

CHANGEMENT POLITIQUE ET DROIT ADMINISTRATIF

PAR

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université d'Amiens

Tenter d'évaluer l'impact du changement politique sur le droit administratif a, à première vue, peu de rapport avec une réflexion portant sur « les usages sociaux du droit » : le droit apparaît, dans cette perspective, moins comme un dispositif d'action que comme une surface d'inscription, enregistrant, avec plus ou moins de fidélité, les mouvements capricieux et récurrents qui agitent l'univers politique ; ce n'est pas le problème du recours au droit en tant qu'instrument d'action politique qui est posé, mais au contraire celui de l'utilisation du levier politique pour changer la norme juridique.

Néanmoins, et en dépit des apparences, on ne quitte pas avec ce thème la problématique relative aux usages sociaux du droit. L'hypothèse de départ qui sous-tend cette contribution est en effet que le changement constitue, de manière générale, un *analyseur privilégié* pour l'étude du phénomène juridique ; c'est lorsque le droit est confronté à des processus de changement qu'il révèle sa nature profonde, les fonctions qu'il remplit dans la vie sociale, les usages qu'en font les divers acteurs sociaux ; on peut alors percevoir à quoi il sert, mesurer le degré de dépendance et d'autonomie dont il dispose par rapport à la réalité sociale, évaluer la logique spécifique qui le régit ainsi que sa dynamique propre d'évolution. A l'épreuve du changement, le droit révèle ainsi son *ambivalence constitutive* : d'une part, en tant qu'héritage des luttes passées, incarnation des valeurs traditionnelles, dispositif d'encodage d'une normativité sociale préexistante, il apparaît comme un lieu de résistance au changement ; d'autre part, en tant que surface d'inscription des nouveaux équilibres sociaux, c'est aussi un vecteur indispensable pour réaliser, symboliquement et pratiquement, le changement. Cette ambivalence ressort avec une particulière acuité lorsqu'il s'agit du changement politique : placé dans un

rapport de contiguïté, d'immédiateté ou mieux d'adhérence au politique, le droit est en effet, pour le politique, à la fois une contrainte et un instrument d'action ; le changement activera cette double dimension, en conduisant à des usages complexes et contradictoires de la norme juridique, de la part des diverses catégories d'acteurs en lice.

1. La problématique habituelle des rapports entre le changement politique et le droit administratif tend à mettre l'accent sur la *continuité* d'un droit, dont les principes fondamentaux, les articulations essentielles auraient, en France, résisté à toutes les secousses politiques.

Cette thèse a été notamment défendue, dans un article célèbre¹, par Georges Vedel. Opposant la stabilité du droit administratif à l'instabilité du droit constitutionnel, G. Vedel constate une « très large indifférence du premier aux variations du second ». Certes, le droit administratif ne saurait, dans la mesure même où il repose sur des données d'ordre constitutionnel, rester insensible aux changements de régime politique ; cependant, les évolutions majeures qu'il a connues, non seulement se seraient produites de façon progressive et sans coupures brutales, mais encore seraient, en très grande majorité, détachables d'événements politiques : le droit administratif se présente ainsi comme un droit, non certes « immuable », mais « continu », et dont le développement serait largement indépendant du contexte politique. Ce « développement sans rupture » s'expliquerait, selon Georges Vedel, par la nature essentiellement jurisprudentielle de ce droit, qui aurait permis d'éviter des mutations brusques et spectaculaires : le juge administratif aurait été l'agent principal de préservation de la continuité du droit administratif, en confortant par là son prestige et son autorité. Cette situation serait pourtant en train d'évoluer : tandis que les progrès de la codification, souhaités par Georges Vedel lui-même², aboutissent à réduire l'importance du droit administratif jurisprudentiel, la situation se renverse en ce qui concerne le droit constitutionnel, du fait de la montée en puissance du juge constitutionnel³ ; tout se passe comme si le Conseil constitutionnel tendait à devenir, en se substituant au juge administratif, le véritable élément de garantie de la continuité du droit public.

Cette analyse comporte évidemment une large part de vérité, qu'il ne saurait être question de nier : elle montre notamment que l'existence d'un champ juridique fortement structuré et ayant conquis, du fait du prestige de ses professionnels, une large autonomie par rapport au pouvoir politique, constitue un puissant frein au changement politique ; et il est clair que le juge administratif a contribué par sa jurisprudence à amortir l'effet de certaines secousses politiques, en dotant la « Constitution administrative de la France » d'une stabilité plus grande que sa Constitution politique. Cette résistance au changement est très généralement considérée comme bénéfique, dans la mesure où elle aurait contribué à protéger les libertés fondamentales menacées par certaines dérives circonstancielles⁴ : ainsi la *sagesse* du juge se trouve-t-elle opposée aux « passions » d'hommes politiques prompts à s'affranchir des contraintes de l'« Etat de droit » ; le juge administratif aurait été par là la préfiguration de ces « sages » auxquels on tend de plus en plus à avoir recours, pour corriger les équations traditionnelles de la démocratie⁵.

2. La thèse ne paraît cependant pas entièrement convaincante, pour plusieurs raisons. D'abord, la résistance du juge administratif au changement politique n'a pas été guidée par le seul souci de préservation des libertés fondamentales : elle témoigne en réalité d'une « politique jurisprudentielle »⁶ dont les arcanes sont complexes et les effets ambivalents pour les administrés. Ensuite, cette résistance au changement n'a été que relative : le juge administratif a généralement évité, à quelques exceptions près (l'arrêt *Canal*, mais aussi à moindre degré l'arrêt *Barel*), de se mettre clairement en opposition avec le pouvoir politique et il n'a pu, pendant les périodes troublées (Vichy, Libération, guerre d'Algérie), qu'accompagner les évolutions, tout en s'efforçant de limiter certains excès ; le rétablissement de la légalité traditionnelle a été alors subordonné à des conditions d'ordre politique, placées hors de la sphère de compétence du juge.

Enfin, et surtout, l'idée même de continuité du droit administratif prête à discussion⁷ et apparaît insuffisante pour mesurer l'impact du changement politique. Elle se fonde sur la prise en compte de la seule jurisprudence : or, s'il est vrai que le droit administratif a été, et reste encore largement⁸, d'origine jurisprudentielle, on ne saurait le réduire à cette source ; une telle assimilation, qui a pour effet de consolider l'autonomie du champ des professionnels, en faisant l'impasse sur la généalogie politique du droit administratif, ne tient pas compte des processus réels de formation des normes qui ne sont pas le produit d'une sorte de génération spontanée mais passent bel et bien pour l'essentiel par la *médiation politique*. De la permanence de certains principes jurisprudentiels on ne saurait donc inférer l'idée d'une continuité du droit administratif dans son ensemble. Même distinguée de l'« invariance », cette continuité est en fait rien moins qu'évidente et relève peut-être d'un effet de perspective : dès l'instant où le point de vue s'élargit, par la prise en compte de l'évolution sur le long terme, on est amené à constater que le droit administratif a connu de profondes inflexions, touchant à sa finalité même ; et l'observation du droit administratif contemporain montre que certaines mutations sont peut-être en voie de se produire. Tout se passe comme si, derrière l'enveloppe formelle de concepts, par-delà des mécanismes procéduraux et en dépit d'un cadre institutionnel relativement stables, le droit administratif avait changé en profondeur : l'idée de *mutabilité* paraît tout aussi pertinente que celle de continuité pour rendre compte de son évolution ; et cette mutabilité ne saurait manquer d'être rapportée au changement politique, dès l'instant où l'on admet que celui-ci peut avoir des traductions et des expressions diversifiées – au niveau des pratiques, des règles du jeu ou des représentations.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille opérer un renversement radical des perspectives, en plaçant le droit administratif entièrement sous le sceau du changement : cette présentation ne serait pas plus légitime que la précédente, en conduisant cette fois à faire l'impasse sur les éléments de stabilité ; il s'agit seulement de repenser les rapports entre le changement politique et le droit administratif en termes différents, qui permettent de rendre compte de cette ambivalence. A la fois *agent du changement politique*, qui passe par sa médiation et s'inscrit dans ses règles, et *garant du maintien d'un ordre*, dont il fonde l'existence et assure l'efficacité, reformulé et adapté sans cesse, en

fonction des fluctuations conjoncturelles et des mouvements de fond qui agitent le politique, mais s'appuyant en même temps sur un corps de professionnels, caution de sa cohésion et de sa permanence, le droit administratif est placé *au cœur de processus contradictoires*, dont il convient de restituer la complexité.

– Contrairement à une tradition solidement ancrée dans la doctrine, qui a tendance à le concevoir comme « un ensemble clos, fonctionnant d'après des règles propres, comme indifférent au contexte historique dans lequel il est produit et se perpétue »⁹, le droit administratif doit être considéré comme un *enjeu essentiel du changement politique* : tout changement politique a en effet nécessairement un impact sur le droit administratif, soit qu'il agisse sur son contenu par la production de normes nouvelles, soit qu'il le prenne lui-même pour cible ; ainsi, le droit administratif est-il *exposé*, et non pas soustrait, au changement politique (I).

– L'existence cependant d'un *champ juridique spécialisé*, formé de professionnels du droit administratif, se réclamant de traditions bien établies et s'appuyant sur un savoir propre, agit comme élément de frein et de résistance au changement : les représentations, les valeurs, le référentiel que partagent ces professionnels, théoriquement investis d'un simple rôle d'application et de mise en cohérence du droit, les conduisent à amortir l'effet de certaines innovations politiques et à assurer la défense de certains principes ; le changement politique se trouve ainsi *médiatisé* par la logique qui préside à la structuration du champ du droit administratif (II).

– Cette pesanteur n'est cependant pas telle qu'elle exclue, non seulement toute perspective d'évolution, mais encore tout élément de discontinuité : la conjugaison de la pression politique et de facteurs internes de restructuration du champ du droit administratif alimente une *dynamique d'évolution* ; le droit administratif voit ainsi, à l'épreuve du changement politique, son contenu, sa structure et sa signification même profondément infléchis (III).

*
**

I. – L'ENJEU DU CHANGEMENT

Le rapport du droit à la politique est complexe : tout se passe comme si la norme juridique ne pouvait remplir pleinement sa fonction sociale qu'à condition que soient transcendés ses modes d'élaboration, occultées les conditions de sa production, effacées les traces de sa généalogie politique ; elle ne se présente plus alors comme le produit contingent d'un rapport de force politique circonstanciel, mais comme parée des attributs de la nécessité et de l'incontestabilité. Le « discours juridique » du législateur anonyme apparaît ainsi distinct du « discours politique » des parlementaires, même s'il vient s'appuyer sur lui pour conforter son efficacité symbolique¹⁰. L'*objectivation* de la règle de droit, la coupure entre le champ juridique et le champ politique devient la garantie de sa puissance normative. Cette disjonction est particulièrement frappante pour le droit administratif : l'insistance mise sur son « essence », ou du moins son « origine »¹¹, jurisprudentielle conduit à l'ériger en un corps de règles,

non seulement indépendantes des fluctuations politiques, mais encore s'imposant à tous les acteurs politiques ; ainsi un droit éminemment politique, puisque destiné à encadrer l'activité des organes de l'Etat, se transmue-t-il en un *droit méta-politique*, placé en dehors et au-dessus de la volonté capricieuse des gouvernants.

Si elle constitue un puissant facteur de légitimation dudroit administratif, cette présentation n'a que peu de rapports avec la réalité. La *dimension politique* du droit administratif s'impose à l'évidence. D'une part, dans la mesure où il fixe le cadre dans lequel l'administration est autorisée à se mouvoir, les prérogatives dont elle dispose et les contraintes auxquelles elle est soumise, le droit administratif touche directement aux conditions d'exercice de la puissance étatique et partant aux processus politiques : du contenu de ses règles découle un certain modèle de rapports entre l'Etat et la société. D'autre part, et par-delà cette fonction instrumentale, le droit administratif remplit aussi une fonction plus diffuse de légitimation du pouvoir d'Etat : l'existence d'un corps de règles autonomes contribue à ancrer dans les esprits la conscience de la spécificité de la sphère publique et de l'irréductibilité de l'Etat à toute autre institution sociale¹². Les notions fondamentales véhiculées par le droit administratif fournissent une image de l'Etat qui s'inscrit progressivement dans les représentations collectives. Cette dimension politique explique que le droit administratif soit le point d'application de stratégies et le terrain de luttes politiques. *Produit politique*, il a été la résultante d'affrontements politiques – conflits entre le pouvoir royal et les parlements, volonté d'affirmation de la puissance de l'Etat, progrès de l'idéal républicain – ; et sa construction va être infléchie, et parfois gauchie, au gré du déplacement des équilibres politiques « Composante à part entière de la réalité politique, doublement enracinée dans un temps et dans un espace »¹³, le droit administratif enregistre et retranscrit les mutations qui affectent cette réalité. Aussi le changement politique a-t-il inévitablement une incidence sur lui : en tant qu'il incarne et garantit l'ordre étatique ancien, le droit administratif ne peut manquer d'être sommé de s'adapter aux valeurs et représentations nouvelles qui envahissent l'univers politique ; l'infléchissement de ses normes devient à la fois un des moyens de réalisation pratique et une des manifestations symboliques du changement.

