



HAL
open science

Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel. CU-RAPP. Le droit administratif en mutation, Presses universitaires de France, pp. 11-40, 1993. hal-01763594

HAL Id: hal-01763594

<https://hal.science/hal-01763594>

Submitted on 11 Apr 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.

LE DROIT ADMINISTRATIF ENTRE SCIENCE ADMINISTRATIVE ET DROIT CONSTITUTIONNEL

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Directeur du C.U.R.A.P.P.

in *Le droit administratif en mutation*, PUF 1993, pp. 11-40.

Traiter des mutations du droit administratif n'est simple qu'en apparence ; encore faut-il savoir ce qu'on entend par "droit administratif". En tant que *branche du droit*, le droit administratif se présente comme un corps de règles dotées d'une spécificité au moins relative au sein de l'ordre juridique : selon que cette spécificité sera rapportée, soit à l'objet auquel elles s'appliquent (l'administration), soit à leur contenu intrinsèque (contenu exorbitant du droit commun), on sera confronté à une définition large ou étroite ; et le diagnostic qu'on sera amené à porter sur l'évolution en cours sera dans les deux cas fort différent. Mais le droit administratif peut aussi être envisagé, d'un point de vue sociologique, comme un *champ de production juridique spécialisé*, caractérisé par une certaine cohésion et disposant d'une autonomie au moins relative : l'existence d'un droit administratif est indissociable de la création d'un juge spécial, le juge administratif, qui a contribué à forger des règles particulières ; et l'intervention de professionnels chargés de l'interprétation et de la diffusion des solutions jurisprudentielles a contribué à transformer le droit administratif en une oeuvre systématique et cohérente. Dans cette seconde perspective, l'analyse des mutations du droit administratif consiste à s'interroger sur le déplacement des positions des professionnels de ce champ dans la hiérarchie des producteurs de savoirs juridiques. Ces deux facettes du problème sont en fait indissolublement liées, si l'on admet que l'autonomisation d'une branche du droit n'est jamais l'expression d'une nécessité objective et d'une logique purement interne au droit : produit d'un certain état des pratiques et des représentations sociales qu'elle concourt à objectiver ¹, en la traduisant dans le langage du droit, elle est aussi le reflet des stratégies corporatives déployées par les professionnels concernés pour asseoir leur autorité dans le champ juridique et social ; les équilibres réalisés étant par essence instables et variant en fonction de multiples paramètres, on assistera à la réévaluation incessante des découpages disciplinaires et des positions respectives occupées par les spécialistes des différentes branches du droit.

La place du "droit administratif", entendu ainsi à la fois comme *corps de règles* et *corps de professionnels*, dépend d'une double détermination : d'une part, il subit, en tant que savoir juridique, la concurrence d'autres savoirs relatifs à l'administration ; d'autre part, il est amené, en tant que savoir juridique spécialisé, à se situer par rapport aux autres branches du droit. C'est dans/par la *relation duale* entretenue avec, d'un côté la science administrative, de l'autre le droit constitutionnel, que le droit administratif acquiert sa véritable dimension. Dans l'histoire du droit administratif ces aspects sont en fait indissociables : l'imposition progressive de la grille de lecture juridique pour expliquer le phénomène administratif a coïncidé en effet avec une suprématie conquise au sein du droit public ; l'"âge d'or" du droit administratif est marqué par sa reconnaissance à la fois comme *savoir total, voire exclusif*, sur l'administration et comme *noyau central, voire*

¹Voir la démonstration faite par H. Kelsen du "caractère idéologique de la distinction droit privé-droit public" (*Théorie pure du droit*, 1934, 2ème éd., Dalloz 1962, pp. 372 ss.

fondateur, du droit public (I). L'évolution récente se caractériserait par un mouvement de reflux sur ces deux plans : tandis que la capacité explicative et l'efficacité pragmatique du droit administratif sont fortement remises en cause, l'essor spectaculaire du droit constitutionnel semble le ramener à une position plus modeste, voire subordonnée, au sein de l'ordre juridique ; disqualifié comme savoir technique, indispensable au bon fonctionnement administratif, le droit administratif se trouve au même moment, par une coïncidence troublante, supplanté dans la hiérarchie des savoirs juridiques (II).

Si cette analyse comporte une part de vérité, elle mérite cependant d'être fortement nuancée : tandis que la vision de l'"âge d'or" du droit administratif est largement factice et tend à prendre au pied de la lettre les discours auto-justificateurs des intéressés, la thèse d'un droit administratif en crise, et menacé d'implosion, apparaît illusoire : non seulement le droit apparaît pour l'administration plus que jamais comme une contrainte incontournable, à l'heure où le discours de l'Etat de droit insiste sur les vertus de la médiation juridique, mais encore la constitutionnalisation progressive du droit administratif, loin de signifier la mort de celui-ci, lui confère sans doute des points d'appui plus solides. A cet égard, la victoire du "droit constitutionnel", décrite par certains thuriféraires du Conseil constitutionnel, apparaît plutôt comme une victoire à la Pyrrhus, dans la mesure où elle est assortie d'une dérive des significations originaires.

I. L'HEGEMONIE DU DROIT ADMINISTRATIF

L'idée selon laquelle le droit administratif a été jusqu'à une période récente la discipline-reine, autour de laquelle gravitaient tous les savoirs administratifs et se trouvait polarisé le droit public entier, est devenue un véritable lieu commun. Les explications de cette suprématie sont nombreuses : le prestige d'un Conseil d'Etat ayant résisté à toutes les secousses et construisant de toutes pièces un droit spécifique ; la continuité administrative s'opposant à la discontinuité constitutionnelle ; l'accent mis sur les garanties juridiques et l'exigence de limitation de l'Etat par le droit ; mais aussi l'enracinement profond d'un droit apparu sous la Monarchie absolue, qui elle-même n'avait fait que laïciser certaines techniques administratives de l'Eglise. Cette thèse doit être cependant assortie de certaines nuances et correctifs : l'hégémonie du droit administratif, entretenue par la faiblesse constitutive du droit constitutionnel qui lui permet d'apparaître comme le noyau dur du droit public, ne s'établit réellement qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, lorsque la conjugaison d'une jurisprudence audacieuse et de travaux doctrinaux d'envergure lui confère ses lettres de noblesse ; jusqu'alors la juridiction administrative avait été l'objet d'une contestation permanente², au point que son existence était apparue à plusieurs reprises menacée, et les controverses renaissent encore périodiquement au cours du XX^{ème} siècle³. Par ailleurs, cette hégémonie, lentement conquise (A) comporte des zones de fragilité (B).

A) Affirmation

L'hégémonie du droit administratif résulte de la consolidation progressive, tout au long du XIX^{ème} siècle, d'un champ que l'héritage impérial rendait pourtant vulnérable : le renforcement de l'indépendance du juge administratif et les progrès de la jurisprudence allaient se conjuguer avec un travail de systématisation doctrinal, débouchant sur la

² D. Lochak, "Quelle légitimité pour le juge administratif ?", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 141.

³ M. Gentot, *Ibid*, p. 153 et J. Caillosse, "Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème à la lumière du changement", *AJDA* 1982, p. 361.

constitution d'une véritable *discipline* ; doté d'une solide armature jurisprudentielle et conceptuelle, le droit administratif pouvait prétendre ramener à lui une science administrative qui avait manifesté quelques velléités d'émancipation et apparaître comme l'élément stable du droit public.

1) *La monopolisation des savoirs administratifs*

a) En dépit de ses racines historiques et de l'appui qu'il trouvait dans l'existence d'une juridiction administrative, la position du droit administratif est restée précaire jusqu'aux années 1870 : non seulement le droit administratif éprouve alors bien des difficultés à franchir les étapes lui permettant d'accéder au statut de "droit" à part entière, en confortant sa "juridicité", mais encore il se trouve concurrencé par d'autres savoirs sur l'administration ; le droit administratif n'apparaît que comme un élément d'une science administrative plus vaste que le dépasse et l'englobe.

Ces difficultés d'implantation du droit administratif dans l'univers juridique sont attestées par un ensemble de signes. D'abord, la persistance des attaques contre le juge administratif, dont l'indépendance par rapport au pouvoir est suspectée et qui n'est pas considéré, notamment par les libéraux, comme un véritable juge : très vives sous la Restauration, ces attaques reprendront de plus belle à la fin du Second Empire, au nom de la lutte contre l'"étatisme" ; mais au milieu des années 1890 encore, des propositions visant à la suppression de la juridiction administrative seront présentées⁴. Ensuite, les vicissitudes de l'enseignement du droit administratif dans les facultés de droit : la chaire de droit administratif créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 21 mars 1819 au profit de Gérando sera supprimée pour raisons politiques le 6 septembre 1822, avant d'être rétablie en 1828 par le gouvernement libéral au profit du même Gérando (suppléant : Mararel) ; des chaires seront ensuite créées à Caen, Toulouse etc... mais le mouvement ne s'achèvera qu'au cours des années 1840 et la place de l'enseignement dans le cursus universitaire sera fluctuante. La conception qui a présidé à la création des écoles de droit en 1804, écoles destinées à préparer aux professions judiciaires et dont l'enseignement sera centré sur l'étude du code civil, reste dominante : l'enseignement dispensé dans les facultés de droit est tourné essentiellement vers le droit privé ; et le droit administratif reste considéré comme une discipline marginale, dont la juridicité est sujette à caution. Enfin, le travail de systématisation de la nouvelle discipline ne s'effectuera que très progressivement : les premiers ouvrages à destination des étudiants, et notamment celui de Gérando, restent conçus sur le mode de la compilation puis de la divulgation de la jurisprudence⁵ ; ce n'est qu'à partir des années 1860 qu'une organisation plus rationnelle de la matière est esquissée, la notion d'"administration publique" devenant alors la "notion fondatrice" permettant de tracer les contours de la discipline et d'ordonner les développements⁶.

Parallèlement, et même si la majorité des ouvrages qui traitent de l'administration abordent celle-ci sous l'angle du droit, l'analyse dépasse le seul plan de l'étude des textes et de la jurisprudence, pour s'intéresser à l'organisation et au fonctionnement de

⁴ Voir F. Burdeau, "Les crises du principe de dualité de juridictions", *RFDA* 1990, n° 5, pp. 724 ss.

⁵ Macarel a été dès 1818 le premier véritable analyste de l'oeuvre jurisprudentielle du Conseil d'Etat ; le recueil des arrêts du Conseil d'Etat est fondé en 1821.

