



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



Gov 1481.1

RECEIVED
APR 16 1895



Harvard College Library

FROM THE

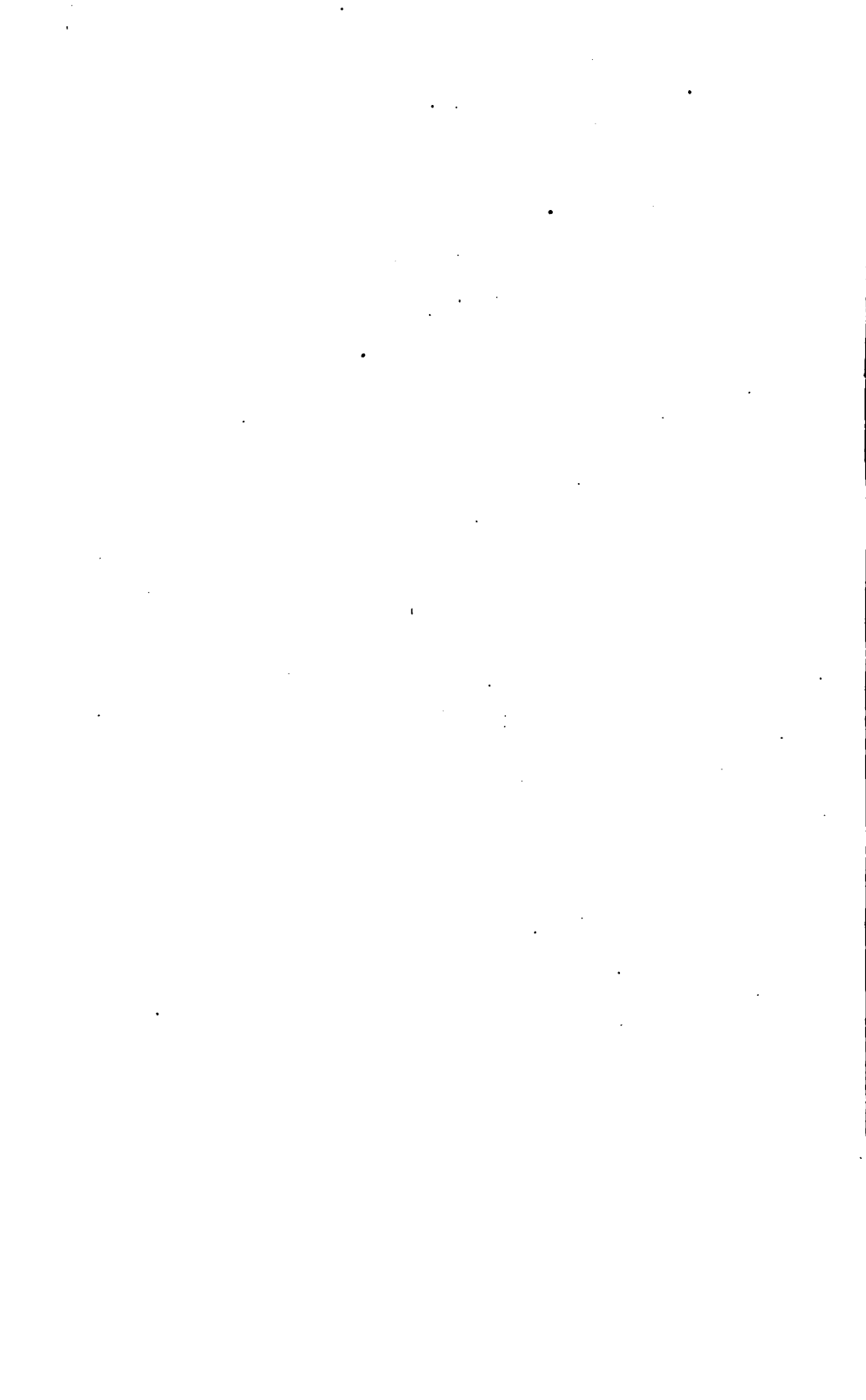
J. HUNTINGTON WOLCOTT FUND

Established in 1891 by ROGER WOLCOTT (H. U. 1870), in memory of his father, for "the purchase of books of permanent value, the preference to be given to works of History, Political Economy, and Sociology," and increased in 1901 by a bequest in his will.





HILL — CLEGG



Des. 21

V. 11238

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ET

LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

PAR

J. USSING

DOCTEUR EN DROIT, MEMBRE DANOIS DES TRIBUNAUX MIXTES D'EGYPTE

TRADUIT

PAR

P. DARESTE

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT À LA COUR DE PARIS



COPENHAGUE

ANDR.-FRÉD. HØST & FILS, EDITEURS

—
1902

1948
1949

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

ET

LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

L'intérêt de cette étude se démontre de lui-même : mais il faut avoir été mêlé à l'enseignement ou à la pratique du droit administratif pour en apprécier toute la difficulté. Le droit administratif est, de toutes les branches du droit, la moins internationale, celle qui se modèle le plus étroitement sur les institutions particulières et traditionnelles de chaque pays. Il est indispensable, pour le bien saisir, de s'initier au mécanisme administratif et de le pénétrer jusque dans le détail. La frontière franchie, tout change, et il semble que l'étude soit à recommencer, tant l'objet en est différent au premier abord. Il appartient à un juriconsulte exercé de reconnaître, sous cette diversité, des traits communs, et d'éclairer le sujet par des rapprochements inattendus. Ussing a su découvrir le contentieux administratif là même où il se dissimule, ce qui arrive très-fréquemment : il l'a surpris, chose inattendue, jusqu'en Angleterre. Partout ce contentieux se ramène, à tout prendre, aux mêmes principes, et répond aux mêmes nécessités. La doctrine, de même, malgré la divergence extrême des théories, offre de curieuses rencontres, et il n'est pas sans intérêt de contrôler Jel-linek par Laferrière, ou Pražák par Aucoc. C'est ce qui fait la valeur de ces quelques pages, plus instructives à certains égards que bien des traités en forme de droit administratif, nécessairement restreints à un seul pays et à un seul système. Il nous a paru fâcheux qu'elles fussent écrites dans une langue peu accessible au grand public. Nous voudrions que la présente traduction pût rendre quelques services.

L'auteur avait consacré, dans la seconde partie de l'ouvrage où il passe en revue les législations des divers pays, des développements particuliers au chapitre concernant le Danemark. C'est le seul point où la traduction se soit écartée de l'original. Ce chapitre a été fort abrégé, et ramené aux dimensions de chacun des autres, après suppres-

sion de tous les détails et de toutes les controverses qui n'ont pas d'intérêt direct pour le lecteur non danois.

M. C. Kraft, conseiller hors cadre à la Cour d'appel de Copenhague, ami d'Ussing, et son successeur à la présidence du tribunal mixte de Mansourah (aujourd'hui juge au tribunal mixte du Caire), a bien voulu revoir la traduction, et s'est acquitté de cette tâche avec un soin exceptionnel. Ce nous est un devoir et un plaisir de lui adresser ici nos très-vifs remerciements.

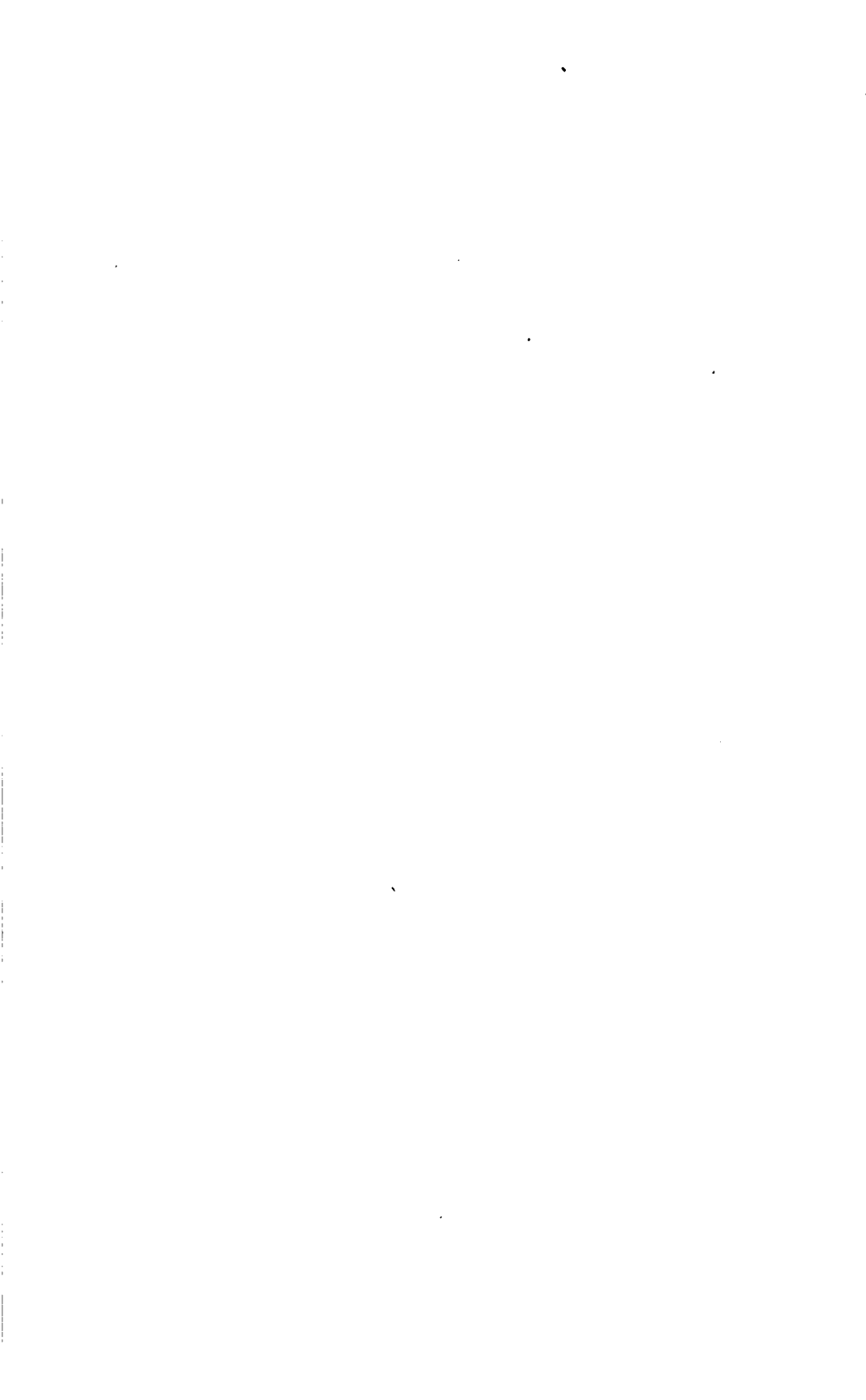


TABLE.

Partie générale.

I. Introduction.

Lois administratives 3. Etat fondé sur le droit 4. Etat absolu ou constitutionnel 5. Droits particuliers dérivant du droit public 7. Points non réglés par la loi 10. Garantie du droit 12.

II. Pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

Fonction judiciaire et fonction administrative 16. Organes de ces fonctions. Indépendance réclamée pour l'administration au regard des tribunaux 19. Droit danois 20. Norvège et Suède 23. Angleterre 24. France 26. Belgique et Italie 30. Allemagne 31.

III. Matières de droit public et de droit privé. Matières administratives et matières pénales.

§ 1. *Domaine et principes du droit public et du droit privé* 36.

Matières de droit public et de droit privé 36. Titre de droit privé et titre de droit particulier 41. Contrats de droit public 43. Droit de disposition 44. Règles de droit public et de droit privé 46. Criterium de l'intérêt 47. Atteinte aux droits qui relèvent du droit public ou du droit privé 48. Litiges de droit public entre les autorités publiques 52. Compétence sur les litiges d'ordre privé de l'administration 57.

§ 2. *Concours de questions de droit public et de droit privé* 58.

§ 3. *Matières administratives et matières pénales* 62.

Cas où le pouvoir répressif a été attribué à l'administration ou à des tribunaux administratifs 62. Le pouvoir répressif des tribunaux et l'administration 66. Matières de droit public et matières administratives 69.

IV. Notion de la juridiction administrative.

Définition 70. Autorités administratives et tribunaux administratifs 74. Caractère exécutoire des décisions 77. Défaut de démarcation précise entre les tribunaux administratifs et les autorités administratives 79.

V. Domaine de la juridiction administrative. Administration pure et contentieux administratif.

§ 1. *Compétence de la juridiction administrative* au regard des tribunaux ordinaires. Règles générales pour distinguer les affaires d'administration pure et le contentieux administratif 80

Limites de compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux ordinaires 80. Limites de compétence entre les tribunaux administratifs et l'administration 82. Pays où il existe des tribunaux administratifs 85. France 85. Autriche 87. Allemagne 89. Pays qui ne connaissent pas les tribunaux administratifs, ou qui ne les connaissent qu'exceptionnellement. Belgique 94. Italie 95. Norvège 96.

§ 2. *Analyse des principes exposés* 97.

Incorrection des formules 98. Défaut de qualité des particuliers 100. Défaut de qualification des tribunaux 104. Questions de convenance et d'opportunité, et questions de droit 113.

§ 3. *Contrôle des tribunaux sur les décisions prises par l'administration en matière technique administrative* 118.

France. Détournement de pouvoirs 120. Prusse 125. Autriche 130.

VI. Conception extensive de l'objet de la juridiction administrative.

Gneist 133. Tezner 137. Picard 140.

VII. Organisation de la juridiction administrative. Objections à la compétence des tribunaux ordinaires.

Introduction 144. Objection à la compétence des tribunaux ordinaires en matière contentieuse administrative 146. L'Etat partie 147. Motifs de décision des questions de droit public 149. Théorie d'Ørsted 157. Connaissances techniques 161. Conception extensive de la compétence des tribunaux administratifs 162.

VIII. Compétence en matière d'actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires.

Actions en dommages-intérêts intentées par les particuliers 164. France 170. Allemagne 173. Actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires, intentées au nom de l'État 175.

IX. Actes de gouvernement.

Définition 178. Mesures extraordinaires de sécurité 179. Traités 184. Faits de guerre 187.

Législation étrangère.

France.

- § 1. *Aperçu de l'organisation administrative* 190.
- § 2. *Limites entre le contentieux administratif et la sphère d'attributions des tribunaux* 194.
- § 3. *Contentieux d'annulation* 199.
- § 4. *Contentieux d'interprétation* 203.
- § 5. *Les diverses juridictions administratives* 204.
- § 6. *Conflits* 209.

Belgique.

- § 1. *Considérations générales sur la compétence respective des tribunaux et de l'administration* 211.
- § 2. *Contentieux administratif et juridictions administratives* 219.
- § 3. *Conflits* 224.
- Hollande 225.

Allemagne.

- Observations générales 226. Empire allemand 232. Prusse 232. Autres États allemands 241.

Autriche.

- § 1. *Cour de justice administrative (Verwaltungsgerichtshof)* 243.
- § 2. *Tribunal d'Empire (Reichsgericht)* 248.
- § 3. *Délimitation de la compétence de la juridiction administrative*
Matières réservées à l'administration et aux tribunaux ordinaires 253.
- § 4. *Conflits* 259.

Italie.

- Lois de 1865 261. Lois récentes. Tribunaux administratifs 266. Conflits 271.

Angleterre.

- § 1. *Compétence* 272.
- § 2. *Formes* 281.
- § 3. *Les juges de paix* 286.

Norvège. Suède.

- 1. *Norvège* 293.
- 2. *Suède* 296.

Danemark.

- § 1. *Questions administratives et questions de droit* 301.
§ 2. *Questions administratives préjudicielles à une instance* 308.
§ 3. *Juridiction administrative* 315.
§ 4. *Rapports des juridictions administratives avec l'administration et avec les tribunaux* 317.
-

Abréviations.

- Matzen, den danske Statsforfatningsret (droit constitutionnel danois) I—III (pour la 3^e partie, 2^e éd. 1891) Matzen.
Nellemann, Civilprocessens almindelige Del (partie générale de la procédure civile) 3^e éd. 1887 Nellemann.
Aschehoug, Norges nuværende Statsforfatning (Constitution actuelle de la Norvège) I—III. Aschehoug.
Ugeskrift for Retsvæsen (Recueil de jurisprudence danoise) Rec. de jurispr.
Højesteretstidende (Bulletin de la Cour suprême de Copenhague) Bull. Cour supr.
Laband, Staatsrecht des deutschen Reichs (Droit public de l'Empire allemand) I—II. 3^e éd. 189 Laband.
Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts (Dictionnaire du droit administratif allemand) I—II (avec supplément), publié par Stengel Wörterbuch.
Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege (droit public et juridiction administrative) 1880 Sarwey.
Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (De la justice et des jugements) 1886 Bernatzik.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (Théorie des droits publics des particuliers) 1892 Jellinek.
Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. I—II. 2^e éd. 1896 Laferrière.
Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif. I—IV. 3^e éd. 1885—86 Aucoc.
-
-

PARTIE GÉNÉRALE

I

Introduction.

