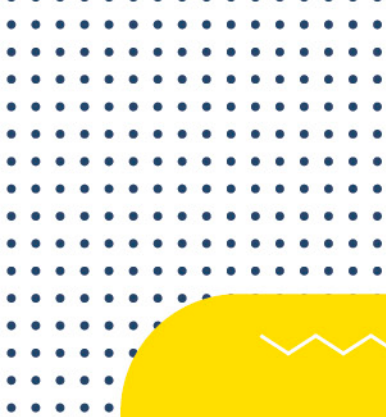
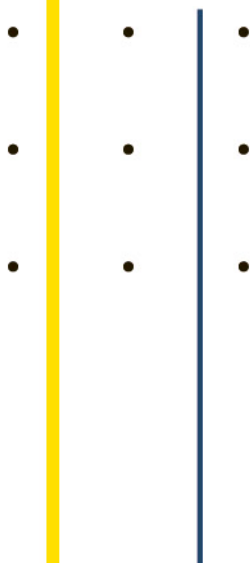




LE DROIT **ADMINISTRATIF**

2^e édition



EN CARTES MENTALES

Karl-Henri Voizard



ellipses

LE DROIT ADMINISTRATIF

EN CARTES MENTALES

2^e édition

Karl-Henri Voizard

Maître de conférences de droit public
Université de Toulouse (INU Champollion)
Membre de l'École de droit de Toulouse – IDETCOM



Retrouvez tous les titres de la collection « Le droit en cartes mentales »
sur <http://www.editions-ellipses.fr>



Mise en pages : Soft Office

ISBN 9782340-117860

Dépôt légal : août 2026

©Ellipses Édition Marketing S.A.

8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle et artistique n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

À mes parents

Liste des abréviations

AAI	<i>Autorité administrative indépendante</i>
CAA	<i>Cour administrative d'appel</i>
CC	<i>Conseil constitutionnel</i>
Ccass	<i>Cour de cassation</i>
CE	<i>Conseil d'État</i>
CE ass.	<i>Assemblée du Conseil d'État</i>
CE ord.	<i>Ordonnance de référé du Conseil d'État</i>
CE sect.	<i>Section du Conseil d'État</i>
CEDH	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
CG3P	<i>Code général de la propriété des personnes publiques</i>
CGCT	<i>Code général des collectivités territoriales</i>
CJA	<i>Code de justice administrative</i>
CJCE	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>
CJUE	<i>Cour de justice de l'Union européenne</i>
CRPA	<i>Code des relations entre le public et l'administration</i>
DDHC	<i>Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (de 1789)</i>
ENA	<i>École nationale d'administration</i>
ENM	<i>École nationale de la magistrature</i>
EPA	<i>Établissement public à caractère administratif</i>
EPCI	<i>Établissement public de coopération intercommunale</i>
EPIC	<i>Établissement public à caractère industriel et commercial</i>
GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
GIP	<i>Groupement d'intérêt public</i>
INSP	<i>Institut national du service public</i>
MPO	<i>Médiation préalable obligatoire</i>
NOTRe	<i>(Loi portant) Nouvelle organisation territoriale de la République</i>

PFRLR	<i>Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République</i>
PGD	<i>Principes généraux du droit</i>
PPP	<i>Prérogatives de puissance publique</i>
préc.	<i>Précité</i>
QPC	<i>Question prioritaire de constitutionnalité</i>
RAP	<i>Recours administratif préalable</i>
RAPO	<i>Recours administratif préalable obligatoire</i>
REP	<i>Recours pour excès de pouvoir</i>
s.	<i>Suivant</i>
SPA	<i>Service public à caractère administratif</i>
SPIC	<i>Service public à caractère industriel et commercial</i>
TA	<i>Tribunal administratif</i>
TC	<i>Tribunal des conflits</i>
TFUE	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</i>
TUE	<i>Traité sur l'Union européenne</i>
V.	<i>Voir</i>

Introduction

1. Une fois n'est pas coutume, commençons cet ouvrage en évoquant ce dont nous ne traiterons pas ! Car si le droit administratif appartient à la grande famille du droit public et continue d'occuper une place de choix dans la formation du juriste, il n'est pas la seule matière à dépendre de cette discipline :