⁶ G. Guglielmi, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ 1991, pp. 287 ss.

l'administration publique⁷. Le droit administratif se trouve alors inséré dans une perspective large : ce n'est qu'un élément parmi d'autres⁸ d'une "science administrative", dont l'ambition est vaste⁹ ; dans la voie tracée au début du siècle par C.J. Bonnin, il s'agit en effet de remonter aux "principes" qui sous-tendent l'action administrative. Le droit administratif apparaît comme un élément constitutif d'une science administrative, science "sociale" au sens fort du terme et "totale", puisqu'elle entend maîtriser l'ensemble des données sociales de l'action administrative, à l'aide des instruments d'investigation les plus divers, et notamment des statistiques ; et c'est cette science administrative-là qu'on cherche à enseigner aux futurs fonctionnaires¹⁰.

b) A partir des années soixante-dix, l'optique change. D'une part, le droit administratif a conforté ses assises : le renforcement, pratique mais aussi symbolique - par l'octroi de la justice déléguée en 1872 -, de l'indépendance du Conseil d'Etat¹¹ comme le développement du contrôle juridictionnel, notamment par le biais du recours pour excès de pouvoir, ont diminué les préventions contre la justice administrative ; l'enseignement du droit administratif se développe, en profitant du mouvement d'ouverture et de diversification progressive des études juridiques¹² ; enfin, la parution du *Traité de la juridiction et des recours contentieux* d'E. Laferrière¹³, succédant aux premiers grands traités des années 1860 (Dufour, Serrigny, Dareste, Ducrocq, Batbie...), marque le point de départ d'une véritable science du droit administratif, transformé en une construction logique, cohérente, ordonnée. Dans la voie ouverte par Laferrière, sont publiés une série de "manuels"¹⁴ qui modifient la didactique de la discipline, en fixant le cadre conceptuel qui est désormais le sien¹⁵ : le droit administratif apparaît alors comme une branche du droit à part entière, répondant pleinement aux critères de la juridicité.

Corrélativement, la science administrative tend à être reléguée au rang des accessoires inutiles. Les tentatives de constitution d'une science administrative dépassant le seul point de vue juridique et capable d'intégrer l'ensemble des savoirs utiles aux administrateurs

⁷ F. Burdeau, "Les tribulations de la science administrative en France. Essai d'explication", *Mélanges Langrod*, Editions d'organisation 1980, pp. 11 ss.

⁸ F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du XVIIIème au XXème siècles*, Montchrestien 1989, pp. 299 ss.

⁹ Comme le dit Macarel, "La science administrative a pour but de rechercher à la source même des besoins, les règles de la vie pratique des nations, les principes généraux qui doivent les régir". De même pour Vivien, "la science administrative a pour point de départ la société tout entière ; elle recherche et proclame les règles qui peuvent en assurer le bien-être et la prospérité".

¹⁰ Voir le projet Salvandy de création de facultés de sciences politiques et administratives en 1845 -projet auquel s'opposeront les facultés de droit-, puis l'expérience très brève de l'école d'administration en 1848.

¹¹ J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ 1970.

¹² Les décrets du 28 décembre 1880 et du 24 juillet 1884 augmentent l'importance du droit public et de l'économie politique, dont l'enseignement a été rendu obligatoire en 1877 (Voir J. Gatti-Montain, in *L'administration dans son droit*, Publisud 1985, pp. 121 ss et *Le système d'enseignement du droit en France*, PUL 1987.

¹³ Voir P. Gonod, *Edouard Laferrière : un juriste au service de la République*, Thèse Paris 1, janvier 1992 (multig.).

¹⁴ Le premier est le *Précis de droit administratif* de M. Hauriou de 1892.

¹⁵ Voir P. Lavigne, "Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922", *Annales d'Histoire des facultés de droit*, 1985, n° 2, pp. 125 ss.

échoue : les gouvernants y étaient hostiles ; les libéraux la considéraient comme une séquelle de l'ancienne "science de la police", dont les premiers auteurs, et notamment Gérando, restaient fort imprégnés, et comme un vecteur d'étatisme¹⁶ ; quant aux facultés de droit, déjà soupçonneuses vis-à-vis du droit administratif, elle resteront résolument hostiles à l'introduction d'une perspective autre que juridique dans leurs enseignements. On sait qu'elles ne parviendront pas à prendre suffisamment à temps le tournant des sciences sociales : la sociologie leur échappera, en passant du côté des facultés des lettres ; et les sciences administratives et politiques seront enseignées en dehors de leur enceinte et de l'Université¹⁷, au sein de l'école libre des sciences politiques créée par E. Boutmy en 1871¹⁸. Le seul savoir légitime sur l'administration est désormais d'ordre juridique, et plus précisément contentieux : les quelques auteurs qui, comme Firmin Laferrière ou Léon Aucoc préconisent la persistance d'un point de vue large se retrouvent isolés ; la production scientifique se concentre sur l'étude approfondie de la jurisprudence. La science administrative se ramène au droit administratif avec lequel elle se confond et dans lequel elle s'épuise : comme la science administrative, la science du contentieux est conçue comme une "science de l'action", destinée à guider les administrateurs ; le seul changement, c'est que cette action est dorénavant exclusivement commandée par l'impératif juridique et que c'est le Conseil d'Etat qui est appelé à définir collectivement, par ses arrêts, les préceptes à suivre. "De l'administration, on veut voir désormais uniquement ou presque l'image qu'en reflètent les arrêts du Conseil d'Etat"¹⁹. Prenant place parmi les savoirs juridiques légitimes, le droit administratif tire parti de cette reconnaissance pour établir son monopole sur les savoirs administratifs, en refoulant et en invalidant les points de vue concurrents, auxquels l'essor des sciences sociales pouvait pourtant conférer une nouvelle autorité.

Cette montée en puissance du droit administratif lui donne une position centrale au sein du droit public.

2) *La structuration du droit public*

a) La construction du droit administratif s'est faite de manière autonome, par le jeu d'une dynamique propre. Néanmoins, le problème des rapports avec le "droit public" s'est immédiatement posé, notamment sur le plan didactique : c'est un enseignement de "droit public général" et de "droit civil dans ses rapports avec l'administration publique" qui est introduit par la loi du 22 ventôse an XII ; et la chaire qui est créée au profit de Gérando à la faculté de droit de Paris en 1819 est une chaire de "droit public positif et de droit administratif français". Le droit administratif est ainsi mis en relation avec le droit public, mais sans que les termes de cette relation soient clairement posés²⁰ : pour les uns, comme

¹⁶ La critique acerbe que M. Hauriou fait de C.J. Bonnin (in "Droit administratif", *Répertoire Béquet* 1897) est symptomatique : pour Hauriou, Bonnin était "de l'espèce redoutable des idéologues qui réduisent tout en idées abstraites et mettent ces idées au service de la force pure" ; dans cette perspective, "le droit n'existe pas, il n'y a que la loi, elle-même oeuvre d'un gouvernement autoritaire".

¹⁷ Leur opposition avait eu raison des différentes velléités de création de "facultés de sciences politiques et administratives"

¹⁸ Voir P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Fayard, Coll. L'Espace du politique, 1989, pp. 67 ss.

¹⁹ F. Burdeau, *Mélanges Langrod* préc.

²⁰ Voir sur ce point G. Guglielmi, *op. cit.* pp. 326 ss.

Gérando, il y a identité pure et simple entre les deux²¹, ou plus exactement le droit administratif donne corps, matérialité au droit public ; pour les autres, le droit administratif fait partie du droit public, soit qu'il en constitue un étage inférieur²², soit qu'il en soit la partie principale. En fait, le droit public est défini de manière vague, comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports de l'homme et de la société²³, et la distinction avec le droit administratif est, dès lors, difficile à conceptualiser : le droit administratif apparaît en fait comme l'"archétype du droit public"²⁴ ; régissant les rapports entre les individus et l'Etat, il tend à ramener à lui tout le droit public.

b) L'autonomisation progressive du droit constitutionnel posera un problème nouveau ; cependant, la domination du droit administratif n'en sera pas véritablement entamée : détenant le privilège de l'antériorité, assuré d'une stabilité dont ne disposera pas son concurrent, doté d'une juridiction permettant d'asseoir sa prétention à la juridicité, et surtout jugé moins inquiétant pour le pouvoir, le droit administratif n'a pas trop à craindre du droit constitutionnel. Les vicissitudes de l'enseignement sont sur ce point révélatrices. Créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 22 août 1834, la chaire de "droit constitutionnel français", qui fait suite aux premiers enseignements donnés sous forme de cours publics par J.L. Ortolan en 1831, est confiée à un ami politique de Guizot, italien d'origine et ne disposant pas du grade de docteur en droit Pellegrino Rossi²⁵ : le contenu du programme est soigneusement défini et limité à "l'exposition de la Charte et des garanties individuelles comme des institutions politiques qu'elle consacre" ; les réactions n'en sont pas moins très vives au sein de la faculté de droit de Paris²⁶ et l'enseignement sera immédiatement suspendu compte tenu des manifestations de xénophobie. Le cours sera assuré par Rossi jusqu'en 1845, puis par son suppléant : l'enseignement disparaîtra en 1852 et ne sera rétabli qu'après 1877. Le statut du droit constitutionnel reste donc très précaire tout au long du XIXème siècle et le droit administratif peut dès lors s'imposer, au détriment d'un "droit politique" dont la juridicité est fortement contestée.

Etant ainsi parvenu à s'affirmer aussi bien au détriment de la science administrative que du droit constitutionnel, le droit administratif va établir son hégémonie pour de longues années.

B) Suprématie

²¹ "C'est dans le droit administratif que le droit public respire, s'applique, se montre ou doit se monter visible aux regards".

²² Pour Serrigny (*Traité de droit public français*, 1846, p. 95), "le droit administratif est placé dans les bas degrés du droit public : celui-ci pose les principes, et l'autre embrasse les règles qui regardent l'exécution et les conséquences".

²³ Pour Aucoc, le droit public "transforme les règles d'organisation de la société, contient les garanties établies pour assurer la libre jouissance des facultés de chaque citoyen et les sacrifices imposés à chaque citoyen en vue de la collection des intérêts privés qui forment l'intérêt public".

²⁴ G. Guglielmi, *op. cit.* p. 332.

²⁵ Voir R.E. Charlier, "Evolution et situation présente de la notion de droit constitutionnel", in *Mélanges J.J. Chevallier*, Cujas, 1977, pp. 31 ss et P. Lavigne, "Le Comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845)", *Ibid.* pp. 173 ss.

²⁶ Le mémoire présenté par cinq professeurs de la faculté au Conseil d'Etat à l'appui de la demande d'annulation de l'installation de Rossi parle du danger qu'il y aurait à introduire au sein des écoles de droit "toutes les agitations de la politique, agitations inséparables aujourd'hui de toute discussion et par conséquent de toute enseignement sur le droit constitutionnel"...

La suprématie du droit administratif dans le champ des savoirs relatifs à l'Etat ne sera pas véritablement contestée jusqu'aux années soixante, en dépit de multiples éléments de perturbations : l'avènement de l'Etat providence et la diversification du droit applicable à ses différents éléments constitutifs ; la consolidation du droit constitutionnel à travers la production de vastes synthèses théoriques ; les retombées des secousses constitutionnelles qui modifient la place du droit administratif ; la renaissance après la seconde guerre mondiale d'une science politique qui se prétend porteuse d'un savoir nouveau sur l'Etat. Solidement arrimée à la jurisprudence du Conseil d'Etat, encensé par des cohortes de thuriféraires, le droit administratif paraît être, non seulement un des éléments fondateurs de la conception française de l'Etat, mais encore un modèle à suivre pour les pays étrangers.

