



HAL
open science

Commentaire sous Les bases constitutionnelles du droit administratif, la controverse G. Vedel/Ch. Eisenmann

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Commentaire sous Les bases constitutionnelles du droit administratif, la controverse G. Vedel/Ch. Eisenmann. Les grands discours de la culture juridique, 2017. hal-01725355

HAL Id: hal-01725355

<https://hal.science/hal-01725355>

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Georges Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1954, en miroir avec Charles Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *Revue de droit public*, 1972 (Xavier Magnon)

La controverse entre Georges Vedel et Charles Eisenmann sur les bases constitutionnelles du droit administratif ne relève-t-elle pas « de la petite histoire (...) de l'anecdote juridique », n'est-elle pas « dépassée. Ces bases constitutionnelles (ont émergé) de plus en plus dans notre droit positif : (est)-t-il possible d'écrire un simple précis de droit administratif sans intégrer les textes et la jurisprudence constitutionnelle à propos de la décentralisation, du secteur public, de la police, etc. ? » (G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, pp. 133-145, ci-après BCDA 86. Respectivement p. 144 et p. 145). Ces interrogations, formulées par le premier en 1986 à l'occasion d'un hommage au second, renvoient au choix des auteurs de cet ouvrage qui ont inséré cette controverse dans les *Grands discours de la culture juridique*. Aussi la pertinence de ce choix est-elle peut-être moins à rechercher dans le fond de la controverse que dans le cadre d'analyse de celle-ci. Beaucoup a déjà été écrit sur cette controverse (voir bibliographie), y compris par l'un des deux protagonistes, qui a consacré deux textes à répondre à la critique dont il a fait l'objet. Avant de revenir sur ce point, deux questions sont encore à résoudre au préalable : le domaine (et le volume) de la controverse et la question du choix du ou des textes pour l'illustrer.

Celle-ci trouve son origine dans la publication de l'article éponyme, d'une trentaine de pages, de Georges Vedel en 1954, aux *Études et documents du Conseil d'État* (G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, pp. 21-53, ci-après BCDA 54). Cette théorie première sera reformulée en partie dans le Précis *Thémis de Droit administratif* et, en particulier, dans les éditions de 1958 et de 1968 (les 1^{ère} édition et 4^{ème} édition du précis sont précisément visées par Charles Eisenmann dans son article à la *RDP*, voir référence ci-dessous, p. 1346, comme exposant cette théorie). La controverse naîtra avec l'article de Charles Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », de près de 100 pages, à la *Revue de droit public* en 1972 (C. Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, 1972, pp. 1345-1441, ci-après TBCDA). Elle se prolongera par une réponse de Georges Vedel dans la préface de la 7^{ème} édition de son *Manuel de Droit administratif* (G. Vedel, avec la collaboration de P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, Thémis, 1980, 7^{ème} édition, pp. 19-38, ci-après BCDA 80) en 1980 et sans doute d'un bilan de celle-là par celui-ci dans *La pensée de Charles Eisenmann* (BCDA 86, pp. 133-145) en 1986. Derrière la théorie des bases constitutionnelles, il y a donc en réalité deux formulations successives de cette théorie, une discussion de Charles Eisenmann qui porte principalement sur cette seconde formulation et une dilution conclusive de cette théorie par son auteur qui en réduit la portée : « s'il existe des bases constitutionnelles du droit administratif, c'est au sens faible du terme, comme il existe des bases constitutionnelles de toute branche du droit » (BCDA 86, p. 143).

Cette relative complexité de « la » théorie se double d'un volume de pages consacrées à son exposé et à la controverse insusceptibles d'être totalement retranscrites dans le cadre de cet ouvrage ; d'où la question et la justification du choix du ou des textes et, plus justement, des extraits de ceux-ci pour exposer cette controverse. Le choix pourra apparaître radical, notamment en ce qu'il exclut tout extrait du texte de Charles Eisenmann, mais il se justifie. La préface de la 7^{ème} édition du manuel de *Droit administratif* paraît exposer de la manière la plus claire qui soit, à la fois les deux formulations de la théorie, le cœur de l'attaque portée par Charles Eisenmann et « l'examen de conscience » de Georges Vedel (ce sont ses termes même, BCDA 80, p. 36). Il synthétise le mieux l'exposé de la théorie et de la controverse alors que l'on pourra trouver le texte de 1954 et celui de 1972 comme excessivement longs au regard des idées qui sont finalement défendues et l'exposé général des éditions de 1958 et de 1968, trop dilué pour pouvoir être repris. L'article de 1986 est sans doute trop tardif, Georges Vedel, on l'a vu, ne croit déjà plus véritablement ni à sa théorie ni à l'intérêt de la controverse.