A) *La transcription juridique du changement politique*

La *médiation juridique* est indispensable pour inscrire le changement politique dans les faits et dans les mentalités : le droit constitue en effet le vecteur indispensable pour faire accéder un projet politique au réel, en le transcrivant en termes d'obligation juridique et en le parant des attributs de la normativité ; le passage par le droit permet, non seulement de mobiliser la puissance de contrainte dont il est investi pour atteindre les objectifs fixés, mais aussi d'utiliser pleinement les ressorts de la dogmatique juridique pour inculquer la croyance dans le bien-fondé des nouvelles orientations politiques¹⁴. Le droit a pour fonction de *fixer le changement*, sur le double plan instrumental et symbolique, en assurant sa traduction tangible, en le projetant dans la durée, en l'érigeant en nouveau cadre axiologique et pratique par rapport auquel se situera toute action individuelle et collective.

Le droit administratif constitue à cet égard un instrument privilégié, dans la mesure où il commande toute l'armature de l'Etat et détermine ses possibilités d'intervention sociale : ce n'est pas seulement en effet l'enveloppe formelle de l'action de l'Etat, un contenant neutre susceptible de recevoir et de recouvrir n'importe quel type de contenu ; ses normes reflètent et expriment aussi une certaine conception de l'ordre politique et social historiquement située. L'adaptation du droit administratif apparaît dès lors comme l'une des conditions fondamentales du changement politique : c'est par elle que celui-ci acquiert consistance et matérialité, par la transformation des modes d'organisation et de fonctionnement de l'Etat ; et elle sert aussi d'indicateur et de témoin, en permettant de prendre la mesure de l'innovation politique.

1) *Action politique et réformes administratives*

Le concept de changement politique est équivoque et recouvre plusieurs niveaux différents de significations. Au niveau le plus élémentaire, le changement politique s'exprime par la modification des modes d'action politiques, c'est-à-dire par l'engagement de politiques nouvelles, destinées à mieux répondre aux attentes sociales. A cet égard, le politique apparaît placé sous le signe du changement, qui constitue pour lui une véritable contrainte axiologique : instance de régulation, dont l'intervention, liée à la défaillance des autres positifs existants, est requise pour satisfaire certains besoins, résoudre certains problèmes, dénouer certains conflits, le politique est tenu d'ajuster en permanence ses décisions et ses actions ; et la logique concurrentielle qui préside à la structuration du champ politique, en contraignant les acteurs à se différencier les uns des autres par la spécificité des produits politiques qu'ils offrent¹⁵, contribue à entretenir une dynamique permanente d'évolution. Toute politique est donc par essence même innovatrice, pratiquement mais aussi symboliquement : visant à agir sur le réel, en produisant une série d'effets tangibles, elle modifie toujours de quelque façon, à quelque degré, le sens des actions précédentes, par la définition d'orientations nouvelles, censées être mieux adaptées aux problèmes à résoudre ; mais le réaménagement incessant des politiques publiques est aussi là pour attester de l'aptitude des élus à répondre aux attentes sociales, en améliorant l'efficacité des actions menées. Même si cette rhétorique du changement ne saurait être prise au pied de la lettre, la part d'innovation contenue dans les politiques publiques étant en réalité limitée en raison du poids de contraintes diverses, il n'en reste pas moins qu'elle constitue une des dimensions essentielles du politique.

Ces politiques nouvelles touchent inévitablement aux structures et aux modes d'action administratifs, soit de manière incidente, soit que l'administration soit elle-même le terrain d'application privilégié de ces politiques. J.L. Quermonne a ainsi montré¹⁶ que les « politiques institutionnelles », dont « l'objet principal » est la production, la transformation ou le dépérissement d'institutions publiques ou privées constitue une des catégories majeures, bien que peu étudiées, des politiques publiques, présentant un certain nombre d'aspects spécifiques : ces politiques qui, tantôt tendent à créer et à mettre en œuvre des institutions nouvelles dans l'ordre constitutionnel ou administratif (politiques *constitutives*), tantôt cherchent à remodeler des institutions préexis-

tantes afin de les développer ou de les transformer (politiques *réformatrices*), tantôt enfin se contentent de poser des règles ou de définir des statuts (politiques *régulatrices*), supposent en effet le recours à des instruments et à des méthodologies particuliers ; dans toutes ces hypothèses, le droit constitue un enjeu majeur, dans la mesure où le changement est alors traduit en termes de *statut juridique* à définir, à refondre ou à adapter. Ces politiques ont donc un impact direct sur le *contenu* du droit administratif, en modifiant les règles applicables aux organismes administratifs mais encore, et plus profondément, le cadre juridique qui préside à la construction et à l'agencement de l'appareil administratif.

Ce constat, particulièrement net pour le droit administratif « organique », qui apparaît comme la cible d'élection du changement politique, peut être étendu à l'ensemble des réformes touchant de près ou de loin à l'administration. L'administration se caractérise en effet par une *juridicisation* poussée : elle se présente comme tout entière coulée dans le moule du droit, qui modèle son organisation interne et constitue son mode privilégié d'action en direction de la société¹⁷. Le droit a pour l'administration une double fonction, à la fois organisationnelle et opérationnelle. Sur le plan interne, c'est lui qui organise la vie administrative et assure à l'administration sa cohérence et son unité : il cimenter l'institution administrative, en la soumettant à des règles communes, en définissant la situation des agents, l'agencement des emplois, l'articulation des fonctions, en établissant les liens nécessaires entre les éléments constitutifs ; il garantit aussi la cohérence de l'action, en répartissant les compétences et en fixant la hiérarchie des organes. Quant à l'action en direction de la société, elle ne pourrait s'accomplir sans la médiation du droit, vecteur privilégié des relations que l'administration entretient avec les administrés. Cette juridicisation intégrale, par laquelle tout ce qui touche à l'administration est exprimé en termes juridiques, explique que le réformisme administratif passe nécessairement par la médiation du droit : pas de réforme administrative concevable sans modification du cadre juridique par lequel l'administration s'inscrit dans la réalité sociale et qui la *constitue* comme entité agissante ; ainsi, le contenu du droit administratif est-il voué à être sans cesse remodelé – modifications imperceptibles ou inflexions plus sensibles – au fil des politiques nouvelles par lesquelles s'exprime le volonté politique. Mais les secousses peuvent être d'intensité plus forte.

2) *Discontinuités politiques et ruptures administratives*

Le changement politique ne se manifeste pas seulement sous la forme de ces réajustements continus et incessants dans les dispositifs d'action étatique inhérents à la fonction même du politique ; il se traduit aussi par des ruptures plus profondes qui affectent l'édifice institutionnel, les équilibres politiques ou encore les valeurs et représentations qui sous-tendent la construction politique ; qu'elles soient brutales ou progressives, ces mutations s'appliquent en tout premier lieu à l'Etat, dont elles tendent à modifier la rationalité de fonctionnement, et donc à l'administration qui en est l'expression. L'administration ne saurait prétendre rester à l'écart d'un tel changement, en assurant la perpétuation de ses modes d'action traditionnels : elle en subit directement l'impact, à

travers des réformes statutaires redéfinissant le cadre juridique qui lui est applicable ; c'est donc par le vecteur juridique que le changement politique pénétrera dans l'administration.

Cette incidence du changement politique sur le droit administratif est évidente en cas de rupture constitutionnelle. Comme G. Vedel l'a lui-même montré¹⁸, dans la mesure où la Constitution est au sommet de la pyramide des normes et définit l'ordonnement des pouvoirs dans l'Etat, il y a nécessairement à la base du droit administratif des données d'ordre constitutionnel : aussi les mutations constitutionnelles ne peuvent-elles être indifférentes et ont-elles inévitablement des prolongements dans le droit administratif ; tout changement de Constitution implique une redéfinition globale de l'édifice étatique, qui s'étend à l'administration. La « Constitution administrative » est donc indissociable de la « Constitution politique » et elle évolue avec elle. Cette constatation est aisément vérifiable si l'on suit les méandres de l'histoire constitutionnelle française : dès la Révolution apparaît une vision nouvelle d'une administration subordonnée à la Loi, qui modifie profondément les perspectives par rapport à l'Ancien régime ; les étapes importantes dans la construction du droit administratif seront franchies à la faveur de tournants constitutionnels, notamment sous les Seconde et Troisième Républiques, manifestant les progrès du libéralisme politique et de l'idéal républicain ; et, à l'inverse, le retour à un régime politique autoritaire, ou fondé sur une volonté explicite de rupture avec certaines traditions républicaines (Vichy), entraînera la remise en cause de certains acquis. La Constitution de 1958 montrera une fois encore l'importance du cadre constitutionnel sur les équilibres du droit administratif : la redéfinition de la hiérarchie des normes, la détermination de nouveaux équilibres entre les pouvoirs publics, la mise en place d'une juridiction constitutionnelle auront notamment des effets sensibles sur le droit administratif. En fait, les séismes constitutionnels, parce qu'ils ébranlent l'édifice étatique dans son ensemble, ignorent les lignes de démarcation artificiellement tracées entre les institutions administratives et les institutions politiques, ou entre le droit administratif et le droit constitutionnel ; les ondes de choc qu'elles suscitent se propagent à travers l'Etat tout entier.

Les discontinuités politiques ne passent cependant pas toujours par des bouleversements d'ordre constitutionnel. Le déplacement des équilibres politiques et l'accès au pouvoir d'équipes nouvelles animées par une volonté délibérée et résolue de rupture avec le passé auront des conséquences tout aussi fortes sur l'administration et sur son statut juridique. En l'absence de réformes touchant à l'organisation des pouvoirs publics, le volontarisme politiques tend en effet à se reporter sur l'appareil d'Etat, en cherchant à en modifier les principes d'agencement et les modes d'intervention : l'administration apparaît alors comme le lieu où se polarise la volonté de changement et le terrain d'expérimentation de nouveaux équilibres sociaux ; et le droit administratif devient le point de passage obligé de réalisation du projet réformateur. 1981 a constitué sur ce plan un moment privilégié, en permettant de mesurer l'impact d'un changement purement électoral sur la construction du droit administratif : au-delà des importantes réformes opérées par exemple en matière d'organisation territoriale ou de fonction publique, qui modifient sur des points

essentiels le contenu des règles applicables et vont jusqu'à remettre en cause certains principes solidement ancrés comme celui de latutelle, on a vu en effet le droit administratif prendre une dimension nouvelle à travers la politique de « restauration du service public » ou la volonté d'« instauration d'une nouvelle citoyenneté »¹⁹ ; le droit administratif s'est ainsi trouvé investi d'un rôle majeur dans les processus de changement, en devenant à la fois le point d'application de celui-ci et son agent de réalisation.

Enfin, il convient de tenir compte des mutations plus lentes et plus profondes aussi qui, modifiant progressivement les pratiques et les représentations politiques, finissent par contaminer le droit administratif. C'est ainsi qu'au cours du XX^e siècle, « l'expropriation de la Loi » et « l'avènement de l'Etat plan »²⁰ ont remis en cause certains des équilibres fondamentaux sur lesquels reposait le droit administratif classique. La montée en puissance de l'Exécutif, traduite par une emprise croissante sur les processus de création du droit, a entraîné une crise profonde du principe de légalité ; et le droit administratif a dû s'adapter à cette mutation par un élargissement des sources et une adaptation du contrôle. De même, le développement de l'emprise de l'Etat sur la vie économique et sociale s'est doublé d'une adaptation des techniques et des instruments d'intervention. Mais le droit administratif subit aussi les contre-coups de l'avènement de nouvelles représentations qui transforment le sens de son institution et influent sur le jeu de ses mécanismes : l'épanouissement à la fin du siècle d'une idéologie libérale misant sur le droit pour limiter la puissance de l'Etat a ainsi conduit à une véritable refondation du droit administratif ; de même, la pénétration à partir de la fin des années soixante de l'idéologie de l'efficacité au cœur du droit administratif a contribué à faire évoluer aussi bien le contenu des règles que les procédés de contrôle²¹.

Si le changement sert ainsi de dispositif de transcription indispensable pour réaliser le changement politique, l'enjeu politique qu'il comporte apparaît de manière explicite lorsqu'il est placé au centre du débat politique.

B) *Le droit administratif, cible du débat politique*

La nécessité de passer par la médiation du droit administratif pour donner au changement politique sa véritable portée témoigne tout à la fois de son importance sociale et politique et du degré d'autonomie qu'il comporte : incarnation de l'ordre ancien mais aussi moyen de réalisation de l'ordre nouveau, le droit administratif n'apparaît pas comme un outil neutre, un support passif, un simple vecteur susceptible de véhiculer n'importe quelles options et de servir à n'importe quel profit politique ; non seulement sa *viscosité* peut être une entrave au changement, mais encore il se présente comme porteur de certaines valeurs, *poisseux* d'idéologie, qu'il permet d'inscrire dans le réel par les vertus de la dogmatique juridique. Dès lors la problématique tend à se déplacer : le droit administratif devient l'objet sur lequel il faut agir, la cible même du changement politique ; quittant la pénombre protectrice dont il s'entourait, lui qui se prétendait accessible aux seuls initiés, il se trouve brutalement exposé aux regards, sujet aux controverses et promu au rang d'enjeu politique.

1) *L'existence du droit administratif*

Même si la France paraît être le pays d'élection du droit administratif et si l'institution d'un juge distinct pour statuer sur les litiges administratifs peut être à juste titre²² considéré comme l'un des aspects de la « conception française de la séparation des pouvoirs »²³, il est frappant de constater que le débat politique sur les mérites de l'un et de l'autre n'a pratiquement jamais cessé : tout se passe comme si les élus, loin de partager l'enthousiasme des professionnels sur les vertus d'un système « que le monde entier nous envie », restaient assez largement sceptiques sur son bien-fondé ; les liens avec le barreau²⁴, le monde des affaires ou encore le milieu ouvrier favorisent une vision critique vis-à-vis d'un droit perçu comme dérogoire au droit commun. Alimentées en permanence par le constat de certaines dysfonctions engendrées par le dualisme des ordres juridictionnels et de certaines insuffisances de la jurisprudence administrative, ces interrogations seront avivées à partir du moment où le système de droit administratif apparaîtra, soit intrinsèquement, soit par les engagements prêtés, à tort ou à raison, au juge, comme un obstacle à la réalisation d'un dessein politique. Cette *politisation*, qui efface la ligne de démarcation soigneusement tracée entre champ juridique et champ politique, joue le rôle d'un révélateur, en mettant en pleine lumière les enjeux politiques sous-jacents à l'institution du droit administratif.