- *il lui faut en effet compter en premier lieu avec le droit constitutionnel. Celui-ci recoupe d'une part l'examen des rapports juridiques existant entre les institutions politiques mentionnées dans la Constitution (exemple : le gouvernement est responsable devant le Parlement) ou entre ces institutions et les gouvernés (exemple : les modalités d'élection du Président de la République au suffrage universel direct). Il englobe d'autre part l'analyse des procédures et principes devant être respectés lors de la fabrication des lois et celle du rôle du Conseil constitutionnel à cet égard (on parle plus précisément de « contentieux constitutionnel ») ;*
- *le droit administratif se distingue en deuxième lieu du droit financier qui regroupe, pour simplifier, toutes les questions en lien avec le recouvrement de l'impôt (« droit fiscal »), la génération des recettes et dépenses des personnes publiques (« droit budgétaire ») ainsi que la gestion des deniers publics (« comptabilité publique ») ;*
- *se sont en troisième lieu développés toute une multitude de principes réglant les relations diplomatiques entre États autour desquels se sont agglomérées des connaissances juridiques constitutives du droit international public.*

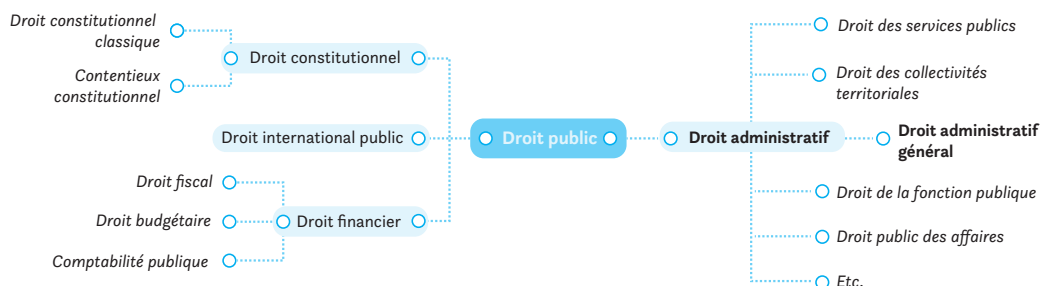
2. Aux côtés de ces trois branches du droit public, le *droit administratif* désigne l'étude de ce vaste ensemble de règles conçu spécifiquement pour encadrer l'Administration¹. Ce droit se compose lui-même de diverses ramifications prenant chacune pour objet l'un des moyens par lesquels l'Administration remplit ses missions :

1. On utilise généralement le terme « Administration », avec une majuscule, pour parler indistinctement de l'ensemble des institutions qui assurent une activité administrative. Pour ce qui nous intéresse, ces institutions ont pour point commun d'être régies en tout ou partie par le droit administratif.

- la mise en œuvre de prestations à destination des usagers (« droit des services publics »);
- l'organisation du patrimoine des personnes publiques à partir duquel se déploient leurs actions (« droit administratif des biens »);
- les modes de désignation des élus locaux et les compétences qu'ils se retrouvent en droit d'exercer (« droit des collectivités territoriales »);
- les pouvoirs de l'Administration sur le marché et les règles auxquelles elle se soumet lorsqu'elle agit en tant qu'opérateur économique (« droit public de l'économie »);
- les relations de travail entre les personnes publiques et les agents placés à leur service (« droit de la fonction publique »);
- etc.

Traversant toutes ces problématiques à la fois, le « droit administratif général » synthétise l'essentiel des connaissances qu'il est possible d'extraire de ces analyses parcellaires. Le présent ouvrage s'inscrit ni plus ni moins dans une telle démarche.

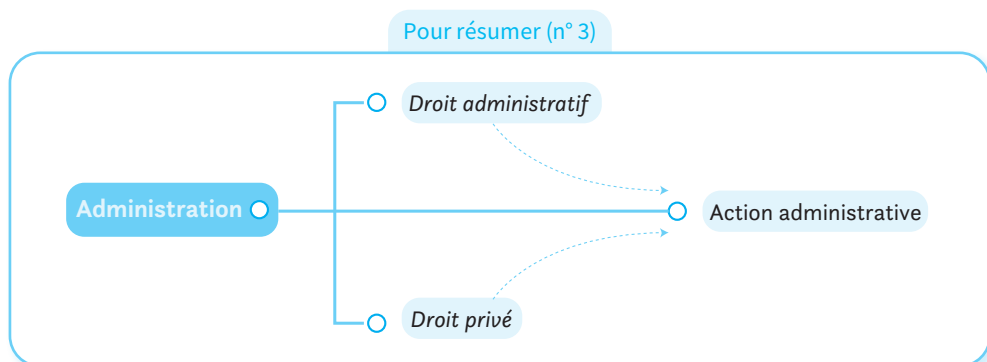
Pour résumer (n° 1-2)