De manière synthétique, il convient de retenir, qu'en 1954, Georges Vedel entend trouver dans la Constitution le fondement du droit administratif et toute la question consistera précisément à savoir ce qu'il faut entendre par *fondement*. Il considère que le critère du droit administratif est un critère organique et formel et qu'il repose sur l'exécutif : « l'ordre positif, celui qui découle à la fois des principes constitutionnels et du droit administratif, c'est qu'il n'y a ni compétence du juge administratif ni application du droit administratif là où il n'y a pas d'exercice du pouvoir exécutif » (BCDA 54, p. 33). Ce critère n'est toutefois pas reconnu comme étant suffisant car il se prolonge par « une condition complémentaire », Georges Vedel considère en effet de manière explicite que sa théorie ne fait pas appel « à deux critères mais à un seul » (*Loc. cit.*, p. 46), tiré de la notion de puissance publique : « caractériser l'administration comme une activité du pouvoir exécutif serait insuffisant si l'on ajoutait que toutes activités des organes participant au pouvoir exécutif doit, pour avoir le caractère administratif, pour relever du juge administratif et du droit administratif, s'exercer par des procédés de puissance publique » (*Loc. cit.*, pp. 41-42) ; « le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique » (*Loc. cit.*, pp. 45-46). Ainsi défini, le droit administratif trouve un fondement constitutionnel en ce que le pouvoir exécutif est consacré par la Constitution, au « sens organique et formel qui est celui que lui donnent traditionnellement nos constitutions, notamment l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946 » (BCDA 54, p. 39).

Voir respectivement : « Article 3. - Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution. - Il a le droit de faire grâce ; les amnisties ne peuvent être accordées que par une loi. - Il dispose de la force armée. - Il nomme à tous les emplois civils et militaires. - Il préside aux solennités nationales ; les envoyés et les ambassadeurs des puissances étrangères sont accrédités auprès de lui. - Chacun des actes du président de la République doit être contresigné par un ministre » ; « Article 47. - Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois. Il nomme à tous les emplois civils et militaires,

sauf ceux prévus par les articles 30, 46 et 84. Le président du Conseil assure la direction des forces armées et coordonne la mise en œuvre de la défense nationale. Les actes du président du Conseil des ministres prévus au présent article sont contresignés par les ministres intéressés»). En vertu de cette dernière disposition, seuls les actes du gouvernement se rattachant à « l'exécution des lois » ont un caractère administratif (BCDA 54, p. 40). Le « critère de la puissance publique » est également rattaché à la Constitution dans la mesure où « les différents organes de l'Etat ne tiennent leur autorité que du souverain (...). Mais ils lui empruntent l'un de ses attributs essentiels : le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte » (*Loc. cit.*, p. 42).

Dans sa seconde formulation, Georges Vedel prend en compte la Constitution du 4 octobre 1958 et la nouvelle définition du domaine réglementaire, celui-ci n'étant plus seulement un pouvoir d'exécution des lois, mais également un pouvoir autonome, ce qui impose d'adapter son explication première. Le rattachement organique à l'article 20 de la Constitution, équivalent de l'article 47 de la Constitution de 1946, est maintenu, mais l'article 37 de la Constitution est lu comme permettant de « caractériser l'activité étatique de droit commun », en ce qu'il « consacre ce qui est par excellence la prérogative de puissance publique : le pouvoir de poser unilatéralement des normes juridiques » (BCDA 80, p. 46). Il en résulterait une présomption de domaine administratif.

La critique de Charles Eisenmann porte essentiellement sur la seconde formulation de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, seul un appendice à son article étant consacré de manière explicite à la première formulation (TBCDA, pp. 1423 et s.). Il reste que cette critique ne porte pas seulement sur la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, mais également sur la définition proposée par George Vedel de l'administration et du droit administratif et sur le régime de présomption de caractère administratif qu'il dégage (telle est en l'occurrence la lecture que fait Georges Vedel des critiques qui lui sont adressées par Charles Eisenmann, BCDA 80, p. 25). La critique de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ne porte, en réalité, que très partiellement... sur la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. Entendue strictement comme ne portant que sur cette théorie elle-même, un aphorisme permet de résumer la position de Charles Eisenmann : « la définition de l'administration par le régime administratif ne résulte absolument pas du droit constitutionnel, elle n'a nullement le caractère de base constitutionnelle du Droit administratif. La Constitution de 1958 ignorant totalement – tout comme celles qui l'ont précédée – tant le terme que le concept utilisés par cette définition, ceci pour l'excellente raison qu'elle n'effleure même pas le problème auquel cette notion correspond » (TBCDA, p. 1387, voir également dans le même sens en particulier p. 1370 et p. 1374).

Dans la préface de la 7^{ème} édition du précis de *Droit administratif*, Georges Vedel maintiendra sa position : « il ne me semble donc pas que ce fut péché que de définir naguère l'administration

comme l'exercice du pouvoir exécutif (...) par des procédés de puissance publique. L'investiture spécifique, c'était la notion constitutionnelle d'exécution des lois autorisant l'emploi de prérogatives – assorties de sujétions – et le régime était constitué par le contenu de ces prérogatives et de ces sujétions » (BCDA 80, p. 31).