Dès l'origine à vrai dire, le droit administratif a émergé dans un climat de conflictualité politique, puisqu'il est sous l'Ancien régime l'enjeu des luttes acharnées opposant le roi, qui entend se réserver l'exercice exclusif de la fonction administrative et la connaissance des litiges qui s'y rattachent, et les parlements, qui, se posant de plus en plus en représentants de la « Nation », cherchent à contrôler tous les actes du pouvoir royal et à s'immiscer dans l'administration active ; la consécration de règles dérogoires et la naissance d'un contentieux administratif échappant à la compétence des parlements sont par-là même indissociables du développement d'un absolutisme monarchique excluant tout réel contre-pouvoir. La construction en l'an VIII, après l'intermède révolutionnaire, d'un système complet de droit administratif, constituant l'armature juridique de l'Etat et destiné à garantir son unité, représente en fin de compte le couronnement de cette ambition : le droit administratif apparaît comme le symbole éclatant de la toute puissance de l'Etat et des particularismes de son statut social ; aussi n'est-il pas surprenant qu'il fasse l'objet pendant la première moitié du XIX^e siècle des critiques persistantes des libéraux, qui dénoncent notamment avec vigueur l'existence d'une juridiction administrative²⁵. A la Restauration et sous la Monarchie de Juillet, la juridiction administrative est l'objet de vives attaques et le renvoi aux tribunaux civils de toutes les affaires du contentieux administratif est fréquemment souhaité : le régime administratif est perçu comme une survivance de l'absolutisme monarchique et impérial, incompatible avec les progrès du libéralisme politique. Après l'apaisement temporaire des controverses, le débat est relancé en 1870 avec la fin du Second Empire : la juridiction administrative est alors à nouveau en grand péril²⁶ et si en définitive elle survit, c'est au prix de profondes transformations – et notamment de l'abandon de la justice retenue. Le renforcement progressif de l'indépendance du juge administratif ne mettra pas fin à toute contestation.

D'un côté, les réformes réalisées restent insuffisantes aux yeux de ceux pour qui la juridiction administrative est affectée d'un vice congénital, l'idéal étant l'unité de juridiction : les interventions parlementaires et les propositions de loi en ce sens ne se tarissent pas ; et l'adoption de textes déplaçant les règles de répartition des compétences au profit des tribunaux judiciaires²⁷ traduit la persistance d'une certaine méfiance à l'égard d'un juge administratif censé être trop proche du pouvoir. Le mouvement s'est poursuivi récemment avec le transfert, après un premier essai infructueux²⁸, à la juridiction judiciaire du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (loi du 6 juillet 1987) et la tentative avortée visant les mesures de reconduite des étrangers à la frontière²⁹. De l'autre, l'indépendance acquise par le juge administratif a introduit des germes nouveaux de conflit avec le pouvoir politique : les vives réactions, après l'arrêt *Canal*, du général de Gaulle, qui allait jusqu'à envisager dans un premier temps la suppression pure et simple du Conseil d'Etat, ne sont que l'une des manifestations visibles d'une tension latente ; du côté des gouvernants aussi le système de droit administratif a cessé de relever de l'évidence.

Le mouvement de contestation du droit administratif a pris une dimension nouvelle depuis la fin des années soixante-dix³⁰. La crise de l'Etat providence qui commence alors à se manifester³¹ ne pouvait manquer de se répercuter sur le terrain juridique, en entraînant la mise en cause du cadre juridique sur lequel l'Etat a assis, pratiquement et symboliquement, son autorité : le droit administratif a eu trop partie liée avec l'Etat providence, en témoignant de sa spécificité irréductible par rapport aux autres organisations sociales, en propageant par ses concepts mêmes la croyance en sa suprématie, en parant sa puissance des attributs de la normativité, pour ne pas en partager de quelque façon le discrédit³² ; et le débat juridique transcrit ici de manière transparente les termes du débat socio-politique. On reproche d'abord 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'Etat³³ ; or ce modèle étatique de régulation sociale serait désormais frappé d'obsolescence, les normes produites par l'Etat s'avérant en fin de compte moins efficaces que la « main invisible » du marché. L'existence du droit administratif aurait aussi pour effet négatif de conduire à une nette différenciation des principes de gestion publique et privée, et par suite à faire de l'administration un îlot à part dans la société : or, non seulement l'extension de la logique du marché, notamment au niveau européen, impose la réduction de ces éléments de spécificité, mais encore l'administration est invitée à s'inspirer des valeurs du privé ; l'amélioration de ses performances et de ses résultats passerait dès lors par la mise en cause de ses privilèges et par sa soumission au droit commun. Le droit administratif tend ainsi à être perçu comme un ensemble de règles rigides et obsolètes, bloquant l'indispensable modernisation administrative et freinant le dynamisme économique et social ; et 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 »³⁴ : formant « une classe à part de juristes d'Etat par laquelle le pouvoir

a pu asseoir sa domination »³⁵, les juges administratifs seraient un obstacle à la constitution d'un authentique pouvoir judiciaire. Aussi le rapprochement progressif des deux ordres juridictionnels serait-il souhaitable. Fortement exprimée à droite, cette critique du droit administratif est formulée aussi à gauche³⁶ ; elle débouche moins sur une proposition, peu réaliste, d'abolition pure et simple du droit administratif que sur un souhait d'infléchissement de ses principes.

2) *La conception du droit administratif*

Le débat politique sur l'existence du droit administratif comporte une large *dimension rhétorique* : la dénonciation des privilèges indus qu'il conférerait à l'administration et le souhait que soit instaurée une réelle égalité des fonctionnaires et des administrés, par l'application des mêmes règles et la soumission au même juge, flattent trop les attentes du public pour ne pas ressurgir périodiquement dans les discours politiques ; mais les seules mesures effectives prises dans cette voie consistent en des réajustements contingents et somme toute limités des zones de compétence imparties à chacun des ordres juridictionnels. Néanmoins, ce débat sert à alimenter un autre débat visant cette fois le contenu même du droit administratif : brandie comme menace, la solution du droit commun et de la compétence judiciaire est utilisée aussi comme point de référence pour définir le sens des évolutions souhaitables ; sans remettre en cause l'existence même du droit administratif, il conviendrait de le rapprocher du droit commun en atténuant certaines de ses spécificités³⁷.

Cette structuration du débat est apparue dès l'origine³⁸ à propos de la juridiction administrative : alors que les partisans de la thèse de l'unité de juridiction s'opposent aux tenants de la thèse selon laquelle « juger l'administration c'est encore administrer », c'est une troisième thèse « quasi judiciaire », favorable au maintien de la juridiction administrative mais en lui conférant les mêmes garanties d'organisation et de procédure que la juridiction judiciaire, qui finira par l'emporter : les réformes successives qui s'attachent, tout au long du XIX^e puis du XX^e siècles, à conforter l'indépendance de la juridiction administrative s'inspirent toutes d'un modèle judiciaire dont il s'agirait de transposer les principes essentiels à la justice administrative. Cette problématique est encore sous-jacente à travers les critiques adressées au système actuel de juridiction administrative, qui comporterait une série de failles, par lesquelles l'arbitraire administratif est subrepticement réintroduit³⁹ : les règles de procédure dérogatoires, la timidité de certaines solutions jurisprudentielles notamment en matière de responsabilité, la réticence du juge à pousser trop loin son contrôle dans les domaines politiquement sensibles, sa répugnance à contraindre l'administration traduiraient un relatif sous-développement du contentieux administratif ; et le juge administratif est invité à se montrer plus exigeant et plus rigoureux⁴⁰. Plus généralement, une pression politique permanente s'exerce en faveur d'une atténuation de tout ce qui pourrait évoquer dans le droit administratif l'idée de privilège et d'un rééquilibrage de la relation administrative.

Le droit administratif s'est ainsi trouvé depuis la fin des années soixante-dix exposé à un vaste mouvement de réévaluation de ses acquis et de mise en cause

de ses procédures : à droite comme à gauche, l'accent est mis sur la nécessité d'étendre les garanties qu'il donne aux administrés, en instaurant des rapports plus égalitaires ; communs à l'ensemble des forces politiques, les thèmes de la « participation » et de la « transparence »⁴¹ entendent notamment rompre avec l'unilatéralité et le secret et l'adoption des importantes lois de 1978-79 montre que ces thèmes ne resteront pas lettre morte. Déjà inscrite dans le discours de Blois du 7 janvier 1978, cette inspiration se retrouvera après 1981. Au cœur du projet visant à « jeter les bases d'une nouvelle citoyenneté », il y a en effet l'idée de « rendre l'Etat aux citoyens », en rompant avec des structures administratives « qui n'ont en fait cessé de se durcir depuis l'Empire » et en offrant « à la démocratie quotidienne, partout où ce sera possible, de nouveaux espaces de liberté et de responsabilité »⁴² : la décentralisation des responsabilités, l'avènement de nouveaux rapports avec les usagers, la transformation du statut des fonctionnaires sont quelques-unes des orientations qui vont conduire à modifier certains des équilibres du droit administratif ; et, plus directement encore, mettant en cause l'idée d'inégalité sur laquelle le droit administratif a été construit, P. Mauroy pouvait aller jusqu'à s'interroger sur « l'intérêt de conserver aujourd'hui des notions telles que "pouvoir discrétionnaire" ou "acte unilatéral", à une époque où concertation et négociation sont devenues des règles de conduite politique »⁴³. Dans le même sens, la circulaire du 25 mai 1988, par laquelle M. Rocard fixe à l'intention de ses ministres un véritable « code de déontologie gouvernementale », contient une vision nouvelle d'un droit administratif, fondé sur « le respect de la société civile », préférant aux arguments d'autorité des « négociations réelles, loyales, méthodiques et s'il y a lieu formalisées par des conventions » et excluant toute « prolifération anarchique et incontrôlée des normes ». Ces tendances récentes ne sauraient pourtant conduire à oublier que des conceptions opposées ont été, à d'autres moments de l'histoire politique française – et notamment sous le régime de Vichy –, avancées, le droit administratif redevenant alors un moyen d'affirmer l'autorité sans partage de l'Etat, au détriment des garanties offertes aux administrés.

Même lorsqu'il devient ainsi la cible du débat politique et que des réformes tendent à modifier ses équilibres, le changement reste relatif ; le droit administratif n'est pas en effet une matière malléable, que le pouvoir politique pourrait remodeler à sa guise ; c'est aussi un *espace social*, formé d'acteurs au moins en partie autonomes, et disposant d'une capacité de réaction propre.

*
**

II. – LA RÉSISTANCE AU CHANGEMENT

Poser le droit administratif comme enjeu du changement politique présuppose la *non-immédiateté* du rapport à la politique : s'il est le produit d'un rapport de force politique et s'il subit toujours plus ou moins l'impact du déplacement des équilibres politiques, le droit administratif n'en constitue pas moins un système, doté d'une consistance propre et qui tend à s'auto-perpétuer ; les politiques cherchent à agir sur lui mais sans disposer d'une entière

maîtrise et en n'étant jamais certains du résultat. Il y a bien, entre le droit administratif et la politique, une dialectique de relations en partie réversible, dans la mesure où le droit administratif peut, non seulement résister aux secousses politiques, mais encore freiner la réalisation du changement politique. Cette viscosité ne tient pas seulement aux caractéristiques formelles du droit administratif. Sans doute se présente-t-il comme un ensemble de normes cohérentes et hiérarchisées, agencées selon un certain « ordre » : toute modification du contenu de ces normes se heurte donc à des contraintes et doit obéir aux lois qui président à la structuration de cet ensemble ; l'ordonnement hiérarchisé des normes, corollaire de l'Etat de droit, pèse sur les processus de changement politique, canalise leur déroulement et limite leurs effets. Mais le fonctionnement de cet ensemble normatif ne répond pas seulement aux lois de la logique formelle : il ne peut être envisagé indépendamment des pratiques juridiques concrètes, dont il est tout à la fois l'objet, le produit et l'enjeu, et qui lui donnent sa véritable signification. Comme l'a montré Santi Romano ⁴⁴, l'ordre juridique n'est pas réductible à un ensemble de règles, mais recouvre aussi « les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent les normes juridiques, sans s'identifier à elles » : il convient dès lors de prendre en compte « la totalité de l'espace où se déploie le droit », en intégrant les éléments divers « dont l'agencement et l'interaction fournissent à tout ordre juridique positif reconnu comme tel les moyens de sa cohérence et de son fonctionnement », et notamment les « activités juridiques » ⁴⁵ ; ainsi la résistance du droit administratif au changement doit-elle être mise en relation avec la formation d'un champ juridique spécialisé, dont l'existence contribue à amortir l'impact des innovations politiques.