3. Situer le droit administratif par rapport aux autres champs disciplinaires et en présenter les multiples déclinaisons suffit-il pour saisir le sens des règles auxquelles il renvoie ? Probablement pas. Mais il serait tout aussi déraisonnable de vouloir en donner une définition péremptoire. Pour au moins deux raisons : d'abord parce qu'il s'agit d'une matière sophistiquée et parfois contradictoire qui rend impossible la réduction de ses principes en une formule impeccable ; ensuite parce que la multiplicité des approches que les enseignants retiennent de la matière prend pour point de départ des définitions tout aussi hétéroclites. Celle que l'on pose ici n'a par conséquent aucune autre ambition que d'offrir une base aux développements qui vont suivre : le droit administratif correspond à l'étude des règles juridiques par la médiation desquelles l'Administration s'exprime principalement pour maintenir ou créer du *lien social*. La démarche scientifique se confondant avec son objet (comme on appelle « Français » l'étude du français), le droit administratif désigne simultanément

l'ensemble de ces règles. On peut en définitive comparer l'Administration à un violoniste frottant les cordes avec son archet (le droit administratif) pour en sortir quelques sons harmonieux (produire de la cohésion) aux fins de couvrir le brouhaha naturel des intérêts particuliers.

Le lecteur aura peut-être remarqué l'insertion dans la précédente définition de l'adverbe « principalement ». C'est qu'il faut bien insister sur ce point : l'Administration ne s'exprime pas uniquement à travers le droit administratif ! Il est sa langue maternelle, si l'on peut dire, ce qui ne l'empêche pas d'user aussi parfois d'une autre langue, étrangère, celle régulièrement pratiquée dans le secteur privé par les simples particuliers : le *droit privé*. Pour filer encore un peu plus la métaphore, il n'est d'ailleurs pas rare que l'Administration mobilise dans une même phrase des termes issus des deux langues à la fois. Pour atteindre un même objectif, il est en effet fréquent que l'action administrative repose sur un entremêlement de régimes puisés pour certains dans le droit administratif, pour d'autres dans le droit privé (exemple : les établissements publics à caractère industriel et commercial sont régis par le droit administratif quant à leur organisation mais essentiellement soumis au droit privé pour leur fonctionnement – nous y reviendrons).



4. Reste que l'Administration n'a pas toujours la chance de pouvoir choisir son droit. On peut même dire que, dans une situation donnée, la nature publique ou privée du régime juridique à respecter s'impose à elle la plupart du temps. Les juges jouent à cet égard un rôle précieux d'aiguilleurs puisqu'ils se prononcent, généralement par l'intermédiaire du Tribunal des conflits, sur le droit applicable chaque fois qu'il y a un doute. Il ne faut donc pas s'étonner qu'une partie de la jurisprudence abordée dans un cours ou manuel de droit administratif ait pour objet la détermination du juge compétent – juge administratif ou juge judiciaire – et, par là même, celle du droit que l'Administration a l'obligation de mettre en œuvre dans tel ou tel cas. Mais nous aurons

de nombreuses occasions de revenir sur ces problèmes de compétence et il est plus que temps maintenant de dérouler le programme de cet ouvrage¹.

5. Pour bien commencer, il faudra revenir sur la formation du pouvoir étatique dont l'Administration et ce droit que l'on qualifie aujourd'hui d'«administratif» sont la résultante. Retracer de la sorte les origines du droit administratif a l'avantage de replacer sa *genèse* dans la perspective de l'État de droit (Partie 1).

- *La canalisation du pouvoir par l'État de droit (chapitre 1)*
- *La consolidation du modèle par le droit administratif (chapitre 2)*

L'on aurait tort, toutefois, de s'imaginer que le droit administratif serait l'affaire exclusive de l'État. D'abord parce qu'il n'a plus depuis longtemps le monopole dans l'exercice des tâches collectives : d'autres institutions jouissant d'une certaine autonomie sont dotées de leurs propres administrations. Ensuite parce que ce droit-là met aussi en scène deux autres types d'*acteurs* qui s'en saisissent soit parce qu'ils sont les destinataires des prescriptions qu'il porte, soit parce qu'ils sont chargés d'en faire application en vue de résoudre un litige (Partie 2).

- *L'Administration (chapitre 1)*
- *Les administrés (chapitre 2)*
- *Le juge administratif (chapitre 3)*

En tout état de cause, il ne faut surtout pas perdre de vue que, contrairement au droit privé, le droit administratif doit toujours être employé dans le but de satisfaire l'intérêt général. Cette ambition fondatrice peut être induite des *fonctions* que l'Administration lui assigne, que son action vise à préserver l'ordre public ou à délivrer des prestations. Chacune de ces deux hypothèses n'en reste pas moins soumise à un régime qui lui est propre (Partie 3).