Ainsi brièvement exposée, la controverse sur les bases constitutionnelles du droit administratif renvoie au rapport entre la *science du droit administratif*, le discours sur le droit administratif, et son objet, le *droit administratif* sous une double dimension. Une dimension de *justification de l'objet* et, plus précisément, de recherche d'un fondement à la spécificité du droit applicable aux personnes publiques, ce qui autrement qualifié de manière générale de « critère du droit administratif ». Georges Vedel entend d'ailleurs précisément, par sa nouvelle explication, proposer une alternative au critère du service public. Il n'est pas anodin de constater que, sur les 33 pages de son article, 17 sont consacrées au rejet du critère du service public, non seulement, mais pas seulement, parce que « la notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle » (BCDA 54, p. 26). Qu'est-ce qui justifie l'application d'un droit dérogatoire aux personnes publiques ? Pour le dire de manière plus directe : comment justifier le coup d'Etat *Blanco*, si l'on en exclut la question de sa lignée historique (voir en particulier sur cette question : G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA*, 2003, p. 218) ? Le discours sur le droit administratif ne saurait se développer sans que cet objet ne soit en lui-même justifié. Il n'est d'ailleurs pas inintéressant de remarquer que rares sont les disciplines juridiques qui doivent justifier leur objet ; le droit administratif, en tant que discours, en est une. Il se doit de justifier le caractère dérogatoire du droit qu'il analyse. Alors que la Constitution est la norme fondamentale de l'ordre juridique, elle peut constituer un solide fondement normatif à l'existence du droit administratif et c'est précisément l'hypothèse éprouvée par Georges Vedel qui inscrit son discours, implicitement mais nécessairement, dans une perspective de légitimation constitutionnelle de l'objet d'étude « droit administratif » (§ I). Cette dimension justificative se prolonge sous un angle d'ordre *épistémologique*. La démarche est assumée en substance et elle se révèle de manière forte dans la controverse, en particulier avec Georges Vedel : la validité des propositions d'analyse doctrinale doit pouvoir être vérifiée à partir du discours du juge. Le discours du juge permet ainsi de justifier de manière empirique les descriptions proposées par la doctrine. La thèse des bases constitutionnelles du droit administratif doit recevoir une confirmation jurisprudentielle pour être valable. Tel est le ressort qui permet la construction de la scientificité d'un discours sur l'objet « droit administratif » (§ II).

§ I – La justification constitutionnelle de l'objet d'étude « droit administratif »

Il est tout à fait naturel pour Georges Vedel de rechercher dans la Constitution un fondement constitutionnel au droit administratif : « la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée ; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique » (BCDA, 54, p. 21). Charles Eisenmann a pu dénoncer ici le caractère

prétendument naturel du rattachement du droit administratif à la Constitution et l'absence de nécessité de le démontrer. Il remarque, à juste titre, que si le droit administratif est « une notion de droit positif, et plus précisément une notion du droit constitutionnel, il s'ensuit en effet de soi – et c'est bien la pensée de Georges Vedel – qu'elle peut varier avec celui-ci ; elle dépend de lui ; elle n'est pas nécessairement constante, identique pour toutes les Constitutions successives (nous raisonnons dans le cadre de la France exclusivement), elle est au contraire susceptible – simplement susceptible – de différer, au moins pour partie, d'une Constitution à une autre » (TBCDA, p. 1348). En d'autres termes, le fondement constitutionnel du droit administratif ne saurait être que contingent, et donc lié au choix du constituant ou du pouvoir de révision constitutionnelle, et non pas consubstantiel à la Constitution. Quoiqu'il en soit, il n'est pas discutable de rechercher un éventuel fondement constitutionnel au droit administratif. Il reste que la question des « bases », des « fondements » du droit administratif présente quelques difficultés de sens. Charles Eisenman considère que la Constitution ne dit rien sur les bases du droit administratif quand Georges Vedel, tend à « rechercher sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif » (BCDA 54, p. 21). Il cherche « à expliquer le droit positif » et il entend « vérifier ou du moins (...) expérimenter la valeur des idées proposées » (*Loc. cit.*, p. 48). Cette affirmation mérite d'être éprouvée. De manière synthétique, il est possible de soutenir que s'il existe un *fondement normatif constitutionnel à l'administration* (A), il n'en existe pas pour le caractère dérogoire du droit qui lui est appliqué. Georges Vedel s'inscrit plutôt dans une démarche de *légitimation constitutionnelle substantielle à un droit propre à l'administration* (B).