A) *La Constitution du droit administratif*

En tant que branche particulière du droit, le droit administratif constitue un « ensemble organique » ⁴⁶, une « totalité », dont les éléments se tiennent et s'emboîtent : les règles qu'il comporte sont liées entre elles, connectées, solidaires ; et les notions fondamentales sur lesquelles il repose forment un tissu conceptuel homogène, dont les parties sont indissociables. A la base du droit administratif, comme de tout droit ⁴⁷, il y a un principe d'ordre, une « logique », qui lui donne ses caractères propres et garantit sa cohésion : cette logique contribue à la fois à cristalliser l'identité spécifique du droit administratif par rapport aux autres branches du droit et à réaliser son unité positive sur le plan interne ; elle forme la clef qui détermine l'appartenance au droit administratif et le ciment qui unit ses différents éléments, en assurant la cohérence de leur articulation. Cette systématique n'est cependant pas le produit d'une génération spontanée : elle résulte aussi de l'intervention d'agents actifs de systématisation, gardiens de la continuité et de la permanence des significations, qui travaillent à résorber les dissonances et à assurer le maintien de l'harmonie d'ensemble. La pratique du droit administratif prend ainsi la forme d'un jeu réglé de signes, un « étrange ballet intellectuel » ⁴⁸, dans lequel les oppositions, exprimées parfois avec véhémence, dissimulent mal une identité plus profonde, traduite par l'utilisation d'un langage commun et par l'adhésion aux mêmes normes de référence : le duo de la doctrine et de

la jurisprudence suppose l'acceptation d'une même tonalité ; et les divergences doctrinales contribuent à alimenter la dialectique du droit administratif et à enrichir sans cesse la subtilité de ses représentations. Ainsi, le droit administratif et à enrichir sans cesse la subtilité de ses représentations. Ainsi, le droit administratif apparaît doté d'une véritable *Constitution*, forte armature symbolique et pratique, solide charpente, dont le poids réduit la portée des innovations politiques.

1) *La logique du droit administratif*

L'existence du droit administratif est fondée en France sur une certaine *représentation de l'Etat*, plongeant ses racines très loin dans l'histoire, qui constitue pour lui un point d'ancrage solide et durable, son *principe fondateur* : celle d'une spécificité irréductible de l'Etat au regard des autres phénomènes sociaux, et par suite de sa relation au droit. Parce qu'elle est placée du côté de l'Etat, chargée d'assurer l'exercice concret des fonctions étatiques, l'administration ne saurait être considérée comme un acteur social identique aux autres et le rapport qu'elle entretient au droit est nécessairement singulier. En tant qu'appareil d'Etat, l'administration est en effet investie du pouvoir de mettre en œuvre, de gérer, d'instrumenter la contrainte, sous son double aspect juridique et matériel. Sans doute, la construction de l'Etat de droit a-t-elle eu pour effet de soumettre cette puissance au droit⁴⁹. Au cœur du système de l'Etat de droit, il y a le principe selon lequel les divers organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'un titre juridique : toute production juridique ou tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique préexistante ; l'exercice de la puissance apparaît comme une compétence encadrée par le droit. Ainsi, administration et administrés semblent-ils, à première vue, placés dans la même position par rapport au droit : également assujettis, à la loi, ils sont tenus de se plier à ses déterminations ; l'administration ne peut se mouvoir que dans les limites de son statut juridique. Cependant, la relation au droit n'en est pas moins foncièrement différente : pour l'administration, le droit n'est pas seulement en effet une contrainte, mais aussi un instrument d'action ; il lui permet d'agir tout autant qu'il limite sa puissance. Aussi ne saurait-elle, dans la tradition française, être soumise au même droit, et par suite au même juge, que les particuliers : elle doit être régie par des règles particulières, qui ne sauraient être correctement appréciées que par un juge spécial.

Cette logique se dessine dès l'affirmation du pouvoir monarchique ; elle résistera aux secousses révolutionnaires, puis s'épanouira sous l'Empire, avant de se couler dans le moule de l'Etat de droit⁵⁰ : l'existence d'une juridiction administrative, condamnée dans le passé par les libéraux, est notamment jugée désormais compatible avec les exigences de l'Etat de droit, à condition toutefois que son indépendance soit comparable à celle des juridictions ordinaires⁵¹. Justifié par l'idée de spécificité étatique, le droit administratif contribue en retour à la conforter en permanence, sur le plan pratique et sur le plan symbolique : les règles particulières applicables aux activités administratives permettent de tracer une ligne nette de démarcation entre public et privé et de dessiner clairement les contours de l'Etat ; mais le droit administratif est aussi

le support de présentations établissant le bien-fondé de l'ordre étatique. Parallèlement à son contenu explicite, le texte juridique impose, par voie d'autorité, un ensemble de valeurs, dont la certitude ne saurait être mise en doute : il suffit qu'elles soient « enchâssées » dans la loi, pour devenir incontestables et sacrées⁵² ; de ce fait, le droit administratif apparaît comme un instrument privilégié pour inculquer les croyances indispensables à l'institutionnalisation de l'Etat. La perpétuation de cette logique, qui fait du droit administratif le produit durable d'un certain mode d'agencement du lien social et de construction symbolique du pouvoir, ne s'explique cependant que parce qu'elle est parvenue à s'ancrer dans un espace social au moins en partie autonome.

2) *Le champ du droit administratif*

L'émergence du droit administratif est indissociable de la formation d'un champ juridique spécialisé qui a été à la fois le produit et la condition de cette émergence : l'affirmation de la spécificité du droit applicable à l'administration a entraîné l'apparition de professionnels chargés de sa *mise en forme* et de sa *mise en œuvre* ; et l'intervention de ces professionnels a eu pour effet de transformer le droit administratif en une œuvre systématique en assurant la *mise en ordre* et la *mise en cohérence* des règles, par la suppression des contradictions, la résorption des écarts, l'élimination des dissonances. Le champ du droit administratif a donc été constitué, comme l'ensemble des champs juridiques, autour des opérations d'*application* du droit qui, exigeant la détention d'une compétence technique, est progressivement devenue l'apanage de spécialistes : une coupure tranchée s'est ainsi établie, en droit administratif comme ailleurs⁵³, entre « profanes » et « professionnels » du droit ; s'arrogeant le monopole du savoir juridique, les professionnels vont s'attacher à le renforcer 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. En l'espèce, cette opacité, particulièrement dense, remplit une fonction symbolique, en contribuant à entretenir le halo de mystère qui entoure l'Etat et à parer les « clercs », familiers des choses de l'Etat, d'une aura singulière : l'isolement du champ du droit administratif reflète ainsi et traduit symboliquement l'isolement social de l'Etat. S'il interdit de faire l'impasse sur les conditions de production politique des normes⁵⁴, ce principe de constitution du champ du droit administratif ne signifie pas pour autant qu'il soit cantonné dans une fonction purement subordonnée : toute application du droit passe en effet par un mécanisme d'interprétation, qui révèle la marge d'appréciation, la part de créativité, la faculté d'auto-détermination, dont disposent les professionnels du droit ; et le travail de systématisation effectué par eux pèsera comme contrainte dans les processus de production des normes, en imposant le maintien d'une certaine cohérence. Comme tout champ juridique, le champ du droit administratif doit donc être perçu 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 »⁵⁵ : même si le foyer des règles se situe à l'extérieur, leur effet pratique dépendra des significations

concrètes données par les « interprètes autorisés » du champ juridique ; et les producteurs du droit devront tenir compte du cadre de cohérence qu'ils ont tracé.

A l'instar des autres droits, le champ du droit administratif est structuré autour de *deux pôles* différents, mais renvoyant l'un à l'autre, formant *couple* et en fait indissociables : la doctrine et la jurisprudence. « D'un côté, l'interprétation tournée vers l'élaboration purement théorique de la doctrine, monopole des professeurs chargés d'enseigner ; de l'autre, l'interprétation tournée vers l'évaluation pratique d'un cas particulier, apanage des magistrats qui accomplissent des actes de jurisprudence »⁵⁶. Pour P. Bourdieu, ces positions de « théoricien », voué à la construction doctrinale, et de « praticien », cantonné dans l'application, qui résultent de la « logique spontanée de la concurrence entre différentes formes de compétence », seraient à la fois « antagonistes et complémentaires » : antagonistes, dans la mesure où elles sont à l'origine d'une « lutte symbolique permanente » entre détenteurs d'« espèces différentes de capital juridique » ; complémentaires, dans la mesure où elles constituent en fait une « forme subtile de division du travail de domination symbolique » – le travail de rationalisation et de systématisation doctrinal étant indispensable pour conférer aux décisions de justice l'efficacité symbolique leur permettant de produire leur plein effet. Le champ juridique reproduirait ainsi les lois qui président à l'agencement des différents champs sociaux – « espaces structurés de positions » constitués à partir d'enjeux et d'intérêts communs, mettant aux prises des agents s'appuyant sur la détention d'un capital spécifique⁵⁷. Sans revenir sur le substrat théorique qui sous-tend cette analyse⁵⁸, il convient néanmoins de noter que cette bipolarité présente en droit administratif un certain nombre de caractéristiques spécifiques. La structuration du droit administratif a été durablement modelée en effet par le poids particulier conquis par la jurisprudence : en l'absence de textes généraux, c'est le juge administratif qui a été amené à forger les grands principes autour desquels a été réellement construit le droit administratif ; et ce *travail fondateur*, dotant la jurisprudence d'un prestige sans égal, a laissé des traces profondes. D'abord, il a abouti à lier étroitement l'essor du droit administratif au développement du contentieux : parés d'une *aura* quasi magique⁵⁹, les « grands arrêts » du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits sont devenus progressivement, aux yeux des juristes, la source essentielle du droit administratif, en tenant « lieu à la fois de décisions de jurisprudence et d'articles de code »⁶⁰ ; « née sur les genoux de la jurisprudence »⁶¹, la jurisprudence a donc été vouée à se mettre « à l'école du juge »⁶², en adoptant à son égard une attitude *référentielle* et *révérentielle*. Le fameux « chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence » a donc été bâti sur un déséquilibre initial. Ensuite, il a favorisé la confusion des rôles, en donnant aux juges un rôle essentiel dans l'exercice de la fonction doctrinale : les premiers grands traités de droit administratif à la fin du XIX^e siècle⁶³ sont le fait de praticiens ; et cette tradition subsiste dans les revues actuelles de droit administratif où les chroniqueurs attirés sont souvent membres du Conseil d'Etat. Comme le constatait J. Rivero⁶⁴, la fonction doctrinale est en droit administratif « dans une large mesure, assumée, sinon par le même corps qui exerce aussi la fonction

juridictionnelle, du moins par des hommes qui appartiennent à ce corps et y ont souvent, en tant que juge, tenu une place essentielle » ; une « doctrine organique » coexiste donc avec la « doctrine universitaire »⁶⁵, en lui faisant une concurrence sévère. Sans doute, de grandes synthèses doctrinales seront-elles effectuées au début du siècle ; mais, outre que leur influence sur le jurisprudence restera en fin de compte limitée⁶⁶, ces « vastes édifices spéculatifs » tendront à être progressivement abandonnés au profit d'un strict positivisme, visant à coller au plus près à la jurisprudence⁶⁷ ; loin de signifier pour autant que le droit administratif soit livré à l'incohérence et à l'empirisme, ce positivisme traduit plutôt la très forte cohésion d'un champ dont les acteurs partagent le même référentiel et qui est dès lors porté à s'auto-perpétuer.

B) *La continuité du droit administratif*

Face à la dynamique de changement provenant du champ politique et passant par la production de règles nouvelles, les acteurs du champ du droit administratif vont s'efforcer de préserver la structuration d'ensemble et la cohérence globale de ce droit : le changement politique se heurtera, dès l'instant où il est transcrit en termes juridiques, à la logique qui préside à la construction du droit administratif ; il sera confronté aux stratégies déployées par les professionnels du droit, qui mobilisent les ressources juridiques dont ils disposent pour éviter des bouleversements trop brutaux⁶⁸ et assurer la continuité des significations juridiques. Ces stratégies passeront de manière préférentielle par un travail patient et subtil d'interprétation, visant à rendre les normes hétérodoxes compatibles avec les déterminations traditionnelles du droit administratif : les catégories existantes serviront de *filtre* à travers lequel le changement sera tamisé, les réformes décantées, les innovations édulcorées ; il s'agit de supprimer autant que possible les dissonances, de réduire les écarts, de colmater les brèches de nature à compromettre la cohésion du droit administratif. Le changement est donc intégré, mais coulé dans le moule existant. Néanmoins, le conflit de logiques peut prendre des formes plus explicites, en transformant le droit administratif en une sorte de *digue*, contre laquelle viendront se briser les vagues du changement.

1) *La canalisation du changement*

La résistance au changement se manifeste d'abord par un travail d'*interprétation* destiné à désamorcer le potentiel de subversion des principes du droit administratif que recèlent certaines innovations politiques : ce travail est mené par le juge administratif⁶⁹, avec le plein appui et la caution enthousiaste de la doctrine⁷⁰ ; la « valeur du système français de droit administratif » résiderait précisément dans cette aptitude à évoluer, tout en évitant des secousses trop brutales. Grâce à cette attitude du juge, le droit administratif aurait « pu constamment faire face aux transformations politiques que notre pays a connues »⁷¹, en préservant ses caractéristiques essentielles. Bien que juge de la légalité de l'action administrative, le juge administratif n'est donc pas désarmé devant la volonté du législateur⁷² ou même celle du constituant⁷³ : dès l'instant où la lettre le permet, il sera amené à interpréter le texte à la lumière

des principes traditionnels, en le vidant de son venin ; à défaut, il le considérait comme dérogeant à ces principes et devant faire l'objet, à ce titre, d'une interprétation stricte.