- *La police administrative (chapitre 1)*
- *Le service public (chapitre 2)*

Pour parvenir à ces objectifs, l'Administration exprime sa volonté à travers des actes juridiques qui alternent entre les *formes* unilatérale et contractuelle. Dans un cas comme dans l'autre, ces actes doivent être adoptés, évoluer et prendre fin conformément à des règles et principes en partie spécifiques (Partie 4).

- *L'acte administratif unilatéral (chapitre 1)*
- *Les contrats administratifs (chapitre 2)*

1. J'exprime à cette occasion toute ma reconnaissance à Jacques Caillousse pour ses éclairages, toujours précieux, sur la discipline du droit administratif. Si le présent ouvrage ne s'éloigne guère des découpages académiques généralement retenus dans les cours et manuels – ce qui est de nature à rassurer l'étudiant! –, avoir conscience de leurs apports comme de leurs impasses aura permis l'ajout de propos nuancés dans la présentation de certaines notions phares.

Les particularismes juridiques de l'action administrative se prolongent jusque dans les mécanismes par lesquels l'Administration est conduite à réparer les préjudices qui lui sont imputables. Le droit administratif a en effet institué des régimes de *responsabilité* qui s'inspirent en partie de la responsabilité civile mais ne sauraient se confondre avec elle (Partie 5).

- *Les faits générateurs (chapitre 1)*
- *La mise en œuvre de la responsabilité (chapitre 2)*

Arrivé à ce stade, le lecteur aura pu mesurer le niveau d'emprise de l'État de droit, comme modèle, sur les activités administratives, quelles qu'elles soient. Il restera donc à se demander d'où proviennent les différentes règles que l'Administration est tenue de respecter et ce qu'il advient des actes qu'elle édicte en violation de l'une d'elles. Cela revient plus généralement à s'interroger sur le problème de la *validité* du droit administratif (Partie 6).

- *Les sources du droit administratif (chapitre 1)*
- *Le contrôle de légalité (chapitre 2)*

La genèse du droit administratif

6. N'importe quel juriste français trouvera de nos jours tout à fait naturel que soient secrétées, parallèlement au droit privé, des règles différentes, adaptées aux activités de l'Administration et dépendantes d'un système autonome que l'on nomme « droit administratif ». Il faut dire que l'incrustation dans le paysage juridique d'une telle dualité est sous-tendue par des justifications solides.

D'une part, il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit privé – ce droit des rapports entre les particuliers – ne contient tout simplement aucune règle susceptible de répondre aux besoins de l'Administration et aux missions qu'il lui appartient d'accomplir (exemple : ne font pas partie des préoccupations des particuliers l'organisation interne des institutions publiques, les modalités d'élection de ceux qui siègent au sein des collectivités territoriales, etc.). De la même manière, l'exécution des lois ou le maintien de l'ordre public sont des problèmes que ne se posent pas les personnes privées ordinaires.

D'autre part, le droit privé régit bien souvent des situations analogues à celles que rencontre l'Administration (exemple : engager sa responsabilité juridique, établir des relations de travail, livrer une prestation, etc.) mais selon une logique qui ne met en balance que des intérêts particuliers. Or, l'Administration a en principe pour unique objectif de satisfaire l'intérêt général. Elle doit par conséquent pouvoir disposer de prérogatives exorbitantes qui lui permettent de toujours faire prévaloir cet intérêt, quitte à nouer des rapports inégalitaires avec les administrés ou ses partenaires. Il lui faut aussi pouvoir s'appuyer sur un contingent de travailleurs dévoués, ayant accepté de faire carrière dans l'Administration, que l'on appelle « fonctionnaires ». Il importe par ailleurs de soumettre l'Administration à de nombreuses sujétions que n'ont pas à connaître les personnes privées ordinaires : outre le fait que les réponses apportées aux besoins collectifs doivent nécessairement respecter certains principes (continuité, égalité, mutabilité du service public), il lui faut aussi

veiller à ce que ses partenaires contractuels soient choisis selon des règles garantissant une sélection impartiale. Ces multiples paramètres confortent, à l'évidence, l'existence d'un droit *fondamentalement original et adapté* aux spécificités de l'action administrative.