A – Le fondement normatif constitutionnel à l'administration

Dans sa première formulation, en 1954, Georges Vedel s'appuie sur les arrêts *Heyries*, du 28 juin 1918 (*Rec. Leb.*, p. 651), et *Labonne*, du 8 août 1919 (*Rec. Leb.*, p. 737), pour rechercher les cas dans lesquels la jurisprudence administrative s'appuie sur la Constitution pour trouver un fondement normatif aux « bases de l'action administrative » (BCDA 54, p. 36). Face aux éventuelles critiques qui viendraient dénoncer le fait que l'analyse ne repose que sur deux arrêts, Georges Vedel oppose le principe, familier du juge administratif, de « l'économie de moyens » : « en vertu d'un principe évident d'économie de moyens, le juge n'a pas à remonter jusqu'aux sources constitutionnelles pour résoudre les problèmes qui lui sont posés » (*ibid.*). Les arrêts *Heyries* et *Labonne* constituent précisément des cas dans lesquels l'économie de moyens ne joue pas et donc dans lesquels le recours à la Constitution s'impose.

Dans le premier arrêt, le Conseil d'Etat souhaite valider une mesure gouvernementale de suspension de l'application d'une loi. Il s'appuie sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour constater que, par cette disposition, « le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois (...) ; il lui incombe dès lors de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés de la guerre n'en paralysent pas la marche ». Georges Vedel en déduit trois séries de considérations :

- 1 – « administrer (...) c'est « exécuter les lois » » ;
- 2 – « le fonctionnement continu des services publics est l'une des formes de l'exécution des lois » ;
- 3 – « l'exécution *des* lois peut justifier la suspension de l'application *d'une* loi » (BCDA 54, p. 37).

Dans le second, face à un retrait de permis de conduire lui imposant d'apprécier la régularité du décret du 10 mars 1899 portant règlement relatif à la circulation des véhicules sur les voies publiques, le Conseil valide la compétence du Chef de l'Etat pour adopter ce décret, non pas en s'appuyant sur une loi qui, en l'occurrence, n'existe pas, mais, implicitement du moins, sur la Constitution. Il juge en effet que « si les autorités départementales et communales sont chargées par les lois de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'Etat *en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres* de déterminer celles des mesures de police qui doivent, en tout état de cause s'appliquer sur l'ensemble du territoire » (nous soulignons). Deux conséquences en sont tirées :

- 1 – la mission constitutionnelle d'exécution des lois concerne non seulement « la gestion continue des services publics », mais également « le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire » ;
- 2 – l'exécution des lois ne doit pas seulement s'entendre de « l'exécution servile, paragraphe par paragraphe de chaque texte, mis elle implique des *pouvoirs propres* et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative » (BCDA 54, p. 38).

Deux considérations plus générales sont ensuite posées : « l'administration se définit d'abord par référence au pouvoir exécutif » et « les compétences gouvernementales dans l'action administrative ont un caractère propre et autonome » (BCDA 54, respectivement p. 39 et p. 40). Dans les deux cas, malgré les contingences du contenu des Constitutions en général, il n'est pas difficile de trouver dans les Constitutions des III^{ème}, IV^{ème} et V^{ème} République, si ce n'est ces deux éléments, du moins le premier. Si l'on s'en tient à la Constitution en vigueur, quelle que soit l'étendue pratique de cette compétence et quelle que soit la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la question, il existe, dans la Constitution du 4 octobre 1958, un pouvoir réglementaire autonome (dans la reformulation des BCDA après l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, Georges Vedel voyait dans l'article 37 alinéa 1 de la Constitution, la « reconnaissance d'un pouvoir normatif initial au Gouvernement », impliquant, au-delà d'une « présomption de « réglementarité » (...) pour un type d'activités bien définies (l'émission de règles générales et impersonnelles) », une présomption d'« administrativité » applicable à l'ensemble des actes et opérations du Gouvernement », ce que Vedel lui-même reconnaîtra comme étant « une extrapolation illégitime », voir en ce sens BCDA, 80, p. 32). Le droit positif constitutionnel français, même si demain il se pourrait qu'il en soit autrement, consacre donc bien l'existence de l'administration, en la liant à l'exercice du pouvoir réglementaire.

B – La légitimation constitutionnelle matérielle à un droit propre à l'administration

Le fondement constitutionnel de la spécificité du corps de règles applicables, ce que Charles Eisenmann qualifiera de « régime administratif » (TBCDA, p. 1370), apparaît autrement plus problématique. Ce fondement n'existe pas. Il est plutôt question d'une relecture-reconstruction constitutionnelle visant à légitimer un droit spécifique au profit de l'administration que d'un véritable fondement normatif. Quelles que soient les différentes reformulations de la théorie, pour Georges Vedel, le cœur de la spécificité du régime applicable à l'administration repose sur l'exercice de l'activité des organes participant au pouvoir exécutif « par des procédés de puissance publique » (BCDA 54, pp. 41-42). Ce critère n'est que le corolaire du premier, à savoir celui du pouvoir exécutif, de sorte qu'il n'est pas d'une « nature différente » (*Loc. cit.*, p. 43). La démonstration originelle de Georges Vedel apparaît plus ésotérique et il n'est point question de se référer à la jurisprudence administrative à l'appui de celle-ci. Il constate que « les différents organes de l'Etat ne tiennent leur autorité que du souverain, c'est-à-dire de la Nation ou du peuple français. Mais ils lui empruntent l'un de ses attributs essentiels : le pouvoir de commander, c'est-à-dire de prendre des décisions qui s'imposent aux individus sans le consentement de ceux-ci et, en certains cas, de ramener ces décisions à exécution par la contrainte ». Selon cette perspective, et au regard du régime alors en vigueur, « le Gouvernement détient, sous l'autorité du législateur et pour les objets de sa compétence, le pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux individus ; ce pouvoir vient de la Nation, par le relai des mécanismes parlementaires et de la suprématie de la loi » (BCDA 54, p. 42). « La puissance publique, ce n'est donc rien d'autre que la détention de compétences « exorbitantes du droit commun », le droit commun étant ici le droit privé » (BCDA 54, pp. 42-43).