1) La prééminence du point de vue juridique

a) La prétention du droit administratif à devenir le seul savoir utile à la pratique administrative sera étayée par la construction, d'abord en Allemagne à la fin du XIXème siècle, puis en France au début du XXème de la théorie de "l'Etat de droit"²⁷. A la différence de "l'Etat de police", l'Etat de droit désigne pour la doctrine juridique un Etat dont la puissance est soumise au droit : ses divers organes ne sauraient agir qu'en vertu d'une habilitation juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une "compétence", instituée et encadrée par le droit. Par "Etat de droit", il faut entendre, selon Carré de Malberg²⁸, un "Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques".

La théorie de l'Etat de droit postule en tout premier lieu l'absolue soumission de l'administration à la loi, l'idée que l'administration, non seulement doit s'abstenir d'agir *contra legem*, mais encore qu'elle est tenue de n'agir que *secundum legem*, c'est à-dire en vertu d'une habilitation légale ; il débouche sur le "principe de légalité". Alors que l'Etat de police est "celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose"²⁹, l'Etat de droit signifie que l'administration ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur : elle est soumise à un ensemble de règles, extérieures et supérieures, qui s'imposent à elle de manière contraignante et constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son pouvoir. Ces règles circonscrivent le champ dans lequel elle est autorisée à se mouvoir : elles fixent les buts à atteindre et les moyens de les atteindre ; les actes administratifs ne seront valides qu'à condition de suivre leurs prescriptions et, à défaut, seront retirés de l'ordonnement juridique par l'intervention d'un juge. Alors que "l'Etat de police" appelait une "science de la police", visant à améliorer l'*efficacité* de l'appareil administratif, "l'Etat de droit" n'appelle plus qu'une "science du droit", destinée à assurer la parfaite *régularité* de l'action menée.

²⁷ J. Chevallier, "L'Etat de droit", *RDP* 1988, n° 2, pp. 313 ss et *L'Etat de droit*, Montchrestien, Coll. Clefs, 1992.

²⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1920, Réed. CNRS 1962, Tome 1, p. 490.

²⁹ R. Carré de Malberg, *Ibid.* p. 488.

On mesure dès lors l'incalculable appui théorique que le droit administratif peut trouver dans la théorie de l'Etat de droit, qui apparaît comme un véritable *paradigme* indispensable à la cristallisation du champ scientifique du droit administratif : la référence à l'Etat de droit permet d'asseoir la position des publicistes par rapport aux privatistes, jusqu'alors persuadés de détenir les clefs du seul vrai droit, en témoignant de la juridicité du droit public ; elle permet aussi de fonder l'autonomie du droit administratif par rapport aux sciences sociales naissantes³⁰ en propulsant le droit au centre des sciences de l'Etat. La théorie de l'Etat de droit contribuera en pratique à l'expansion du droit administratif et au rayonnement du juge administratif³¹. D'une part, elle sert de support à un droit administratif en plein essor : favorisant l'élargissement du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir dont la nature contentieuse et le caractère objectif sont désormais indiscutés, elle justifie aussi le développement de la responsabilité d'une administration tenue de répondre de ses actes ; plus profondément, elle entraîne une véritable *refondation* d'un droit administratif conçu, non plus comme un privilège pour l'administration, mais comme un moyen de renforcer les garanties offertes aux administrés. Aussi le critère de la "puissance" sera-t-il très logiquement relayé par celui du "service", qui traduit mieux la volonté d'assujettissement de l'administration au droit³². D'autre part, elle assure la promotion du juge administratif figure emblématique de la Raison juridique. C'est sur le juge qu'on compte pour protéger à la fois "l'administré contre les abus de pouvoir et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées"³³ : à la différence des parlementaires, peu qualifiés et exposés aux pressions de toutes sortes, le juge est censé disposer de la compétence et de l'indépendance requises ; la théorie de l'Etat de droit légitime ainsi la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, et notamment dans l'immédiat de celui du juge administratif. Mais l'Etat de droit va au-delà, en investissant les juristes en général d'une mission essentielle dans la vie sociale : il leur revient en effet d'éclairer et de guider des gouvernants privés de la hauteur de vues nécessaire ; l'Etat de droit repose ainsi sur l'utopie d'un "gouvernement des sages", dans lequel les juristes auraient une place de choix en raison de leurs compétences propres. La promotion de l'Etat de droit légitime "la revendication par les publicistes-administrativistes d'une compétence proprement juridique, articulée à un modèle de juridicité jurisprudentielle"³⁴.

b) Ainsi fondé sur des assises solides, le droit administratif parviendra aisément pendant la première moitié du XX^e siècle à établir sa suprématie sur les savoirs autres que juridiques. Il convient sans doute d'éviter sur ce plan tout schématisme. La préoccupation qui avait été celle des premiers théoriciens de la science administrative au XIX^e siècle ne disparaît pas complètement. D'abord, la création de l'école libre des sciences politiques assure la persistance d'un point de vue sur l'administration autre que juridique : répondant à un besoin spécifique, l'école parvient à monopoliser un type d'enseignement que les facultés de droit n'assuraient pas³⁵ ; et la domination qu'elle établit sur le recrutement des hauts fonctionnaires montre bien qu'il ne suffit pas seulement pour

³⁰ J. Chevallier, "Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 254.

³¹ M.J. Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Economica 1992.

³² J. Chevallier, "Les fondements idéologiques du droit administratif français", in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF 1979.

³³ M.J. Redor, *op. cit.*

³⁴ B. François, "Justice constitutionnelle et démocratie constitutionnelle", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 58.

³⁵ P. Favre, *op. cit.*

eux d'être de bons juristes³⁶. Ensuite, une réflexion sur les problèmes d'organisation interne et de gestion des services, largement ouverte aux acquis du *Business management*, se développe en marge de l'Université : illustrée par les noms de Chardon et surtout de Fayol, elle préfigure la renaissance de la science administrative. Enfin, dans les facultés de droit elles-mêmes, la prééminence du droit administratif n'exclut pas un intérêt plus large pour les sciences administratives et politiques, dont témoigne les travaux de Larnaude mais aussi de Duguit et d'Hauriou : certes, cet intérêt traduit souvent une volonté d'annexion au droit de la science politique naissante³⁷ ; cependant, l'interrogation sur les fondements sociologiques de l'action administrative est bien présente dans ces travaux et l'introduction progressive d'enseignements relevant des sciences sociales, notamment à la faveur de la réforme des études de droit de 1954, montre bien une prise de conscience des limites de la dogmatique juridique, renforcée par le développement de la science politique après la seconde guerre mondiale. Le monopole du savoir juridique dans le champ des études administratives est donc loin d'être total : le droit administratif coexiste avec d'autres disciplines ; néanmoins, celles-ci restent marginales et périphériques par rapport à un droit ancré dans ses certitudes, doté d'un grand prestige et assuré par sa forte structuration d'une place de choix au coeur du droit public.

2) *Le droit administratif comme seul vrai droit*

a) La prééminence du droit administratif au sein du droit public s'explique par un ensemble de caractéristiques intrinsèques, mais qui elles-mêmes renvoient à la configuration particulière du champ social qui garantit sa production et sa reproduction. La cohérence, à la fois synchronique et diachronique, du droit administratif n'est pas en effet le produit d'une génération spontanée : elle résulte de l'intervention d'agents actifs de systématisation, gardiens de la continuité de la permanence des significations, qui travaillent à résorber les dissonances et à assurer le maintien de l'harmonie d'ensemble³⁸.

Le droit administratif a été marqué dès l'origine par son caractère jurisprudentiel : en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels il a été construit ; ce *mode de production jurisprudentiel* a contribué à établir la juridicité d'un droit dont les règles étaient apparemment, non seulement indépendantes des fluctuations politiques, mais encore épurées de toute dimension politique. Plus encore que d'autres droits, le droit administratif apparaît comme "un univers social autonome, capable de produire et de reproduire, par la logique de son fonctionnement spécifique, un corpus juridique relativement indépendant de contraintes externes"³⁹. Cette dimension jurisprudentielle lui donnera une coloration singulière. D'abord, elle tendra à accuser l'*autonomie* du champ du droit administratif : une coupure

³⁶ On voit ainsi s'esquisser deux circuits durables de recrutement des fonctionnaires : l'école libre, qui prépare à la haute fonction publique, à partir d'une formation non exclusivement juridique ; les facultés de droit, qui préparent aux emplois administratifs moyens, en privilégiant l'acquisition de connaissances juridiques - prééminence du droit qui répond à des considérations instrumentales mais aussi symboliques (P.E. Verrier, "Les statuts de la fonction publique : les juristes et leurs prédateurs dans le système administratif", *PMP* 1985, n° 3, pp. 1 ss).

³⁷ Pour Duguit, "cette prétendue science politique n'est autre chose que le droit constitutionnel, c'est-à-dire une branche de la science générale du droit".

³⁸ Voir sur cet aspect, J. Chevallier, "Changement politique et droit administratif", in *Les usages sociaux du droit*, 1989, pp. 293 ss.

³⁹ P. Bourdieu, "La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique", *ARSS* n° 64, septembre 1986, p. 3.

tranchée s'établira entre "profanes" et "professionnels" de ce droit ; s'arrogeant le monopole du savoir juridique, les professionnels vont s'attacher à le renforcer en permanence par l'ésotérisme du langage, la subtilité des concepts, la complexité des procédures, l'hermétisme des rituels, en rendant le droit administratif inaccessible aux non-initiés. La production jurisprudentielle du droit administratif s'est ainsi accompagnée d'une "rhétorique de la compétence et d'un ethos distingué qui tendent à mettre à distance les profanes"⁴⁰ : le spécialiste du droit administratif doit savoir manier avec une particulière dextérité l'art jurisprudentiel ; et cette figure de l'"excellence professionnelle" creuse une distance infranchissable avec le monde des profanes.

Ensuite, elle entraînera une *structuration* spécifique du champ du droit administratif. Le juge occupe une position centrale dans ce champ, en apparaissant comme un véritable *auctor* : les "grands arrêts" du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits sont devenus progressivement, aux yeux des juristes, la source essentielle, sinon exclusive, du droit administratif, en tenant "lieu à la fois de décisions de jurisprudence et d'articles de code"⁴¹ ; la doctrine a été vouée à se mettre "à l'écoute du juge"⁴², en adoptant à son égard une attitude référentielle et révérentielle. Cette prééminence a d'ailleurs favorisé la confusion des rôles, en donnant aux membres du Conseil d'Etat un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale : les premiers grands traités de droit administratif à la fin du XIX^{ème} siècle ont été, on l'a vu, l'oeuvre de praticiens ; et cette tradition a subsisté au XX^{ème} siècle, les chroniqueurs attitrés des revues de droit administratif appartenant souvent au Conseil d'Etat. En droit administratif "l'opposition entre une casuistique des situations concrètes et un droit pur (ou savant) ne peut s'appuyer sur des frontières disciplinaires strictement délimitées"⁴³ ; et le juge n'a jamais hésité à endosser le rôle doctrinal. Cela ne signifie pas pour autant que la doctrine soit dépourvue d'importance : l'origine jurisprudentielle du droit administratif l'exposait en effet à une contestation possible de sa légitimité ; aussi la doctrine a-t-elle joué un rôle essentiel dans la consolidation de ce droit, en se livrant à un travail de systématisation permettant d'effacer "l'empirisme de l'apparition de la règle jurisprudentielle et l'arbitraire de son autorité"⁴⁴ et en donnant une place majeure au contentieux dans la didactique de la discipline.