7. Gardons tout de même à l'esprit que l'essence du droit est tout sauf naturelle : ces arguments, aussi convaincants soient-ils, n'en restent pas moins présidés par des convictions plus ou moins conscientes d'ordre politique. Et ces convictions sont elles-mêmes conditionnées par un héritage historique dont les plus grands réformateurs eux-mêmes auraient bien du mal à se débarrasser. Si le développement d'un appareil administratif au service de l'État n'est pas, loin s'en faut, propre à la France, le phénomène y a pris une tournure inédite ayant rendu audible bien plus qu'ailleurs l'argumentaire rappelé ci-dessus. Plus poussée dans l'hexagone que dans la plupart des pays occidentaux, la centralisation du pouvoir entamée à la fin du Moyen Âge a en effet produit un terreau favorable à la croissance des activités administratives et à leur infiltration dans le tissu social.

Profitant, si l'on peut dire, d'un vaste mouvement de canalisation du pouvoir par application du *modèle de l'État de droit* (chapitre 1), le droit administratif s'est peu à peu imposé en France comme un moyen efficace pour dompter une administration à la taille conséquente et faire du bien commun son unique préoccupation. Il participe en cela de la consolidation du modèle (chapitre 2).

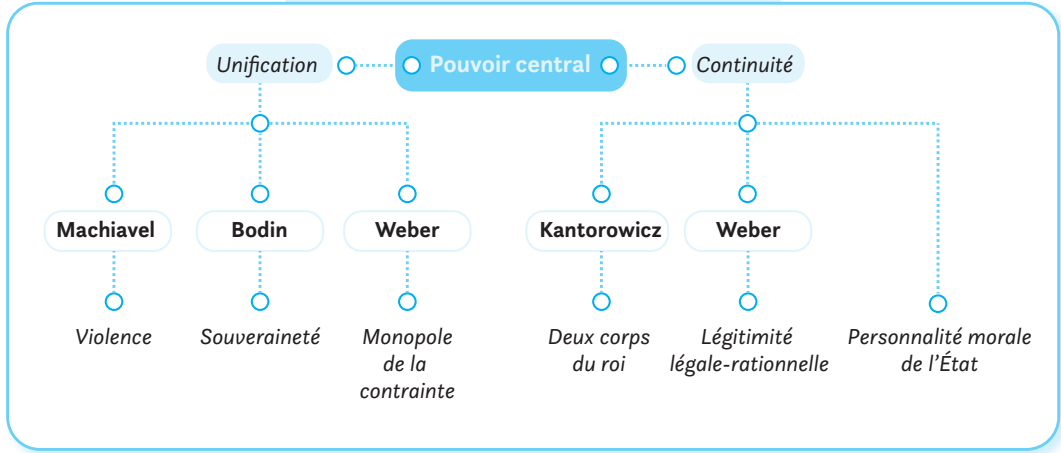
La canalisation du pouvoir par l'État de droit

8. Le juriste autrichien *Hans Kelsen* (1934) considérait à propos de l'État qu'il était une autre façon de désigner l'*ordre juridique* : cet ordre conditionne la production des normes et donc aussi celles qui font exister l'État ; celui-ci en retour est le garant du respect de cet ordre qu'il rend donc possible. Il y a en somme confusion entre l'ordre juridique et l'État qui n'en serait que la personnification.

Une telle vision est réductrice. L'État est la mise en forme d'un pouvoir qui s'appuie d'abord et avant tout sur des ressorts sociaux (Section 1). Ce qui explique que l'État soit en perpétuel changement et qu'il ait la capacité de traverser les régimes politiques qui se succèdent sans repartir de zéro chaque fois. Ainsi, l'État monarchique de l'Ancien Régime n'est pas l'État démocratique issu de la Révolution, mais c'est toujours l'État français. Pour autant, la règle de droit est indispensable pour faire la *médiation* entre le pouvoir de l'État et les hommes qui l'exercent. Tout en se diffusant dans les rouages étatiques, la norme juridique évolue avec le temps, se complexifie : elle n'est plus simplement un instrument d'intervention du pouvoir ; elle lui impose aussi un cadre à respecter (Section 2).

Section 1. Du pouvoir à l'État

9. La construction de l'État est le résultat de l'ascension d'un *pouvoir central*. Le phénomène est directement lié à l'emprise croissante de la Royauté sur la société. L'ascension se nourrit des avancées permises par le système féodal (en termes de justice et de finances) mais aussi de ses limites (morcellement du pouvoir, indifférence des patrimoines publics et privés, dépendance du pouvoir à l'égard de l'allégeance personnelle). L'État moderne se caractérise ainsi par un double travail d'unification de la société (§ 1) et d'inscription du pouvoir dans le temps (§ 2).