Sur ce second point, la démonstration de Georges Vedel est moins convaincante. Ce sont d'avantage les concepts politiques sur lesquels repose la Constitution que la norme constitutionnelle qui servent de fondement au régime administratif applicable à l'administration. Si l'on peut concevoir que la Constitution consacre l'existence d'un pouvoir réglementaire au profit du pouvoir exécutif, et donc une capacité à produire des normes générales et abstraites de manière dérogatoire au droit commun, rien ne justifie la soumission du pouvoir exécutif et, plus précisément, de l'administration en tant que structure au service de ce pouvoir, à un droit dérogatoire au droit commun. L'existence d'un pouvoir spécial n'appelle nécessairement pas celle d'un régime spécial auquel ce pouvoir serait soumis. Comme le souligne Charles Eisenmann, « la Constitution de 1958 ne connaît pas – pas plus que ses devancières – aucune des données juridiques que Georges Vedel entend synthétiser sous le concept global et la dénomination de « régime administratif » » (TBCDA, p. 1370). La Constitution ne consacre pas un régime administratif spécial au profit de l'administration. Le droit administratif n'a donc aucune base dans la Constitution.

Ce constat est d'autant plus manifeste avec la Constitution du 4 octobre 1958 que celle-ci ne consacre pas, non plus, ni l'existence de la juridiction administrative ni, *a fortiori*, ne garantit l'existence d'une réserve de compétences au profit de celle-ci. Il est vrai qu'ont été reconnues,

grâce à la catégorie ouverte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'indépendance de la juridiction administrative et l'existence d'une réserve de compétences à son profit ; mais, aucune reconnaissance explicite et univoque d'un régime dérogatoire au droit commun au profit de l'administration n'a été entreprise, en particulier à partir de cette même catégorie ouverte de principes constitutionnels. Il est toujours possible de considérer que l'indépendance de la juridiction administrative présuppose son existence et que cette existence elle-même ne saurait se concevoir qu'en présence d'un régime spécial justifiant l'existence d'une juridiction spéciale, distincte des juridictions judiciaires (voir, pour une réflexion critique sur les arguments tirés de la spécificité du juge administratif et de la spécificité de l'action administrative pour justifier l'existence d'un droit administratif spécial : S. Cassese, « Une des formes de l'Etat nouveau du monde : réflexions sur le droit administratif français », *AJDA*, 1995, p. 167) ; mais, peut-être manquent-ils quelques lois de la République pour servir de fondement textuel à ce principe fondamental. La reconnaissance est indirecte et relativement indéterminée. Faut-il également ajouter que la reconnaissance des deux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République s'est faite alors que Georges Vedel était membre du Conseil constitutionnel et que, si les comptes rendus des délibérations ne sont pas disponibles en ligne sur le site du Conseil constitutionnel pour la décision du 20 juillet 1980 (déc. n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*), ils le sont pour celle du 23 janvier 1987 (déc. n°86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*). Ces derniers témoignent de ce que, non seulement Georges Vedel était le rapporteur sur la constitutionnalité de la loi déferée, mais qu'il a défendu la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République garantissant une réserve de compétence au profit de la juridiction administrative. Le Doyen Vedel a-t-il été à l'initiative d'un complément de la Constitution validant sa thèse des bases constitutionnelles ? Aucun principe fondamental n'est jamais venu consacrer l'existence d'un droit dérogatoire au profit de l'administration.

§ II – La construction de la scientificité d'un discours sur l'objet « droit administratif »

La question pourrait paraître anachronique lorsque l'on sait, qu'aujourd'hui, nombreux sont ceux qui considèrent qu'il n'est pas nécessaire de savoir *comment faire du droit pour faire du droit* ou, plus exactement, de savoir *ce qu'est un juriste pour être un juriste*, mais la controverse sur les BCDA se nourrit de réflexions d'ordre épistémologique qui inscrivent d'emblée le droit administratif, en tant que discours sur l'objet « droit administratif », dans une orientation particulière. Ce discours s'inscrit à l'origine dans une situation spécifique :

- 1 les normes qui constituent son objet d'étude ne sont pas des normes écrites mais des normes jurisprudentielles ;
- 2 les normes générales et abstraites produites par le juge, précisément parce qu'il n'en existe pas d'autres, le sont à l'occasion d'affaires concrètes et sont donc le fruit de la concrétisation de l'ordre juridique, alors pourtant que le résultat de ce processus conduit à la production de normes individuelles et concrètes et non pas à celle de normes générales et abstraites.