L'administration, à notre époque, est chargée de tâches aussi multiples que diverses. Elle intervient dans les sphères les plus différentes, pour travailler au bien public et à celui des particuliers. Tantôt elle agit immédiatement dans l'intérêt de la Société, tantôt elle se propose celui d'un particulier pour objet direct, et celui de la Société par voie de conséquence. Elle prend soin de la sûreté de l'Etat et de chacun de ses citoyens, de la santé publique, de l'instruction, des indigents et des nécessiteux, des professions et industries, des voies de communication, de la gestion du domaine de l'Etat, des finances, etc. . . . Les tâches de l'administration sont aussi nombreuses que les intérêts de l'Etat.

Il est d'ailleurs de toute évidence que non seulement l'Etat, mais encore chacun des citoyens est intéressé à la manière dont l'administration s'exerce. Et ce n'est pas seulement en général et pour le public qu'il y est intéressé ; il peut avoir lieu de considérer que l'action ou l'inaction de

l'administration, dans un cas donné, a précisément et spécialement méconnu ou lésé *ses* intérêts. L'administration touche à tant d'objets qu'il surgit inévitablement des dissentiments ou des litiges entre elle et les membres particuliers de la Société. Le particulier peut estimer que l'administration n'a pas rempli une obligation qui lui incombait, ou qu'elle a procédé à un acte dont elle aurait dû s'abstenir. Ou bien, l'administration peut prétendre que telle ou telle obligation incombe à un citoyen, tandis que celui-ci, de son côté, conteste cette obligation, ou considère qu'en tous cas elle ne concerne pas l'administration.

Les dissentiments entre l'administration et les membres particuliers de la Société peuvent d'autant mieux surgir que l'administration, en bien des matières, ne peut pas accomplir sa mission sans porter atteinte, et, dans bien des circonstances, une atteinte très-grave, à l'intérêt des particuliers, à leur fortune, à leur liberté et autres droits. Tantôt il faut que le particulier sacrifie une partie de ses revenus au profit de l'Etat ou d'une administration locale ; tantôt même c'est sa propriété qui lui est demandée. Son droit d'exercer un métier ou une industrie est subordonné à certaines conditions ; son travail est soumis à des restrictions de temps et à certains modes d'exercice ; le service public dispose même de sa personne. Et ce conflit entre l'intérêt de la Société et celui du particulier n'est pas seulement apparent. Il est bien certain que ce qui est utile à la Société peut aussi être considéré comme profitable aux membres de cette même Société. Mais il convient de rappeler que l'intérêt social n'est nullement identique à la somme des intérêts particuliers, c'est : suivant la remarque de Jellinek (*System*, p. 65), plutôt une *moyenne d'intérêt*, qui est comme la résultante du conflit entre les intérêts particuliers, et qui est souvent, par la force des choses, en contradiction avec eux. Il est de mon intérêt que je conserve ma propriété : il est souvent de l'intérêt de la

société que je la cède. Il est de mon intérêt que l'impôt diminue : il peut être de celui de la société qu'il augmente.

C'est pourquoi, si l'intérêt social était une conception dont l'application à un cas donné ne pût jamais être douteuse, il ne pourrait jamais surgir aucun litige proprement dit entre un particulier et l'administration ; *car l'intérêt particulier doit céder à l'intérêt public*. Mais il se trouve au contraire que la définition de l'intérêt public, et son application aux espèces concrètes, sont très-difficiles. Cet intérêt est compris différemment suivant les époques, les partis et les personnes. La divergence d'opinion s'accroît surtout quand il est appliqué par les organes du gouvernement aux simples individus.

La question est par suite de savoir comment le litige qui s'élève ainsi entre l'administration et les particuliers sera tranché.

A raison même de ce qu'il y a d'indécis dans la définition de l'intérêt public, il est indispensable d'établir des règles, fixant la limite des prétentions de l'administration au regard des particuliers, précisant les cas dans lesquels l'administration est autorisée à porter atteinte aux intérêts et aux droits privés. Il est indispensable qu'il existe des règles ou des lois obligatoires pour l'administration (*lois administratives*), que l'administration est tenue de respecter, alors même qu'elle estime que dans un cas donné, le soin du bien public exigerait qu'on les méconnût ; car la question de savoir quelle conséquence il en résulte pour le bien public a été une fois pour toutes examinée et résolue par le législateur. Il est, toutefois, impossible à celui-ci de donner des règles tout-à-fait précises pour tous les cas où l'administration peut entrer en contact avec les citoyens ; il arrive que la loi soit obligée de s'en tenir à cette formule générale, que l'administration aura le droit d'agir « quand le bien public l'exigera » ; la détermination de ce qu'exige le soin du bien public est alors laissée, — au moins en premier ressort — à l'appré-

ciation consciencieuse de l'administration elle-même. L'essentiel est que cette liberté, — ou plutôt liberté apparente, — de l'administration, ne s'étende pas plus qu'il n'est nécessaire, et que la loi en trace les limites, telles qu'elles résultent de la nature des choses et de l'égard dû aux droits légitimes des citoyens.

Cette nécessité de tracer une limite légale à l'action de l'administration, toutes les fois qu'elle peut entrer en conflit avec les intérêts des citoyens, est la conséquence directe de la doctrine qui fait du droit l'objet essentiel de l'Etat (*Rechtsstaat*). Cette doctrine implique que « l'exercice de la puissance publique, dans toutes les sphères d'action où elle se fait sentir, ne soit point un pur arbitraire, mais tende réellement au maintien du droit, de telle sorte que les droits privés des citoyens soient inviolables, et qu'aucune atteinte n'y puisse être portée par la puissance publique, si ce n'est conformément au droit existant. » (1) La conception opposée

(1) Matzen, III, 278. Cpr. Laband, 3^e éd. I, 653. La même définition du *Rechtsstaat* se trouve déjà dans Stahl (*Rechts- und Staatslehre*, 2^e éd. 1856, p. 13): « Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Lösung der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen) als er der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur nothwendigsten Umzäumung. » Cpr. aussi Gneist, *Rechtsstaat*, p. 33 (éd. 1879); Sarwey, *Allg. Verwaltungsrecht* (dans le Handbuch de Marquardsen, I, pp. 16 ss.; Rosin, *Polizeiverordnungsrecht in Preussen*, p. 4.

La conception du *Rechtsstaat* ne se définit pas toujours, au surplus, de la manière ci-dessus indiquée. Pour Lor. v. Stein (*Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege*, dans la Zeitschrift de Grünhut, VI, pp. 50 ss.) il n'y a de *Rechtsstaat* que là où les citoyens peuvent s'adresser aux *tribunaux* afin d'obtenir protection pour leurs droits menacés par l'administration: « Der Rechtsstaat ist die durch das Gericht verwirklichte verfassungsmässige Verwaltung. » Ce n'est même, d'après Stein, que le premier degré du *Rechtsstaat*, qui se reconnaît à l'établissement du droit d'action en justice (*Klagerecht*); le second degré a pour objet la sanction et le développement du droit de recours (*Beschwerderecht*), dont l'importance pratique, pour

est celle qui donne à l'Etat des attributions générales (*Polizeistaat*), et dont la conséquence logique est de tout permettre à l'administration, sans aucune restriction, à l'encontre des particuliers, pourvu qu'elle estime elle-même, suivant son appréciation propre, dans chaque espèce, qu'elle agit pour le plus grand bien de l'Etat. Il résulte encore de la théorie du *Rechtsstaat* que la loi ne confère aucun pouvoir à l'administration en certaines matières qui doivent être soustraites à l'action de la puissance publique, et dans lesquelles la liberté individuelle ne saurait être restreinte par l'Etat ⁽¹⁾.

On répète souvent ⁽²⁾ qu'il ne peut être question d'une législation administrative proprement dite que dans un Etat constitutionnel, parceque, dans un Etat absolu, où les pouvoirs exécutif et législatif sont réunis dans la même personne, les sujets sont sans droits au regard de l'administration ; en effet, ce que décide le souverain, qui exerce le pouvoir exécutif, est la loi.

Il est incontestable que dans le cas où le pouvoir législatif et l'autorité administrative suprême sont réunis, par la loi organique de l'Etat, dans la même personne, le souverain peut imposer sa décision dans une question administrative

Stein, est au moins égale et peut-être même supérieure à celle du droit d'agir devant les tribunaux.

Stein fait, au sujet de Stahl, une remarque intéressante : « Wir glauben », dit il à la page 314 (*loc. cit.*), dass die Negation des Rechtsstaates niemals geschickter durchgeführt ist als von diesem klugen Manne, der damit begann den Rechtsstaat vollständig im Principe anzuerkennen, um ihn dann in der Wirklichkeit für einen tiefen Widerspruch mit der Staatsidee zu erklären. » L'appréciation est exacte au point de vue de Stein, pour cette raison, entre autres, que Stahl ne reconnaissait pas le droit de saisir les tribunaux au sujet des actes de l'administration.

⁽¹⁾ Matzen, III, 277.

⁽²⁾ Sarwey, Allg. Verwaltungsrecht, p. 31. Stein, article cité de la Zeitschrift de Grünhut, VI, p. 38 ss., 51 ss.

en la présentant comme l'expression de la volonté du législateur. Toutefois, il ne s'en suit pas que les organes de l'administration ne soient pas liés par la loi, et qu'il ne puisse être reconnu aux sujets de l'Etat le droit d'exiger que les fonctionnaires y conforment leurs actes ; le souverain lui-même doit, dans sa décision sur les questions qui lui sont déférées, se considérer comme soumis à la loi, à moins de circonstances extraordinaires qui autorisent à édicter une loi nouvelle avec effet rétroactif. Rien n'empêche non plus que la loi, sous la monarchie absolue, attribue aux tribunaux la décision définitive sur la question. L'exemple de l'ancien Etat Dano-norvégien, précisément, prouve que les litiges administratifs peuvent être, sous le régime de l'absolutisme, tranchés par les tribunaux. Même lorsque la décision est réservée à l'administration, ou, comme en France sous l'ancien régime, à des tribunaux spéciaux, plus ou moins indépendants de l'administration, on ne peut pas dire qu'il n'existe pas, dans la monarchie absolue, de lois obligatoires pour l'administration. Le principe, dans les circonstances normales, sera toujours que la question litigieuse devra être résolue conformément aux règles existantes et non conformément à une loi nouvelle, édictée par le monarque avec effet rétroactif. La différence entre les monarchies absolue et constitutionnelle, à cet égard, consiste en ce que cette dernière solution est plus à craindre dans la première que dans la seconde⁽¹⁾.

Les lois administratives déterminent ce que l'administration peut exiger des particuliers, et ceux-ci de l'administration ; elles délimitent les domaines respectifs du droit de l'administration et de celui des particuliers. Elles définissent les droits que l'État peut faire valoir à l'encontre des sujets, et les droits qui appartiennent à ceux-ci au regard de l'Etat. Toute règle de droit public, édictée dans l'intérêt des parti-

⁽¹⁾ Matzen, III, 273—275.

particuliers, crée précisément le « droit public subjectif » de ces particuliers.

Cette théorie, qui attribue aux relations de l'Etat et des sujets, telles que les déterminent les lois administratives, le caractère de relations *de droit*, et qui reconnaît à ces derniers des droits au regard de l'Etat, de même que celui-ci en a à leur égard, — cette théorie qui paraît toute naturelle surtout dans notre pays, où la décision, sur bien des matières de droit public, appartient depuis longtemps aux tribunaux, — est considérée par beaucoup de personnes comme incorrecte. La définition des « *droits publics de l'individu* » est, à vrai dire, un point sur lequel il ne règne pas grande unité de vues. D'aucuns vont jusqu'à nier que l'individu ait un droit quelconque à l'encontre de l'Etat ; suivant eux, il ne peut être question, en ce qui concerne l'individu, que de conséquences, d'« effets réflexes » des règles de droit (droit objectif), mais non de droits proprement dits (droit subjectif).

Il n'entre pas dans l'objet de cette étude d'exposer le détail de cette discussion, dont la solution, en dernière analyse, dépend de la définition exacte à donner du mot : droits. Nous nous bornerons à renvoyer en général aux auteurs allemands qui ont traité la question, et spécialement à un ouvrage récent et considérable de Jellinek : *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892). C'est à la doctrine de Jellinek, — d'ailleurs conforme à l'opinion courante dans notre pays, — et à sa conception du droit en matière de droit public, que nous nous tiendrons, en thèse générale, dans ce qui va suivre⁽¹⁾.

(¹) Le premier ouvrage où la définition des droits publics ait été soumise à un examen approfondi est celui de Gerber : *Ueber öffentliche Rechte* (1852). Le système de Gerber est résumé dans ses *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (3^e éd. 1880), au chapitre des Limites de la puissance publique (pp. 31—42). V. encore les auteurs cités par Jellinek, *loc. cit.*, n. 5. Le sentiment de Bornhak, cité au texte, paraît partagé par Ulbrich dans sa dernière édition (1892) du *Droit public autrichien* (au

L'existence de droits individuels au regard de l'Etat est niée, sans distinction, par Bornhak (Preuss. Staatsrecht, I, 268 ss.). Suivant cet auteur, ces droits sont inconcevables par définition même ; car il ne peut y avoir de droits et d'obligations réciproques que là où les deux parties sont soumises à l'empire de la même loi, ce qui n'est point le cas ici, où l'Etat, étant la source de la loi, crée le droit.

Cette doctrine a le tort de ne pas tenir compte de ce fait que l'Etat se considère comme lié par les lois qu'il édicte, et obligé de faire trancher conformément aux lois existantes les litiges qui surgissent entre lui et les sujets. Assurément, il reste toujours rigoureusement possible que, dans des cas extraordinaires, le litige soit tranché par une loi nouvelle avec effet rétroactif ; mais soutenir, à raison de cette possibilité éloignée, que la loi n'oblige pas l'Etat, c'est à dire que l'Etat ne se sente pas obligé d'observer ses propres lois, est une conclusion injustifiée. En partant de la définition d'Ihering, généralement admise dans notre pays, qui assimile les droits à des intérêts que le droit protège, on ne peut nier que les sujets aient des droits au regard de l'Etat ; car leurs intérêts sont protégés, à son encontre, par la loi. Il ne peut, incontestablement, être question d'une *exécution forcée* contre l'Etat ; mais, comme le développe Jellinek (*loc. cit.* 333), protection et exécution ne sont pas choses identiques. Un principe peut être protégé, alors même que l'exécution n'en peut être poursuivie par contrainte ; dans le cas actuel, la protection, la garantie, qui fait du principe un principe de droit, résulte de la volonté de l'Etat de le respecter.

Les droits publics de l'individu se divisent naturellement

Handbuch de Marquardsen) : « Der Staat, dit il à la p. 110, kann seinen Unterthanen nie ein subjektives Recht gegen sich einräumen. «Ulbrich applique fort logiquement ce principe, — comme Bornhak (Staatsrecht, II, 463), — à ceux des contrats passés par l'Etat qu'on s'accorde généralement à considérer comme de droit privé.

en deux groupes principaux. Matzen, dans son *Droit public*, t. 3 p. 224 ss., interprète les termes de l'article 72 de la constitution danoise : « limites de la puissance publique, » de manière à y faire rentrer toutes les dispositions « qui établissent des restrictions à la liberté d'action du pouvoir exécutif, en prescrivant que ce pouvoir, ou ses divers organes, n'auront pas la faculté de faire un acte déterminé ou n'auront la faculté d'y procéder que d'une certaine manière et sous certaines conditions données, — ou inversement qu'ils ne pourront se refuser à procéder à un acte déterminé sous certaines conditions données lorsqu'ils en seront requis. » Ces expressions sont équivalentes à ce qu'explique Jellinek lorsqu'il distingue entre les « droits qui dérivent de l'état négatif » et les « droits qui sont une conséquence de l'état positif. »

Cette distinction, que Jellinek place à la base de son exposition des droits publics, est définie par lui de la manière suivante ⁽¹⁾ :

L'autorité de l'Etat, dès lors qu'il reconnaît les sujets comme des personnes, est limitée. La limitation consiste, ou bien en ce que l'Etat trace une ligne de démarcation entre lui et les personnalités qui lui sont soumises, et reconnaît l'existence d'un domaine libre de son ingérence, soustrait en principe à sa souveraineté, — ou en ce qu'il s'oblige à un acte positif dans un intérêt individuel et accorde à l'individu un droit contre lui même, celui d'exiger de lui un acte ou une prestation (*dare facere præstare*).

En tant que l'individu est soumis à l'Etat, il se trouve dans « l'état passif », *status subjectionis*, qui exclut la personnalité. Si l'Etat reconnaît un domaine où l'individu est son maître, domaine libre de son ingérence, exclusif de *l'imperium*, c'est là « l'état négatif », *status libertatis*. Si l'Etat

(1) System, pp. 79—82.

accorde à l'individu le droit de mettre à profit la puissance publique et ses institutions, et de requérir de lui certains actes positifs, c'est ce qui s'appelle « l'état positif », *status civitatis*.