§ 1. Unification

10. Il faut d'abord revenir à *Machiavel* (1513) qui dans son analyse du pouvoir avait su rompre le premier avec l'imaginaire théologique de l'époque. Il partait de l'idée que le pouvoir des gouvernants ne devait pas être conçu comme un instrument au service de la transcendance divine ou des principes moraux. Il résulte en réalité des rapports de force entre individus, rapports de force par lesquels les gouvernants s'érigent au-dessus des autres hommes et conservent leur rang grâce à une bonne maîtrise de la *violence*.

Un peu plus tard, *Bodin* (1576) dressait le constat d'un nouveau genre de pouvoir qu'il tentait de caractériser à partir de la notion de *souveraineté*. Elle lui sert à décrire les attributs du Prince et, d'une manière plus générale, de l'État. Est souverain celui : dont la puissance ne procède de personne ; qui a autorité absolue sur ses magistrats comme sur ses sujets (pouvoir de donner des ordres et d'édicter des actes unilatéraux) ; dont les décisions ne peuvent être remises en cause.

Certains philosophes ont tenté de conférer à ce pouvoir émergent une sorte d'assise rationnelle. *Hobbes* (1651) revisitait ainsi la doctrine contractualiste (théorie du contrat social) en fondant l'État sur le *principe sécuritaire* : il partait du postulat qu'en des temps anciens, les individus évoluaient dans un « état de nature » au sein duquel régnait la loi du plus fort sur le faible (d'où l'expression fameuse : « *l'homme est un loup pour l'homme* ») ; pour s'extirper de la crainte permanente, ils auraient consenti à remettre leur destinée entre les mains du monarque, garant de l'ordre, autorisé à user de la force chaque fois que nécessaire.

11. D'une certaine manière, les travaux de *Max Weber* (1917) parachèveront plusieurs siècles de réflexion sur l'État. L'auteur a su mettre en évidence le lien entre la construction du pouvoir étatique et la *monopolisation de la contrainte* par un groupe de gouvernants : l'État, dit-il, est « *le groupe politique qui revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime* ». Aucune violence physique autre que celle exercée par l'État ne saurait être considérée comme légitime et demeurer sans punition. Cette exclusivité engendre la neutralisation des tensions au sein de la société puisque toute tentative de lutte est contrariée par la menace d'une sanction. L'histoire de l'Ancien Régime regorge d'exemples de cet effort de centralisation de la contrainte qui ne s'est pas faite en un jour. L'un des moments les plus édifiants est sans doute l'arrestation sur ordre de Philippe le Bel des membres de l'ordre des Templiers le vendredi 13 octobre 1307 et l'anéantissement de l'influence papale du temps de Boniface VIII peu après.

Pour être efficace, cet État doit pouvoir se reposer sur une organisation ramifiée, une *bureaucratie* opérationnelle capable de relayer la volonté des gouvernants. Cet appareil hiérarchisé n'est autre que l'administration étatique. D'une part, elle est alimentée par les ressources de la société sur tous les plans : financier par le prélèvement de l'impôt, humain par le recrutement d'agents publics, matériel par la constitution d'un patrimoine qui lui est propre. D'autre part, elle est dotée de prérogatives qui découlent directement du monopole de la contrainte : elle édicte des règles qui s'imposent aux individus (actes unilatéraux) ; elle peut user de la force matérielle si besoin. Ces *prérogatives de puissance publique* traduisent et consacrent l'inégalité entre l'État et ceux qu'il administre.

12. Le concept de *Nation* développé au cours de la Révolution mettra un point final à l'effort d'unification de la société entrepris sous l'Ancien Régime tout en donnant à l'État les moyens d'en sortir plus fort : en évitant au collectif de se fissurer, l'État placé au service de la Nation légitime d'autant plus son incrustation dans le social.

§ 2. Continuité

13. L'ascension du pouvoir central s'accompagne de mécanismes à même d'assurer sa propre reproduction, la perpétuation de son propre modèle politique. Ces mécanismes reposent sur la *dissociation* progressive des États et de ceux qui occupent la place de gouvernants.

Sous l'Ancien Régime, la dissociation est imparfaite bien qu'elle prenne appui sur une véritable construction dogmatique, celle des « deux corps du roi ». *Ernst Kantorowicz* (1957) a montré comment les théoriciens de la fin du Moyen Âge avaient conceptualisé la différenciation du corps naturel et personnel du roi du *corps politique* et immortel qu'il transmettait à son successeur. Cette théorie est porteuse, pour le pouvoir, d'un nouveau rapport au temps :

un temps universel fondé sur l'idée de continuité. Le mécanisme n'en reste pas moins très dépendant de la personne du roi qui est la source en même temps que le réceptacle d'un pouvoir qu'il tient de Dieu (théorie de la monarchie de droit divin).