Le recours à ces techniques d'interprétation a ainsi permis au Conseil d'Etat d'atténuer la portée des innovations les plus spectaculaires de la Constitution de 1958 et de les rendre compatibles avec les principes traditionnels du droit public : attaché à la structure ancienne de l'ordre juridique il n'a pas hésité à se référer aux règles classiques d'organisation des pouvoirs pour limiter la portée du changement constitutionnel. Apparemment, la Constitution de 1958 bouleversait de fond en comble la pyramide des normes, en revenant sur la primauté de la loi, aussi bien à l'égard de l'Exécutif que par rapport aux traités. L'émancipation de l'Exécutif était la plus grave, puisque mettant en cause le principe de légalité et risquant par-là même de saper les fondements de l'Etat de droit. Le Conseil d'Etat a paré à ce danger en maintenant l'Exécutif dans une position juridiquement subordonnée : appliquant une jurisprudence ancienne relative aux périodes de confusion des pouvoirs, il a coulé les décisions prises au titre de l'article 16 dans le moule de la hiérarchie des normes, en différenciant leur régime juridique (*Rubin de Servens*, 1962) ; il a ensuite transposé aux ordonnances prises sur habilitation législative (*Fédération Nationale des Syndicats de Police*, 1961) ou référendaire (*Canal*, 1962) la jurisprudence inaugurée en matière de décrets-lois, ce qui était loin de relever de l'évidence, en les considérant jusqu'à leur ratification comme des actes administratifs soumis à son contrôle⁷⁴ ; enfin, et surtout, en se déclarant compétent pour connaître des règlements autonomes et en les soumettant aux principes généraux du droit (*Syndicat général des ingénieurs-conseils*, 1959), il a fait prévaloir la hiérarchie traditionnelle entre loi et règlement et donné tort à ceux qui avaient pu croire un instant que l'article 37 avait hissé le pouvoir réglementaire au niveau du pouvoir législatif, en le transformant de surcroît en pouvoir normatif de droit commun⁷⁵. En ce qui concerne les traités qui, d'après l'article 55 de la Constitution, avaient « une autorité supérieure à celle des lois », le Conseil d'Etat s'est, à la différence du juge judiciaire, longtemps refusé (*Syndicat général des fabricants de semoule en France*, 1968) à tenir compte de cette primauté et ce n'est que très récemment (20 octobre 1989) qu'il a fini par accepter d'examiner l'argument de non-conformité d'une loi à un traité ; un long temps de latence et de maturation a donc été nécessaire pour que l'innovation de l'article 55 soit reçue en jurisprudence ; et le juge administratif s'est efforcé de limiter les perturbations provoquées dans l'ordre juridique français par la construction communautaire⁷⁶. De même, les nouvelles règles d'organisation des pouvoirs publics ont été interprétées par référence à une certaine tradition de séparation des pouvoirs, dont le juge administratif s'est institué le garant, par exemple en ce qui concerne la notion d'affaires courantes (*Brocas*, 1962) ou la conception de l'autorité judiciaire.

Particulièrement audacieuse en matière constitutionnelle, ces techniques d'interprétation sont d'usage courant en matière législative, où elles conduisent le juge administratif à relire les textes nouveaux par référence à une certaine tradition politique ou en fonction des catégories existantes du droit administratif : l'attachement à une idéologie d'inspiration libérale et aux valeurs républi-

caines le conduira ainsi à interpréter restrictivement, aussi bien les dispositifs interventionnistes (*Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, 1930), que les régimes d'exception mis en place à certaines époques troublées (Vichy, guerre d'Algérie)⁷⁷ – au moins dans une mesure compatible avec une certaine prudence politique ; de même, les organismes nouveaux apparus au fil de la diversification des structures administratives (comités d'organisation, ordres professionnels sous Vichy, plus récemment autorités administratives indépendantes⁷⁸) seront rangés dans les rubriques habituelles de l'organisation administrative, au prix d'une certaine adaptation. Mais la logique du droit administratif peut être aussi un obstacle à la réalisation du changement politique.

2) *Les limites du changement*

Le recours aux techniques d'interprétation constitue en fait un compromis entre les logiques contradictoires à l'œuvre dans le champ de la politique et dans celui du droit administratif : son statut interdit au juge administratif de s'opposer de front au changement, dans la mesure où celui-ci est traduit en termes constitutionnels ou législatifs ; il se borne à le canaliser, en s'efforçant de le rendre compatible, sous couvert d'interprétation, avec les traditions dont il se fait le garant. Même si l'interprétation donnée aboutit bien à limiter la portée du changement politique⁷⁹, le conflit ne se manifeste pas de manière explicite⁸⁰.

La résistance opposée au changement ressort plus nettement à partir du moment où le juge va fixer lui-même une série de limites au pouvoir politique, en lui imposant le respect de certains principes. Expression du pouvoir normatif du juge administratif, la construction de la théorie des « principes généraux du droit » est apparue ainsi comme un garde-fou, destiné à interdire certaines dérives politiques ; ce n'est pas le fait du hasard si cette théorie inaugurée en 1913 connaîtra un développement particulier entre 1940 et 1960 : tout se passe alors comme si le juge administratif s'efforçait d'amortir les secousses brutales qui connaissent l'ordre juridique et suppléait une légalité devenue défaillante pour assurer la continuité des principes fondamentaux du droit public. La dimension créative de ce travail sera controversée : pour certains le juge se bornerait à « constater » l'existence de ces principes, en partant de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946, qu'il intégrerait ainsi *de facto* au droit positif ; mais l'analyse de la jurisprudence montre bien que la théorie des principes généraux du droit est véritablement le produit d'une démarche prétorienne d'un juge qui, s'il puise son inspiration dans ces textes, n'entend pas pour autant être lié par eux et se borner à transcrire docilement leurs prescriptions. Cependant, cette barrière érigée par la jurisprudence administrative n'a qu'une portée limitée, dans la mesure où ces principes peuvent être contredits par une loi : un travail créatif d'interprétation de la loi à la lumière de ces principes sera alors nécessaire pour éviter qu'ils ne soient purement et simplement écartés.

La consécration par le Conseil constitutionnel de la « valeur constitutionnelle » des principes contenus dans la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et corrélativement les « Lois de la République » a transformé les données du problème. Imposant au législateur le respect de ces principes, elle contribue à placer de solides barrières devant le changement politique : l'importance prise

par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment après 1981, atteste suffisamment que le changement politique est désormais placé sous haute surveillance ; dans la mesure où les principes fondamentaux du droit public sont mis hors d'atteinte, cette jurisprudence doit être considérée comme confortant la position du champ juridique par rapport à celui de la politique. Au regard du droit administratif, elle est pourtant ambiguë. Modifiant les équilibres entre le champ du droit administratif et le champ du droit constitutionnel – au prix de certaines tensions ⁸¹ –, elle tend à mettre le premier, dont la cohésion s'effrite sous l'action de forces centrifuges, sous la dépendance du second ; le droit administratif a incontestablement subi une nette perte de prestige, en se trouvant relégué au second plan derrière le droit constitutionnel. Néanmoins, la jurisprudence précitée a aussi pour effet de consolider le système français de droit administratif, en faisant de son existence une exigence d'ordre constitutionnel : après avoir (22 juillet 1980 et 12 septembre 1984) érigé l'indépendance de la juridiction administrative en principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil a (23 janvier 1987 et 28 juillet 1989) reconnu à celle-ci une sphère propre de compétence – l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique – ; ainsi le champ du droit administratif se trouve-t-il dorénavant constitutionnellement protégé et mis à l'abri du changement politique.

3) *La persistance des catégories fondamentales*

La continuité du droit administratif se traduit enfin, et plus profondément, par la stabilité de son cadre conceptuel ⁸². 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 ayant affecté la place de l'administration dans la société : suffisamment élastique pour s'adapter aux situations nouvelles, il est parvenu à préserver la continuité des significations du droit administratif. Ses assises stables, le droit administratif les trouve aujourd'hui comme hier dans les deux piliers, colonnes, poutres maîtresses, que sont la *puissance publique* et le *service public*. Construit sur ces deux notions fondamentales relatives, l'une aux moyens utilisés, l'autre aux buts poursuivis, le droit administratif reste tout entier appuyé sur elles : oscillant par un mouvement alternatif, pendulaire, au gré des écoles doctrinales et des tendances jurisprudentielles, d'une notion à l'autre, il les croise, les entrelace selon un équilibre variable et évolutif. La structure du droit administratif est donc *bipolaire* : elle est fondée à la fois sur la puissance et sur le service ; et cette structure contribue à enrichir la dialectique du droit administratif, en autorisant des renvois incessants et des croisements subtils. La soumission de l'administration à des règles et à des juges spéciaux est fondée aussi bien sur les moyens qu'elle peut mettre en œuvre que sur la mission qui lui est assignée ; le droit administratif est un droit de privilèges mais aussi de sujétions. Cette imbrication du service et de la puissance dans la pratique juridique est trop systématique pour avoir uniquement une raison d'être et une portée instrumentales ; elle ne peut se comprendre que si l'on tient compte de la dimension idéologique du

droit administratif : derrière les concepts fondamentaux qu'il utilise, c'est tout le système de légitimation de l'Etat qui est en jeu. Et la stabilité de sa structure conceptuelle est en même temps la garantie de la permanence des représentations sur lesquelles l'Etat fonde sa légitimité.

Cette résistance pratique et symbolique du droit administratif au changement ne doit cependant pas faire illusion ; elle ne saurait conduire à faire l'impasse sur les transformations qui l'affectent.

**

III. – LA DYNAMIQUE DE CHANGEMENT

Même si l'existence d'un champ juridique spécialisé contribue à amortir l'impact du changement politique, le droit administratif a connu d'importantes mutations qui, non seulement excluent toute idée de stabilité ou *a fortiori* d'invariance, mais encore sont peu compatibles avec la thèse d'une évolution continue, largement indépendante de la conjoncture politique : les tournants, les ruptures, les discontinuités abondent dès l'instant où l'on prend une vue globale de l'histoire du droit administratif et ces épisodes sont indissociables d'événements socio-politiques ; l'« âge d'or » du droit administratif, caractérisé par l'essor du contentieux et l'élaboration des grandes synthèses doctrinales, qui coïncide avec les débuts de la Troisième République, a été précédé par une longue période de maturation, pendant laquelle le droit administratif avait des caractéristiques très différentes⁸³, et sera suivi par une période de profonds bouleversements, vécus par la doctrine comme autant de signes de « crise »⁸⁴ annonçant le « crépuscule du droit public traditionnel »⁸⁵, corrélatrice à la transformation de la place de l'Etat dans la société. Le droit administratif a donc été soumis à une dynamique de changement, produit logique de sa perméabilité aux influences extérieures, qui s'est traduite par de sensibles inflexions.

A) *La perméabilité du droit administratif*

L'idée selon laquelle existerait une forte différenciation entre les champs politique et juridique, dont les acteurs – d'un côté des élus se prévalant de la légitimité que leur confère l'élection, de l'autre des juristes s'appuyant sur leur compétence professionnelle – disposeraient de ressources opposées et dont les logiques – d'un côté la contrainte axiologique du changement, de l'autre le maintien de l'ordre et de la continuité des significations – seraient antithétiques, mérite d'être sérieusement nuancée : ces champs ne sont pas en effet cloisonnés mais connectés l'un à l'autre, reliés par de multiples passerelles et interdépendants ; si elle n'exclut pas des écarts, des hiatus, des dyschronies, leur évolution est dès lors toujours plus ou moins solidaire. Cette influence est réciproque : de même que la logique juridique modèle les comportements politiques, du fait de la pénétration des juristes dans les rouages politiques et de la diffusion des valeurs auxquelles ils se réfèrent, la logique politique est présente dans le champ juridique, à travers la politisation des enjeux et les

mécanismes d'influence qui s'exercent sur les acteurs ; le changement ne pèse donc pas seulement comme contrainte externe mais s'imprime dans la structuration même du champ du droit administratif.

1) *L'autonomie relative du champ juridique*

L'autonomie du champ juridique par rapport au champ politique est doublement limitée. D'abord, *constitutivement*, dans la mesure où le rôle des professionnels du droit est en principe de simple application : le principe de légalité qui surplombe le droit administratif signifie que les juristes de ce champ sont chargés d'assurer la conformité de l'action administrative à la « loi », entendue au sens large ; dès l'instant où les politiques s'expriment par la production de lois nouvelles, ou *a fortiori* par la voie constitutionnelle, jurisprudence et doctrine s'en trouvent désarmés. Non seulement la position des juristes de droit administratif leur interdit de résister au changement, mais encore leur fonction est en fait de garantir sa retranscription par l'administration. Certes, l'analyse précédente a montré que les choses ne sont pas si simples : sous couvert d'interprétation des lois, le juge administratif peut limiter la portée du changement politique ; et la jurisprudence du Conseil constitutionnel modifie désormais le sens de l'allégeance à la loi, puisque celle-ci ne peut plus elle-même enfreindre certains principes. Cependant, il n'en reste pas moins que le juge administratif se trouvera démuné devant une stratégie délibérée de changement politique, utilisant les ressorts de la hiérarchie des normes pour imposer sa loi ; et les limites de son autonomie apparaîtront alors en pleine lumière : incapable d'offrir une réelle résistance au changement, le juge administratif sera conduit à l'accompagner, en s'efforçant seulement de préserver certains garde-fous. On le verra ainsi parfaitement pendant la période de Vichy : même si le Conseil d'Etat opéra, tardivement ⁸⁶, pour une interprétation restrictive de certains textes et réintroduira certaines innovations dans les rubriques traditionnelles du droit public, la « continuité des principes du droit public français » sera alors bien mal assurée ⁸⁷ ; de même, au moment de la guerre d'Algérie ⁸⁸, le Conseil d'Etat s'inclinera devant la volonté du pouvoir, notamment en matière d'internements administratifs. Plus généralement, sous le couvert des « circonstances exceptionnelles », la jurisprudence sera amenée à juger légales, pendant les périodes troublées, des atteintes particulièrement graves aux libertés publiques. Ce n'est que de manière tout à fait exceptionnelle que le Conseil d'Etat s'opposera de front au pouvoir politique (affaire *Canal*). On peut interpréter cette attitude comme un signe de « prudence politique » – tout pouvoir, si libéral soit-il, ayant « un seuil de tolérance au contrôle juridictionnel » ⁸⁹ – ou, plus abruptement comme une « démission devant le pouvoir » ; elle souligne plutôt l'infériorité congénitale du statut du juge administratif face au pouvoir politique et son inaptitude à bloquer des changements mêmes fondamentaux au regard des principes traditionnels ; les expériences de Vichy et de la guerre d'Algérie ont appris que « sous un pouvoir qui s'embarrasse peu des grands principes, soit qu'au départ il les méprise, soit qu'il se considère comme contraint de passer outre, l'indépendance d'une juridiction suprême peut devenir peau de chagrin » ⁹⁰. Et si le problème se pose désormais en termes différents devant le juge constitutionnel, cela dépasse le champ du droit administratif.