Enfin, si l'Etat reconnaît au particulier le droit d'agir dans l'intérêt de l'Etat, il lui concède un « état actif » : c'est celui de l'individu qui a la jouissance de ce qu'on appelle les droits politiques (dans un sens restreint).

Ces quatre états, passif, négatif, positif et actif, caractérisent, d'après Jellinek, la situation de l'individu comme membre de la société. Prestations à l'Etat, Liberté au regard de l'Etat, Droits contre l'Etat, Actes pour l'Etat, tels sont les quatre points de vue auxquels la situation de l'individu peut être considérée.

Conformément à ce qui précède, il résulte nécessairement de la conception du *Rechtsstaat* que les relations entre l'Etat et les sujets doivent être, autant que possible, réglées par les lois, où l'administration aura à chercher les règles de son action, lorsqu'il sera question de porter atteinte à des droits individuels. Il est possible, toutefois, qu'il ne se rencontre, dans la législation, aucune règle applicable à un cas donné. La question s'élève alors de savoir si, en ce cas, où il s'agit de prévenir tel ou tel péril social non prévu par la législation (épidémie, troubles intérieurs, etc. . . .), l'administration a la faculté de porter atteinte à la propriété et aux autres droits des individus. La réponse à cette question se trouvera souvent dans la législation positive : la loi peut donner à l'administration un mandat général de prendre, dans les cas qu'elle n'a pas prévus, les mesures nécessaires dans l'intérêt du bien public, ou, au contraire, elle peut lui en dénier le droit. Toutefois, la législation ne contient pas toujours de règle à cet égard ; la question, en tous cas, a toujours un intérêt au point de vue de la loi à faire.

Suivant une doctrine⁽¹⁾, le droit de commander aux citoyens et de disposer de ce qui leur appartient est tellement inhérent à l'essence même de l'Etat, qu'il ne cesse que du moment où la loi s'est prononcée sur tel ou tel cas. L'administration, dans ce système, a un pouvoir illimité dans son action pour le bien public, à moins que la loi ne lui ait expressément lié les mains. Une théorie analogue a été soutenue par Ørsted à l'assemblée constituante sur l'article 72 de la constitution danoise (comptes-rendus, pp. 2465 ss.; cpr. plus bas, ch. 7). Mais la doctrine contraire, qui part de ce principe que l'administration n'a pas le droit de porter une atteinte quelconque aux droits des individus, si elle n'y est autorisée par la loi, est celle qui réunit le plus grand nombre de partisans, et elle paraît plus conforme à la nature de l'Etat moderne. Comme l'exprime Laband (3, 692): « l'étendue du devoir d'obéissance ne peut être arbitrairement déterminé par le gouvernement. Cela est vrai même pour le cas de nécessité; l'Etat n'est investi, à l'époque actuelle, d'aucun *jus eminens*, qui fasse des citoyens, en temps de nécessité, les esclaves de l'Etat... Tout commandement doit se fonder sur une loi, qui donne au gouvernement le droit de requérir des sujets ce qu'il exige d'eux. » La définition du Rechtsstaat, donnée par Matzen, procède du même ordre d'idées (111, 278). Jellinek (System, 315—316) s'exprime en termes analogues: « Le commandement ne peut que préciser l'obligation générale déjà existante en vertu d'une règle de droit. Il n'y a pas de droit de commandement primordial et *præter legem*. La reconnaissance d'un pareil droit serait en contradiction avec le principe supérieur qui gouverne les relations des sujets avec l'Etat moderne, principe en vertu duquel nul ne doit obéissance qu'à la loi⁽¹⁾.

(1) V. notamment Georg Meyer, dans les *Annalen des deutschen Reiches* de Hirth, 1878, p. 370, et le *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* du même auteur (1^{re} éd. 1878), p. 452.

Il ne suffit pas cependant, pour que l'Etat réalise son objet, qui est le droit, qu'il existe des lois réglant les attributions de l'administration dans ses relations avec les citoyens : il faut encore que ces lois soient observées⁽¹⁾.

La première garantie, à cet effet, doit être cherchée dans une organisation convenable de l'administration, notamment dans le choix des hommes appelés à administrer. Une garantie plus directe consiste dans le droit de revision de l'autorité supérieure (contrôle administratif); cette autorité ne peut intervenir elle-même que quand elle tient la décision prise pour illégale ou inopportune. Mais celui qui croit avoir sujet de se plaindre doit aussi pouvoir recourir à l'autorité supérieure. Une autre garantie de la légalité des actes de l'administration résulte du contrôle parlementaire (politique). Le particulier lésé peut recourir aux assemblées législatives, pour que celles-ci, si elles le jugent convenable, par les divers moyens qui sont à leur disposition, puissent agir sur l'administration, et, dans des cas extraordinaires, fassent valoir la responsabilité des ministres devant la juridiction compétente.

La question est de savoir s'il ne doit pas être établi de garantie plus efficace. Ne convient-il pas que tout ce qui peut être considéré, dans la sphère d'action de l'administration, comme l'exercice du pouvoir judiciaire, en soit séparé, et que toute personne qui se croit lésée ait le droit, non seulement de s'adresser à l'autorité supérieure, mais encore *de porter le débat devant une autorité indépendante de l'administration*? En admettant que pour la protection de l'administration ou pour d'autres raisons, il soit convenable

(1) V. au surplus les auteurs cités par Laband, I, 661, en note. En outre — dans le même sens que Laband — Tezner, zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden, p. 13. En sens différent, Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, pp. 41—42.

de soumettre d'abord, dans tous les cas, la difficulté à l'autorité supérieure, rien n'empêche d'obliger le requérant à s'adresser à elle en premier lieu, sauf à recourir ensuite ailleurs. La question, en ce cas, revient à savoir si la décision de l'autorité supérieure sera définitive ou non.

Des raisons essentielles s'opposent à ce que la décision de la question de légalité des actes de l'administration lui soit attribuée à elle-même en dernier ressort. Sans doute, le motif souvent donné comme le principal⁽¹⁾ ne paraît pas concluant. Alléguer que le particulier mécontent de la décision de l'administration sera disposé à l'attribuer à un souci exagéré des intérêts de la société, qui aurait pris le pas sur l'interprétation impartiale et correcte de la loi, n'est pas décisif, si on peut affirmer que cette crainte n'est pas fondée. Toutefois, on ne peut dire absolument qu'elle ne le soit point. Il est naturel que l'administration, dont la fonction essentielle est de veiller aux intérêts de la société, et non à ceux des individus, se rende coupable d'une interprétation partielle des lois qui règlent ces intérêts contraires; il est impossible que ces lois donnent, pour tous les cas, une réponse précise et indiscutable à toutes les questions qui surgissent. Plus l'administration met de zèle à l'accomplissement de ses devoirs, plus elle risque de préférer l'intérêt public aux intérêts individuels, qui fort souvent se font valoir sans se justifier d'aucun droit. Les preuves s'en trouvent, en grand nombre, dans les divers recueils de jurisprudence. Il faut ajouter, comme motif accessoire, que l'autorité inférieure agit souvent en vertu d'instructions reçues de l'autorité supérieure; si le recours est porté à cette dernière, elle se trouve, dans bien des cas, appelée à juger une affaire où elle a déjà exprimé son avis, ou même

(¹) V. p. ex. Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, pp. 82 ss.

peut-être provoqué la mesure incriminée; en pareille hypothèse, on pourrait dire en un certain sens que l'administration est juge dans sa propre cause.

Aussi constatons-nous aujourd'hui, dans la plupart des Etats, que la question de légalité des actes administratifs n'est pas tranchée définitivement par l'administration elle-même, mais que le jugement en est attribué à des corps ou autorités qui en sont plus ou moins indépendants. A vrai dire, il n'arrive pas toujours, et il n'est même pas fréquent, que la solution en soit confiée aux tribunaux ordinaires du pays. En règle générale, elle est remise à des corps spéciaux, organisés de manières diverses, distincts à la fois des autorités administratives générales et des tribunaux de droit commun. Ce sont eux que l'on désigne sous l'expression générique de *tribunaux administratifs*. Dans les cas, au surplus, où les tribunaux ordinaires ou les autorités administratives sont appelés à décider d'une question de légalité d'une décision administrative, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient considérés comme faisant fonctions, dans l'espèce, de tribunaux administratifs.

On s'accorde, toutefois, à reconnaître que tous les litiges quelconques avec l'administration ne peuvent pas être remis à la décision des tribunaux ordinaires ou des tribunaux administratifs; *la décision doit être, en bien des cas, réservée à l'administration elle-même*. On est ainsi amené à distinguer entre les *affaires administratives contentieuses* et les *affaires administratives* au sens restreint du mot (affaires d'administration pure); entre celles qui se prêtent à la discussion devant des juges et celles qui ne s'y prêtent pas. La difficulté consiste alors à déterminer quand une affaire appartient à une catégorie ou à une autre. Si l'affaire est administrative contentieuse, la partie lésée pourra, en général, s'adresser à la fois à l'autorité supérieure et au juge; si elle

appartient à l'autre catégorie, elle ne pourra s'adresser qu'à l'autorité supérieure.

C'est pour ces deux voies de droit différentes — recours à l'administration supérieure et citation devant le juge (administratif ou ordinaire), — qu'on a introduit, en Allemagne, les expressions de « *Beschwerde* » et de « *Klage* », en France, celles de « *recours par la voie gracieuse* » ou « *recours par la voie contentieuse* ». Si l'affaire est du contentieux administratif, le plaignant a à sa disposition une action (*Klage*), le recours contentieux; si c'est une affaire d'administration pure, la voie de droit est la requête (*Beschwerde*) à l'autorité supérieure (recours gracieux). En règle générale, cette requête est ouverte, comme il a été dit, même dans les cas où il s'agit de contentieux administratif.

Outre la question précitée, qui est celle de savoir comment sera tracée la limite entre le contentieux administratif et l'administration pure, il s'en élève une autre, celle de l'organisation des corps à qui sera attribué compétence en matière de contentieux administratif. *Convient-il de l'attribuer aux tribunaux ordinaires, ou doit-elle être réservée à des tribunaux administratifs, et en ce cas, comment ceux-ci doivent-ils être organisés?*

A cet égard, il est de première importance de déterminer nettement, avant tout, *d'après quels principes les questions de droit public doivent être tranchées*, et si les raisons de décider ne sont pas de nature différente suivant que l'affaire rentre dans le droit public ou dans le droit privé. Si l'on admet que les raisons de décider, dans les matières de droit public, sont essentiellement différentes de celles qui ont cours en droit privé, il est naturel que la décision des premières soit soustraite aux tribunaux ordinaires. Si l'on part au contraire de ce principe, — généralement admis en droit danois, — que les affaires administratives contentieuses doivent être

décidées d'après des règles de droit et seulement d'après ces règles, il paraît naturel d'en attribuer le jugement aux tribunaux ordinaires, aux organes de l'Etat qui ont pour mission de trancher des litiges de droit conformément à la loi. La question de savoir si ce doivent être les mêmes tribunaux qui jugent les litiges entre particuliers, ou des tribunaux spéciaux, distincts des premiers seulement par leurs attributions, est une question d'importance secondaire.

II

Pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire

Quel rapport y a-t-il entre les questions posées ci-dessus et la théorie de la séparation des pouvoirs ? La réponse à ces questions n'est-elle pas subordonnée à une conception exacte des relations du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ?

Si l'on s'accorde, depuis longtemps, sur le principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et exécutif, et de leurs divers organes, on n'en est que plus divisé sur la limite à tracer entre les domaines respectifs de ces deux pouvoirs. La mission de l'autorité judiciaire est incontestablement de trancher les questions de droit, et celle de l'administration d'agir en vue des divers objets de l'Etat, dans la mesure où cette fonction n'est pas attribuée à l'autorité législative ou judiciaire. Mais la question est précisément de savoir, — et sur ce point on n'a jamais été d'accord, — jusqu'où s'étend la notion des « questions de droit. » Il ne s'agit pas seulement ici d'une définition théorique, mais de la limite

à tracer au domaine naturel de l'administration, conformément à la mission de l'Etat, au regard de celui des tribunaux. Tout acte qui est proprement le fait du juge n'est pas nécessairement en dehors des attributions normales de l'administration.

Il faut assurément reconnaître que la solution de tout litige contre l'administration, portant sur la conformité d'une décision administrative avec le droit ou avec la loi, implique, *par définition*, l'exercice d'une fonction judiciaire. Cela est incontestable⁽¹⁾. Mais on ne saurait nier non plus que la fonction judiciaire en question, considérée à un autre point

(¹) Laband, Staatsrecht, I, pp. 645, 661. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, pp. 11 ss. Le même, Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege, pp. 73 ss. Sur ce point, l'opinion de ces auteurs n'est pas contestable; il est exact de parler de fonction judiciaire et de jugement — au sens « matériel » — lorsqu'il s'agit de trancher un litige élevé contre l'administration, sur la question de savoir si les règles qui obligent cette dernière ont été ou non observées. Par contre, la thèse de Laband, quand il définit le caractère essentiel et particulier de l'acte administratif et de l'acte judiciaire — toujours au sens « matériel » du mot, c'est-à-dire comme expression de la fonction exercée — ne paraît pas tout-à-fait correcte. *L'opération logique*, qu'il signale comme le trait caractéristique de l'acte du juge (die rechtliche Entscheidung), se rencontre souvent dans l'acte administratif. Dans bien des cas, les lois qui gouvernent les fonctions administratives sont de telle nature, que l'administration n'a autre chose à faire qu' à appliquer la loi aux faits de l'espèce, à l'aide de ladite opération logique. La question de savoir ce que le bien public exige peut avoir été tranchée à l'avance par la loi. La fonction de l'administration, en pareil cas, — par exemple, beaucoup de questions d'impôts —, est analogue à celle du juge; elle consiste à « faire rentrer les faits donnés sous l'application du droit existant ». La thèse de Laband sur la distinction entre la fonction administrative et judiciaire (loc. cit. pp. 645—646) n'est pas non plus en harmonie avec ses observations, p. 650. — Sarwey (Oeff. Recht, p. 74) fait consister la distinction entre la fonction judiciaire et administrative dans l'objet que se propose celui qui l'exerce. Mais « se proposer de déterminer où est le droit », et « se proposer de prendre la décision la plus conforme au bien public », sont choses qui peuvent se confondre dans la même décision; et même, logiquement et nécessairement, elles doivent se confondre, lorsque c'est la loi elle-même qui détermine et définit ce que le bien public exige.

de vue, n'ait le caractère d'un acte administratif. Le juge impose sa solution, qu'il substitue à celle de l'administration; il confirme, annule ou réforme la décision administrative. Par suite, c'est le jugement, ce n'est plus la décision administrative, qui règle les relations de l'individu et de l'Etat. Le point essentiel, dans un acte administratif, n'est pas la question de savoir si l'administration a exécuté ou non sa décision: c'est là l'élément contingent; l'essentiel est la déclaration de volonté de l'administration (ordre, défense, permission, refus, etc.). Or, la déclaration de l'administration, qui a déterminé le droit et en a tiré les conséquences, se trouve remplacée par celle du juge. Par exemple, l'administration a déclaré une association dissoute. Il importe peu que cette déclaration soit provisoire, comme en droit danois, ou définitive, — sous réserve du recours au tribunal administratif, — comme en d'autres pays. Dans tous les cas, le jugement qui prononce entre l'association et l'administration est, par le fait, un acte administratif. Ou bien, l'administration a refusé de reconnaître le droit d'une personne d'exercer une industrie. Le tribunal qui connaît de l'affaire décide que le refus de l'administration est injustifié, et que le requérant a le droit d'exercer l'industrie en question. Assurément il ne délivre pas une permission d'exercer, mais le jugement en tient lieu. *Le jugement, — c'est à dire la critique de l'acte administratif, — est, par le fait, à la fois un jugement et un acte administratif.* Il conserve ce double caractère, qu'il émane d'un tribunal ou de l'administration.

Par suite, la détermination de la nature exacte de la fonction judiciaire et de la fonction administrative ne peut pas conduire à une solution de la question de savoir à laquelle des deux autorités doit être attribuée la décision des litiges contre l'administration.

La question revient dès lors à rechercher si, pour délimiter avec précision les domaines de l'administration et des

tribunaux, il ne convient pas de s'attacher aux règles qui gouvernent, en droit public, les relations réciproques de ces deux organismes.