Avec la Révolution, la souveraineté est transférée au peuple ; il devient la source de tout pouvoir. Les principes démocratiques érigent ainsi les gouvernants en *représentants*. Ils exercent le pouvoir en raison d'un titre et dans les limites fixées par les textes juridiques – en premier lieu la Constitution. Leur légitimité n'est donc plus « de tradition » ou « charismatique », pour reprendre la terminologie de *Max Weber*. On est passé à un modèle de légitimité « légale-rationnelle » : les gouvernants s'effacent derrière l'État comme incarnation du collectif ; la dépersonnalisation est totale ce qui permet à l'institution de perdurer au-delà des hommes.

La reconnaissance juridique de la *personnalité morale* de l'État constituera l'ultime étape de ce phénomène d'émancipation.

Section 2. Du droit dans l'État

14. La règle de droit est indispensable à l'État pour répartir les tâches en son sein (organiser sa bureaucratie) tout autant que formaliser ses commandements (diriger la société). Mais à mesure que l'État moderne poursuit sa construction, la norme se veut aussi instrument de limitation. Si les prémices de cette dialectique sont palpables sous l'Ancien Régime (§ 1), sa systématisation n'a véritablement commencé qu'à partir de la Révolution (§ 2). C'est ainsi qu'un nouveau modèle de gouvernement s'est peu à peu imposé : celui de l'État de droit.

§ 1. Prémices

15. Sur le plan idéologique, la doctrine contractualiste a fortement contribué à modifier les perceptions. À la suite de *Hobbes*, deux autres penseurs en particulier ont repris le double postulat de l'état de nature et du contrat social mais en soulignant cette fois-ci la nécessité d'un pouvoir conditionné. Pour *Locke* (1690), les sujets ont cédé au monarque le pouvoir de garantir l'ordre et de punir les transgressions ; mais celui-ci doit en contrepartie respecter *les libertés et la propriété* des individus. Si la majorité (contrepoids du monarque) considère que le pacte n'a pas été respecté – qu'il est rompu –, alors la révolte est possible.

Quant à *Rousseau* (1762), il conçoit le pacte comme la cession par chaque individu de ses droits au bénéfice de la communauté. Leur aliénation est rendue acceptable par le fait que chacun participe en contrepartie à l'élaboration de

la *volonté générale*. Les individus doivent pouvoir se réunir en assemblée afin d'en déterminer le contenu. L'État n'est alors que le mode d'expression de cette volonté, celle-ci trouvant dans la Loi sa traduction formelle. En cela, les gouvernants n'ont d'autre rôle que d'œuvrer à la réalisation de cette volonté. Le monarque lui-même est cantonné à un rôle d'exécutant qu'il ne peut dépasser, sous peine d'être renversé.

16. C'est dans ce contexte idéologique que l'exercice du pouvoir a progressivement pris en compte la situation des administrés. Déjà au Moyen-Âge, en matière de réquisitions et d'expropriations imposées par le seigneur à des fins militaires ou civiles, il n'était pas rare que des textes prévoient la nécessité d'un *dédommagement*. Lors de l'utilisation des moulins ou des fours construits et monopolisés par les seigneurs, les sujets devaient certes s'acquitter d'une redevance dont le pouvoir profitait largement. Mais les textes prévoyaient bien souvent l'obligation pour le seigneur de conserver ces équipements dans un bon état et de ne pas se livrer à des *discriminations* – certains y voient la préfiguration du régime du service public.

Avec l'avènement du pouvoir monarchique et l'émancipation des municipalités qui récupèrent les prérogatives seigneuriales, la dynamique en faveur des administrés s'est perpétuée. Les garanties ont pu même être fixées dans divers édits, ordonnances ou arrêts du Conseil du roi. Il est difficile de ne pas évoquer l'*édit de Moulins* de 1566 qui distingue le patrimoine privé du monarque du patrimoine public de la Couronne rendu inaliénable ; il s'agit par cette interdiction de principe de préserver l'usage collectif de certains biens (exemple : les forêts domaniales).