Il faut retenir de cette situation certaines spécificités :

- 1 il n'existe aucun référent textuel à partir duquel apprécier éventuellement la conformité du discours du juge aux normes qu'il est censé appliquer ;
- 2 les règles générales du droit administratif sont posées à l'occasion de situations concrètes afin de régir de manière large le plus grand nombre de situations équivalentes, en adaptant le droit commun aux exigences spécifiques supposées de l'action publique.

La dimension pragmatique des règles générales du droit administratif tend à lui conférer une dimension doctrinale dans le sens où il s'agit de proposer des règles pour régler un cas concret et, au-delà, défendre un fonctionnement jugé rationnel de l'administration. Il faut dégager une règle générale à partir d'une systématisation du contexte d'application. Cette analogie entre le travail doctrinal du professeur de droit et celui du Conseil d'Etat conduit à les unir et, plus précisément, à ce que le premier, le professeur de droit, ait recours au second, le Conseil d'Etat, pour valider ses propositions d'analyses. Ce double mouvement, absence de référent textuel et création pragmatique de règles par le juge, amène la doctrine administrativiste à rechercher dans la jurisprudence du juge administratif un instrument de preuve de ses propositions d'analyse. La doctrine administrativiste s'inscrit ainsi dans une autojustification de la pertinence de son discours en usant d'un empirisme jurisprudentiel (A). La difficulté d'une telle démarche est qu'elle rend difficile toute construction doctrinale autonome et distante vis-à-vis de son objet d'étude, les limites de l'autojustification résident dans la reproduction du langage objet qu'elle implique (B).

A - L'autojustification de la pertinence du discours : l'empirisme jurisprudentiel

Sur la pratique d'un empirisme jurisprudentiel et, plus précisément, sur le fait qu'il faille s'appuyer sur la jurisprudence du juge administratif pour valider la proposition selon laquelle il existe des bases constitutionnelles au droit administratif, Georges Vedel et Charles Eisenmann s'opposent.

L'inscription de la pensée de Vedel dans une démarche de type empirique est forte. Elle est manifeste à propos de la théorie des bases constitutionnelles, on l'a vu, avec l'analyse des arrêts *Heyries* et *Labonne*. De manière plus générale, Vedel soutient que « lorsqu'un principe d'explication a été heureusement conçu et a été vérifié par un certain nombre d'expériences bien faites, il ne tombe jamais au rang d'une erreur, même lorsque le progrès amène à le corriger et à en limiter la portée » (BCDA 54, p. 35). L'élément qui permettra de vérifier la pertinence des « principes d'explication » est constitué par la jurisprudence : « ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif » (BCDA 54, p. 36). La démarche préconisée oppose spéculation théorique et proposition scientifique vérifiable. Vedel s'inscrit dans un « essai de vérification des idées proposées » (BCDA 54, p. 48) et soutient que, « quant à la *fidélité* de l'explication, elle résultera, si elle est réelle, de ce qu'elle conduit à énoncer des solutions qui correspondent à celles de la jurisprudence » (BCDA 54, p. 49). Quand la jurisprudence s'éloigne de la lecture qu'il propose, il résout la difficulté de manière simple, la jurisprudence se trompe et changera : « on a dit que l'on entendait demeurer fidèle au droit positif et, par suite, on n'émettra pas la prétention de tenir

pour négligeable, sous prétexte qu'on est pas d'accord avec elle, une jurisprudence qui s'impose comme un fait. Il est seulement permis de dire que cette jurisprudence ne nous paraît pas parvenue à son terme et que, par suite, l'on doit attendre ses développements avant d'en tirer des conclusions définitives. Or, ces développements sont encore incertains » (BCDA 54, p. 52). La réflexion est partiellement critique. Vedel nuance encore : « il est d'ailleurs chimérique d'espérer une parfaite concordance entre une construction doctrinale et la jurisprudence prise dans sa totalité. Le juge doit résoudre au jour le jour les litiges portés à sa barre » (BCDA 54, p. 53).