La doctrine de la séparation des pouvoirs établit certaines règles pour déterminer ces relations réciproques, d'après les fonctions spéciales de chacun de ces pouvoirs. En ce qui concerne les pouvoirs judiciaire et administratif, notamment, le point essentiel généralement mis en relief est que le pouvoir judiciaire doit être indépendant du pouvoir exécutif. C'est un point consacré par la législation de la plupart des Etats. On allègue parfois aussi qu'à titre de réciprocité, l'administration doit être indépendante des tribunaux, en d'autres termes que les deux pouvoirs doivent être indépendants l'un de l'autre. S'il en est ainsi, la question posée ci-dessus est résolue. Aucun acte administratif, quel qu'il soit, ne pourra être déféré aux tribunaux. Ceux-ci ne pourront, directement ni indirectement, prononcer que l'administration a agi à tort; ils ne pourront déclarer nulles les décisions de l'administration, ni condamner l'administration à procéder à aucun acte; ils ne pourront même pas, pour aller jusqu'au bout des conséquences, prendre pour élément de leurs jugements le fait qu'une décision prise par l'administration est illégale; car même en ce cas, bien que le dispositif du jugement ne déclare pas expressément la décision illégale, le jugement aura nécessairement une influence sur la liberté de décision de l'administration. Même la simple interprétation des décisions administratives peut être tenue pour étrangère à la compétence des tribunaux.

Cette doctrine de l'indépendance absolue de l'administration, au regard des tribunaux, n'est pas, toutefois, en harmonie avec la conception moderne du droit. A la vérité, elle est encore professée en France, où elle se fonde sur la législation positive (réciprocité du principe de la séparation des pouvoirs). En réalité, elle a été là-même abandonnée

sur plusieurs points essentiels ; elle est réduite à n'être, en général, qu'une fiction, une doctrine contredite par les institutions mêmes de ce pays. Le contrôle de droit est remis à des tribunaux administratifs, qui sont considérés comme faisant partie de « l'administration ». Le principe est ainsi respecté. En fait, les tribunaux administratifs français sont, dans l'exercice de leurs fonctions, indépendants de l'administration. En Allemagne, jusqu'à ces derniers temps, la décision des litiges concernant l'administration était attribuée à l'administration active elle-même, sans toutefois que le principe de l'indépendance de l'administration, au regard des tribunaux, fût poussé, comme en France, à ses dernières conséquences. Dans ces dernières années, l'Allemagne a établi, comme la France, des tribunaux administratifs. On a souvent insisté sur ce fait que les tribunaux administratifs allemands auraient une situation plus indépendante de l'administration que les français ; en fait, la différence entre les deux pays, sur ce point, n'est pas grande.

Nous allons passer ici en revue les divers procédés par lesquels, dans la suite des temps, l'indépendance de l'administration au regard des tribunaux a été assurée dans les différents pays.

I. La nécessité de rendre l'administration indépendante des tribunaux — ou la règle que les tribunaux ne peuvent connaître d'aucun acte de l'autorité publique, — n'a jamais été, semble-t-il, un principe généralement reconnu en **droit danois**, depuis que le pouvoir judiciaire a été séparé du gouvernement. Assurément, tant que l'administration a pu intervenir dans les décisions judiciaires et les méconnaître, elle n'avait pas de motif bien déterminant pour formuler une semblable exigence. Mais, même depuis que cet empiètement a cessé d'être admis, l'examen de la légalité des actes administratifs n'a pas été considéré comme absolument étranger à la compétence naturelle des tribunaux. Il a régné,

à vrai dire, quelque diversité d'opinions à ce sujet; on a été jusqu'à soutenir qu'il n'était pas correct de permettre aux tribunaux d'examiner la légalité des actes de l'administration. On en a cherché la preuve, — à tort d'ailleurs, — au Code danois (liv. 1^{er} ch. 2 art. 8)⁽¹⁾. Mais l'opinion contraire a été souvent soutenue, non seulement en théorie, mais encore en jurisprudence, comme l'a démontré Aschehoug dans sa « Constitution de Norvège », t. 3 pp. 332—324, ouvrage auquel nous renvoyons ici.

La première règle précise fut celle que l'on trouva dans les instructions pour les corps municipaux, de la fin du siècle précédent. Cette règle consistait, en réalité, non à établir l'incompétence absolue des tribunaux pour examiner la légalité d'un acte de l'autorité administrative, mais à subordonner cet examen à une autorisation royale préalable⁽²⁾. Cette autorisation une fois donnée, rien n'empêchait les tribunaux de déclarer l'acte illégal. On devait également admettre que rien ne s'opposait à l'examen de la question de légalité d'un acte administratif, lorsque cette question s'élevait préjudiciellement dans un litige entre particuliers. En Allemagne et en France, à l'époque où parurent ces instructions, les tribunaux étaient, en principe, complètement incompetents pour rechercher si les actes administratifs étaient légaux ou non (cpr. plus bas); il *n'a pas* été établi de règle analogue en droit danois. On se contenta d'édicter une mesure par laquelle l'administration se garantissait contre les inconvénients possibles, sans toutefois renoncer en même temps à l'appui qu'elle pouvait, le cas échéant, trouver auprès des tribunaux⁽³⁾.

(¹) Aschehoug, Norges nuværende Statsforfatning. III, pp. 330 ss. Nellemann, Civilprocess, partie générale, 3^e éd. pp. 100 ss.

(²) Ørsted, Haandbog, III, pp. 16 ss.; IV, pp. 533 ss.

(³) La disposition de l'article 29 des instructions du 28 août 1795 pour l'administration de Copenhague rappelle, par sa rédaction, les lois de l'assemblée constituante française, destinées à protéger les fonctionnaires contre les poursuites dirigées contre eux personnellement. La loi des 7—14

En fait, toutefois, la conséquence de cette disposition fut de limiter extraordinairement la compétence des tribunaux dans les matières de droit public. Lorsque le roi était d'avis qu'un fonctionnaire avait agi légalement, que son acte ne dépassait pas les limites de l'autorité qui lui avait été assignée, l'affaire était, en général, tranchée par résolution royale. En cas de doute, seulement, — soit sur la légalité de l'acte, soit sur ses conséquences (dommages-interêts) — il pouvait être question de renvoyer l'affaire aux tribunaux (commissaires, avec appel à la cour suprême). En réalité, comme le dit Örsted (Haandbog, III, p. 16), la décision sur le point de savoir si un acte dépassait ou non les limites des pouvoirs de l'autorité publique, était réservée au roi. Il ne faudrait pas, toutefois, se méprendre sur la portée de ces expressions. D'une part, on ne saurait aller jusqu'à dire que les tribunaux

octobre 1790 porte : « conformément au décret du 22 décembre 1789 sur la constitution des assemblées administratives, et au décret du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, *aucun administrateur ne peut être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques, à moins qu'il n'y ait été envoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois.* » Cette disposition, qui avait été formulée depuis, en termes un peu différents, par la constitution du 22 frimaire au VIII, act. 75, n'a été abrogée qu'en 1870, après la chute du dernier empire.

Comme il sera démontré plus bas, au chapitre sur les demandes d'indemnité contre les fonctionnaires, l'abrogation de cette disposition en 1870 n'a pas changé la limite des domaines de l'administration et des tribunaux ; celle limite est encore actuellement, en France, ce qu'elle était avant 1870, et à peu de chose près ce qu'elle était avant 1789. Si la règle énoncée par les instructions aux corps municipaux, en Danemark, avait été simplement abrogée par la constitution, sans que rien fût édicté à la place, on pourrait faire, pour le droit danois, une remarque tout-à-fait semblable. Mais les choses ne se sont pas passées, en droit danois, de la même manière. L'article 72 de la constitution n'a pas seulement abrogé la règle précédente, qui attribuait au roi le droit de tracer la limite entre les domaines des deux autorités, mais a édicté en même temps une règle — assez peu précise à la vérité — pour la détermination, au fond, de cette limite. règle qui avait bien été antérieurement formulée en théorie, mais qui n'avait jamais été exprimée dans la législation positive (cpr. plus bas).

fussent liés par l'opinion que le roi pouvait avoir exprimée sur l'illégalité de l'acte. Rien n'empêchait que, contrairement à cette opinion, ils ne déclarassent l'acte légal. D'autre part, comme il a été indiqué, le roi pouvait fort bien, s'il le préférait, abandonner aux tribunaux la question de légalité ou d'illégalité de l'acte, — et non pas seulement celle de l'évaluation des dommages-intérêts.

On énonce parfois que les instructions aux corps municipaux attribuaient au roi la solution des conflits de compétence. C'est employer l'expression : conflit de compétence, dans un sens qui n'est pas le sens usuel. La règle qui vient d'être formulée faisait obstacle, au contraire, à ce qu'aucun conflit de compétence pût s'élever ; les tribunaux étaient placés, en ce qui concernait les affaires administratives, sous la tutelle royale, qui empêchait tout écart hors du droit chemin.

Cet état de tutelle disparut en 1849 en même temps que la règle fondée sur les instructions aux corps municipaux. La constitution ne se borna pas, toutefois, à abroger cette règle. Les principes antérieurs, assez vagues, relatifs au pouvoir des tribunaux de prononcer entre l'autorité publique et les particuliers, avaient trouvé une forme plus précise dans l'article 72 de la Constitution, aux termes duquel les tribunaux ont le droit de ne pas tenir compte des actes de l'autorité administrative, lorsque cette autorité a transgressé les limites de sa compétence, violé les conditions prescrites et les lois édictées pour l'exercice de ses fonctions. La difficulté consiste alors seulement à décider ce qu'il faut entendre par la détermination des limites. La question est identique à celle qui a été posée dans l'introduction, sur les limites entre les affaires administratives pures et le contentieux administratif.

En *Norvège*, les règles sont, essentiellement, les mêmes

qu'en Danemark⁽¹⁾. En Suède, par contre, l'organisation est différente. Le Code de procédure contient une disposition portant que toute affaire relative à une fonction ou à un emploi public ou à une faute commise dans leur exercice sera décidée par ceux à qui le roi en aura confié le soin et le contrôle. On a tiré de là la règle que tout recours contre les actes administratifs doit être porté à l'autorité supérieure. Cependant, des lois spéciales ont attribué compétence aux tribunaux dans toute une série d'affaires administratives⁽²⁾.

II. En Angleterre, l'évolution s'est accomplie d'une manière qui est le contre-pied de ce qui s'est passé sur le continent⁽³⁾.

Déjà dans la grande charte de 1215 se trouve une série de dispositions destinées à protéger les citoyens contre l'arbitraire du gouvernement. Mais on reconnut bien vite qu'il n'était pas aisé de garantir l'exécution de ces principes, et d'autres analogues, édictés plus tard. Les tribunaux ordinaires se bornaient, en général, à juger les litiges de particulier à particulier, et les affaires pénales. L'institution des *juges de paix* (1360) eut, à cet égard, une importance particulière. La mission des juges de paix était double : ils étaient à la fois hauts fonctionnaires de police, et juges en matière pénale du degré inférieur ; leurs attributions administratives s'étendirent toutefois, par la suite, aux objets les plus divers. Ainsi l'office des juges de paix, qui a pu, jusqu'à ces derniers temps en tous cas, être appelé le rouage le plus important de l'administration locale en Angleterre, réunissait les fonctions administratives et judiciaires. A cela s'ajoutait cette particularité que les décisions administratives (*orders*) des juges de paix

(1) Aschehoug, loc. cit. III, 342 ss.

(2) Aschehoug, loc. cit. III, 328 ss. Le même, « Den nordiske Statsret », dans la Nordiske Retsencyklopædi, pp. 430 ss.

(3) Gneist, Rechtsstaat, chap. sur l'Angleterre. V. l'Englisches Verwaltungsrecht du même auteur, 3^e éd., III, 3—114.

avaient l'apparence extérieure de jugements, rendus dans les formes judiciaires⁽¹⁾. Leur autorité administrative et leur autorité judiciaire étaient désignées toutes deux par le terme de : « jurisdiction ».

La réunion des fonctions administratives et judiciaires se rencontrait encore, jusqu'à une époque toute récente, dans le degré de juridiction supérieur aux juges de paix, les *quarter sessions*, assemblée des juges de paix du comté. Depuis que la plupart des affaires administratives pures ont été soustraites aux *quarter sessions* par le Local government act de 1888, elles sont avant tout une instance d'appel pour les « orders » et « convictions » des juges de paix, et un tribunal criminel de première instance. Toutefois, les *quarter sessions* peuvent être saisies par la voie de l'appel, non seulement de ce que nous appelons les questions de droit, mais aussi des questions d'opportunité des décisions des juges de paix⁽²⁾.

Au temps des Tudors, le *conseil du roi* (*privy council*) faisait fonctions d'autorité de contrôle et d'instance de recours au dessus des juges de paix. Outre ses autres attributions, notamment en matière répressive, il avait le droit d'annuler ou de réformer les décisions des autorités subordonnées. Cet état de choses dura jusqu'à l'époque de Charles 1^{er}, où les graves abus dont le conseil se rendit coupable furent cause que tout pouvoir de juger lui fut ôté, aussi bien en matière pénale qu'en matière administrative (Abolition de la Chambre étoilée, 1640).

A partir de cette époque, les tribunaux du royaume reçurent juridiction en matière administrative. Ce ne sont plus les con-

(1) Un exemple de la même confusion des fonctions administratives et judiciaires se rencontre en *droit danois*, où les commissions d'agriculture (et les inspecteurs des eaux), non seulement réunissent ces deux sortes de fonctions, mais encore suivent en partie les mêmes formes dans leurs arrêtés (jugements), qu'il s'agisse de décisions administratives ou de jugements sur des litiges de droit privé ou de droit public.

(2) Gneist, *Englisches Verwaltungsrecht*, I, 404, note.

seillers de la couronne, mais les juges, qui sont appelés à connaître de la légalité des actes administratifs. La vieille forme est pourtant conservée, en ce sens que le jugement est rendu comme un rescrit (writ) au nom du roi; de là proviennent les différentes dénominations de writ of mandamus, writ of certiorari, etc. Actuellement (depuis le 18^e siècle), l'appel des jugements des juges de paix est porté aux quarter sessions, et de là, lorsque le recours est fondé sur une violation de la loi, aux cours du royaume (High court).

A une époque récente, les attributions administratives des juges de paix ont perdu, sur bien des points, beaucoup de leur importance au profit des *autorités communales élues* (*local boards*). Ces dernières ont au dessus d'elles le ministère de l'Intérieur (*Local government board*). Mais lorsqu'il est prétendu que les conseils communaux ont pris une mesure contraire au droit du pays, en règle, la voie de droit est ouverte. *Le principe est donc le même en Angleterre qu'en Danemark et en Norvège, c'est à dire que le recours est ouvert devant les tribunaux toutes les fois qu'il est allégué qu'une décision administrative a violé le droit légitime d'un particulier.*

III. La théorie qui veut que l'administration soit nécessairement indépendante des tribunaux ne doit pas être attribuée, en France, à Montesquieu, comme on le suppose souvent. Il n'est même pas possible de trouver dans l'«*Esprit des lois*» rien qui soit en faveur de cette indépendance, — la thèse de l'auteur est même tout opposée. L'interdiction faite aux tribunaux, par l'Assemblée constituante et par la Convention, de se mêler d'affaires administratives, est une reproduction des ordonnances royales d'une époque antérieure à l'ouvrage de Montesquieu. Ce que cet auteur a voulu mettre en relief dans son chapitre «*sur la constitution de l'Angleterre*», c'est la nécessité de rendre les tribunaux indépendants de l'administration», et non l'inverse: «*Il n'y a point de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée*

de la puissance législative et de l'exécutrice . . . Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. » Montesquieu définit, il est vrai, la fonction judiciaire : celle qui a pour objet direct de trancher les litiges entre particuliers et de juger en matière pénale. Mais son sentiment sur la justice administrative de son pays se trouve exprimé au chapitre : « que les ministres ne doivent pas juger ». Ce qu'il dit à cet endroit peut s'appliquer aujourd'hui encore dans la question des rapports réciproques des tribunaux et de l'administration. « C'est un grand inconvénient, dit-il, que les ministres jugent eux-mêmes les affaires contentieuses. Nous voyons encore aujourd'hui des États où il y a des juges sans nombre pour décider les affaires fiscales, et où les ministres — qui le croirait — veulent encore les juger ⁽¹⁾ . . . Dans le conseil du monarque on doit prendre les affaires avec une certaine passion et les suivre de même. Il faut au contraire des tribunaux de juridiction de sang-froid, et à qui toutes les affaires soient en quelque façon indifférentes. »

La règle, en France, n'a jamais été que les tribunaux ordinaires fussent compétents pour juger les litiges intéressant l'administration ⁽²⁾. La décision des affaires administratives faisait partie de « la justice retenue », que le roi s'était réservée à lui-même. La limite entre « la justice déléguée » et « la justice retenue » n'était pas, à vrai dire, très-précise, et donna lieu, à mesure que le nombre des matières administratives s'accrut, à quantité de questions de compétence. A l'époque de Richelieu, la difficulté prit les proportions d'un conflit politique. La lutte fut engagée surtout par les Intendants royaux, à raison de la juridiction très-étendue qui leur avait été attribuée en matière administrative. Les plaintes des Parlements au roi restèrent sans effet : Richelieu ne voulut pas se passer

(1) Ceci fait précisément allusion à la France.