§ 2. Systématisation

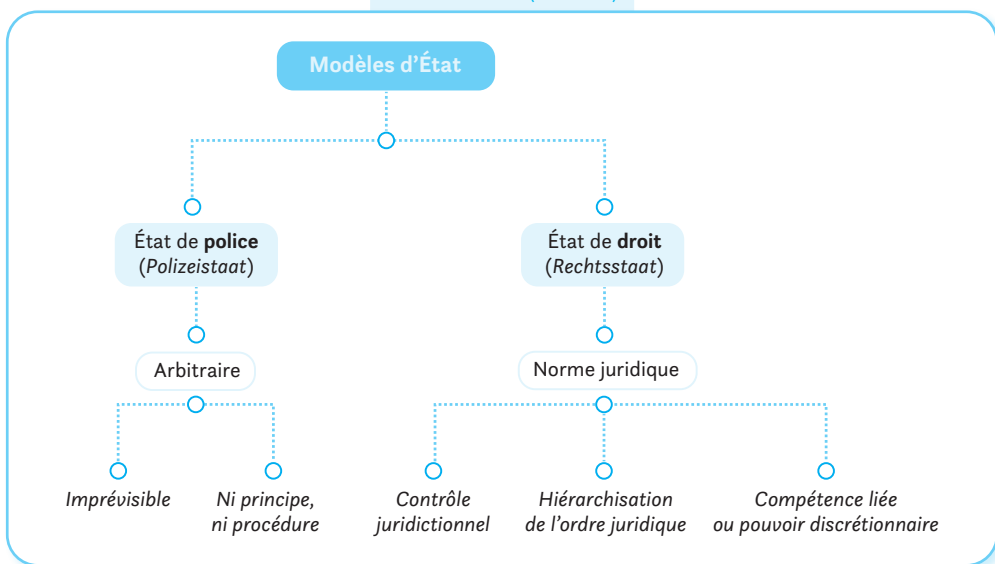
17. Le concept d'État de droit trouve son origine dans la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle (celle-ci parle de *Rechtsstaat*). Il s'est par la suite exporté dans de nombreux pays européens – dont la France – qui l'ont transposé, mis en pratique et systématisé en fonction de leurs propres traditions juridiques.

Le modèle est construit par opposition à l'État de police (*Polizeistaat*). Ce dernier renvoie à l'hypothèse dans laquelle les pouvoirs publics interviennent de façon imprévisible, en l'absence de procédure claire ou de principes prédéfinis et, généralement, selon le bon vouloir des gouvernants. Pour le dire d'un mot, c'est le règne de l'*arbitraire*. Les lettres de cachet constituent un bon exemple des pratiques alors en vigueur. L'État de droit correspond à l'inverse au mode de gouvernement dans lequel la règle juridique prescrit les interventions possibles ainsi que les conditions dans lesquelles elles doivent être réalisées et habilite les autorités « compétentes » pour les mener – on dit qu'elles ont la *compétence*. En somme, aucun pouvoir contraignant ne saurait être exercé en dehors de la norme de droit.

La mise en place d'un tel système repose sur la *hiérarchisation de l'ordre juridique*, celle-ci rejaillissant sur les différents organes constitutifs de l'État. Pour simplifier : l'Administration se doit d'agir selon les cadres fixés par le Parlement dans la Loi (l'Administration est ainsi soumise au principe de légalité) ; le législateur lui-même ne peut s'exonérer des principes et procédures contenus dans la norme suprême qu'est la Constitution. Bien sûr, l'efficacité de l'État de droit dépend en grande partie de l'existence de juridictions capables de garantir la primauté des normes supérieures.

18. Si l'État de droit vise à éliminer l'arbitraire en plaçant autant que faire se peut le décideur en situation de « compétence liée », il faut cependant souligner que dans de nombreux cas, une marge de manœuvre lui est laissée plus ou moins sciemment. On parle alors de « pouvoir discrétionnaire » qui se différencie de l'arbitraire en ce qu'il est nécessairement prévu et organisé par les textes – cela signifie que l'Administration doit pouvoir justifier sa décision au regard d'un texte qui l'habilite à agir ou à ne pas agir.

Pour résumer (n° 17-18)



19. Dès lors que l'État est lui-même à l'origine des normes en cause et puisque leur respect ne dépend au fond que de sa bonne volonté, on peut se demander si le modèle n'aurait pas quelque chose de purement artificiel ? Les juristes allemands évoquent un *principe d'autolimitation* pour expliquer le phénomène. Ce principe peut sembler tout aussi factice mais il renvoie sans doute à des paramètres bien réels : la nécessité pour les pouvoirs publics de montrer l'exemple ; les tensions sociales qu'engendreraient d'importantes fissurations du modèle.