Eisenmann s'oppose à une telle démarche, dans des termes qui mériteraient d'être discutées mais qu'il convient de lire en ce sens : la recherche du droit administratif dans le droit positif est, pour lui, une erreur (TBCDA, p. 1388). De plus, il dénonce une vision du droit administratif qui repose exclusivement sur la jurisprudence et sur une vision contentieuse du droit (TBCDA, p. 1419). Pour autant, la démarche de Charles Eisenmann n'est pas totalement convaincante. Tout en refusant en principe le recours à la jurisprudence, il discute des arguments de Vedel reposant sur la jurisprudence et accepte donc, de manière indirecte, que de tels arguments puissent être valablement utilisés. Surtout, le critère alternatif mis en évidence à l'appui de la vérification de la pertinence des analyses doctrinales est discutable. Ainsi, le choix entre les différentes conceptions possibles de l'administration, fonctionnelle ou organique, « doit reposer sur des considérations d'ordre épistémologique » (TBCDA, p. 1388). Cette formule est assez obscure. Sans doute faut-il comprendre que l'organisation d'un savoir impose de disposer d'un objet d'étude, qu'il s'agit de construire, et que donc c'est d'un choix épistémologique que dépend le choix de considérer que l'administration sera envisagée de manière fonctionnelle ou organique. Il n'est toutefois pas certain que cette interprétation soit valable, car Charles Eisenmann entend discréditer l'analyse de Georges Vedel à partir de la manière dont la doctrine envisage le droit administratif. Les considérations épistémologiques semblent limitées à la manière dont la science du droit administratif organise son savoir et, en définitive, toute présentation qui s'éloignerait de la présentation majoritaire ne serait pas pertinente. La thèse de Vedel est ainsi considérée comme ne correspondant « pas du tout à la pratique scientifique d'hier et d'aujourd'hui » (TBCDA, p. 1422). L'appréciation de la pertinence de la proposition de Vedel à l'aune de la discipline du droit administratif est tout à fait significative. Eisenmann considère encore que, « depuis fort longtemps, peut-être depuis sa naissance, la discipline Droit administratif a pour assise, non pas la notion d'administration-activité, mais bien celle d'administration-institution » (TBCDA, p. 1386) ou encore que « la détermination du champ d'étude de la discipline Droit administratif, telle qu'elle se réfléchit et se constate dans son expérience, ne coïncide absolument pas avec la « définition de régime » de l'administration » (TBCDA, p. 1387). L'argument « empirique » des propositions scientifiques déjà émises a de quoi étonner en tant qu'élément de vérification scientifique des propositions d'analyse.

Aussi, sans doute faut-il reconnaître que la démarche de Georges Vedel est plus convaincante : elle permet de proposer une science du droit empirique dont les propositions d'analyse sont susceptibles d'être vérifiées à partir du discours du juge.

Il reste que cette démarche conduit à une aporie. Le discours du juge est à la fois *objet du discours doctrinal* et *instrument de vérification de la validité de celui-ci*. Or, si le discours doctrinal décrit de manière satisfaisante le discours du juge, il est logique qu'il existe une correspondance entre les deux et que l'on puisse vérifier que le premier est bien valide au regard du second et, pour cause, il n'en est que la reproduction. En outre, cette démarche ne saurait conduire qu'à une légitimation du discours du juge et en aucun cas à une démarche critique vis-à-vis de celui-ci. Cette qualité de preuve reconnue au discours du juge lui confère une légitimité indépassable car, à renoncer à cette légitimité, il faudrait également renoncer à la qualité scientifique du discours doctrinal. La parole du juge est doublement légitimée en tant qu'objet d'étude et en tant qu'instrument de vérification de ses propositions doctrinales. L'ambition d'une telle science est de « bien décrire » le « droit positif » et, plus exactement, le discours du juge ; plus la science du droit sera le reflet de ce dernier discours et plus elle sera scientifique. Les limites sont ainsi formalisées : le discours scientifique se contente de répéter le langage objet.

B – Les limites de l'autojustification : la reproduction du langage objet

Enfermée dans cette démarche, la science du droit administratif limite la portée même de ses analyses et l'apport à la connaissance de son objet. Elle ne peut penser que dans le cadre du discours du juge et se contente de le reproduire. Elle ne construit pas un discours distancié, autonome par rapport à son objet d'étude, capable de révéler ce qui est masqué derrière le discours du juge. Cette absence de distance se révèle à plusieurs égards.

La prétention à la scientificité du discours doctrinal à partir d'un empirisme jurisprudentiel apparaît comme un piège. La tentation empiriste conduit à une circularité de la pensée doctrinale. Celle-ci est condamnée à penser *pour*, sans pouvoir penser *contre*. Il ne s'agit que de proposer une pensée *dans le cadre* et non pas *hors du cadre*. Le discours du juge fixe ainsi le cadre à penser et le cadre à l'intérieur duquel il convient de penser. Remettre en cause le cadre conduit à remettre en cause le discours sur le cadre. Tel est précisément le piège de l'empirisme jurisprudentiel. A vouloir vérifier des propositions doctrinales par des éléments supposés tirés de l'expérience, l'on procède à une objectivisation de son objet d'étude, la jurisprudence, entendue comme une donnée objective. Un processus de légitimation se développe alors. Le discours doctrinal est justifié en lui-même par l'existence d'un discours objet, lui-même légitime, et cette chaîne de légitimité fait obstacle à toute réflexion en dehors du cadre. Dans la controverse sur les bases constitutionnelles du droit administratif, la recherche d'un fondement légitime au régime spécial du droit applicable à l'administration interdit à la science du droit administratif de penser la remise en cause même de ce régime spécial. La science du droit est complice du régime spécial et non pas suspicieuse vis-à-vis de celui-ci, ce qui traduit une attitude de connivence et non pas de résistance par rapport aux phénomènes de pouvoir dans lesquels s'inscrit le droit administratif.