(2) Laferrière, *Juridiction administrative*, I, 109 ss.

des services des Intendants. Aussi y eut-il guerre ouverte entre les parlements, d'une part, et de l'autre les Intendants, soutenus par le gouvernement. Les parlements donnèrent aux Intendants l'ordre de ne pas se mêler de telles ou telles affaires. Les Intendants répondirent en faisant annuler les défenses par le Conseil du roi. Les parlements renouvelèrent leurs défenses, qui furent de nouveau annulées⁽¹⁾. Laferrière cite⁽²⁾ un cas où le Conseil du roi finit par enjoindre aux juges de Toulouse de se rendre personnellement au Conseil ; le Parlement de cette ville répondit que ses membres étaient empêchés de venir par les devoirs de leurs fonctions. Dans une autre circonstance, à l'occasion d'ailleurs d'une des commissions extraordinaires instituées par Richelieu pour juger des crimes d'Etat, Louis XIII donna au Parlement de Paris l'ordre de se rendre au Louvre, où il lacéra le registre de ses propres mains.

C'est de l'époque suivante que date l'Edit de St Germain (1641). Nous y trouvons formulée la même règle qui fut réitérée au temps de la révolution, et qui aujourd'hui encore est en vigueur en France. Il est déclaré dans cet Edit, vraisemblablement rédigé par Richelieu lui-même, que le bien du peuple exige que les tribunaux ne transgressent point les limites de l'autorité qui leur a été confiée, autorité qui les rend maîtres de la vie de l'homme et de la fortune des sujets, et qu'ils ne se mêlent point du gouvernement, qui appartient exclusivement au prince. « *A ces causes, ajoute-t-il, nous faisons à nos Parlements très-expresses inhibitions et défenses de prendre à l'avenir connaissance de toutes les affaires qui peuvent con-*

(¹) A Bordeaux — (V. les auteurs cités par Laferrière, Juridiction administrative, I, p. 156) — le Parlement fait défense, par trois fois, à l'Intendant royal d'exécuter les ordres qu'il a reçus ; chaque fois, l'arrêt fut cassé par le Conseil du roi. Le dernier arrêt du Conseil porte que le greffier, sous peine d'emprisonnement et de 3000 francs d'amende, devra extraire du registre les trois arrêts de défense et les apporter au roi, après quoi les décisions du Conseil seront mises à leur place.

(²) Loc. cit. p. 156.

cerner l'Etat, administration ou gouvernement d'icelui. » Bien que la puissance des Parlements se soit accrue après la mort de Louis XIII et la lutte entre la Fronde et Mazarin, et bien qu'ils aient même obtenu, pour une courte période, la suppression des Intendants, ils durent toutefois, à la longue, se soumettre aux exigences royales. La lutte peut être considérée comme ayant cessé à dater d'un arrêt du conseil du roi de 1661, — une des premières occasions où Louis XIV, devenu majeur, fit connaître sa volonté — arrêt qui reproduisait les dispositions essentielles de l'Edit de 1641.

La révolution n'apporta aucun changement à cet état de choses. L'assemblée constituante nourrissait la même défiance contre les tribunaux que les rois absolus, en ce qui concernait la décision des affaires administratives. L'attribution naturelle des tribunaux, à ses yeux, était de prononcer sur les litiges entre particuliers et en matière pénale; leur donner une compétence plus étendue aurait, disait-on, pour effet d'exposer l'administration à être paralysée dans son action. C'étaient les traditions des rois absolus que la révolution maintenait là, et non la théorie de Montesquieu, — ce Montesquieu, qui « était resté arrêté par ses préjugés de robe ⁽¹⁾. » Le principe fondamental de l'indépendance de l'administration à l'égard des tribunaux fut formulé dans les termes suivants :

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que se soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » (Loi des 16—24 août 1790).

« Tout acte des tribunaux tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'administration, étant incons-

(1) Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* (1880), p. 104—106.

titutionnel, demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations. » (Instruction du 8 janvier 1790).

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit. » (Loi du 16 fructidor au III).

En même temps, les juridictions administratives de la royauté étaient supprimées. La décision de toute instance contre l'administration était confiée à l'administration elle-même. La critique d'un acte administratif était considérée par les assemblées révolutionnaires comme du domaine exclusif de l'administration; qu'il s'agit d'un droit violé ou d'un intérêt lésé, c'est ce qui, dans cette théorie, était parfaitement indifférent.

Il en fut autrement à partir de l'époque du Consulat et de l'Empire. Les anciens tribunaux administratifs furent rétablis en l'an VIII, bien que sous une autre forme. Les fonctions purement administratives de l'administration furent séparées de ses fonctions de juge: « administrer doit être le fait d'un seul homme, et juger le fait de plusieurs. » Le développement de ce principe, ainsi que la reconnaissance de l'indépendance des tribunaux administratifs dans l'exercice de leur juridiction, et, pour le Conseil d'Etat, la reconnaissance en fait, sinon en droit, de l'inamovibilité des juges, a conduit à la situation actuelle en France, où les questions de droit administratif, en quelque matière qu'elles puissent s'élever, sont soumises à un contrôle efficace, indépendant de l'administration.

IV. En **Belgique** et en **Italie**, il est également reçu que l'administration doit être indépendante des tribunaux⁽¹⁾. Toute-

(¹) En ce qui concerne la Belgique, on applique les principes de l'époque de la révolution française, cités plus haut. Cpr. aussi le Code pénal belge, art. 237. Pour l'Italie, la règle résulte de la Loi sur le contentieux administratif de 1865, art. 4: « Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali

fois, comme les affaires administratives ont été, dans ces deux pays, attribuées dans une large mesure aux tribunaux ordinaires, on est arrivé à un état de choses qui n'est rien moins que conséquent, et qui, tantôt, se réduit à un pur formalisme, tantôt, — notamment en Belgique — a pour conséquence une notable restriction dans les garanties du droit. Les tribunaux doivent décider les affaires qui leur sont soumises conformément à la loi, tirer des faits les conséquences de droit qui résultent des circonstances, refuser d'appliquer toute décision administrative par laquelle l'administration a outrepassé ses limites ⁽¹⁾, mais ils ne *peuvent pas annuler ou réformer la décision*. Si, par contre, une demande d'indemnité est dirigée contre l'administration, rien n'empêche que le tribunal recherche si l'acte est illégal, et, le cas échéant, condamne l'administration à des dommages-interêts ⁽²⁾.

En Italie, on a résolu la contradiction qui est le danger de ce système en introduisant dans la législation une disposition aux termes de laquelle l'administration doit se conformer à la décision des tribunaux, en ce qui concerne l'espèce jugée. Si l'administration enfreint cette règle, on peut se pourvoir au Conseil d'Etat ⁽³⁾.

V. En **Allemagne** la règle est depuis longtemps, comme en France, que les recours contre les actes administratifs ne peuvent pas être portés devant les tribunaux ordinaires ⁽⁴⁾.

si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere rivotato o modificato se non avrà ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quando riguarda il caso deciso. »

⁽¹⁾ Constitution Belge, art. 107. — Loi italienne précitée, art. 4 § 1 et art. 5.

⁽²⁾ Pour le détail, V. plus bas, au chapitre sur la Belgique et l'Italie.

⁽³⁾ Loi de 1865, art. 4, Loi sur le Conseil d'Etat du 2 juin 1889, art. 25.

⁽⁴⁾ Gneist, Rechtsstaat, chapitres sur l'ancien droit allemand. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, II, 397 ss. Le même, Geschichte des preussischen Verwaltungsrechts.

Comme, jusqu'à une époque récente, on ne connaissait pas en Allemagne les tribunaux administratifs, cette règle revenait à attribuer à l'administration elle-même la décision en matière de contentieux administratif. Toutefois, le principe de l'incompétence des tribunaux en ces matières n'a jamais été appliqué avec la même rigueur qu'à l'ouest du Rhin ; notamment, les litiges contre le « fisc » et les litiges relatifs aux « *jura speciali titulo acquisita* » ont été considérés comme relevant de la compétence des tribunaux.

Une exception était faite, dans l'ancien Empire allemand, au principe de l'incompétence des tribunaux en matière administrative, en ce qui concernait le *Reichskammergericht* et le *Reichshofrath*. Ces tribunaux pouvaient être saisis de recours contre les administrations des différents Etats. La raison en était que les chefs de ces Etats, aussi bien que leurs sujets, étaient considérés comme soumis à l'autorité de l'Empire, dont les lois les obligeaient dans l'exercice de leur gouvernement. La juridiction des tribunaux d'Empire fut, par la suite, fort restreinte. Les princes, chefs des Etats, ne purent, à la longue, s'accommoder de ce contrôle exercé d'en haut sur la conduite de leur gouvernement. A la fin du XVI^e Siècle, il fut établi en règle que les tribunaux d'Empire ne pourraient connaître que dans les cas importants de recours contre les administrations des différents Etats, et qu'avant d'y procéder, ils devaient provoquer les explications de l'autorité locale, afin de reconnaître si le recours avait quelque apparence de bien fondé. Après la paix de Westphalie et l'accroissement du pouvoir de la Diète d'Empire, qui en résulta, l'importance des tribunaux d'Empire tomba encore plus ; en plusieurs matières administratives, notamment lorsqu'il s'agissait de ce qu'on appelait du terme général de police (*Polizei*), il leur fut enjoint de n'émettre aucun ordre ni défense, mais au contraire de renvoyer l'affaire à l'autorité locale. Lorsque

l'empire allemand fut dissous, les tribunaux d'Empire disparurent par une conséquence naturelle ⁽¹⁾.

Gneist relève à diverses reprises et avec insistance dans son livre : « *der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* », qu'il est inexact de croire que la garantie de droit des sujets, au temps de l'absolutisme, fût moindre en Allemagne qu'en Angleterre et en France, et qu'au contraire le caractère particulier de l'administration allemande, spécialement de l'administration prussienne, est de n'avoir jamais dégénéré en tyrannie, et d'avoir toujours — en thèse générale — tenu un compte suffisant des réclamations des sujets. Il est incontestable que même dans le cas où un pays exclut les tribunaux de la connaissance des litiges administratifs, les sujets de ce pays ne manquent pas nécessairement pour cela de garanties à l'encontre de l'autorité publique ; l'organisation de ces Etats peut en effet comporter que les recours justifiés des particuliers soient, somme toute, pris en suffisante considération. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans une étude approfondie de l'organisation allemande à cet égard, l'objet de cette étude se bornant aux relations de l'administration et des tribunaux. Il faut reconnaître que l'examen consciencieux, par les autorités supérieures organisées collégalement, des décisions des autorités inférieures, tel qu'il avait lieu dans les derniers temps, notamment en Prusse, se rapprochait à plusieurs égards de la juridiction administrative actuelle ; pourtant il ne revient pas au même que la décision soit essentiellement fondée sur l'avis de l'autorité inférieure, inconnu du requérant, ou sur une discussion contradictoire ; de plus, les motifs de la décision, les considérations sur lesquelles elle se fonde, peuvent aisément être différents — et même doivent l'être, suivant une certaine doctrine, — selon que la décision est remise à

(1) Pour ce qui concerne ces tribunaux et l'ancien droit administratif allemand, il est renvoyé à Gneist, *Rechtsstaat* (1879), pp. 65 ss., 99 ss.

l'administration ou aux tribunaux. D'après Gneist, précisément, il est conforme à la nature des choses que la décision en matière administrative (contentieuse ou non) ne soit pas fondée seulement sur des motifs de droit, comme dans les litiges d'ordre privé, mais sur des considérations tirées de l'objet de la loi et des exigences du bien public (*rationes loci et temporis*).

Les auteurs qui ont traité du droit public allemand, dans la première moitié du siècle, apprécient diversement l'organisation alors existante. Pour quelques-uns, c'est une phase d'une évolution incomplète, qui doit conduire à la reconnaissance de la compétence des tribunaux dans les questions de droit public. D'autres au contraire la rattachent à l'essence même de l'Etat. Nous citerons ici un des représentants les plus importants de cette dernière tendance, Stahl. Sa doctrine est aussi éloignée de la théorie régnante en Danemark que caractéristique pour son temps. Stahl enseigne ⁽¹⁾ « qu'il est de la nature de l'Etat, en tant que souveraineté d'ordre moral, dont les particuliers relèvent et sont les membres, que lui seul, ou son pouvoir propre et souverain, autrement dit le gouvernement, puisse prononcer sur le point de savoir si ses fonctions sont légalement exercées; — *que si on pouvait concevoir une organisation où les tribunaux auraient le droit de juger entre la puissance publique et les sujets, lorsque ceux-ci allégueraient que leurs droits ont été lésés, l'Etat cesserait d'être Etat, et perdrait sa souveraineté morale sur les individus; ses actes ne seraient plus les actes de l'autorité supérieure; il n'aurait plus la situation de souverain sur ses sujets, mais de créancier au regard de son débiteur, tandis que les sujets cesseraient de faire partie intégrante de cet ensemble moral qui s'appelle l'Etat, pour n'être plus que des sujets de droit, indépendants et sans lien entre eux, en face d'un autre sujet de droit de de même nature qu'eux.* »

(¹) *Rechts- und Staatslehre*, 2^e éd., 1856, pp. 607—608 (1^{re} éd. 1830). En termes analogues, Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, p. 191.

Depuis une trentaine d'années, l'Allemagne a suivi l'exemple de la France et créé des tribunaux administratifs, organisés, il est vrai, d'une manière en partie différente du système français. Les tribunaux administratifs allemands sont, généralement parlant, dans une situation plus indépendante que les français au regard de l'administration centrale; par contre, c'est une grave question que de savoir si ceux de première instance sont plus indépendants des influences locales. Le premier des Etats allemands qui ait établi la juridiction administrative est Bade (1863); il a été suivi par la Prusse en 1875, et ensuite par la plupart des autres Etats.

Les tribunaux administratifs *autrichiens* doivent leur origine à la Constitution de 1867. C'est en 1869 qu'a été constitué le Tribunal d'Empire (Reichsgericht), qui est en même temps tribunal des conflits et tribunal administratif spécial⁽¹⁾. La loi sur la juridiction administrative et entrée en vigueur en 1875⁽²⁾.

(1) Ce tribunal n'a que le nom de commun avec le Rigsret danois.

(2) Bien que l'Autriche possède aujourd'hui, dans ces tribunaux, des juridictions indépendantes, — qui sont même considérées comme étrangères à l'administration, — avec compétence dans les matières de droit public, on rencontre encore dans les exposés les plus récents du droit public autrichien — (cpr. Ulbrich, oest. Staatsrecht, 2^e éd. 1892, pp. 94 ss.) — des définitions du pouvoir et de l'organisation judiciaire qui ne s'appliquent qu'à la décision des litiges de droit privé et des affaires pénales.

III

Matières de droit public et de droit privé. Matières administratives et matières pénales⁽¹⁾.

§ 1.

Domaine et principes du droit public et du droit privé.

Les litiges qui s'élèvent entre les sujets et l'administration peuvent se diviser en deux groupes principaux; les uns relevant du droit public, et les autres du droit privé. La distinction n'a aucun intérêt pratique pour l'attribution de compétence ou le mode de procéder en droit danois, dans les cas même où elle peut être intéressante à d'autres égards, notamment en ce qui concerne la question de la responsabilité de l'Etat pour les actes des fonctionnaires⁽²⁾. Mais comme elle a une importance décisive, au double point de vue ci-dessus, dans la plupart des législations étrangères, nous indiquerons brièvement ici sur quoi elle repose.

L'idée fondamentale de cette distinction a été diversement exprimée. Parmi les définitions proposées, il en est deux qui sont souvent reproduites. En premier lieu, celle qui,

⁽¹⁾ Bibliographie: Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechts, I, 77 ss. Nellemann, Civilprocess, partie générale, 78 ss. Matzen, Responsabilité du trésor public pour les actes des fonctionnaires, dans le compte-rendu du Second congrès des jurisconsultes scandinaves (1875), 273 ss. Morgenstierne, Responsabilité du fait d'autrui, et principalement responsabilité de l'Etat pour les actes des fonctionnaires, 144 ss. Sarwey, Oeffentliches Recht, 92 ss. Schmitt, 21 ss. Pražák, Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden, 18 ss., 59 ss. Jellinek, System, IV et V. Aucoc, I, 15 ss., 35 ss. On trouvera des indications plus étendues dans Wach et Morgenstierne, loc. cit.

⁽²⁾ V. les études de Matzen et de Morgenstierne, citées n. 1.