Enfin, elle contribuera à assurer la *continuité* du droit administratif. Garantie par son mode de production, cette continuité investit le droit administratif d'un prestige particulier au sein de l'ordre juridique, en le faisant apparaître comme un droit "méta-politique", placé en dehors et au-dessus de la volonté capricieuse des gouvernants. Cette continuité est illustrée par le phénomène de résistance au changement : face à la dynamique de changement provenant du champ politique et passant par la production de règles nouvelles, les professionnels du droit mobilisent les ressources juridiques dont ils disposent pour éviter des bouleversements trop brutaux et assurer la continuité des significations juridiques ; ces stratégies passent notamment par un travail patient et subtil d'interprétation destiné, on le verra après 1958, à désamorcer la portée de certaines innovations politiques. La construction de la théorie des "principes généraux du droit" a été ainsi le moyen pour le Conseil d'Etat d'assurer la préservation des principes traditionnels du droit public au-delà des vicissitudes politiques. Plus généralement, la continuité du droit administratif se

⁴⁰ B. François, "Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité", in *Droit et politique*, PUF 1993, p. 211.

⁴¹ F. Gazier, "Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence", *EDCE* 1956, p. 156.

⁴² J. Rivero, "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *Dalloz* 1951, I, pp. 97 ss.

⁴³ B. François, in *Droit et politique*, *op. cit.* p. 204.

⁴⁴ B. François, *Ibid.* p. 211.

manifeste par la stabilité de son cadre conceptuel⁴⁵ : forgées de manière progressive, par le chœur à deux voix de la jurisprudence et de la doctrine, les grandes notions sur lesquelles il repose se sont amalgamées les unes aux autres, en formant un tissu conceptuel remarquablement cohérent et homogène ; et ce tissu a résisté aux transformations pourtant très profondes qui ont affecté la place de l'administration dans la société.

Tous ces traits expliquent que la suprématie du droit administratif sur le droit constitutionnel n'ait pas été réellement contestée.

b) Si le droit constitutionnel a fini par s'imposer dans les enseignements des facultés de droit et si la doctrine constitutionnelle a connu un spectaculaire développement⁴⁶ au début du XX^{ème} siècle, autour des "quatre mousquetaires" - Esmein, Duguit, Hauriou, Carré de Malberg -, cela ne signifie pas pour autant qu'il soit parvenu à entamer la suprématie du droit administratif. A cela, deux raisons essentielles.

D'une part, l'absence d'un juge constitutionnel capable d'assurer le respect effectif de la Constitution, notamment par le législateur. Certes, l'institution d'un tel contrôle est au cœur de la construction de la théorie de l'Etat de droit, véritable machine de guerre contre le système de l'Etat légal : l'Etat de droit postule, non seulement la soumission de l'administration au droit (principe de légalité), mais encore la subordination de la loi à la Constitution ; remettant en cause le privilège d'incontestabilité dont bénéficiait jusqu'alors la loi en droit français, elle vient légitimer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité. Et la doctrine adhérera progressivement à cette idée⁴⁷, même ceux qui, comme Esmein ou Larnaude, y avaient d'abord été hostiles et même si certaines craintes subsistent, par exemple chez Duguit⁴⁸, quant au risque de "gouvernement des juges" ; les seules divergences sont en fin de compte d'ordre technique - certains, tel Hauriou, penchant plutôt pour la transposition du modèle américain, d'autres préconisant l'institution d'une cour spéciale. Néanmoins, il faudra attendre la Constitution de 1958 pour que ce souhait soit exaucé, sans d'ailleurs que la portée de la réforme soit immédiatement perçue - l'existence du Conseil constitutionnel étant d'abord vue comme une arme supplémentaire aux mains de l'Exécutif. En l'absence de juge constitutionnel, le droit constitutionnel n'apparaît pas comme un véritable "droit", réellement sanctionné.

D'autre part, les secousses constitutionnelles qui agitent à nouveau la France au milieu du XX^{ème} siècle paraissent priver le droit constitutionnel de la continuité nécessaire : G. Vedel peut en 1974 encore opposer la "discontinuité du droit constitutionnel" à la "continuité du droit administratif"⁴⁹ ; et la Constitution de 1958 elle-même est perçue comme une rupture par rapport aux principes les mieux établis du droit public français. La mise en place des nouvelles institutions renforce dans l'immédiat le "sentiment

⁴⁵ J. Chevallier, "Les fondements idéologiques...", préc.

⁴⁶ Voir M. Waline, "Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX^{ème} siècle", *Mélanges J.J. Chevallier*, Cujas 1977, p. 259.

⁴⁷ P. Reynaud, "Des droits de l'homme à l'Etat de droit : les droits de l'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classiques de droit public", *Droits* n° 2, 1985, pp. 61 ss.

⁴⁸ E. Pisier, "Léon Duguit et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Paradoxes pour paradoxes", *Mélanges Duverger*, PUF 1987, pp. 189 ss.

⁴⁹ in *Mélanges Waline*, LGDJ 1974, p. 777.

d'impuissance des constitutionnalistes"⁵⁰, qui ne parviennent plus à "faire fonctionner les catégories classiques du droit constitutionnel" ; et la maîtrise dont le général de Gaulle dispose sur l'interprétation des textes conforte ce sentiment ; le droit constitutionnel "apparaît comme une discipline dévalorisée, sans utilité, n'ayant pas de prise sur le réel". Le droit constitutionnel semble donc frappé d'une infirmité congénitale par rapport au droit administratif. Et le recours que certains constitutionnalistes avaient cru trouver après la seconde guerre mondiale dans la science politique renaissante apparaît illusoire : le "duvergérisme" (G. Vedel), marqué par la volonté de dépasser la dogmatique constitutionnelle en faisant passer l'étude des Constitutions "de l'âge métaphysique à l'âge positif" (M. Duverger), est en même temps une fuite hors du champ du droit ; et les constitutionnalistes risquent dès lors, en jouant sur les deux tableaux, de perdre les ressources savantes qu'ils pouvaient mobiliser en qualité de juristes.

Cette hégémonie du droit administratif est à première vue paradoxale compte tenu des fondements de l'Etat de droit ; elle est cependant peu gênante compte tenu des critères de distinction entre droit administratif et droit constitutionnel au sein du droit public. Comme le note très clairement Duguit⁵¹, le droit public comprend "l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent à l'Etat" : une première partie comprend "l'ensemble des règles qui s'appliquent directement aux gouvernants pris comme tels" - partie qu'on appellera "droit constitutionnel" ; l'autre englobe "les règles qui s'appliquent à l'activité extérieure des gouvernants et de leurs agents" - et qui relèvent notamment d'un "droit administratif" tendant à un développement croissant, du fait de l'extension du rôle de l'Etat dans la vie sociale. Ainsi, la distinction entre droit constitutionnel et droit administratif est-elle faite en fonction de leur *objet*⁵², et non pas de leur *contenu* : les avancées du droit administratif marquent un progrès dans l'assujettissement juridique de l'Etat ; en revanche il n'est pas surprenant que les rapports entre gouvernants restent fortement marqués par le poids des considérations politiques. L'idée que la Constitution, en tant que norme suprême, constitue la "base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif", formulée avec une particulière vigueur par G. Vedel⁵³, ne modifie nullement cette perspective : compte tenu des éléments précédents, elle n'implique pas de lien de subordination entre droit constitutionnel et droit administratif.

Ainsi le droit administratif apparaît-il comme le corpus des savoirs légitimes sur l'Etat : solidement appuyé sur le Conseil d'Etat, "roc de solidité au milieu des tourbillons du changement"⁵⁴, il fournit aux administrateurs les préceptes qui leur sont utiles et offre aux administrés les garanties qui leur sont nécessaires ; et cette hégémonie coïncide avec une certaine vision d'un "Etat administratif" qui puise ses racines profondes dans l'histoire.

La position prééminente du droit administratif va cependant être remise en cause à partir des années soixante.

II. LA CRISE DU DROIT ADMINISTRATIF

⁵⁰ B. François, "Une revendication de juridiction. Compétence et justice dans le droit constitutionnel de la Vème République", *Politix*, n° 10-11, 1990, p. 95.

⁵¹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd., Fontemoing, 1927, pp. 680 ss.

⁵² Dans le même sens, voir les définitions que M. Hauriou donne respectivement du droit constitutionnel (*Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Sirey 1929, pp. 215 ss) et du droit administratif (*Précis du droit administratif et du droit public*, 11ème éd., Sirey, 1927, p. 22).

⁵³ G. Vedel, "Les bases constitutionnelles du droit administratif", *EDCE* n° 8.

⁵⁴ G. Vedel, *Mélanges Waline*, préc. p. 793.

La crise du droit administratif résulte à la fois de facteurs intrinsèques et extrinsèques : tandis que le jeu de croyances sur lequel il s'appuyait et mettaient son institution à l'abri de toute critique a eu tendance à s'effriter, il a subi la concurrence de plus en plus agressive d'une science administrative, s'appuyant sur les acquis de la sociologie, et d'un droit constitutionnel, trouvant enfin dans la jurisprudence constitutionnelle le moyen de sa reconnaissance dans le champ du savoir juridique ; les deux aspects s'alimentent réciproquement, dans la mesure où l'affaiblissement des certitudes entourant le droit administratif laisse la place libre à de nouveaux savoirs qui, en s'affirmant, tendent à le reléguer dans une position mineure.

Cette crise s'explique par des considérations variées : crise de l'Etat providence et de la régulation administrative de la vie sociale ; transformation du paysage institutionnel et de la structuration de l'ordre juridique ; déclin de la mystique de la loi et accent mis sur la défense des libertés fondamentales contre l'abus possible des majorités démocratiques ; décadence du principe de légalité et apparition de nouveaux mécanismes de protection. Surtout, le droit administratif a été placé à l'intersection des mouvements contradictoires et successifs qui ont agité le droit dans les sociétés contemporaines : d'abord il a subi le contrecoup du discrédit qui a affecté le savoir juridique à partir des années soixante et qui s'est traduit par un spectaculaire développement des sciences sociales ; ensuite il a été court-circuité par le phénomène de retour au droit qui a conduit, à partir du milieu des années soixante-dix, à aller au-delà des garanties qu'il offrait. Il convient cependant de ne pas céder à un effet de perspective et à un effet de mode⁵⁵ : non seulement la contestation du droit administratif n'est pas nouvelle, mais encore sa portée ne saurait être surestimée ; le mouvement actuel doit être compris, moins comme un dépassement (A) que comme un processus de refondation (B).