Le choix d'un droit spécifique par un juge, qui fixe lui-même le contenu de ce droit spécifique, ne saurait être considéré comme étant neutre et doit même constituer un prisme d'analyse décisif dans la lecture du droit administratif. L'objectivisation de l'objet, impliquée par son usage combiné d'instrument de vérification des propositions scientifiques, exclut toute dimension politique du discours du juge. Celui-ci n'est pas l'expression d'un pouvoir, avec des arrière-pensées qui en découlent, mais l'expression objective de ce que doit être le droit. Le poids et la dimension culturelle décisive de l'administrateur-juge ou du juge-administrateur sont gommés. Le discours du juge n'est pas un discours *du droit* ou *sur le droit*, il est *le droit* et donc en tant que tel, selon une perspective positiviste, il ne saurait être remis en question. L'absence de production d'un discours doctrinal autonome de son objet limite la portée du discours doctrinal.

Plus fondamentalement, cette lecture soulève la question des présupposés théoriques de la science administrative. Il n'existe pas d'ontologie des objets observés. Aucun statut n'est conféré à la jurisprudence : s'agit-il d'une norme ? D'une norme juridique ? D'un discours sur les normes ? La science du droit administratif est supposée avoir pour objet le droit administratif, sans que l'on sache, lorsqu'il est posé par le juge, ni en quoi ni pourquoi il est ou il n'est pas du droit. L'absence de cadre conceptuel général permettant de situer les objets observés rend incertain toute réflexion critique.

Enfin, la reproduction du langage objet contraint encore la doctrine plus qu'elle ne la libère. Pourquoi ne faut-il envisager la notion de service public qu'à partir du discours du juge ? Pourquoi même maintenir cette qualification de « service public » pour désigner ce qui sert au juge administratif à la fois à justifier l'existence d'un droit spécifique et à déterminer l'étendue de sa propre compétence ? Pourquoi ne pas retenir un concept qui permettrait de révéler ce qui se cache derrière cette formulation bienveillante ? Le « droit administratif » n'est-il pas seulement un discours sur le droit qui permet au juge administratif de déterminer librement sa propre sphère de compétence et de poser, avec tout autant de liberté, un droit spécifique applicable aux activités qu'il a choisi d'intégrer dans son domaine de compétence ? A moins que « la première raison d'être du droit administratif » ne doit être recherchée « dans l'acquisition d'une position constitutionnelle de la part de la bureaucratie et dans la reconnaissance du pouvoir administratif, comme pouvoir autonome par rapport au pouvoir exécutif » (S. Cassase, *art. précit.*). Derrière le discours justificatif du juge, il n'est point de citoyen ou d'administré, mais seulement l'Etat. Ordre public, service public, intérêt général, il n'est question que de l'Etat. Dans les manuels de droit administratif, faut-il rappeler que l'étude de ce qu'il est appelé « libertés publiques » se fait sous l'angle de... la police administrative : dans la doctrine au moins, la mesure de police est le principe, la liberté l'exception.

La querelle entre Georges Vedel et Charles Eisenmann raisonne encore aujourd'hui dans le paysage doctrinal contemporain. La question du « critère administratif » n'est toujours pas véritablement résolue (voir, de manière classique, pour une discussion sur l'existence même d'un tel critère : J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, p. 290), s'il est

possible qu'elle le soit, à moins que la doctrine n'ait aujourd'hui abandonnée cette réflexion ; elle n'en demeure pas moins toujours une question importante. Celle de la méthode de la science du droit n'est incontestablement pas centrale, aujourd'hui encore. La querelle sur les bases constitutionnelles du droit administratif nous rappelle pourtant que les grands maîtres du droit administratif étaient sensibles aux questions épistémologiques et qu'ils pouvaient développer une pensée susceptible de susciter la controverse. Faut-il regretter le temps des grands maîtres ?

Bibliographie

- G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n° 8, pp. 21-53.
- C. Eisenmann, « La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » », *RDP*, 1972, pp. 1345-1441.
- Vedel (G.), avec la collaboration de P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, Thémis, 1980, 7^{ème} édition, spécial. pp. 19-38.
- Vedel (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica-PUAM, 1986, pp. 133-145.
- Bigot (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA*, 2003, p. 218.
- Breen (E.), « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA*, 2002, p. 232.
- Delvolvé (P.), « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », *RFDA*, 2002, p. 222.
- Delvolvé (P.), « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA*, 2014, p. 1211.
- Goyard (C.), « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann (à propos de l'article de E. Breen) », *RFDA*, 2002, p. 887.
- Israel (J.-J.), « Hommage. Le Doyen Vedel », *Les Petites affiches*, 17 juin 2002, n° 120, p. 3.