L'autonomie du champ juridique est plus insidieusement compromise par l'influence exercée par le pouvoir politique sur sa *structuration*. L'indépendance des juges administratifs est restée pendant longtemps précaire : l'Exécutif s'était assuré en effet un pouvoir indirect (auditeurs) ou direct (maîtres des requêtes et conseillers) de choix des membres du Conseil d'Etat et le pouvoir de révocation qu'il détenait facilitera la pratique des épurations, qui seront la règle à chaque changement politique d'importance ⁹¹ ; quant aux Conseils de préfecture, ils étaient placés dans l'étroite dépendance des préfets, et donc du gouvernement. La réforme de 1872 n'améliorera qu'en apparence les choses : l'élection des conseillers d'Etat prévue à l'origine sera remplacée en 1875 par la restitution du pouvoir de nomination au chef de l'Etat ; et la républicanisation du Conseil en 1879 se traduira par un renouvellement très large des conseillers d'Etat. Ce n'est qu'à partir de 1900 que le caractère professionnel du corps se renforcera, par l'institution d'une véritable carrière, ce qui n'empêchera pas des manœuvres pour modifier la composition dans un sens plus favorable au pouvoir en place, notamment à l'occasion des conflits entre l'Eglise et l'Etat ⁹². La pratique des épurations réapparaîtra avec une particulière rigueur sous Vichy ⁹³, les membres du Conseil étant de surcroît invités à jurer fidélité à la personne du maréchal Pétain (19 août 1941), puis à la Libération ⁹⁴ ; et si l'on avait pu croire que ces secousses étaient liées au contexte troublé de l'époque, la vive réaction suscitée au début des années soixante par l'affaire Jacomet puis par l'arrêt Canal montrera que le Conseil reste l'objet de l'attention vigilante du pouvoir politique. La timidité de la juridiction administrative s'explique dès lors aussi par cette emprise politique longtemps maintenue sur sa composition. Depuis lors, si elle est moins visible, cette politisation est loin d'avoir disparu : tandis que des liens organiques et fonctionnels très étroits entre le Conseil d'Etat et le gouvernement subsistent, aboutissant à une véritable « interpénétration » ⁹⁵, la persistance du tour extérieur ⁹⁶ et surtout le passe de plus en plus fréquent dans le monde de la politique favorisent une osmose croissante ; le champ du droit administratif se trouve de plus en plus attiré dans l'orbite de la politique et cette attraction se traduit aussi par la reproduction des enjeux politiques.

2) *La pénétration des enjeux politiques*

L'existence d'un champ cohérent, structuré autour d'enjeux communs et spécifiques, n'exclut pas des oppositions, des antagonismes, qui résultent de la logique concurrentielle à l'œuvre dans ce champ mais sont aussi le reflet et la transcription en termes juridiques de débats sociopolitiques plus généraux. Les enjeux idéologiques sous-jacents à la construction des grandes notions du droit administratif débordent le champ juridique pour toucher à la symbolique politique : derrière les controverses apparemment techniques, portant sur les problèmes de délimitation du champ d'application des règles ou des compétences juridictionnelles, se profilent des visions différentes des rapports Etat / société ; alors même qu'on parle critères, régimes, procédures, on ne cesse jamais en droit administratif de « parler politique » ⁹⁷. C'est ainsi que les discussions qui se déroulent au début du siècle au sein de la doctrine concernant le critère du droit administratif renvoient à deux conceptions très différentes de l'Etat ⁹⁸ : le critère de la puissance publique s'inscrit dans la ligne de la vision

traditionnelle d'un Etat tuteur et arbitre, dont la fonction est d'encadrer le jeu social en fixant les règles que les acteurs sont tenus de respecter ; à l'inverse, le critère du service public évoque la conception nouvelle d'un Etat invité à intervenir activement dans le jeu social, en fournissant aux administrés les prestations qu'ils réclament⁹⁹. De même, les critiques politiques adressées au droit administratif ont été relayées au sein du champ juridique par une partie de la doctrine : une fraction, certes très minoritaire, des auteurs a continué à soutenir le principe de l'unité de juridiction¹⁰⁰ ; et la doctrine a été la première à dénoncer certaines lacunes du contrôle juridictionnel¹⁰¹.

Cette logique politique sous-jacente aux controverses juridiques s'est retrouvée dans les débats récents concernant le droit administratif. Les vives attaques lancées par certains auteurs contre la notion de service public étaient fondées, moins sur ses insuffisances au regard de la technique juridique, que sur son substrat idéologique : le souhait que le droit administratif soit expurgé de la « référence floue, et en définitive fort peu libérale, au concept de service public »¹⁰² s'expliquait avant tout par la menace qu'elle ferait planer sur les libertés publiques, en favorisant l'extension indéfinie des interventions publiques et la restriction croissante des activités privées¹⁰³ ; cette critique était dès lors indissociable d'une « offensive politique et idéologique contre le service public »¹⁰⁴, qui allait trouver certains prolongements après 1986. Plus généralement, le discours néo-libéral allait se traduire en doctrine par un plaidoyer en faveur d'une transformation du droit administratif, passant par une délimitation plus stricte des fonctions administratives, la réforme du statut de la fonction publique, la décentralisation des responsabilités, un rééquilibrage des rapports administration-administrés¹⁰⁵, auquel répondra comme un écho – nouvelle version du « chœur à deux voix »... – un plaidoyer en faveur d'un service public régénéré¹⁰⁶. Cette perméabilité du droit administratif explique qu'il ait connu de profondes mutations.

B) *Les mutations du droit administratif*

L'influence du changement politique sur l'évolution du droit administratif est difficile à mesurer. L'évolution du droit administratif est en effet un phénomène complexe, qui résulte de facteurs variés – externes ou internes au champ juridique –, prend des formes différentes – textuelles ou jurisprudentielles – et aboutit à des effets plus ou moins durables – conjoncturels ou structurels – : la tendance est dès lors forte d'opposer aux innovations politiques passant par la production de textes dont la longévité est généralement brève, les changements moins visibles mais aussi plus stables provenant de la jurisprudence ; tel est bien, on l'a vu, l'argument central de la thèse de la continuité du droit administratif. Cependant, sans même revenir sur l'influence médiate que le contexte politique exerce sur la jurisprudence, on voudrait montrer que des changements politiques, soudains ou progressifs, ont été, au-delà des inflexions jurisprudentielles bien connues et rythmées par les « grands arrêts », à l'origine des grandes mutations du droit administratif, aussi bien en ce qui concerne le contenu de ce droit que sa structure et la logique qui préside à son institution.

1) *Le contenu*

Le développement de l'*interventionnisme* étatique a été à l'origine des mutations essentielles qui ont affecté le contenu du droit administratif : le passage d'une administration cantonnée dans des tâches régaliennes à une administration intervenant dans tous les domaines de la vie économique et sociale a entraîné un changement profond dans les modes d'organisation et d'action ; or, cet essor de l'interventionnisme, qui s'est produit en trois paliers successifs – au tournant du siècle, entre les deux guerres, après la seconde guerre mondiale –, traduit une vision nouvelle des rapports entre l'Etat et la société qui, véhiculée par certaines idéologies nouvelles (solidarisme, planisme, socialisme), va progressivement s'imposer en fonction du jeu de certains accélérateurs politiques. Les règles d'organisation administrative d'abord s'en trouveront bouleversées : l'administration n'a pu en effet faire face aux responsabilités qui lui ont été confiées qu'au prix du recours à des formules nouvelles de gestion ; à côté de la solution traditionnelle de la régie, on va voir apparaître des personnes publiques spécialisées puis des gestionnaires privés qui se trouveront associés à l'exercice des tâches administratives. Cette spécialisation imposera en contrepartie la définition de nouveaux procédés de contrôle et de régulation destinés à préserver l'unité administrative : prenant le relais de l'autorité hiérarchique, la tutelle assurera le maintien d'une cohésion d'ensemble, par un triple pouvoir de détermination des objectifs, d'affectation des moyens et de contrôle des résultats donné au niveau central. Mais l'interventionnisme entraînera aussi l'adaptation des modes d'action administrative. D'une part, l'administration a été amenée à prendre en charge la gestion directe d'activités économiques et sociales, en se substituant à l'initiative privée : la prescription a fait place de plus en plus à la prestation ; la construction au début du siècle du régime de service public sera la traduction de cette nouvelle logique d'action administrative. D'autre part, on a assisté plus récemment au développement de techniques juridiques d'incitation prenant le relais des commandements traditionnels : il ne s'agit plus de contraindre mais de convaincre ¹⁰⁷ ; fixant les objectifs à atteindre, l'administration s'efforce d'emporter l'adhésion des intéressés par le recours à des stimulants divers. Ainsi l'interventionnisme a-t-il contribué à bouleverser les catégories du droit administratif classique en modifiant la configuration de l'administration, la nature de ses missions, la consistance de ses actes ; et le diagnostic de « crise » formulé dans les années cinquante par la doctrine ¹⁰⁸ n'est que le symptôme du malaise éprouvé devant ces mutations.

Le contenu du droit administratif a été aussi infléchi par des poussées de *démocratisation* ¹⁰⁹ qui, directement liées au contexte politique, ont modifié les rapports de l'administration à la société. La décentralisation a ainsi abouti à donner à l'administré une emprise directe sur les structures administratives : son application au niveau local au début de la Troisième République a entraîné une véritable mutation de l'organisation administrative, en contraignant la doctrine de droit public de l'époque à forger une nouvelle théorie juridique du local, et sa relance après 1981 à la faveur de l'accès au pouvoir de la gauche a eu un effet comparable ; mais la décentralisation s'est aussi appliquée aux établissements publics, au nom de l'idéologie participative. La démocratisation

s'est encore traduite par le développement des procédés de consultation et d'enquête, des techniques d'information du public ainsi que des formules contractuelles. L'essor récent des autorités administratives indépendantes, qui bouleverse au grand dam de certains juristes¹¹⁰, les principes traditionnels d'organisation administrative relève d'une inspiration en fin de compte identique, dans la mesure où il vise à promouvoir des modes de régulation administrative davantage protecteurs des droits des citoyens. Au-delà de ces mutations se profilent cependant des changements plus profonds.

2) *La structure*

Le droit administratif n'a pas seulement évolué dans son contenu mais encore, et surtout, dans sa structure même. Sous l'Ancien Régime, et pendant la majeure partie du XIX^e siècle, il est conçu avant tout comme un *droit de privilège* : si l'administration ne peut être soumise au même droit que les administrés, c'est parce qu'elle a l'usage de la puissance ; et l'existence du droit administratif concourt, par les dérogations qu'il comporte à son profit, à renforcer cette puissance. Placé sous le signe de l'unilatéralité, le droit administratif est avant tout l'expression de la suprématie administrative, l'enveloppe et le vecteur de sa puissance. La perspective va changer radicalement à la fin du XIX^e siècle, sous l'influence de facteurs politiques et idéologiques : les progrès du libéralisme politique¹¹¹ et de l'idéal républicain vont alors conduire à mettre l'accent sur la construction d'un véritable « Etat de droit », passant par la limitation de la puissance administrative et sa soumission au droit. Le *sens* même de l'institution du droit administratif s'en trouve de ce fait substantiellement modifié¹¹². Le droit administratif n'est plus perçu comme un privilège, mais comme un *dispositif de protection* des droits des administrés : l'existence de règles spécifiques et d'un juge spécial permettrait de réaliser un meilleur assujettissement de l'administration au droit. Le remarquable essor du droit administratif et du contentieux administratif est inspiré par le souci de donner aux administrés des garanties contre l'arbitraire administratif, de poser des bornes à l'exercice de la puissance administrative : la puissance n'est plus le véritable « fondement » du droit administratif, puisque celui-ci vise au contraire à l'encadrer, à la limiter, à la freiner. Les prérogatives dont dispose l'administration n'ont plus de valeur en soi, mais seulement rapportées aux fins de son action ; elles ne sont légitimes que dans la mesure où elles permettent à l'administration d'accomplir les devoirs de sa charge. Le développement du contrôle juridictionnel de l'« excès de pouvoir » traduit bien cette idée fondamentale que la puissance administrative ne peut se déployer que dans le cadre fixé par l'ordre juridique et dans le respect des fins qui lui sont assignées. La substitution du critère du service public à celui de la puissance publique exprime bien cette volonté de *refondation* du droit administratif sur les obligations incombant à l'administration¹¹³. Le droit administratif a ainsi perdu sa signification première et n'est plus incompatible avec les exigences de l'Etat de droit.