— en se rattachant à la définition du droit romain⁽¹⁾, — met avant tout en relief l'opposition entre l'intérêt public et les intérêts individuels, en sorte que tout ce qui concerne le premier relève du droit public, et ce qui concerne les seconds, du droit privé⁽²⁾. Une autre définition fait rentrer dans le droit public toutes les relations entre les particuliers et l'Etat qui les gouverne, et dans le droit privé les rapports entre les particuliers, en tant que simples individus juxtaposés, mais comprenant parmi eux l'Etat lui même, lorsqu'il est sujet de droit privé⁽³⁾. Cette dernière définition est aussi celle de Nellesmann : l'Etat joue, selon lui, en droit public, le rôle de puissance sociale supérieure, dont l'action directrice et dominante se fait sentir dans chaque cas particulier (p. 79). C'est également celle de Matzen (p. 300), pour qui il n'y a plus place pour le droit privé toutes les fois que l'Etat « exerce une autorité de contrainte ». Wach (p. 94) exprime la même idée en disant qu'on est dans le domaine du droit public, toutes les fois qu'un particulier a des droits et des obligations envers l'universalité, comme membre de cette universalité.

Nous préférons, — pour des motifs sur lesquels nous reviendrons bientôt, — ces dernières définitions au criterium fort vague de l'intérêt. Elles peuvent toutefois, telles qu'elles sont formulées, donner lieu à des malentendus.

Lorsqu'on énonce que l'Etat joue, en droit public, le rôle de puissance sociale supérieure, dont l'action dominante et directrice se fait sentir dans chaque cas particulier, il convient de rappeler, — comme nous l'avons déjà fait observer dans l'introduction, — que le droit de commandement de l'Etat mo-

(¹) Jus quod ad singulorum utilitatem spectat — quod ad statum rei-publicæ Romanæ pertinet . . . sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Ulp. L. 1 § 2 D. de Just. et jure I, 1.

(²) V. les auteurs cités par Wach, p. 93. Cpr. Morgenstierne, 148.

(³) Wach 93. Morgenstierne 150.

derne, n'est pas illimité, et qu'il n'a qu'un pouvoir restreint par la loi. L'Etat est sujet de droit, et non sujet de pouvoir. Il n'a le droit de commander que dans certaines limites et sous certaines conditions. Aussi, dans toute question de droit public, trouve-t-on le plus souvent deux prétentions en face l'une de l'autre : celle de l'Etat, qui entend que le particulier se plie à ses exigences, et celle du particulier qui allègue que dans la circonstance, il s'agit de « la sphère de liberté de l'individu, soustraite en principe à la souveraineté de l'Etat » (« état négatif » de l'individu)⁽¹⁾. La question à juger est précisément le point de savoir si, dans l'espèce, l'Etat est « souverain » ou non. C'est pourquoi la définition ci-dessus tient plus de compte de la prétention émise par l'administration que de la nature même des choses.

En outre, — comme il a été aussi indiqué plus haut, — le domaine du droit public s'étend encore à des cas où ce n'est pas l'Etat qui exige des particuliers, mais au contraire ce sont les particuliers qui exigent de l'Etat, « où l'Etat a pris l'obligation, écrite dans la loi, de reconnaître à des individus le droit de requérir de lui une prestation positive » (« état positif » de l'individu)⁽²⁾. Ici, le principe de l'autorité de contrainte de l'Etat ne s'applique plus : aussi la définition de Wach, qui s'attache au caractère de l'individu comme membre de l'universalité, est-elle plus correcte.

La distinction entre le droit public et le droit privé ne tient pas exclusivement, d'après ce qui précède, aux parties en cause. Les rapports de l'Etat et de l'individu peuvent rentrer tantôt dans le droit public, tantôt dans le droit privé, suivant que l'individu prend, au regard de l'Etat, le caractère de membre de l'universalité dont il fait partie, ou qu'il agit comme de particulier à particulier, en d'autres termes, suivant que l'Etat joue le rôle d'Etat, ou de personnalité de

(1) et (2) Jellinek 80.

droit privé (personne morale). Même de particulier à particulier, ce n'est pas nécessairement le droit privé qu'il y a lieu d'appliquer; on peut aussi concevoir des relations de droit public entre particuliers, ce qui se rencontre dans les matières où l'Etat se considère comme directement intéressé, même lorsqu'il n'est pas, en la forme, partie en cause⁽¹⁾.

Il faut donc distinguer, dans le domaine du droit public, les relations entre l'Etat et les individus, et celles

⁽¹⁾ Bernatzik, p. 1, note; p. 58, n. 5. On peut citer comme exemples les litiges entre concessionnaires sur l'étendue de leur concession, ou entre les habitants d'une commune au sujet de leur droit d'usage sur les biens communaux. Sarwey (*Oeffentliches Recht*, 113) considère que, dans ces hypothèses, chaque partie poursuit ses intérêts particuliers, mais que le droit qui donne lieu à contestation a son origine dans l'organisation sociale, spécialement dans la transmission ou la reconnaissance par l'Etat, et que par suite il est soumis, pour son mode d'exercice, au contrôle de l'administration. Cpr. Stahl, *Rechts- und Staatslehre*, II, 610, 622—613; Laband, II, 347; Schmitt, *Constitution*, 124. On a souvent donné à ces sortes de questions le nom d'affaires entre parties (*Parteisachen, Parteistreitigkeiten*), par opposition aux recours de droit (*Rechtsbeschwerden*), qui consistent à attaquer une décision administrative (Sarwey, 113 ss., Stengel, dans le *Wörterbuch*, 11, 727; Bernatzik, p. 59, note et pp. 119 ss.).

Pour savoir si ces questions doivent être soustraites aux tribunaux ordinaires, et remises, soit à l'administration, soit aux tribunaux administratifs, il est nécessaire, à raison du peu de précision du sujet, d'en faire l'énumération. Le nombre des affaires de cette nature qui sont soustraites aux tribunaux ordinaires n'est, au surplus, pas considérable. En Prusse, les tribunaux administratifs sont compétents, notamment, pour statuer sur les litiges entre habitants d'une commune, au sujet de leurs obligations aux charges communales, aussi que sur les litiges entre les particuliers ou entre les communes, concernant l'obligation de contribuer aux dépenses scolaires ou d'assistance publique; loi prussienne sur la compétence de 1883, art. 18, 34, 44, 46. Il y a tout à la fois affaire entre parties et recours contre l'administration dans le cas des articles 56 et 66 de la même loi. La raison qui fait qu'en Prusse, ces sortes d'affaires ont été soustraites aux tribunaux, est ce motif pratique, que pour éviter des décisions contradictoires il est préférable d'attribuer au juge déjà compétent en ce qui concerne les obligations des particuliers envers la commune, les litiges de ces mêmes particuliers entre eux (V. les motifs de la loi, cités par Brauchitsch, *Die neuen preussischen Verwaltungsgesetze*, I (1884), p. 164).

des particuliers entre eux. Il convient d'ajouter celles des autorités publiques entre elles, lorsqu'elles agissent en cette qualité. Dans le domaine du droit privé, d'autre part, on rencontre des relations d'individu à individu, — dans lesquelles l'Etat ne se considère pas comme directement intéressé, — et aussi des relations des individus à l'Etat, lorsque celui-ci agit non comme tel, mais comme personne privée. Ce que nous disons de l'Etat s'applique également, pour la question qui nous occupe, aux administrations locales autonomes (communales et autres), et aux autres corps et établissements constitués au sein de l'Etat. Pour la détermination exacte de la nature des corps constitués de cette dernière catégorie, nous renvoyons aux développements de *Rosin*, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft* (1886), *Gierke*, *Die genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung* (1887) et *Jellinek*, *System*, 250 ss. Cpr. aussi *Pražák*, *Abgrenzung des Kompetenz*, 22 ss.

Aucun des criteriums indiqués plus haut ne permet de tracer une limite précise entre le domaine du droit public et celui du droit privé. Dans nombre de cas, l'attribution à l'un ou à l'autre d'une espèce déterminée fera question. C'est qu'en effet, rien n'est souvent moins clair que le point de savoir si l'Etat, dans un cas donné, procède comme Etat ou comme personne privée. *Nellemann*, l. c. 79 ss.⁽¹⁾, *Matzen* et *Morgenstierne*, dans les ouvrages cités, relèvent des exemples où l'administration est partie en cause, et où il est particulièrement difficile de reconnaître dans quelle catégorie l'espèce doit être rangée. Pour les auteurs étrangers, nous renvoyons,

(¹) A la page 81, il fait rentrer dans le droit privé des questions qui ne peuvent guère y être rattachées. Le point de savoir si une personne doit être sequestrée comme aliénée, par mesure de sécurité publique, ou si des enfants peuvent être soustraits à leurs parents à cause de leurs mœurs, sont des questions de droit public, alors même qu'elles sont traitées dans le droit des personnes ou dans le droit de famille.

sur ce point, particulièrement au System de *Jellinek*, pp. 55—63. Nous nous bornerons ici à quelques observations générales sur la compétence.

Il était autrefois généralement admis par la doctrine, en droit allemand et autrichien, que les droits et obligations respectifs des particuliers et de l'Etat devaient être considérés comme relevant du droit privé, et par suite de la compétence des tribunaux ordinaires, quand ils se fondaient, suivant l'expression usitée, sur un *titre de droit privé* ⁽¹⁾. On partait de cette idée que certains actes générateurs de droits appartenaient exclusivement au droit privé, et que par suite, quand on avait affaire à l'un de ces actes, c'était le droit privé qui le régissait. Etaient considérés comme « *titres de droit privé* » le contrat, la reconnaissance, la prescription, le privilège, l'ancien usage et coutume, la chose jugée, et encore la *negotiorum gestio*, la *condictio indebiti*, le délit. Parfois on employait, au lieu de l'expression ci-dessus, celle de *titre de droit particulier*, ce qui avait à peu près le même sens : le titre de droit particulier avait aussi pour conséquence d'emporter l'application du droit privé. Cette théorie est généralement abandonnée à l'heure actuelle ⁽²⁾, et, semble-t-il, avec raison ; ni le contrat, ni les autres termes de l'énumération ci-dessus, ne sont spéciaux au droit privé, ni propres à déterminer ce qui appartient en propre au droit privé ou au droit public. Que le particulier reconnaisse ou non son obligation envers l'Etat, si cette obligation est de droit public, elle ne change pas pour cela de nature. Le contribuable qui soutient que sa dette est prescrite ou qu'il a obtenu de l'administration,

(1) Sarwey, *Oeffentliches Recht*, 333 ss. Bernatzik, 101—105. Wach, 90—91. Pražák, 59—63. Bornhak : « *Rechtsweg* », au *Wörterbuch*, II, 335 ss.

(2) V. les auteurs cités. Sarwey fait pourtant exception, — sans motif suffisant, semble-t-il, — pour les cas où une personne allègue avoir acquis l'exemption d'une taxe pour telle ou telle raison de droit particulière. Cpr. Aussi Wach, 99. — Sur la *res judicata* comme « titre de droit privé », V. Bernatzik, 102 ss.

par convention, un sursis ou une remise, ne devient pas pour cela un débiteur de l'Etat dans les termes du droit privé (Pražák, 60, 62; Jellinek, 331) On ne voit pas clairement pourquoi certains auteurs récents partent du principe opposé, lorsqu'il s'agit du remboursement d'un impôt irrégulièrement perçu (Sarwey, 562; Jellinek, 60). La question de savoir si l'impôt sera restitué ou non dépend pourtant des mêmes règles que l'obligation de le payer. Cette dernière conception est en réalité un reste de la théorie généralement abandonnée du « titre de droit particulier » (V. aussi Bernatzik, 236 note, et Hauser, *Die deutsche Gerichtsverfassung*, 92).

Dans la *législation*, il se rencontre encore, sur bien des points, des dispositions qui proviennent de l'ancienne théorie. Ainsi, la loi saxonne du 28 janvier 1835 sur la compétence (citée par Gerber, *Grundzüge*, 186), dont l'article 11 ouvre la voie de droit dans les questions administratives, lorsqu'on invoque un titre particulier (privilege, chose jugée, etc. . . .). Une disposition semblable se trouvait dans l'article 2 de la loi prussienne du 11 mai 1842 (citée par Brauchitsch, *Verwaltungsges. I* (1884), p. 419), aux termes duquel la voie de droit était ouverte contre les ordonnances de police, lorsque le demandeur fondait son recours sur une exemption de l'obligation imposée, résultant d'une loi spéciale ou d'un titre de droit spécial. Mais cet article est aujourd'hui abrogé par les nouvelles lois prussiennes sur l'organisation administrative (Brauchitsch, loc. cit.). Par contre, il est encore de règle en Prusse, comme en divers autres Etats allemands, qu'on peut, en matière d'impôts, s'adresser aux tribunaux ordinaires, lorsqu'on invoque un titre de droit spécial tel que privilege, prescription ou usage (Bornhak, « *Rechtsweg* », au *Wörterbuch II*, 337; V. aussi l'arrêt longuement motivé dans les *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, XI, 67 ss.). La loi prussienne du 24 mai 1861 permet de s'adresser aux tribunaux pour obtenir le remboursement

d'un impôt par ce motif qu'il a été payé deux fois ou qu'il est prescrit⁽¹⁾.

Il résulte de ce qui précède que les relations entre l'Etat et les particuliers ne sont pas nécessairement réglées par le droit privé, pas cela seul qu'elles ont pour origine un *contrat*. Le contrat, comme acte générateur de droits, relève aussi bien du droit privé que du droit public. Aussi, en ce qui concerne les contrats passés par l'Etat ou les communes, distingue-t-on les contrats *de droit privé* et les contrats *de droit public* (administratifs)⁽²⁾. La distinction entre ces deux catégories n'est pas, il est vrai, sans difficulté : la définition elle-même n'est pas arrêtée. Laband (3, 687 ss.) définit les contrats de droit public : ceux dont la conséquence est de placer les contractants dans un état de subordination administrative l'un envers l'autre (p. ex. nomination de fonctionnaires, naturalisation de sujets), et les contrats de droit privé : ceux qui touchent aux intérêts pécuniaires. Pour *Stengel* (« Vertrag auf dem Gebiete der Verwaltung » dans le Wörterbuch, II, 704), le trait distinctif des premiers est « de se rattacher au droit public par leur contenu ». *Jelinek* (System 198 ss., 331) distingue entre les « Subjektionsverträge » c'est-à-dire les contrats par lesquels les individus se soumettent de leur plein gré à des règles de droit public — c'est, semble-t-il, précisément ce que Laband entend par contrats de droit public — et les « Verwaltungsverträge »,

(¹) La pratique *autrichienne*, notamment dans les arrêts du Reichsgericht, s'inspire encore habituellement de cette théorie que les relations de l'Etat (ou d'une commune) avec les particuliers relèvent du droit privé, lorsqu'elles ont pour fondement un contrat, ou plus généralement un « titre de droit privé » V. le recueil des arrêts du Reichsgericht de Hye, n° 14, 119 etc. ; et le traité de Kissling : Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof (1875) ; Pann, Ueber die Grenzlinien zwischen öffentlichem und Privatrecht (1881).

(²) Il est fait abstraction ici de la troisième sorte de contrats passés par l'Etat, les contrats de droit *international*.

qui ont pour objet de modifier certains droits relevant du droit public, par exemple lorsque l'administration fait des conventions avec des contribuables pour la remise de l'impôt ou un délai de paiement. Le droit public, suivant Jellinek, ne peut jamais donner matière à des contrats de droit privé. En droit français, également, on distingue entre les contrats de droit privé passés par l'Etat, qui sont en principe de la compétence des tribunaux, sauf disposition contraire expresse, et les contrats qui par leur nature administrative sont soustraits aux tribunaux. Laferrière (Juridiction administrative, I, 549) définit ces derniers « de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel »; il cite comme exemples les concessions de mines, les nominations aux fonctions publiques, les engagements volontaires dans l'armée (l. c. 549—568)⁽¹⁾.

On relève souvent comme trait distinctif du droit privé, par opposition au droit public, qu'il comporte, pour les matières qu'il régit, un droit *de disposition*, que ce dernier ne connaît pas. Tandis qu'en droit privé il dépend des parties elles-mêmes de déterminer si elles veulent user de leur droit et dans quelle mesure, en droit public, prétend-on, tout droit est en même temps une obligation.

(1) Des expressions souvent usitées, sans avoir un sens bien fixe, sont celles de « fisc » et d'« affaires fiscales ». Elles sont, en général, employées en Allemagne comme synonymes de d'« affaires de droit privé de l'Etat ». Lorsque l'Etat, par exemple, contracte un emprunt, on dit qu'il agit comme fisc, et non lorsqu'il perçoit les impôts; car en ce dernier cas il agit en vertu de son droit de souveraineté en matière financière; cpr. les auteurs cités par Jellinek, p. 57, note, auxquels on peut ajouter Ulbrich (Oesterreichisches Staatsrecht, 1892, p. 110). D'autres auteurs, par contre — notamment Sarwey, Oeffentliches Recht 572, Wach, loc. cit. 92, Jellinek, loc. cit. 56 — désignent l'Etat sous le nom de fisc dans tous les cas où il procède comme sujet de droits ayant un intérêt pécuniaire, peu importe qu'ils rentrent dans le droit privé ou dans le droit public. Ce dernier sens est à vrai dire celui qui se rapproche le plus de la terminologie danoise.

