; — octrois, 471.
Imprescriptibilité. — V. *Inaliénabilité*.
Inaliénabilité des dépendances du domaine public, sens et portée, 578 et s.
Incapacité. — V. *Capacité*; — incapacités électorales, 313; — incapacité d'être élu. — V. *Inéligibilité*.
Incompatibilité, 327.
Incompétence, 288.
Inconvénients de voisinage. — V. *Ateliers insalubres, dommages permanents*.
Indemnités (théorie des), 239.
Indemnité parlementaire, 307.
Indigénat, 494.
Indigènes (droits politiques des), 51.
Indigents (liste des), 78.
Inéligibilité, 324 et s.
Inhumation. — V. *Cimetière*.
Insaisissabilité des biens des personnes administratives, 578, 750.
Inscription maritime, 519.
Inscription d'office (au budget), 753.
Institutions corporatives, 85 et s.
Instruction primaire (obligation), 53; — (laïcité), 135.
Instruction des affaires, 357, 417.
Intérêt légitime et intérêt personnel, 282.
Interprétation des actes d'administration, 801.
Introduction à l'étude du droit administratif, IX.
Inviolabilité parlementaire, 364.

J

Jouissance des droits (pour les personnes administratives), 197.
Journal officiel, 34.
Juge de droit commun, — en premier ressort, 819.
Juridiction. — Existence d'une j. administrative, sa justification, 793.
Jurisprudence (rôle de la), 795. — V. p. 17.
Jury d'expropriation, 654.
Justice. — J. retenue et j. déléguée, 815.

L

Laïcité, 136 et s.; — Laïcisations d'école, 135.
Lais et relais, 601.
Légalité (théorie de la), 12; — la légalité dans les possessions coloniales, 33.
Legs. — V. *Dons et legs*.
Libéralités. — V. *Dons et legs*.
Libertés individuelles. — V. *Droits individuels*, 49 et s.; — liberté de conscience, 53, 131; liberté de la science, 53; — l. civile, sûreté individuelle, 54; — l. d'aller et venir, 55; — l. du nom et du titre, 56; — l. du travail, de l'industrie et du commerce, 57; — l. des cultes, 134; — l. d'enseignement, 61; — l. de la presse, 63; — l. de réunion, 69; — l. d'association, 88.
Lieux de culte, 151.
Lignes télégraphiques et téléphoniques (servitudes), 630.
Liquidation des dettes de l'État, 751.

BIBLIOTHÈQUE de DROIT
Source : BIU Cujas