Ce déplacement du sens et de la finalité du droit administratif apparaît avec une particulière netteté dans le régime de service public. Avec le service public, ce ne sont pas en effet seulement les modes d'action administrative qui

changent mais aussi, et plus profondément, la relation au public qui se trouve modifiée. Utilisant les services que l'administration met à sa disposition, recourant aux prestations qu'elle lui offre, l'administré devenu « usager » apparaît comme le bénéficiaire et le référent ultime de son action : la « loi du service » qui domine la gestion publique signifie que l'administré a des droits à faire valoir à l'encontre de l'administration ; et les obligations de service public ne sont que l'envers de ce statut positif de l'usager, qu'elles transcrivent en termes de contraintes pour l'administration. L'élargissement constant de la sphère de la gestion publique favorisera de ce fait même le basculement de la logique du droit administratif. Or si elle s'explique par certaines contraintes d'ordre structurel et par les mutations du capitalisme, l'expansion des services publics est indissociable de facteurs politiques. Le champ des services publics s'est étendu avec l'arrivée au pouvoir de forces politiques misant sur l'intervention publique pour corriger les déséquilibres du marché et les inégalités sociales : le socialisme municipal a été la première illustration de cette détermination au niveau local, la résistance du champ juridique ayant seulement eu pour effet de freiner l'évolution ; et la domination de forces politiques se réclamant du socialisme, d'abord en 1936, puis au lendemain de la seconde guerre mondiale, enfin après 1981 servira de moteur à cette expansion.

L'évolution récente du droit administratif n'est que le prolongement de cette inversion : les nouvelles représentations de la relation administrative qui apparaissent dans le monde politique au cours des années soixante-dix vont en effet alimenter une dynamique de changement, aboutissant à la consécration par la loi de droits nouveaux en faveur des administrés : d'une part, le principe du secret a été remis en cause à la faveur des trois grandes lois de la fin des années soixante-dix qui, relatives respectivement à l'accès aux fichiers informatisés (6 janvier 1978), l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979), traduisent l'émergence de ce qu'on a pu appeler la « troisième génération des droits de l'homme » axée sur l'information et la communication et conquise au détriment de l'arbitraire administratif ; d'autre part, les administrés ont aussi conquis une capacité nouvelle d'intervention dans les processus administratifs, soit collectivement et par l'intermédiaire de représentants (procédures de consultation et de concertation), soit individuellement pour les décisions qui les concernent plus directement (enquête publique, garantie des droits de la défense). Ainsi le droit administratif tend-il à évoluer par l'atténuation progressive de l'unilatéralité qui a été au principe de sa création.

3) *La logique*

Le droit administratif est exposé depuis peu, sous l'influence de facteurs politiques internes – la modification des représentations concernant le rapport public/privé, la montée en puissance du Conseil constitutionnel – mais aussi externes – les progrès de la construction européenne – à de nouveaux changements qui touchent cette fois à sa logique même. D'abord, la *marge d'autonomie* du champ du droit administratif tend à se restreindre, du fait du poids croissant des sources écrites et de la jurisprudence constitutionnelle. Les juristes s'étaient depuis longtemps ¹¹⁴ inquiétés de la prolifération des textes sur la

consistance du droit administratif : ce mouvement, à vrai dire inévitable et sans doute souhaitable ¹¹⁵, ne peut qu'entraîner un certain « déclin du pouvoir jurisprudentiel » ¹¹⁶, même si le juge administratif pousse plus avant son contrôle sur l'action administrative quotidienne ; et l'installation le 7 novembre 1989 d'une « commission supérieure de codification », « chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit » ne peut que pousser dans cette direction. Quant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, elle conduit à une modification des rapports entre droit administratif et droit constitutionnel ¹¹⁷ et à la position respective des juristes de ces deux champs de plus en plus imbriqués : le renforcement des « bases constitutionnelles » du droit administratif est payé d'une perte de prestige et d'autonomie. Ensuite, l'affirmation de la *spécificité* du droit administratif par rapport au droit privé est moins assurée qu'auparavant : le bien-fondé de la « perception dualiste du monde » ¹¹⁸, sur laquelle repose en fin de compte le droit administratif tend à être remis en cause à travers la plus large soumission de l'administration au droit commun et l'atténuation du caractère dérogatoire de certaines règles ; ce rapprochement crée un contexte propice à la redéfinition du régime de droit administratif et des critères de compétence. Plus profondément J. Rivero avait parfaitement montré ¹¹⁹ l'imbrication croissante du droit public et du droit privé, consécutive au développement de la « source administrative du droit » : l'administration produit de plus en plus de règles destinées à régir les rapports entre particuliers, dont l'application est indissociable de la logique d'action du domaine concerné ; derrière la distinction entre la compétence d'édition et le fond du droit se profile, comme on l'a bien vu à propos du droit de la concurrence, un risque de laminage du droit administratif. Enfin, l'approfondissement de la construction européenne entraîne la *réduction* progressive du champ d'application du droit administratif et de la liberté d'appréciation du juge administratif : des règles communautaires, dont l'interprétation relève en principe du juge européen, viennent de plus en plus, sinon se substituer, du moins se superposer aux règles nationales ; et la dynamique communautaire constitue un puissant vecteur d'atténuation des dérogations inhérentes au droit administratif.

*

**

L'idée de continuité du droit administratif doit donc être envisagée avec prudence : si le droit administratif dispose bien d'une épaisseur et d'une pesanteur spécifiques, qui tendent à amortir l'impact du changement politique, cette résistance n'est pas telle qu'elle garantisse sa permanence et lui assure une évolution sans secousses ; le droit administratif ne saurait prétendre échapper aux retombées du changement politique, qui passe nécessairement par sa médiation et s'inscrit dans ses mécanismes. Une vue rétrospective suffit à montrer que le droit administratif a, non seulement subi des ébranlements d'ordre conjoncturel, mais encore connu de véritables ruptures, par lesquelles son contenu, sa structure et sa signification s'en sont trouvés substantiellement modifiés ; et ces ruptures sont indissociables du contexte politique. Partie

prenante des processus politiques, le droit administratif reflète leur complexité, en étant dans le même mouvement agent de maintien de l'ordre et instrument de réalisation du changement.

NOTES

1. « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », in *Mélanges Waline*, L.G.D.J. 1974, p. 177 ss.

2. « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *E.D.C.E.* n° 31, 1979-1980, p. 34.

3. Voir par exemple L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *R.D.P.* 1989, pp. 399 ss.

4. En ce sens, R. Cassin, *E.D.C.E.* 1947, p. 10 ; T. Bouffandeau, « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français », *Ibid.*, p. 23. Voir aussi M. Letourneur, « Les progrès récents de la jurisprudence du Conseil d'Etat français », *Mélanges Colmeiro*, pp. 115 ss. et « Quelques réflexions sur la codification du droit administratif », *Mélanges Julliot de la Morandière*, 1964, pp. 277 ss.

5. E. Pisier et P. Bouretz, « Le retour des sages », in *La France en politique*, Esprit-Fayard-Seuil 1988 et P. Bouretz, « Comités de sages, pluralisme et démocratie », *Pouvoirs locaux* n° 2, 1989, pp. 86 ss.

6. 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.

7. A l'inverse, il est possible, sans chercher à tout prix le paradoxe, de montrer que, par-delà les vicissitudes de l'histoire constitutionnelle française, se profilent certains points de référence stables, certaines poutres-maîtresses, d'un mot certaines « bases constitutionnelles », au nombre desquelles figure une conception spécifique de la séparation des pouvoirs (voir J. Chevallier, « La séparation des pouvoirs », in *La continuité constitutionnelle en France depuis 1789*, Economica 1990, à paraître), qui n'assurent pas seulement la continuité du droit administratif mais aussi et plus largement celle du droit public tout entier.

8. Voir cependant D. Linotte, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel », *A.J.D.A.* 1980, p. 632.

9. J. Caillosse, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème à la lumière du changement », *Revue admn.* n° 208, juillet-août 1982, p. 364.

10. E. Landowski « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », *R.F.S.P.* 1977 n° 3, p. 436 : « l'efficacité symbolique du débat consiste à sur-modaliser le sujet investi du pouvoir législatif en référant, selon deux figures complémentaires – celle de la représentation et celle de la délibération – le dire normatif du législateur à un vouloir et à un savoir qui, eux, ne lui appartiennent plus en propre ».

11. Le législateur ne faisant que reprendre à son compte les solutions jurisprudentielles...

12. Voir J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, P.U.F. 1979, p. 4 ; A. Heymann-Doat et D. Lochak, « Les fonctions du droit administratif », in *L'administration dans son droit*, Publisud 1985, p. 145.

13. J. Caillosse, préc. p. 365.

14. Comme le dit J. Caillosse (*ibid.* p. 364), « grâce aux vertus du lexique juridique, la contingence des choix politiques se transforme en nécessité et la culture se fait nature ».

15. P. Bourdieu, « La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique », *A.R.S.S.* n° 36-37, 1981, pp. 3.

16. « Les politiques institutionnelles. Essai d'interprétation et de typologie » in *Traité de science politique*, tome 4, P.U.F. 1985, pp. 62 ss.

17. J. Chevallier et D. Lochak, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *R.F.A.P.* n° 24, oct.-déc. 1982, pp. 83 ss ; J. Chevallier in *Une administration sans bureaucratie*, I.I.S.A. 1988, pp. 89 ss.

18. G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.* n° 8, 1954, pp. 21 ss.

19. Voir P. Mauroy, *Ass. Nat.* 8 juillet 1981. J. Caillosse, préc. pp. 369 ss et « La réforme administrative et la question du droit », *A.J.D.A.* 1989, pp. 4 ss.

20. P. Allières, in *L'administration dans son droit op. cit.*, pp. 168 ss.

21. Voir J. Chevallier et D. Lochak, *R.F.A.P.* n° 24, préc. pp. 78-84.

22. En sens contraire S. Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *R.D.P.* 1989, pp. 367 ss.

23. Comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1989, *A.J.D.A.* 1989, pp. 619 ss, Note Chevallier.

24. Comme l'a montré le débat sur le contentieux de la concurrence, les revendications corporatives des avocats trouvent souvent un écho complaisant au Parlement.

25. Le premier, Benjamin Constant, dans un célèbre discours devant le tribunal le 5 pluviôse an IX, s'élève contre l'institution de tribunaux spéciaux en affirmant que chaque fois que la Nation a fait connaître son opinion elle a « toujours réclamé contre la création de tribunaux différents des tribunaux ordinaire » (in *Cours de politique constitutionnelle*, 1861, I, p. 325).

26. Après que les décrets des 15 et 19 septembre 1870 aient suspendu le Conseil d'Etat, la commission créée par le gouvernement de la Défense nationale le 18 septembre 1870 émettra un vote unanime en faveur de l'unité de juridiction.

27. Le plus notable est la loi du 7 février 1933 qui, modifiant l'art. 112 du code d'instruction criminelle, prévoyait l'impossibilité d'élever le conflit et l'exclusivité de la compétence judiciaire pour tout le contentieux civil des atteintes de la liberté individuelle – texte repris en 1957 (art. 136 du nouveau code de procédure pénale).

28. Voir C. Constit. 23 janvier 1987, *A.J.D.A.* 1987, p. 345, Note Chevallier.

29. Disposition s'inscrivant pour le Syndicat de la juridiction administrative (*Le Monde* 30 mai 1989) « dans un mouvement diffus et souvent sournois de contestation de l'existence de la juridiction administrative ».

30. Comme le dit C. Debbasch (« Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », *Mélanges Waline*, 1974, pp. 343 ss), alors que le système français de droit administratif a été considéré pendant longtemps comme un modèle « les vents paraissent aujourd'hui avoir tourné... La critique a remplacé les louanges ».

31. Voir J. Chevallier, « La fin de l'Etat providence », *Projet* n° 143, mars 1980, pp. 262-274.

32. En ce sens, J. Caillosse, *A.J.D.A.* 1989, préc. p. 3.

33. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, P.U.F. 1985, p. 127.

34. L. Cohen-Tanugi, « L'avenir de la justice administrative », in *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 18.

35. L. Cohen-Tanugi, *op. cit.* p. 106.

36. Voir *L'administration vue par les politiques*, I.F.S.A., Cujas n° 18, 1979.

37. Cette problématique est notamment celle de L. Cohen-Tanugi qui, tout en critiquant très vivement le droit administratif et la juridiction administrative, n'en finit pas moins, par souci de réalisme, par préconiser la réforme de l'un et de l'autre, la justice administrative étant appelée « dans son fonctionnement comme dans son idéologie » à « se rapprocher progressivement des formes classiques de la justice » (*Pouvoirs* préc. p. 16).

38. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe deséparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, L.G.D.J. 1970, p. 95 ss.

39. D. Lochak, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », in *Pouvoirs* n° 46, préc. pp. 44 ss.

40. Typique à cet égard est bien entendu la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative : on sait que si l'adoption a été si difficile, c'est que les députés avaient voulu introduire une disposition selon laquelle les décisions portant condamnation pécuniaire des personnes publiques vaudraient « ordonnancement des sommes qui y sont portées ».

41. *L'administration vue par les politiques op. cit.* pp. 27 ss, 49 ss et aussi Y. Poirneur, « Transparence et secret administratif dans le débat politique », in *Information et transparence administratives*, P.U.F. 1988, pp. 181 ss.