A) Dépassement

Le droit administratif s'est trouvé soumis à un tir croisé : tandis que l'approche exclusivement juridique des phénomènes administratifs était remise en cause sous l'effet du renouveau de la science administrative et de la mise en avant de considérations d'efficacité, l'étoile du droit administratif commençait à pâlir du fait de l'essor d'un droit constitutionnel armé de certitudes nouvelles ; critiqué, tantôt pour *excès de droit*, tantôt pour *défaut de droit*, le droit administratif a subi un double déficit de légitimité.

1) Les limites du droit administratif

Pendant de longues années, le droit administratif a pu apparaître comme l'instrument privilégié, sinon exclusif, de connaissance de la réalité administrative. Le retour à partir des années soixante⁵⁶ à un point de vue plus large montre la prise de conscience des limites du droit administratif sur le plan *cognitif*.

⁵⁵ Comme l'écrit justement J.J. Bienvenu ("Le droit administratif : une crise sans catastrophe", *Droits* n° 4, 1986, p. 93), "depuis trente ans, la crise est devenue pour la doctrine le mode de description privilégié de l'état du droit administratif, au point que l'on serait tenté d'écrire : la crise est l'expression du droit administratif" ...

⁵⁶ Les deux table-rondes organisées par l'Institut français des sciences administratives, le 13 janvier 1968 (*La recherche administrative en France*, Cahiers IFSA n° 3, Ed. Cujas, 1968) et le 16 mai 1981 (Voir J. Chevallier, in *RFAP* n° 19, 1981, pp. 129 ss), permettent de mesurer l'évolution de la science administrative pendant cette période.

Le droit administratif verra d'abord remise en cause sa prétention à occuper l'intégralité du champ des études administratives : les diverses sciences sociales ont en effet été amenées à s'intéresser de près au phénomène administratif, à partir des préoccupations, objectifs et méthodes qui sont les leurs ; le savoir juridique se trouvera dès lors concurrencé par d'autres savoirs, provenant de disciplines multiples, savoirs éclatés, pluriels - historique, géographique, économique, philosophique, psychologique etc... -. Le droit administratif a perdu le monopole du savoir légitime sur l'administration.

On assistera ensuite à la renaissance d'une science administrative qui cherchera très vite à s'émanciper de la tutelle du droit administratif. Sans doute, la science administrative reste d'abord fortement marquée, notamment dans les facultés de droit, par l'empreinte juridique : l'objet de la science administrative est construit en fonction de critères juridiques ; le droit reste perçu comme un moyen privilégié de connaissance et de compréhension de la réalité administrative ; enfin, les modes de raisonnement et les concepts sont très largement empruntés au droit administratif⁵⁷. Néanmoins, le simple fait que des juristes éprouvent le besoin d'aller au-delà de l'étude des textes et de la jurisprudence pour observer le fonctionnement concret de l'administration démontre assez que le droit n'est plus considéré, même dans les facultés de droit, comme un moyen de connaissance suffisant. Mais surtout, cette science administrative, qui reste dans l'orbite du droit et qui n'est qu'un prolongement de celui-ci, sera rapidement dépassée par le développement d'une autre science administrative, d'inspiration sociologique, résolument affranchie des présupposés juridiques.

On assiste en effet dans les années soixante à l'entrée en force des sociologues sur le terrain des études administratives, notamment locales⁵⁸. Cette pénétration contribuera à faire progresser la connaissance du phénomène administratif, en l'affranchissant de la gangue des concepts juridiques qui l'étouffaient et la paralysaient : une vision très différente de l'administration apparaît alors, grâce à la formulation de problématiques complètement nouvelles, souvent en rupture avec l'analyse juridique classique⁵⁹. On voit dès lors s'imposer progressivement l'idée que la science administrative doit, si elle veut accéder au statut de science sociale à part entière, s'affranchir du "normativisme" inhérent à l'analyse juridique⁶⁰ : la pénétration progressive dans le champ des études administratives des concepts et des méthodes sociologiques - par le jeu d'un processus croisé d'investissement des sociologues sur le terrain administratif et d'appropriation par les juristes d'un savoir sociologique - favorisera cette rupture épistémologique ; l'ambition de la science administrative est de progresser dans la connaissance du phénomène administratif, en s'intéressant au fonctionnement administratif réel, en partant de l'observation des situations administratives concrètes. Ayant l'ambition d'intégrer les savoirs diversifiés produits sur l'administration, dans le cadre d'une démarche "interdisciplinaire", cette science administrative renoue avec les objectifs qui étaient ceux de la science administrative du XIX^{ème} siècle : arrimée aux autres sciences sociales, elle entend dépasser le point de vue juridique ; le droit n'est plus considéré que comme une donnée parmi d'autres à prendre en

⁵⁷ J. Chevallier, D. Loschak, *Science administrative*, Tome 1, LGDJ 1978, n° 36.

⁵⁸ J. Chevallier, "La recherche locale et la science administrative", *RFAP* n° 24, 1982, p. 143.

⁵⁹ On le verra par exemple en ce qui concerne l'administration locale, les problématiques sociologiques construites par exemple par Michel Crozier et le Centre de sociologie des organisations - autour de concepts tels que ceux de "pouvoir périphérique" ou de "régulation croisée" - rompant résolument avec la théorie juridique du local qui avait été construite par les juristes à la fin du XIX^{ème} siècle.

⁶⁰ J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, Coll. Thémis, 1986.

considération. Ainsi, le développement de la science administrative traduit-il la volonté de briser le monopole du savoir juridique sur l'administration⁶¹ par l'adoption d'une perspective plus globale : remettant en cause le rôle du droit comme variable explicative des comportements administratifs, il tend à la prise en compte d'autres rationalités que juridique ; et la distance prise par rapport au droit aboutira fréquemment à une "disqualification" au moins implicite de l'analyse juridique⁶². On trouvera en effet dans maints travaux d'inspiration sociologique une remise en cause de la capacité du droit à rendre compte de la réalité administrative : "le droit n'a plus rien à nous dire sur notre réalité, il ne se prête à aucune investigation scientifique, pire il la compromet"⁶³ ; ce n'est qu'en s'affranchissant résolument des catégories juridiques qu'on pourrait progresser dans la connaissance de l'administration. Le savoir juridique se trouve dès lors, non seulement *concurré* ou *transcédé*, mais purement et simplement *discrédité* en tant qu'instrument de connaissance.

Le développement de la science administrative sera important à partir des années soixante, en dépit de la persistance pendant longtemps d'équivoques sur le statut de la discipline. Il se traduira par le renforcement des supports institutionnels ("L'Institut français des sciences administratives", section française de l'Institut international créé dans les années trente), l'expansion des enseignements, dans les facultés de droit et les instituts d'études politiques, la création de laboratoires et d'équipes de recherche, la création de revues spécialisées (le *Bulletin de l'Institut international d'administration publique* - remplacé en 1977 par la *Revue française d'administration publique* -, la revue *Politiques et management public*), enfin la floraison de travaux de recherche et de publications. Ce savoir nouveau produit sur l'administration aura une incidence sociale et politique : progressivement intégré dans la formation des fonctionnaires, jusqu'alors marquée par le poids du droit, il contribue aussi à modifier la perception du phénomène administratif - surtout à travers les ouvrages de vulgarisation à destination du grand public.

b) La dévalorisation du droit administratif comme instrument de connaissance s'est doublée d'une contestation de son bien-fondé *pratique*. Cette contestation repose sur deux fondements différents : on assiste en effet à la "rencontre entre la critique managériale de l'administration et la contestation libérale du droit administratif"⁶⁴, qui s'alimentent mutuellement.

La *critique managériale* est fondée sur la contradiction qui existerait entre le droit administratif et l'impératif d'efficacité, auquel l'administration devrait désormais se soumettre : le droit administratif constitue un cadre rigide, un véritable carcan, qui est une gêne pour l'action, un obstacle au changement⁶⁵ ; il n'est pas d'efficacité administrative concevable sans desserrement des contraintes qu'il impose. L'extension progressive à l'administration d'une rationalité de type managériale, où l'efficacité prime toute autre considération, conduit ainsi à la remise en cause de la rationalité juridique sur laquelle elle

⁶¹ D. Loschak, "La science administrative et le droit", *Mélanges Langrod* 1980, p. 49.

⁶² En ce sens, J. Caillosse, "La décentralisation, mode d'emploi", *RDP* 1988, n° 5, pp. 1229 ss.

⁶³ J. Caillosse, "L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ?", *PMP* 1989, n° 2, p. 163 et aussi "Variations sur le modèle juridique d'administration. La modernisation de l'Etat", *AJDA* 1991, p. 759.

⁶⁴ J. Caillosse, *PMP* 1989 préc. p. 168.

⁶⁵ J.M. Woehrling, "L'évolution du rôle du droit dans l'action administrative", *RFAP* n° 26, 1983, pp. 134 ss.

a été bâtie⁶⁶ : le management suppose une rupture radicale avec les présupposés qui fondaient le modèle classique d'administration ; et le droit administratif apparaît comme antinomique avec les préceptes du management. La modernisation administrative est appelée à emprunter des voies de traverse par rapport aux catégories traditionnelles du droit administratif : elle n'est concevable qu'au prix d'une remise en cause de l'héritage juridique auquel l'administration s'identifie ; elle doit se faire "en marge du droit, sinon contre lui"⁶⁷ ; "tout se passe comme si, pour enfin se moderniser, l'administration devait être affranchie des règles du droit administratif où elle est tenue prisonnière"⁶⁸. Au-delà de cette critique du contenu du droit administratif, c'est en fait le principe même de son institution qui est en cause : dès l'instant en effet où l'administration est invitée à s'inspirer des principes de gestion en vigueur dans le privé, plus rien ne justifie le particularisme du droit qui lui est applicable ; parce qu'il contribue à cristalliser et à objectiver la spécificité administrative, en la transcrivant en catégories juridiques ("intérêt général", "service public", "puissance publique"...), le droit administratif est par essence antinomique avec l'approche managériale, qui présuppose au contraire l'identité des problèmes auxquels sont confrontées les organisations de toute nature. La singularité des règles du droit administratif est subsumée dans la généralité des préceptes managériaux. L'acclimatation dans l'administration de cette rationalité managériale sera illustrée par la dévalorisation du savoir juridique au profit de nouveaux savoirs techniques : "ravalé au rang de statue", le droit administratif a perdu de son importance dans la formation des fonctionnaires et les juristes se trouvent progressivement expropriés des positions qu'ils occupaient par ces "prédateurs" que sont les managers⁶⁹ ; ce "déclassement d'un droit qui entretenait la croyance en la suprématie administrative révélerait un processus de "sécularisation irrésistible de l'administration".