Il convient, à ce sujet, de distinguer entre les droits des particuliers et ceux de l'administration. Pour les premiers, la règle, en droit public comme en droit privé, est qu'il est loisible au particulier d'user ou de ne pas user de son droit, à sa guise; rien ne le force à le faire valoir⁽¹⁾. C'est une autre question de savoir si le particulier, dans un cas donné, peut renoncer à son droit au regard de l'Etat, s'obliger à n'en pas faire usage; il ne peut être formulé de règle générale sur ce point, qui doit être décidé d'après les circonstances⁽²⁾.

En ce qui concerne les droits de l'administration envers les particuliers, c'est une erreur de croire que par cela seul que l'administration a un droit, elle soit obligée de l'exercer. La police a le droit d'interdire les réunions qui peuvent faire craindre quelque danger pour la paix publique: mais elle n'y est pas absolument obligée; elle a le droit de surveiller les réunions publiques, mais elle peut se dispenser d'en faire usage. Toutefois, l'administration n'est pas complètement libre d'apprécier si, dans un cas donné, il convient ou non qu'elle use de tel ou tel droit. Ce point ne peut être décidé que par la considération de l'intérêt social. La règle: « agis comme il importe à la Société », lie l'Administration, là comme ailleurs. Conçue de cette manière, la théorie qui veut que tout droit soit en même temps une obligation, dans la sphère du droit public, est exacte⁽³⁾.

Il n'est nullement impossible non plus, en droit, que l'administration renonce à tel ou tel droit, s'oblige à ne pas en faire usage (Remise d'impôts, dispense, grâce, etc. . .). La légitimité de pareilles renonciations dépend, toutefois, des circonstances⁽⁴⁾.

(¹) Schmitt, Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege, 28, 110. Jellinek, System, 190.

(²) Nous renvoyons, pour cette question, à Jellinek, loc. cit. 324—327.

(³) Jellinek, 790. Schmitt, 124.

(⁴) Jellinek, 318—319.

La distinction entre le domaine du droit public et celui du droit privé se rattache à celle des *règles* qui les gouvernent l'un et l'autre. Pour quelques-uns, ces règles se distinguent, — comme les matières qu'elles régissent — par leur objet ; toute règle de droit public a pour but les intérêts de la Société, toute règle de droit privé ceux de l'individu⁽¹⁾. D'autres définissent les règles de droit public : celles qui ont pour objet de gouverner les relations, tant entre l'universalité et les particuliers qui la composent, qu'entre les divers organes de la société, tandis que les règles de droit privé servent à gouverner les relations entre les individus, indépendants les uns des autres⁽²⁾. Cela ne veut pas dire qu'en matière de droit public, il n'y aura place que pour les règles de droit public, et de même pour celles de droit privé en matière privée. Il peut très-bien s'élever, en matière de droit public, des questions de contrats ou d'effets des contrats, de quasi-contrats, d'obligation à indemnité ; il peut y être question de prescription, de novation, etc. ; inversement, en matière de droit privé, il peut être question d'appliquer des règles de droit public. Dans un procès de succession, il peut s'élever une question de noblesse ; dans un litige entre particuliers, relatif à une atteinte à un brevet ou à tout autre privilège, — dans la mesure où ce litige peut rentrer dans le droit privé, — il peut être question de l'étendue et de l'existence du privilège ; à l'occasion d'actes portant sur des intérêts pécuniaires, passés par l'Etat ou une administration locale, on peut se demander si le fonctionnaire qui a procédé a eu compétence suffisante pour passer l'acte, etc.⁽³⁾

(¹) Savigny, System, 2, 22, et les autres auteurs cités par Wach, p. 93, note. Cpr. Morgenstierne, 148 note.

(²) Pražák, Abgrenzung der Kompetenz, 20. Jellinek, 8. Unger, Oesterreichisches Privatrecht, I, 1—5. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, II, 418. Aucoc, I, 15, 35.

(³) Morgenstierne, 155 ss. Wach 86 ss. Pražák, 36 ss.

On cherche souvent, comme il vient d'être dit, à distinguer les règles du droit public et celles du droit privé d'après leur *objet*. Les règles du droit privé, dit-on, ont pour objet immédiat les intérêts des particuliers, et ceux de la société pour objet médiat et indirect; au contraire, les règles du droit public tendent en première ligne au bien de la société, et en seconde ligne seulement à celui des individus⁽¹⁾. Il nous semble qu'en ce qui concerne d'abord les règles du droit privé, on pourrait avec autant de raison s'exprimer dans les termes précisément inverses. Le législateur se propose de régler les relations réciproques des individus et leurs intérêts contraires. Le seul point de vue auquel il puisse se placer est justement celui de la société. La question de savoir s'il y a lieu de légiférer, et comment il convient de légiférer, se résoud exclusivement par égard à l'intérêt social. Celui des intérêts opposés qui est en harmonie avec l'intérêt social est reconnu par la loi et passe au rang de droit. Le *salus reipublicæ* n'est point une considération de second ordre dans le domaine du droit privé; c'est au contraire celle dont le législateur se préoccupe avant tout et en première ligne. Par suite, dire que les règles du droit privé sont formulées dans un intérêt individuel signifie simplement, en réalité, que *les parties en cause ne sont que des individus*, et nullement que les intérêts de ces individus prennent une importance spéciale au détriment de l'intérêt social.

En droit public, la tâche du législateur est aussi de déterminer ce qu'exige l'intérêt commun. La question, toutefois, n'est pas proprement de savoir lequel des intérêts individuels doit céder à l'intérêt commun, mais si, d'une manière générale, ce dernier exige le sacrifice de l'intérêt individuel. Il s'agit de choisir entre les prétentions contraires et les conceptions divergentes de l'intérêt commun et de ses exigences. Or une règle peut

(1) V. p. ex. Gareis, Allgemeines Staatsrecht, 7.

reconnaître l'existence d'un intérêt commun, devant lequel l'intérêt individuel doit céder, ou au contraire elle peut décider que l'intérêt social ne justifie pas l'atteinte à l'intérêt privé, dans la circonstance donnée. Dans ce dernier cas, le particulier a un droit à l'encontre de l'administration. Mais il est incontestable que ce droit est dans l'intérêt du particulier et que s'il est consacré, c'est en vue de cet intérêt ; les droits individuels ont nécessairement pour matière les intérêts individuels. Sans doute, le droit individuel est reconnu aussi dans l'intérêt de la société ; car il est de l'intérêt de la société qu'aucune atteinte ne soit portée à l'intérêt individuel au nom d'un prétendu intérêt social mal compris. Mais il nous est impossible de comprendre pourquoi une règle qui crée le droit du particulier devrait être formulée *plutôt* dans l'intérêt de la Société ou pour le compte de la Société que dans l'intérêt ou pour le compte du particulier ; car, d'après ce qui précède, *les intérêts de l'un et de l'autre, dans le cas donné, concordent* ; s'il en était autrement, le droit du particulier disparaîtrait devant celui de la Société⁽¹⁾.

Atteinte à des droits d'ordre public ou privé. Le groupe de beaucoup le plus important des litiges qui relèvent du droit

(¹) *Jellinek* (System 8. 49) reconnaît que le droit individuel doit avoir pour matière l'intérêt individuel. La distinction entre le droit public et le droit privé repose, selon lui, sur les motifs qui ont déterminé le législateur à reconnaître l'intérêt individuel. Assurément aucun intérêt privé ne peut être reconnu sans que l'intérêt commun l'exige. Toutefois, suivant *Jellinek*, il peut être fait une distinction : il y a des intérêts particuliers qui sont consacrés pour le profit des individus, et d'autres qui le sont surtout pour celui de la société. Lorsque l'intérêt individuel est consacré principalement dans l'intérêt général, le droit qui en résulte relève du droit public.

La difficulté d'appliquer le criterium de *Jellinek* se montre par des exemples. C'est une règle de droit privé que les mutations d'immeubles doivent être publiées pour pouvoir être opposées aux acheteurs postérieurs, ou encore que les promesses doivent être tenues ; — c'est une règle de droit public que nul ne puisse être obligé de céder sa propriété si ce n'est pour utilité publique, ou bien que nul ne puisse être emprisonné qu'en

public comprend ceux qui viennent à s'élever entre l'administration et les particuliers, soit ceux où le particulier soutient qu'une décision ou un acte de l'administration constitue une atteinte injustifiée à ses droits ou à ses intérêts. On peut se demander de quelle nature sont les droits qui donnent lieu à cette contestation. Sur ce point, on commet parfois une erreur. Il est bien certain que les droits de l'administration envers les individus et de ceux-ci envers l'administration relèvent du droit public, mais il ne s'ensuit nullement que l'atteinte à des droits de cette catégorie soit la seule qui intéresse le droit public. Si une loi, pour protéger les citoyens contre les abus administratifs, posait en principe qu'elle leur accorde la faculté de s'adresser aux tribunaux toutes les fois que ceux de leurs droits qu'ils tiennent du droit public subiraient quelque atteinte, l'avantage serait mince. La contestation entre l'administration et les particuliers roule précisément, la plupart du temps, sur le point de savoir s'il y a eu ou non atteinte à des droits privés. Je soutiens, par exemple, que l'administration n'a pas le droit d'exproprier un immeuble qui m'appartient. Il s'agit ici, tout à la fois, de mon obligation de souffrir l'expropriation, qui prend naissance dans

vertu d'un jugement. Toutes ces règles sont édictées aussi bien dans l'intérêt de la société que dans celui des individus ; pourquoi l'intérêt social doit-il être, dans les premières hypothèses plus que dans les dernières, éloigné de la pensée du législateur ? c'est ce qui n'est pas bien clair. La seule différence est que dans les premiers cas, lorsqu'il s'agira d'appliquer la règle à une espèce donnée, la société n'y sera, en général, pas partie, tandis que dans les autres elle le sera nécessairement. *Nous sommes ainsi ramenés à l'autre criterium susmentionné, qui consiste à distinguer entre les règles qui gouvernent les relations des individus entre eux et celles qui gouvernent les relations de la société avec les membres qui la composent.* Jellinek le reconnaît lui-même, car il ajoute, immédiatement après le passage cité : « Ueberwiegend im Gemeininteresse wird aber dem Einzelnen ein Interesse zugebilligt nicht als isolirter Persönlichkeit, sondern als Glied des Gemeinwesens. Demnach ist seiner materiellen Seite nach subjektives öffentliches Recht solches, welches dem Einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht. »

le droit public, et de mon droit de propriété, et de la question de savoir si l'atteinte portée à ma propriété par l'administration est ou non légale. Ou bien, il est prétendu que l'administration a eu tort de prescrire la démolition d'un bâtiment ou la suppression d'une étable. Ici encore, il s'agit à la fois de l'obligation de se conformer aux lois sur les constructions et sur la police sanitaire, obligation qui dérive du droit public, et du droit de propriété de l'intéressé. Dans d'autres hypothèses, c'est à la liberté personnelle qu'il est porté atteinte, comme lorsque l'administration détient une personne par mesure de sûreté publique, ou aux droits de famille, comme lorsque des enfants sont enlevés à leurs parents à raison des mœurs de ces derniers. Les cas où les droits privés des individus sont mis en question dépassent de beaucoup le domaine du droit privé. Aussi est-il inexact de dire que dans toutes les contestations de droit où l'administration est partie, il s'agit nécessairement d'une atteinte à un droit qui relève du droit public. Il se peut, d'ailleurs, que l'objet du débat soit un droit de cette espèce. En réalité, il faut dire que tous les droits, quelle que soit leur nature, peuvent être l'objet d'un litige contre l'administration. La contestation peut rouler sur la propriété, sur la liberté personnelle, sur le droit d'exercer une industrie; elle peut toucher à des droits politiques, comme par exemple quand on allègue que l'administration a rayé à tort le nom d'une personne sur la liste électorale, ou qu'une élection communale a été à tort déclarée nulle. Il peut s'agir aussi d'autres droits qui rentrent dans le domaine du droit public, par exemple, quand on se plaint que l'assistance publique ait été refusée, ou que quelqu'un ait été empêché de faire usage des institutions publiques ou de la propriété publique⁽¹⁾.

(¹) Cpr. au texte les développements de Pražák, *Abgrenzung der Kompetenz*, p. 28 ss.

Il a été, néanmoins, admis parfois, en droit allemand, que pour déterminer la compétence, il convenait de distinguer entre les cas où le droit privé était violé, et ceux où il n'était pas en cause; dans les premiers, alléguait-on, les tribunaux étaient compétents, et non dans les autres⁽¹⁾. Si cette distinction part de l'idée que dans la première hypothèse, la contestation est du domaine du droit privé, c'est là une erreur, comme nous venons de le voir; car « la restriction de la sphère du droit individuel par le fonctionnement des organes de la puissance publique est précisément l'objet du droit administratif⁽²⁾. « La distinction est, au surplus, poursuivie dans le détail d'une manière fort arbitraire; si elle était appliquée logiquement, le principe du droit allemand, qui veut que les tribunaux soient incompétents en matière de droit public, serait réduit à n'avoir plus qu'une signification très-restreinte. Par exemple, il n'y a aucun motif, — si on se place au point de vue ci-dessus, — pour attribuer à l'administration (ou aux tribunaux administratifs) les questions d'impôt ou de service militaire, et aux tribunaux les questions relatives au droit de la police d'ordonner la démolition d'un bâtiment; dans les deux cas, ce sont des droits d'ordre privé qui sont en jeu⁽³⁾.

Sarwey essaie de tracer la limite entre les litiges de droit public et ceux de droit privé, en s'attachant au caractère du droit sur lequel porte le litige⁽⁴⁾. Il prétend arriver ainsi à un criterium sûr pour la solution des questions de compétence. Sont litiges d'ordre privé les litiges sur les droits relatifs au patrimoine — pourtant avec deux exceptions essentielles — et sur les droits de famille; sont litiges de droit

(1) Bornhak, « Rechtsweg » au Wörterbuch, II, 335.

(2) Bornhak, loc. cit.

(3) Hauser, die deutsche Gerichtsverfassung, 90 ss.

(4) Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 102 ss. Allgemeines Verwaltungsrecht, 155 ss.

public, d'une part, ceux qui portent sur la qualité de membre de l'Etat ou des corps publics, — en dehors de tout intérêt pécuniaire —, et d'autre part, les exceptions à la première catégorie. On doit objecter à la doctrine de Sarwey, d'abord, que le résultat est en contradiction avec le principe, et ensuite que la donnée n'est pas exacte. La catégorie la plus importante des litiges sont ceux qui sont relatifs aux droits sur les biens; et Sarwey lui-même remarque que les tribunaux ne sauraient être compétents quand le particulier se trouve en face de l'administration et qu'il s'agit de savoir si telle ou telle atteinte à la sphère de droit qui constitue sa fortune, est justifiée. Ce n'est donc point le caractère des droits qui détermine la compétence pour les litiges les plus fréquents et les plus graves. D'autre part, il peut fort bien arriver que des litiges relatifs à l'atteinte portée par l'administration aux droits de famille soient attribués aux tribunaux; il ne s'ensuit pas d'ailleurs que ces litiges soient de droit privé. Si l'objet d'une définition est de rassembler sous une dénomination commune des cas essentiellement isolés, toutes les questions relatives au droit de l'administration de porter atteinte, pour des motifs d'intérêt public, soit aux droits de famille, soit à tous autres, doivent être considérées comme se rattachant au droit public.

Litiges de droit public entre les autorités publiques. Il a été indiqué plus haut que des questions relevant du droit public peuvent aussi s'élever entre les autorités publiques. On peut se demander toutefois si ces questions peuvent être considérées comme de véritables questions de droit, analogues à celles qui s'élèvent entre les sujets et l'Etat, et qui supposent des droits et obligations réciproques. Si tel est le cas, il est naturel que des juges soient appelés à trancher les litiges qui surgissent entre les autorités publiques; au cas contraire, la mission des juges, en cette matière, si compétence leur est attribuée, ne peut être que de décider les questions de droit « objectif »,

c est à dire les questions de compétence entre les diverses autorités : autrement dit, de jouer le rôle de tribunaux de conflits.

Il ne peut être question, à proprement parler, de droits et d'obligations réciproques, que si les autorités dont s'agit sont des organes d'intérêts différents, par exemple si l'une est un corps relevant de l'Etat, et l'autre un corps communal ou autonome. Si ce sont des organes des mêmes intérêts, il ne peut s'agir que de la détermination exacte de leur compétence respective, et non de droits qui leur appartiennent en propre⁽¹⁾. Il peut s'élever parmi les fonctionnaires de l'Etat, entre supérieurs et inférieurs, une contestation sur la légitimité d'un ordre donné ; mais l'inférieur qui refuse d'exécuter l'ordre ne se prévaut pas d'un droit propre lui appartenant ; les deux parties contestantes prétendent agir au nom de l'Etat et en qualité d'organes de l'Etat. Aussi, dans cette hypothèse, celle du refus par le fonctionnaire subordonné d'exécuter l'ordre reçu de son supérieur, n'y a-t-il généralement pas lieu de recourir aux tribunaux pour leur soumettre le point de savoir si l'ordre doit ou non recevoir exécution⁽²⁾. Ce recours ne sera ouvert, en principe, que là où l'autorité disciplinaire, — et le cas pourra se présenter pour l'application des règles disciplinaires les plus importantes, — est confiée à une autorité constituée en forme de tribunal. Il va de soi, de plus, que la question de la légalité d'un ordre peut s'élever, comme question préjudicielle, dans un litige subséquent, de droit pénal ou de droit privé (action en indemnité, affaire de pension), entre l'administration et le fonctionnaire.