42. P. Mauroy, *Ass. Nat.* 8 juillet 1981 préc.

43. In Colloque « Administration et société », *R.F.A.P.* n° 26, 1983, p. 27 ss.

44. *L'ordre juridique*, 1946, Dalloz 1975, p. 7.

45. P. Oriane, *Introduction au système juridique*, Bruylant 1982, p. 31.

46. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, 1^{re} éd. 1943, Dalloz 1969, p. 99.

47. J. Chevallier, « L'ordre juridique », *Le droit en procès*, P.U.F. 1983, p. 15.

48. D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux 1975, dactylo, 1975, p. 95.

49. J. Chevallier, « L'Etat de droit », *R.D.P.* 1988, n° 2, pp. 313 ss.

50. En ce sens J. Boulouis (« Supprimer le droit administratif ? » *Pouvoirs* n° 46, 1988, p. 5) : trouvant ses origines « à une époque très ancienne où l'Etat n'était même pas encore conçu comme tel », le droit administratif « n'a pas cessé depuis d'en accompagner la croissance en épousant de période en période les différents caractères ».

51. Le contrôle juridictionnel indispensable à la réalisation de l'Etat de droit peut donc être exercé, aux yeux des théoriciens de l'Etat de droit, soit par le juge ordinaire (*Justizstaat*), soit par des tribunaux spéciaux (*Sondergerichte*).

52. Voir P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Coll. Champ freudien, 1974, p. 80.

53. P. Bourdieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *A.R.S.S.* n° 64, septembre 1986, pp. 3 ss ; D. Lochak, « Les usages du savoir juridique » in *L'état des sciences sociales en France*, La découverte, 1986, pp. 311 ss.

54. P. Bourdieu admet que le champ juridique, du fait du rôle dominant qu'il joue dans la reproduction sociale « dispose d'une autonomie moins grande que d'autres champs » : « les changements externes s'y retraduisent plus directement et les conflits externes y sont plus directement tranchés par les forces extérieures » (*ibid.* p. 18).

55. P. Bourdieu, *Ibid.* p. 3.

56. P. Bourdieu, *Ibid.* p. 6.

57. P. Bourdieu, « Quelques propriétés des champs », in *Questions de sociologie*, Ed. Minuit 1980, pp. 113 ss.

58. Voir par exemple pour une étude critique du recours au concept d'« intérêt » A. Caillié, « La sociologie de l'intérêt est-elle intéressante ? » in *Splendeurs et misères des sciences sociales*, Droz 1986, pp. 99 ss et *Critique de l'utilitarisme dans les sciences sociales*, La Découverte 1988 ; J. Chevallier, « Le concept d'intérêt en science administrative » (à paraître).

59. « Un grand arrêt, c'est donc tout cela à la fois : un nom, une date, une anecdote, une solution, des opinions, une postérité. C'est dans leur familiarité que tout spectateur du droit administratif se trouve appelé à vivre... Fonctionnaires et magistrats, professeurs et étudiants appartiennent à cet égard à un même monde d'initiés reconnaissables précisément à la longue résonance suscitée en eux par des vocables aussi insolites au profane que Trompier-Gravier ou Regnault-Desrozières » (F. Gazier, « Le chœur à deux voix de la doctrine et de la jurisprudence », *E.D.C.E.* 1956, p. 157).

60. F. Gazier, *Ibid.* p. 156.

61. J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *E.D.C.E.* 1955, p. 23.

62. J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, Chron. XXIII pp. 97 ss.

63. Et bien entendu, après les *Conférences sur l'administration et le droit administratif* de L. Auroc (1^{re} éd. 1969-1976), le célèbre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'E. Laferrère (1^{re} éd. 1887-1888, rééd. L.G.D.J. 1989). Voir P. Lavigne, « Les manuels de droit administratif de 1829 à 1922 », *Annales des Facultés de droit*, L.G.D.J. 1985, n° 2.

64. *E.D.C.E.* 1955, préc. p. 29.

65. J.J. Bienvenu, « Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif », *Droits* n° 1, p. 154.

66. L'influence de l'« école du service public » sur la jurisprudence durera par exemple moins d'une dizaine d'années (dès 1912, *Granits porphyroïdes des Vosges* sonnait le glas de ce critère pour les contrats). Voir plus généralement, l'analyse provoquante de B. Chenot (« La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *E.D.C.E.* 1950, pp. 77 ss) et les réponses de J. Rivero (*D.* 1951 préc.) et de M. Waline (« Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », *Mélanges Dabin* 1963, I, pp. 355 ss).

67. Voir l'analyse acerbe de J.J. Bienvenu sur la note d'arrêt, comme « degré zéro de l'écriture juridique » (préc. p. 156).

68. G. Vedel, *Mélanges Waline* préc. p. 779.

69. Voir sur l'ensemble du problème, D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, L.G.D.J. 1972, et notamment pp. 297 ss.

70. A. Mathiot (« L'intégration des comités d'organisation au droit public français », *R.D.P.* 1943, p. 30) parle de « l'indispensable rattachement aux principes » opéré « comme il est naturel, par le juge et par le juriste ».

71. A. Mathiot, *ibid.* p. 50 : la date de ce commentaire sur l'arrêt *Montpeurt* n'est évidemment pas indifférente. Voir D. Lochak, *supra*.

72. J. Rivero, « Le juge administratif, un juge qui gouverne », *D.* 1951, I, p. 21.

73. G. Vedel, *Mélanges Waline* préc. pp. 783 ss.

74. Voir L. Favoreu, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *R.F.D.A.* 1987, n° 5, pp. 686 ss.

75. On sait que cette production normative s'est progressivement tarie, les règlements reprenant leur rang de textes d'application : voir L. Favoreu, « Les règlements autonomes existent-ils ? », *Mélanges Burdeau*, 1977, pp. 405 ss et « Les règlements autonomes n'existent pas », *R.F.D.A.* 1987, n° 6, pp. 871 ss.

76. V. Coussirat-Coustère, « Le juge administratif et le droit communautaire », *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 85 ss.

77. « C'est le droit commun de la République que la section du contentieux du Conseil d'Etat a continué à appliquer sous le régime de Vichy, chaque fois qu'une disposition écrite impérative de l'autorité de fait ne l'y contraignait pas » (R. Cassin, préc. p. 10). Pour T. Bouffandeau (préc. p. 24), le Conseil d'Etat aurait pu considérer les lois de Vichy « comme instituant un régime nouveau de notre droit public » ; il a préféré les considérer « comme des mesures apportant des dérogations aux principes demeurés en vigueur », ce qui l'a conduit « à les interpréter restrictivement ».

78. La reconnaissance par le juge administratif de sa compétence de principe pour connaître des actes de ces autorités a joué comme élément réducteur de leur spécificité, en les maintenant dans le cadre administratif (voir J. Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *Semaine juridique* 1986, I, n° 3254).

79. Toute opération d'interprétation consiste au demeurant pour l'interprète à déterminer la norme qu'il appliquera (voir M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 143).

80. Comme le souligne G. Vedel (préc. p. 789), « c'est en opposant une sorte de résistance passive, une inertie délibérée aux mirages des innovations constitutionnelles » que le juge administratif est parvenu à maintenir « les bases constitutionnelles du droit administratif ».

81. Voir *Conseil d'Etat et Conseil Constitutionnel*, Economica 1988.

82. J. Chevallier, « Les fondements idéologiques... » préc. ; D. Lochak, in *L'administration dans son droit op. cit.* pp. 250 ss ; J.J. Bienvenu, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits* n° 4, 1986, p. 95.

83. Dans le célèbre article du *Répertoire Béquet* de 1897, M. Hauriou distinguait trois grandes phases dans l'évolution du droit administratif depuis l'an VIII : la période d'élaboration secrète (1800-1818) ; la période de divulgation (1818-1860) : enfin la période d'organisation (après 1860).

84. On ne compte plus dans les années cinquante les thèses – dont celles de R. Drago et J.L. De Corail – ou articles qui partent de ce constat.

85. Voir J.J. Bienvenu, *Droits* n° 4 préc. pp. 93 ss.

86. Comme le souligne O. Dupeyroux (« L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *R.D.P.* 1983 n° 3, pp. 608 ss), le premier arrêt significatif concernant l'application de la législation antisémite date de 1944 (arrêt *Darmon*) ; voir sur l'ensemble D. Lochak, *supra*.

87. En dépit des appréciations laudatives de R. Cassin et T. Bouffandeau.

88. A. Heymann, *Les libertés publiques et la guerre d'Algérie*, L.G.D.J. 1970.

89. O. Dupeyroux, *Ibid.*, p. 598.

90. O. Dupeyroux, *ibid.* p. 607.

91. Le Conseil sera même dissous en 1851.

92. Voir A. Ashworth, *Ecole, Etat et société civile en France depuis le XVI^e siècle*, Thèse Paris II, 1989.

93. Dix-sept révocations.

94. Vingt révocations sans pension et cinq mises à la retraite.

95. J.L. Autin, « Illusions et vertus de l'Etat administratif », in *L'Etat de droit*, P.U.F. 1987, p. 152.

96. Un quart des maîtres des requêtes, un tiers des conseillers d'Etat.

97. J. Caillosse, *Revue adm.* Préc. p. 361.

98. J. Chevallier, « Les fondements idéologiques... » préc. pp 31 ss.

99. J. Chevallier, *Le service public*, P.U.F., Coll. Que sais-je, 1987, p. 21.

100. Voir l'ouvrage exemplaire de R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard et Brière, 1899 et plus récemment G. Liet-Veaux, « Réflexions sur la séparation des contentieux », *Revue adm.* 1956, pp. 369 ss ; A. Le Tarnec, « Faut-il supprimer les juridictions administratives ? », *La vie judiciaire* 8-13 avril 1957, pp. 1 ss ; J. Le Clère, « L'improbité du contentieux administratif », *Revue adm.* 1958 pp. 157 ss, etc. Voir les conclusions contraires, au terme d'une étude critique, de J.C. Groshens, « Réflexions sur la dualité des juridictions », *A.J.D.A.* 1963, pp. 536 ss et F.P. Benoît, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », *Semaine juridique* 1964, I, n° 1838.

101. Voir J. Rivero, « Sur la réforme du contentieux administratif », *D.* 1951, I, p. 163 – « Le Huron au Palais royal », *D.* 1962, I, p. 37 – « Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif », *Mélanges Dabin*, 1963, II, p. 813 ; A. de Laubadère, « Réflexions sur la crise du droit administratif français » *D.* 1952, I, p. 5 – « La réforme du contentieux administratif », *A.J.D.A.* 1953, I, p. 173.

102. J.M. De Forges, « L'administration de la liberté », in *La liberté à refaire*, Hachette, Pluriels, 1984, pp. 53 ss.

103. P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », *R.F.D.A.* 1985, n° 1, pp. 1 ss.
104. S. Regourd, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *R.D.P.* 1987, n° 1, p. 27.
105. J.M. De Forges, préc.
106. S. Regourd, préc. ; E. Pisier, « Le service public : entre libéralisme et collectivisme », *Esprit* déc. 1983, pp. 8 ss.
107. Ce que P. Amssek appelle la « direction juridique non autoritaire des conduites », in « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.* 1982, pp. 278 ss. J.B. Auby (« Prescription juridique et production juridique » *R.D.P.* 1988, n° 3, pp. 673 ss) parle pour sa part de « normes non prescriptives ».
108. Déjà dans sa note sous l'arrêt *Canal de Gignac* en 1898, M. Hauriou se plaignait qu'« on nous change notre Etat »...
109. J.J. Gleizal, in *L'administration dans son droit op. cit.* p. 284.
110. Pour l'analyse de ces réactions, E. Pisier, « Vous avez dit indépendantes ? Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », in *Pouvoirs* n° 46, 1988, pp. 71 ss.
111. Comme le dit J.M. De Forges, « un certain libéralisme ambiant » a gagné sous la Troisième République le droit administratif et a conduit à « le présenter comme un droit protecteur de l'individu contre l'Etat » (préc. p. 71).
112. J. Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », in *Pouvoirs*, n° 46, pp. 57-58.
113. Comme le souligne G. Vedel lui-même (« Les bases constitutionnelles » préc.), l'école du service public « a efficacement combattu et dissipé le vieux fantôme de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique. L'emploi de la notion de service public a mis au clair l'idée que l'administration est faite pour les administrés et non pour les gouvernants ».
114. Voir R. Cassin, in *La Justice*, 1961, p. 294 : le Conseil d'Etat commence à être « gêné – je n'ose pas dire stérilisé – par l'abondance excessive des textes qui paralysent progressivement sa force créatrice ». Dans le même sens M. Waline (préface au *Juris-classeur administratif* 1974) constatait que « la loi et le règlement ont ravi à la jurisprudence la première place qu'elle occupait traditionnellement dans l'innovation en matière de droit administratif ».
115. G. Vedel (*E.D.C.E.* n° 31 préc. p. 31) souhaitait lui-même, compte tenu des inconvénients (moindre prévisibilité des solutions et diminution de la sécurité juridique) présentés par le caractère jurisprudentiel du droit administratif une « codification ».
116. En ce sens D. Linotte préc. et S. Rials, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *A.J.D.A.* 1981 pp. 115 ss et le conclusion commune *A.J.D.A.* 1981, pp. 202 ss.
117. L. Favoreu, in *Conseil d'Etat et Conseil constitutionnel op. cit.*
118. J. Caillosse, *A.J.D.A.* 1989, p. 6.
119. « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité », *Mélanges Waline op. cit.* pp. 701 ss.