Mis en cause du point de vue de son efficacité, le droit administratif est aussi condamné comme antinomique avec les principes fondamentaux du libéralisme. La *contestation néo-libérale*, qui s'est développée au cours des années soixante-dix en liaison avec la crise de l'Etat providence, retrouve le sillon des critiques anciennes formulées depuis le XIX^{ème} siècle. On reproche au droit administratif d'être par essence un droit d'inégalité et de privilège : irréversiblement marqué du sceau de l'unilatéralité, il serait l'instrument de la mise en tutelle de la société par l'Etat⁷⁰ ; or, ce modèle étatique de régulation sociale, héritage d'une "culture politique désuète", serait frappé d'obsolescence. L'existence d'une juridiction administrative n'est elle-même présentée que comme un legs de l'histoire, dont la seule justification repose sur "la difficulté du juge à vaincre l'allergie de l'administration française à la règle de droit" : formant "une classe à part de juristes d'Etat par laquelle le pouvoir a pu asseoir sa domination"⁷¹, les juges administratifs seraient un obstacle à la constitution d'un authentique pouvoir judiciaire. Il conviendrait dès lors, non seulement de réduire, faute de pouvoir le supprimer, l'espace du droit administratif, en étendant la sphère d'application du droit privé, mais encore de rapprocher progressivement le droit administratif du droit privé, en supprimant certains privilèges "d'un autre âge". Si cette perspective sera après 1981 provisoirement repoussée, l'arrivée de la gauche au pouvoir

⁶⁶ J. Chevallier, D. Loschak, "Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française", *RFAP* n° 24, oct-déc. 1982, pp. 53 ss.

⁶⁷ J. Caillosse, *AJDA* 1991, préc.

⁶⁸ J. Caillosse, "La réforme administrative et la question du droit", *AJDA* 1989, p. 3.

⁶⁹ P.E. Verrier, *PMP* 1985 préc., pp. 3 ss.

⁷⁰ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF 1985, p. 127.

⁷¹ L. Cohen-Tanugi, "L'avenir de la justice administrative", *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 18.

garantissant dans l'immédiat au droit administratif une assise sociale élargie⁷², la volonté de "réduction" du droit administratif s'affirmera par la suite : sans doute les mesures prises restent-elles de portée limitée ; néanmoins on assiste bien à un "recentrage de l'ordre juridique autour du droit privé"⁷³, qui tend à apparaître à nouveau comme le seul "vrai droit", le "droit de référence", sur lequel le droit administratif est tenu de s'aligner, sous peine de perdre toute légitimité.

Ainsi dévalorisé comme cadre normatif de l'action administrative, le droit administratif va subir le contrecoup de l'essor du droit constitutionnel.

2) La réévaluation de la hiérarchie des savoirs juridiques

a) L'hégémonie du droit administratif était fondée, on l'a vu, sur la croyance très généralement partagée en la perfection d'un droit d'origine jurisprudentielle et donc "méta-politique", dont les règles avaient été lentement forgées et polies au fil de l'évolution : cette croyance était soigneusement entretenue par une doctrine dont les membres apparaissaient comme des laudateurs de l'oeuvre du Conseil d'Etat ; sans doute des voix discordantes s'élevaient-elles de temps à autre, mettant en doute l'efficacité du contrôle juridictionnel⁷⁴ et n'hésitant à parler de "jurisprudence politique"⁷⁵, mais ces points de vue iconoclastes alimentaient eux-mêmes la croyance précitée par les réponses qu'ils suscitaient. Et si l'idée de "crise du droit administratif" avait été avancée après la seconde guerre mondiale⁷⁶, cette crise avait été aisément surmontée, notamment par le biais de la réforme du contentieux et la revalorisation de la notion de service public.

Tout va changer à partir des années soixante dix : les critiques managériale et néolibérale du droit administratif vont en effet être relayées au sein du champ juridique lui-même ; le "choeur à deux voix" de la jurisprudence et de la doctrine est perturbé par le développement d'analyses sans complaisance sur les vertus du système français de droit administratif. On constate d'abord le déclin relatif du pouvoir normatif du juge administratif⁷⁷ : alors que le juge avait construit de toute pièce au fil de sa jurisprudence un édifice majestueux, dont les principes généraux du droit constituaient le plus beau fleuron, on assisterait au tarissement des "grands arrêts"⁷⁸, les règles du jeu étant désormais fixées et le droit écrit occupant une place croissante ; le juge administratif paraît être voué à la

⁷² J. Caillosse, "Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème à la lumière du changement", *Revue administrative* n° 208, juillet-août 1982, p. 368.

⁷³ J. Caillosse, *PMP* 1989 préc. p. 168.

⁷⁴ J. Rivero, "Le Huron au Palais Royal", *Dalloz* 1962, I, pp. 37 ss.

⁷⁵ P. Weil, "Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique", *Annales de la Faculté de droit d'Aix en Provence* 1959, pp. 281 ss - problématique qui sera reprise par D. Loschak, *Le rôle politique du Conseil d'Etat*, LGDJ 1972.

⁷⁶ A. de Laubadère, "Réflexions sur la crise du droit administratif", *Dalloz* 1952, I, pp. 5 ss.

⁷⁷ D. Linotte, "Déclin de pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel", *AJDA* 1980, pp. 632 ss - et les nuances de S. Rials ("Sur une distinction contestable et un trop réel déclin", *AJDA* 1981, pp. 115 ss).

⁷⁸ J. Robert, "Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel : propos et variations", *RDP* 1987, pp. 1151 ss - diagnostic critiqué par S. Hubac et Y. Robineau (in *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 113) pour qui le juge administratif continuerait à créer des règles là où les enjeux politiques et sociaux sont importants.

gestion de l'acquis et la jurisprudence redevenir une simple "source supplétive". Si cette thèse du déclin du "pouvoir jurisprudentiel" est compensée par le constat d'une ascension d'un "pouvoir juridictionnel", par lequel le juge étendrait son contrôle sur l'administration, elle prend une portée nouvelle à partir du moment où ce contrôle lui-même sera l'objet de sévères critiques, dont on trouve un parfait condensé dans le numéro spécial consacré en 1988 par la revue *Pouvoirs* au droit administratif : la capacité du juge administratif de satisfaire l'attente des justiciables est mise en doute, notamment du fait de la durée excessive des instances et des complications procédurales, la révérence à l'égard du pouvoir administratif dénoncée et surtout l'efficacité de la protection contre l'arbitraire administratif mise en doute, compte tenu de l'existence d'importantes "zones de non-droit" et de "pratiques confinant au déni de justice"⁷⁹. Enfin, le tabou ultime est violé à partir du moment où c'est "l'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux"⁸⁰ qui est suspectée : cette fois c'est la constitution même du droit administratif qui est la cible, toute l'histoire de la juridiction administrative étant relue sans complaisance. Sans doute, ces critiques venant du champ du droit administratif lui-même visent moins, sauf pour les auteurs à scier la branche sur laquelle ils sont assis..., à remettre en cause l'existence même de la juridiction administrative, que de chercher à améliorer le système de contrôle ; elles contribuent cependant à saper la croyance dans les bienfaits du système français sur laquelle le droit administratif avait fondé son hégémonie, tout en créant au sein du champ juridique des dissonances fâcheuses et nuisibles à sa cohésion. Or, au moment même où le droit administratif est agité de fortes secousses, le droit constitutionnel connaît une spectaculaire consolidation.

b) S'il est resté pendant longtemps l'enfant turbulent, mais aussi le parent pauvre du droit public, le droit constitutionnel a connu une véritable mutation au cours des années soixante-dix : tandis que la disparition du général de Gaulle a fait disparaître le monopole que ce "pontife constitutionnel" s'était arrogé pour la lecture légitime de la Constitution⁸¹, le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à la faveur de l'élargissement des textes de référence (1971) puis de la modification des règles de saisine (1974) a créé les conditions d'une construction jurisprudentielle de ce droit ; ainsi le droit constitutionnel va-t-il emprunter et endosser le "modèle de juridicité" du droit administratif⁸² pour obtenir sa reconnaissance en qualité de véritable droit. Dans cette reconnaissance, juge et doctrine ont, comme en droit administratif, partie liée⁸³ : de même que le juge constitutionnel a besoin de la caution doctrinale pour asseoir son autorité, la doctrine constitutionnelle tire parti d'une juridictionnalisation qui lui ouvre un champ infini d'interprétations et de commentaires. Aussi les constitutionnalistes ne se bornent-ils pas à enregistrer passivement cette évolution : par le plaidoyer en faveur de la nature juridictionnelle du Conseil, par la légitimation du contrôle de constitutionnalité des lois et enfin par le travail de mise en ordre et de mise en cohérence des solutions jurisprudentielles, ils contribuent à produire le nouveau droit constitutionnel ; le juge constitutionnel s'appuie sur ces nouveaux thuriféraires, qui ancrent la croyance nouvelle en la suprématie du droit constitutionnel, tout en en tirant pour eux-mêmes un ensemble de

⁷⁹Voir notamment D. Loschak, "Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?", pp. 43 ss.

⁸⁰ O. Dupeyroux, *RDP* 1983, n° 3, pp. 565 ss.

⁸¹ B. François, "Le juge, le droit et la politique : éléments d'une analyse politiste", *RFDC* 1990, n° 1, p. 64.

⁸² B. François, *Politix* préc. p. 98 et "La Constitution du droit ?" in *La doctrine juridique*, PUF 1993.

⁸³ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, "La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français", in *Les usages sociaux du droit*, PUF 1989, pp. 234 ss.

ressources symboliques et pratiques. Sans doute, le modèle de juridicité hérité du droit administratif trouve-t-il ses limites : à la différence du droit administratif, le droit constitutionnel ne peut s'appuyer à l'origine que sur une "clientèle très restreinte" (les professionnels de la politique) et sur un "domaine de validité qui reste limité"⁸⁴ ; aussi sera-t-il conduit à étendre progressivement son champ de validité, notamment par le passage à une définition substantielle de la Constitution qui lui permet de prétendre à son tour à l'hégémonie sur les diverses branches du droit, et notamment sur le droit administratif.

Cette évolution conduit à un mouvement général de *redéfinition des savoirs* et de *redélimitation des champs disciplinaires*. D'abord, le champ du droit constitutionnel se structure et s'institutionnalise : tandis que la juridicité revendiquée permet d'établir une clôture savante avec le monde des profanes et de disqualifier les autres interprètes (professionnels de la politique, journalistes), on retrouve la bipolarisation entre la fonction juridictionnelle et la fonction doctrinale ; la communauté scientifique des constitutionnalistes prend forme et réalité à travers la création en 1980 de l'"Association française des constitutionnalistes" - bientôt prolongée par une Association internationale -, puis en 1990 de la *Revue française de droit constitutionnel*⁸⁵. Ensuite, l'essor du droit constitutionnel est marqué par une assurance nouvelle par rapport à la science politique, aux sirènes de laquelle beaucoup de constitutionnalistes avaient cédé après la seconde guerre mondiale : adossée au Conseil constitutionnel, le droit constitutionnel peut désormais "se mesurer d'égal à égal avec la science politique"⁸⁶ ; mieux, les constitutionnalistes, cédant au "juridisme", peuvent vanter une grille de lecture juridique d'une politique désormais à leurs yeux "saisie par le droit"⁸⁷. Les tentatives d'enrichissement du droit constitutionnel par la science politique vont être "radicalement abandonnées au profit de la promotion d'un modèle d'intelligibilité purement juridique du régime, d'un investissement dans la juridicité"⁸⁸. Enfin, et surtout, le droit constitutionnel prétend à la suprématie sur les autres branches du droit⁸⁹. Le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit en effet à l'élargissement constant de la sphère d'application du droit constitutionnel, qui en vient à coiffer progressivement tout le droit : chaque branche du droit ayant désormais des "bases constitutionnelles", on assisterait à un processus de réunification de l'ordre juridique sous la houlette du droit constitutionnel⁹⁰. Non seulement la controverse sur les "bases constitutionnelles" du droit administratif serait devenue obsolète, le droit administratif s'appuyant sur la Constitution et les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁹¹, mais encore il se déploierait dans le cadre tracé par le droit constitutionnel. Ainsi, le fait que l'Etat de droit soit devenu

⁸⁴ B. François, *Politix* préc. p. 105.

⁸⁵ L. Favoreu et D. Maus évoquent dans le premier numéro l'évolution "prodigieuse" du droit constitutionnel : "grâce au développement des chartes constitutionnelles et internationales des libertés fondamentales, le droit constitutionnel redevient le droit de la liberté".

⁸⁶ Y. Poirmeur, D. Rosenberg, préc. p. 236.

⁸⁷ L. Favoreu, 1986.

⁸⁸ B. François, *Politix* préc. p. 98.

⁸⁹ L. Favoreu, "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", in *Itinéraires, Mélanges Hamon*, Economica 1982, p. 235.

⁹⁰ En ce sens, L. Favoreu, "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et Constitution du droit", *RFDC* 1990, n° 1, pp. 85 ss et aussi D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2ème éd., 1992, p. 340.

⁹¹ G. Vedel, "La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989", *RFDC* 1990, n° 1, p. 14.

"complet" en France⁹², à la faveur de l'apparition du Conseil constitutionnel, cheville ouvrière d'une "démocratie constitutionnelle" soumise au droit⁹³, aurait eu pour effet de modifier la hiérarchie entre les branches du droit public.

Pris entre la science administrative en plein renouveau et le droit constitutionnel en plein essor, dénoncé comme générateur d'inefficacité et reflet d'une culture étatique considérée comme obsolète, le droit administratif paraît dans les années quatre-vingt en plein désarroi : tandis que la juridiction administrative, au bord de l'asphyxie contentieuse, est affectée par une crise grave, qui se traduit par des mouvements de départ du Conseil d'Etat, l'atonie des lieux d'échange scientifique, l'absence d'associations rendant visible l'existence d'une communauté scientifique témoignent d'une crise d'identité. Sans doute, l'apparition en 1985 d'une nouvelle revue, la *Revue française de droit administratif*, semble attester d'une certaine vitalité ; mais la diversité des rubriques révèle aussi l'éclatement d'un droit dont les fondements sont moins assurés.

Il convient pourtant de ne pas surestimer ce mouvement.

B) Refondation

Il est difficile de démêler dans les éléments qui ont été indiqués ceux qui sont d'ordre structurel et témoignent d'une mutation durable du droit administratif et ceux qui sont purement conjoncturels ou récurrents : les vicissitudes du discours néo-libéral appellent notamment une grande prudence quant à la mesure de ses effets concrets ; en revanche, le mouvement de constitutionnalisation révèle sans nul doute une inflexion de la logique démocratique qui ne saurait être dépourvue de conséquence sur le droit administratif. Dans tous les cas, le droit administratif semble être davantage confronté à un problème d'*adaptation*⁹⁴ que de véritable mutation.

1) La part du droit dans l'action administrative

a) Le renouveau de la science administrative n'implique nullement, d'un point de vue épistémologique, la dilution d'un droit administratif absorbé dans un savoir plus large et totalisant. D'une part, la science administrative ne saurait être conçue sans prise en compte de la dimension juridique de l'activité administrative. Le droit tient une place essentielle dans la vie administrative, aussi bien sur le plan instrumental que symbolique : entièrement coulée dans le moule du droit, l'administration se caractérise par un haut degré de juridicisation ; et cette dimension doit nécessairement être intégrée dans son étude. Mais le droit n'est pas seulement pour la science administrative un *élément* à prendre en compte ; c'est aussi une *approche*, indispensable pour accéder à une connaissance scientifique de la réalité administrative. Sans doute, l'entrée des sociologues sur le terrain des études administratives a-t-il entraîné une certaine disqualification du savoir juridique, dont la capacité explicative serait nulle : comme l'a bien montré J. Caillosse⁹⁵, cette disqualification du droit, qui repose sur "une conception intégriste" du juridique (le texte juridique n'étant pas dépourvu d'efficacité parce qu'il ne fonctionne pas conformément aux prévisions initiales) tend à ignorer le poids de la culture juridique dans l'univers administratif ; le mouvement de retour au droit a eu pour effet bénéfique de faire ressortir

⁹² L. Favoreu, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 19.

⁹³ B. François, *Droit et Politique*, préc., p. 57.

⁹⁴ En ce sens, J.M. Woehrling, préc. p. 143.

⁹⁵ *RDP* 1988, n° 5, préc.

cet aspect. La réalité administrative, comme la réalité politique, est une *réalité juridiquement construite*, une réalité encadrée, régie et codifiée par le droit, une réalité que le passage par le droit contribue à objectiver ; et la déconstruction par les sociologues de l'administration de ce processus d'objectivation suppose la prise en compte de la "force contraignante du droit", de l'effet normatif, et au-delà de l'effet de normalisation des comportements administratifs induit par la règle de droit⁹⁶ ; aussi la science administrative doit-elle, par une démarche authentiquement interdisciplinaire, utiliser les acquis de l'approche juridique.

D'autre part, la science administrative ne saurait prétendre intégrer l'ensemble des savoirs sur l'administration : dès l'instant où l'on évite toute confusion entre le "droit" lui-même et la "science du droit" - la droit se présentant pour Kelsen sous la forme de "normes juridiques" (*Rechts-norme*), alors que la science du droit ne comporte que des "propositions de droit" (*Rechts-Sätzen*) qui ne sont que des jugements hypothétiques -, on mesure tout l'intérêt qu'une authentique "science du droit administratif", distincte et complémentaire de la science administrative, peut présenter : comme toute science du droit, cette science, construite en rupture avec la dogmatique juridique qui ne dissocie pas "connaissance" et "production" du droit, implique que le point de vue interne sur la norme soit doublé par un point de vue externe, visant à rendre compte des phénomènes juridiques d'un point de vue réflexif et critique. Tel était bien en fin de compte la situation au XIX^{ème} siècle quand droit administratif et science administrative se développaient de concert. Le renouveau de la science du droit administratif, après le long effacement qui a suivi sa fondation⁹⁷, témoigne de cette prise de conscience.

b) Sur un plan pratique cette fois, la pénétration de la rationalité managériale au coeur de l'administration ne signifie pas que le droit administratif soit pour autant relégué au rang des accessoires inutiles, ni même que la spécificité des règles juridiques applicables à l'administration soit progressivement gommée. La rationalité managériale ne saurait, dans l'administration, prétendre se substituer à une rationalité juridique qui est un élément constitutif et substantiel du phénomène administratif. Dès lors, les rapports entre droit et management doivent être conçus en termes, non de conflit ou d'opposition entre deux rationalités qui seraient radicalement antithétiques et chercheraient réciproquement à s'éliminer, mais d'entrecroisement, d'imbrication, de parasitage⁹⁸ : d'une part, la rationalité juridique sur laquelle s'appuie l'organisation traditionnelle est partiellement remodelée sous l'influence des préceptes managériaux ; d'autre part, et à l'inverse, la rationalité managériale ne s'applique qu'au prix de torsions, destinées à la rendre compatible avec le modèle juridique dans lequel reste coulée l'administration. Ainsi, "la logique managériale a dû s'accomoder des références et des valeurs juridiques de la bureaucratie"⁹⁹, en subissant elle-même à leur contact une sorte de transmutation.

Le management pénètre dans l'administration publique, non pas en marge ou à côté du droit, mais en agissant sur le contenu de celui-ci : l'édifice normatif n'est donc pas détruit, mais seulement repeint aux couleurs managériales ; la norme nouvelle de l'*efficacité* est intégrée au droit et devient une des conditions de la *régularité* de l'action administrative. On le constate notamment en matière de contrôle juridictionnel. Le juge administratif a été amené dans une série de cas, comme en matière d'expropriation, à subordonner la validité des actes administratifs à leur double adéquation aux objectifs définis par le législateur et

⁹⁶ J. Chevallier, in *Droit et Politique*, préc. p. 259.

⁹⁷ Voir J. Chevallier, "Les fondements idéologiques...", préc.

⁹⁸ J. Chevallier et D. Loschak, *RFAP* préc. p. 56.

⁹⁹ J. Caillosse, *AJDA* 1991, p. 751.

aux circonstances de fait : partant du principe managérial de l'"économie de moyens", il vérifie alors que les mesures prises par l'administration étaient nécessaires, compte tenu des buts de la loi, et proportionnées aux circonstances ; les atteintes portées aux droits et libertés individuelles se sont illégales dès l'instant où elle sont jugées superflues ou excessives. Ainsi le juge administratif intègre-t-il l'exigence managériale de l'efficacité qu'il traduit en termes de contrainte juridique pour l'administration ; cependant, c'est à travers et dans le cadre des mécanismes traditionnels de contrôle juridictionnel que cette exigence est prise en compte. Ce transit des préceptes managériaux par le canal juridique n'est pas sans incidence sur le management : coulés dans le moule du droit, ces préceptes acquièrent une portée normative nouvelle ; mais leur contenu s'en trouve par la-même infléchi¹⁰⁰. La prégnance de la rationalité juridique est déjà traduite par l'application à la gestion publique d'un management spécifique, qui tient compte des particularismes de cette gestion, c'est-à-dire d'un *management public* : ce sont les préceptes de ce "management public" qui seront inscrits dans le droit ; or, ce management intériorise déjà par anticipation les contraintes de la rationalité juridique - et notamment la soumission de l'administration à la direction politique. Dès lors, il n'est pas surprenant que les préceptes managériaux ne trouvent dans le droit applicable à l'action et à la gestion publiques qu'un lointain écho, un reflet déformé. En définitive, le management à l'épreuve de l'administration publique devient un moyen de renforcer la prégnance de la rationalité juridique, en renouvelant ses modalités et ses formes d'expression.

Comme le dit J. Caillosse¹⁰¹, "on n'en a pas vraiment fini avec la question du droit" : il n'y a pas de réelle contradiction "entre une administration bureaucratique marchant au droit et une administration managériale soucieuse de son rendement". S'il a évolué au regard de la science administrative et au contact du management, le droit administratif reste donc au cœur de la logique d'action administrative et la volonté du Conseil d'Etat que soit renforcée la formation juridique des fonctionnaires montre bien que le droit demeure un savoir dont l'administration ne saurait se passer.

La situation du droit administratif au sein du droit public appelle des observations comparables.

2) *La place du droit administratif au sein du droit public*

a) Le droit administratif a été confronté, on l'a vu, à un double défi sur le terrain juridique : défi résultant des sévères critiques formulées par une partie de la doctrine ; défi résultant surtout du développement, à l'initiative du Conseil constitutionnel mais aussi des juridictions européennes, d'une jurisprudence audacieuse en matière de droits et libertés. Ce double défi a été en fin de compte salutaire : il a permis de corriger un certain nombre de lacunes ; et surtout il a incité le Conseil d'Etat à réagir, dans un contexte désormais "concurrentiel", en effectuant de nouvelles avancées jurisprudentielles¹⁰². Une série de réformes - certaines de grande ampleur, comme celle de 1987 instituant les cours administratives d'appel, d'autres plus ponctuelles - ont cherché à accélérer le traitement des affaires, à éponger l'arriéré et à remédier à certaines insuffisances de la procédure administrative contentieuse. L'indépendance des juges administratifs s'est trouvée confortée par la réforme de 1986 et aussi par le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais surtout la jurisprudence administrative a connu de sensibles

¹⁰⁰ Voir J. Chevallier, "La juridicisation des préceptes managériaux", *PMP* 1993.

¹⁰¹ *AJDA* 1991, préc. p. 764.

¹⁰² Voir sur l'ensemble D. Lochak, in *Droit et politique op. cit.* p. 146, qui y voit une "stratégie de re-légitimation" - expression contestée par M. Gentot.

évolutions sur des points essentiels, comme l'intégration du droit international et européen (Nicolo 1989, Boisdet 1990, Rothman 1992) et l'interprétation des traités (GISTI, 1990), les droits de l'homme et le statut des étrangers, la responsabilité en matière fiscale et hospitalière : à ces différentes occasions, on a vu réapparaître ces "grands arrêts", dont les juristes étaient nostalgiques. Tout se passe comme si le Conseil d'Etat avait cherché à reprendre l'initiative sur le terrain des libertés, en confortant une image de marque libérale quelque peu émoussée : la raréfaction des critiques portant sur la juridiction administrative montre que cet objectif a été atteint ; comme à d'autres époques de son histoire, le juge administratif semble avoir surmonté ce qui n'a été en fin de compte qu'une crise passagère, en en tirant un surcroît de dynamisme.

b) Le défi résultant de l'essor de la jurisprudence constitutionnelle a été en revanche plus sérieux. Pour la doctrine constitutionnaliste, les rapports entre droit administratif et droit constitutionnel auraient été en effet profondément modifiés par cet essor. D'abord, le juge administratif, exproprié du rôle de "juge constitutionnel" ¹⁰³qu'il avait pu jouer antérieurement en raison de l'absence d'une juridiction constitutionnelle¹⁰⁴, est voué à s'incliner devant l'autorité du Conseil constitutionnel et à suivre ses interprétations¹⁰⁵. Certes, l'article 62 al. 2 de la Constitution, s'il prévoit que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toutes les autorités¹⁰⁶, ne garantit pas l'autorité de sa jurisprudence : rien n'oblige le Conseil d'Etat à se plier aux interprétations que celui-ci donne de la Constitution ; et l'on sait que les divergences de jurisprudences, notamment concernant l'étendue du pouvoir réglementaire, n'ont pas été exceptionnelles, dans les premières années de la Vème République. Ces divergences ont pourtant tendance à se résorber : la théorie des principes généraux du droit, que le Conseil d'Etat a tenu à maintenir, est parfaitement conciliable avec celle des "principes à valeur constitutionnelle" développée par le Conseil constitutionnel, surtout à partir du moment où le Conseil d'Etat a commencé à faire application directe des dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946¹⁰⁷ ; et les interprétations des deux juridictions sont désormais pratiquement identiques. Ainsi se dessinerait progressivement un ordre juridique "en voie d'unification" sous l'égide du Conseil constitutionnel¹⁰⁸, ce qui modifie la place et le degré d'autonomie du Conseil d'Etat. Ensuite, l'extension de la jurisprudence constitutionnelle à des domaines de plus en plus étendus de la vie publique réduit d'autant l'importance de la jurisprudence administrative : les grands problèmes seraient désormais tranchés une fois la loi votée par le Conseil constitutionnel ; le contentieux administratif est voué à se banaliser, en ne concernant plus que le fonctionnement quotidien des services. Enfin, le droit administratif est lui-même encadré par le droit constitutionnel¹⁰⁹ : l'intervention du juge constitutionnel a eu pour effet de constitutionnaliser des pans entiers du droit administratif, désormais soustraits au législateur ; c'est ainsi que la juridiction administrative a vu garantir son exis-

¹⁰³ F. Batailler, LGDJ, *Bibl. droit public*, tome 58, 1966.

¹⁰⁴ L. Favoreu, *Pouvoirs* n° 13, préc. p. 24.

¹⁰⁵ J.L. Autin, M.L. Pavia, T. Migoule, "Le rapprochement du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat", *Revue administrative*, n° 237, 1987, pp. 230 ss.

¹⁰⁶ On sait que le Conseil d'Etat a expressément reconnu dans l'arrêt du 20 décembre 1985 autorité de chose jugée à une décision du Conseil.

¹⁰⁷ En ce sens J.P. Costa, "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle", in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, LGDJ-Montchrestien 1988, pp. 134 ss.

¹⁰⁸ L. Favoreu, "Dualité ou unité d'ordres juridiques : le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ?", *Ibid.* p. 145.

¹⁰⁹ Comme le dit D. Rousseau (*op. cit.* p. 341), l'administration et le droit administratif "tirent leur existence et leurs propriétés d'une autre discipline, le droit constitutionnel".

tence (1987), son indépendance (1980) ainsi qu'une sphère propre de compétence (1987)¹¹⁰ - évolution d'autant plus saisissante qu'il y a quelques années encore, son statut était considéré comme réglementaire pour l'essentiel. La conclusion s'imposerait d'elle-même : subordonné et encadré par le droit constitutionnel, le droit administratif tend à devenir de plus en plus un simple droit d'application et le juge administratif est appelé à s'effacer devant un juge constitutionnel omniprésent.

Cette présentation est cependant trompeuse. D'abord, les relations entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont toujours été à double sens, le premier s'étant largement inspiré des méthodes du second (le contrôle de constitutionnalité apparaissant comme un contrôle de l'excès de pouvoir législatif) et ayant "reçu" un certain nombre de ses jurisprudences¹¹¹ : il y a donc influence réciproque des deux juridictions et stratégies de valorisation mutuelle, chacune conférant à l'autre le supplément de légitimité qui lui fait défaut ; tandis que le Conseil constitutionnel affermit la position du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel, celui-ci lui fait bénéficier du prestige qu'il tire de son histoire¹¹². Ensuite, comme l'a parfaitement noté Georges Vedel¹¹³, le Conseil constitutionnel n'a pas cédé au mirage du "pan-constitutionnalisme"¹¹⁴, qui l'aurait conduit à "faire dériver de la Constitution tout le droit positif dans les diverses branches du droit" : cette vision abstraite et naïve de la cohérence de l'ordre juridique est contredite par l'observation des conditions concrètes de formation du droit ; "loin de se construire par une cascade déductive de propositions, l'ordre juridique prend chair et se peuple par une série de relais et de médiations que le droit constitutionnel légitime et encadre mais ne pré-détermine que pour une petite partie". Enfin, et surtout, la constitutionnalisation des fondements du droit administratif ne saurait être confondue avec l'établissement de l'hégémonie du droit constitutionnel sur le droit administratif. Il convient à ce sujet de dissiper une équivoque qui résulte de la nouvelle définition du droit constitutionnel : dès le moment où d'une définition "organique" (aménagement des rapports entre les Pouvoirs publics) on passe à une définition "substantielle" (garantie des droits et libertés), les chevauchements avec un droit administratif, qui reste conçu en fonction d'un critère organique (le droit applicable à l'"administration"), assorti le plus souvent d'un critère matériel (règles dérogatoires au droit commun), deviennent inévitables ; le droit administratif est formé en effet d'un ensemble de règles qui se situent à des niveaux variés de la hiérarchie des normes (Constitutionnel, législatif, "supra-décrétal", réglementaire) ; la constitutionnalisation d'une règle change sa valeur, non pas sa nature. La jurisprudence du Conseil constitutionnel apparaît sous cet angle comme un *élément du droit administratif lui-même*, intégré à ce droit.

Ce constat amène à s'interroger plus généralement sur la portée du mouvement de constitutionnalisation des diverses branches du droit : comme le remarque justement Y.

¹¹⁰ L. Favoreu, "Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ?", *Mélanges Auby*, Dalloz 1992, pp. 111 ss.

¹¹¹ G. Vedel ("Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Mélanges Chapus*, Montchrestien 1992, p. 651) distingue la "réception-confirimation", la "réception-transposition", la "réception-partition" et la "reconnaissance sans réception" - comme pour les principes généraux du droit.

¹¹² J.L. Autin, M.L. Pavia, T. Migoule, préc. p. 347.

¹¹³ *Mélanges Chapus* préc. p. 670.

¹¹⁴ Dans le même sens, R. Badinter et M. Long, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat op. cit.* p. 29.

Poirmeur¹¹⁵, dès le moment où la jurisprudence constitutionnelle pénètre progressivement "par capillarité" les diverses branches du droit, on assiste à un mouvement d'appropriation de cette jurisprudence par les spécialistes de ces disciplines ; "ce sont les juristes spécialisés eux-mêmes qui assimilent les décisions du Conseil constitutionnel concernant leur discipline de prédilection, les interprètent et les concilient avec les principes qui prévalent dans leur secteur juridique particulier". La *diffusion* du "droit constitutionnel", rendue possible par le passage à une définition substantielle, entraîne dès lors un phénomène de *dilution*, qui risque d'être à terme un facteur de *dissolution* dans un droit public réuni¹¹⁶. Dans tous les cas, la classification des différentes branches du droit n'a pas de valeur en soi ; G. Vedel indiquait dès 1954 que la distinction du droit constitutionnel et du droit administratif n'avait d'autre valeur que pédagogique...

On voit ainsi que l'idée de crise du droit administratif doit être maniée avec prudence : la fin de l'hégémonie, au demeurant relative, dont il avait longtemps bénéficié ne signifie pas pour autant que la pression d'autres savoirs et les mutations du système juridique le privent de toute pertinence. Pièce maîtresse de la construction, symbolique et pratique, de l'Etat en France et plongeant de ce fait ses racines très profondément dans l'histoire, le droit administratif ne saurait être atteint sans que soit ébranlée la constitution même de l'Etat. En fait, l'histoire récente pourrait être lue à l'inverse comme le témoignage des facultés d'adaptation et de survie d'un droit capable de résister aux secousses les plus rudes et aux assauts les plus impétueux.

¹¹⁵ "Thèmes et débats autour du constitutionnalisme", in *Droit et politique*, PUF 1993, pp. 21-23.

¹¹⁶ Y. Poirmeur parle d'un droit constitutionnel "en voie de sectorisation".