(1) Jellinek, System, 212 ss. (Die Rechte der Staatsorgane).

(2) Matzen, III, 235. — Il peut y avoir toutefois des exceptions à la règle. On en trouve des exemples en Meklembourg, où l'administration est encore mélangée d'éléments féodaux (patrimoniaux). Il arrive souvent, dans ce pays, que des actions puissent être intentées par le gouvernement contre les autorités publiques pour les contraindre à remplir les obligations de de leurs fonctions. Laband, Staatsrecht, I, p. 442 n. 2.

Il en est autrement au cas où l'autorité inférieure représente des intérêts différents de ceux dont l'autorité supérieure a la garde (municipalités au regard de l'Etat : municipalités de moindre importance au regard des grandes)⁽¹⁾. L'autorité inférieure peut alors, suivant les circonstances, se prévaloir d'un intérêt ou d'un droit propre pour résister à la réquisition dont elle est l'objet. Le cas peut être tout à fait analogue à celui qui a été traité plus haut, où des particuliers soutiennent qu'un acte administratif a porté illégalement atteinte à leurs intérêts. De même qu'un particulier, — ou une personne morale de droit privé, — peut soutenir qu'une obligation à lui imposée par l'administration (d'acquitter une taxe, une prestation, etc. . . .) l'a été à tort, de même une municipalité peut prétendre que l'obligation administrative qui lui est imposée ne dérive pas de la loi. Il n'existe aucun motif pour traiter ces deux questions de manières différentes.

Il faut ranger dans une classe spéciale ceux de ces litiges où il est prétendu que la charge imposée par l'Etat ou par le corps constitué supérieur porte atteinte à l'indépendance de l'administration locale, à son droit de décider elle-même l'affaire en question, en d'autres termes à son droit d'autonomie. Renvoyer la décision de cette contestation aux autorités de l'Etat qui ont pris la mesure incriminée, serait la négation du droit propre de l'administration autonome. Il ne peut être question d'autonomie (*self government*), réellement et sérieusement pratiquée, que lorsque toutes les contestations relatives au point de savoir si la décision du gouvernement est contraire au droit de l'administration locale, sont jugées par une autorité indépendante de lui. L'intervention de cette autorité n'est point, — en général, — le moyen employé par l'Etat, ou par l'autorité locale supérieure,

⁽¹⁾ Jellinek, System, pp. 250 ss. (Die öffentlichen Rechte der öffentlichen Verbände); 262 ss. (Die öffentlichen Rechte der Gemeinden), 343.

pour exécuter sa volonté; ils ont, à cet effet, en principe, divers moyens de contrainte à leur disposition. Le recours au juge est au contraire souvent le procédé par lequel l'administration municipale cherche à empêcher l'application de ces moyens de contrainte. Dans les pays où il n'y a pas de tribunaux administratifs, la décision de cette question, si l'on tient à ce que les droits de l'administration locale soient une réalité, doit être attribuée aux tribunaux; là où ils existent, à la juridiction administrative (toujours dans la même supposition). C'est le cas, notamment, en Prusse. Aux termes des récentes lois administratives prussiennes, les tribunaux administratifs sont compétents pour statuer, lorsqu'une municipalité, — de quelque nature qu'elle soit, — se plaint de ce que les autorités de contrôle de l'Etat aient arrêté l'exécution d'une décision par elle prise, sous prétexte d'excès de pouvoirs ou de violation de la loi; ou encore, lorsqu'un recours est formé contre l'inscription d'office d'articles de dépenses au budget local, par les autorités de l'Etat, sous prétexte que la loi les déclare obligatoires⁽¹⁾. La question, en pareil cas, de savoir si l'autorité supérieure a méconnu les droits de l'administration locale se confond avec celle de savoir si cette dernière a agi conformément à la loi.

Il est passé en pratique, en droit danois, conformément d'ailleurs à l'article 72 de la Constitution, que les litiges entre un conseil communal et un conseil de district, et entre ceux-ci et le ministère, peuvent être déférés aux tribunaux⁽²⁾.

⁽¹⁾ Kreisordnung 1872, art. 178 et 180; Provinzialordnung 1875, art. 118 et 121; Landgemeindeordnung 1891, art. 140 et 141; Zuständigkeitsgesetz 1883, art. 15. Il ne faut pas confondre avec ces sortes de contestations celles dont il est question à l'article 126 de la loi de 1883 sur l'organisation administrative et qui concernent les décisions définitives prises par les autorités inférieures dans les « Angelegenheiten der allgemeinen Landesverwaltung ».

⁽²⁾ Matzen, 110, 236, et de nombreux exemples dans les recueils de jurisprudence.

Toutefois, il peut être difficile, le cas échéant, de décider si les droits de l'administration locale autonome ont été effectivement violés.

Mais c'est aussi entre autorités *de même ordre* qu'il peut surgir des litiges administratifs au sujet de leurs droits et obligations réciproques⁽¹⁾. Deux administrations locales peuvent être en désaccord sur le point de savoir à laquelle d'entre elles incombe l'obligation de secourir un indigent, ou si l'une d'elles est obligée de venir en aide à l'autre pour l'entretien d'un chemin, ou de continuer un chemin qui se trouve sur le territoire de l'autre, ou laquelle des deux a le droit de percevoir certaines taxes, etc. . . . Ici encore, on peut, dans chaque espèce, se demander s'il convient d'attribuer la décision à l'administration, aux tribunaux administratifs ou aux tribunaux ordinaires. Il peut, d'ailleurs, être particulièrement malaisé, en pareil cas, de reconnaître si la matière doit être rangée dans le droit privé ou dans le droit public. Une administration locale qui émet une prétention à l'encontre d'une autre agit-elle comme autorité publique ou comme personne morale de droit privé? C'est ce qu'il n'est pas toujours facile de décider. Toutefois, comme il a été dit plus haut, cette considération n'est pas déterminante pour la compétence, en droit danois. En ce qui concerne ce droit, les recueils de jurisprudence relatent nombre d'espèces où des contestations entre administrations locales, différentes des litiges d'ordre purement privé, ont été jugées par les tribunaux. Dans d'autres cas la décision appartient, en vertu d'une disposition de loi expresse, à l'administration (litiges entre les administrations locales au sujet des obligations qui leur sont imposées par la législation sur l'assistance publique, Loi du 9 avril 1891 art. 59, Loi sur les secours aux vieillards de la même date, art. 10; — ou au sujet de l'attri-

(1) Jellinek, System, 257 ss.

bution des taxes incombant à une personne, Loi du 6 juillet 1867 art. 22, Loi du 26 mai 1868 art. 28 ; — ou au sujet du classement d'un cours d'eau, Loi du 28 mai 1880, art. 3 ; — ou au sujet des chemins, Loi du 21 juillet 1867, art. 15, Loi du 20 août 1853, art. 3. Il en est autrement, par contre, dans le projet de loi de 1892 sur l'impôt local personnel, art. 5).

Compétence sur les litiges d'ordre privé de l'administration.

Dans la plupart des pays on s'accorde aujourd'hui à reconnaître que *les questions qui se rattachent aux relations de droit privé qui peuvent exister entre l'administration et les citoyens relèvent des tribunaux ordinaires*⁽¹⁾. Un seul pays fait exception à cette règle, *la France*. Encore, même en France, ne peut-on pas poser en principe absolu que les questions de droit privé entre l'administration et les particuliers soient soustraites aux tribunaux. Les auteurs français établissent une distinction entre les actes de gestion et les actes de puissance publique, distinction qui correspond à peu de chose près à celle qui a été faite ailleurs entre les matières de droit privé ou de droit public. Si le litige roule sur un acte de puissance publique, les tribunaux administratifs sont présumés compétents, sauf disposition contraire expresse ; si au contraire il s'agit d'un acte de gestion, il faut un texte exprès pour attribuer compétence à la juridiction administrative⁽²⁾. Mais des dispositions expresses ont, en France, soustrait aux tribunaux ordinaires et attribué aux tribunaux administratifs toute une série de questions importantes d'ordre privé, où l'administration est partie : notamment les questions d'exé-

⁽¹⁾ En ce qui concerne *l'ancien droit danois*, V. *La Danske Lov*, 1—2—5, et l'ordonnance de la cour camérale du 18 mars 1720, art. 2 : « Tous ceux qui sont obligés envers le roi par contrats ou baux devront s'expliquer devant la Chambre des revenus, etc. . . . ou seront justiciables du collège caméral ».

⁽²⁾ Laferrière, I 5 ss., 484 ss. Aucoc, I, 436 ss.

cution des travaux publics, de fournitures, de vente de biens de l'Etat, et les questions relatives aux dettes de l'Etat⁽¹⁾.

En *Angleterre*, les instances de droit privé dirigées contre le trésor public peuvent assurément être déférées aux tribunaux, mais seulement à la condition que le chef de l'Etat accorde l'autorisation de les introduire. Car aucune « action » proprement dite ne peut être intentée contre la couronne. Celui qui se croit lésé présente, par l'intermédiaire du Home office, une « petition of right » à la reine qui, si elle le juge à propos, déclare « that right shall be done ». Si la pétition est accueillie, — et elle l'est toujours en principe, à moins que la prétention ne paraisse évidemment mal fondée, — l'affaire est traitée dans les formes ordinaires par les tribunaux ordinaires ; le plaignant joue le rôle de demandeur, et la reine, représentée par l'Attorney-general, celui de défendeur⁽²⁾.

§ 2.

Concours de questions de droit public et de droit privé.

Il peut arriver, de plusieurs manières, que les relations entre deux particuliers se compliquent de questions de droit public ou en supposent l'existence. C'est ce qui se produit, le plus fréquemment, sous deux formes que nous allons indiquer. Les termes du problème ne sont pas les mêmes dans les deux cas.

Parfois, — et c'est le premier cas —, la question de droit privé n'est liée qu'en apparence avec la question de droit public, et chacune d'elles peut se résoudre séparément. L'autorité publique traite l'affaire au point de vue de l'intérêt général, et les tribunaux résolvent la question de droit privé. Les deux décisions peuvent évidemment se trouver en désac-

⁽¹⁾ V. pour le détail Aucoc, I, 486—489. Laferrière, I, 553 ss., 595 ss.

⁽²⁾ Gneist, Das englische Verwaltungsrecht (1883—88), I, 375. Maitland, Justice and police (1885), 145.

cord. Par exemple, l'administration autorise l'établissement d'une usine ; les tribunaux l'interdisent. Un jour, l'administration autorise la dérivation d'un cours d'eau au moyen d'un barrage ; le lendemain, les tribunaux prescrivent la destruction du barrage. En réalité, dans ces hypothèses, il faut, pour l'exécution de l'entreprise projetée, qu'elle ne soit en opposition, ni avec l'intérêt public, ni avec les droits des particuliers. L'autorisation administrative est censée donnée sous la condition que l'ouvrage ne lèse pas le droit des tiers. C'est ce qui se produit, notamment, toutes les fois que l'établissement d'usines, l'exercice de certaines industries, l'usage de l'eau des cours d'eau du domaine public, etc. . . . sont subordonnés à l'autorisation de l'administration ; cette dernière n'a qu'un point à examiner, celui de savoir si l'entreprise est conciliable avec l'intérêt général, mais nullement celui de savoir si les voisins, pour des raisons tirées du droit privé, peuvent être fondés à s'y opposer⁽¹⁾.

(¹) V. entre autres, en ce qui concerne ce premier cas, les développements de Mantellini, *Conflitti d'attribuzioni in Italia*, II, pp. 135—145, où il traite des difficultés qui se sont élevées à ce sujet, devant les tribunaux italiens, après l'abolition des tribunaux administratifs en 1865. Cpr. au surplus, en ce qui concerne le droit italien, l'article 615 du Code civil : « Le concessioni di uso d'acqua da parte dello Stato s'intendono sempre fatte senza lesione dei diritti anteriori d'uso dell'acqua stessa, che si fossero legittimamente acquistati. »

En ce qui touche les tribunaux administratifs prussiens, la même règle sur le caractère relatif des jugements est exprimée dans la loi sur l'administration générale de 1883, art. 7 : « Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte ergehen unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse ». Cpr. aussi les dispositions expresses de la loi allemande sur l'industrie (1883), art. 16 et 19 ; de la loi autrichienne sur le même sujet (1859), art. 36, etc. . . . Cpr. Pražák, *Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltung*, 41—43.

Le droit danois repose sur des règles analogues, bien que modifiées sur quelques points de détail. Pour prendre un exemple dans la législation sur les cours d'eau, les moulins, fabriques, barrages et autres ouvrages analogues ne peuvent être établis sur les cours d'eau du domaine public que « si le pétitionnaire s'est assuré du consentement de tous les intéressés.

Dans d'autres cas, tout au contraire, il arrive que la question de droit privé ne peut recevoir de solution tant que la question de droit public n'a pas été préalablement résolue, ou, inversement, que cette dernière ne peut être décidée tant que la première ne l'a pas été. L'une des deux questions joue alors le rôle de question incidente (préjudicielle) pour la solution de l'autre. Les tribunaux compétents pour décider telle ou telle question le sont-ils également pour trancher les questions incidentes qui peuvent venir à s'élever? C'est un point qui est résolu de la manière la plus différente dans les différents pays. En *Allemagne*, par exemple, la règle est que les tribunaux, des qu'ils ont compétence sur une matière, peuvent aussi décider toutes les questions dont la solution est nécessaire au jugement du litige qui leur est soumis, même si ces questions relèvent du droit public, et inversement que l'administration et les tribunaux administratifs, lorsqu'il s'élève, dans une affaire de leur compétence, des questions incidentes de droit privé, ont qualité pour les trancher.⁽¹⁾ Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que l'administration,

ou s'il justifie, par une décision de la commission agricole ou des inspecteurs des eaux, que l'ouvrage projeté ne modifiera pas le régime du cours d'eau et ne lésera le droit de personne » (loi du 28 mai 1880, art. 32). Les autorités administratives précitées ne sont d'ailleurs pas compétentes pour « décider les questions qui, à raison de conventions spéciales, doivent être résolues sans avoir égard à la législation sur les cours d'eau. » (même loi, art. 5). L'autorisation d'établir des moulins ou autres ouvrages n'a, par suite, qu'une *valeur conditionnelle*. Au contraire de ce qui se passe dans les législations étrangères, la loi danoise cherche à prévenir les décisions contradictoires (en apparence) en prescrivant de suspendre la solution pendant un délai suffisant pour que toutes questions relevant des tribunaux puissent avoir été jugées par eux, et aussi en enjoignant de recommencer l'instruction administrative toutes les fois que la décision des tribunaux vient à faire échec à une autorisation accordée.

(¹) Hauser, die deutsche Gerichtsverfassung, 77 ss. Sarwey, öffentliche Rechte, 650 ss. Bernatzik, Rechtsprechung, 220 ss. Pražák, Abgrenzung der Kompetenz, 36 ss. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, II, 356. Cpr. Code de procédure civile art. 139. (Le tribunal *peut* surseoir au jugement de l'affaire jusqu'à ce que l'administration ait rendu sa décision).

malgré la décision des tribunaux sur la question préjudicielle, la résolve de son côté suivant son appréciation particulière, lorsqu'elle vient à en être saisie, de même qu'inversement les tribunaux ne sont pas liés par la solution donnée par l'administration à un point incident de droit privé. Toutefois, la règle qui attribue compétence aux tribunaux pour résoudre les questions préjudicielles de droit public n'est pas absolue, lorsque la question préjudicielle roule sur la légalité d'un acte administratif⁽¹⁾.

En *France*, les choses se passent autrement. La règle, présentée comme une conséquence du principe de la « séparation des pouvoirs », est que toutes les fois que, dans une affaire de la compétence des tribunaux, il s'élève une question d'interprétation ou de validité d'un acte administratif, il doit être sursis à statuer, pour solliciter la décision de l'administration « ou, le cas échéant, des tribunaux administratifs »⁽²⁾. Pour justifier cette règle, on invoque notamment les cas où l'acte administratif crée des droits pour les particuliers, que ceux-ci peuvent faire valoir devant les tribunaux : « Dans ces cas, l'action de l'autorité administrative pourrait être paralysée par un jugement qui méconnaîtrait le sens ou la valeur légale de ces actes ; les parties seraient ainsi privées par décision judiciaire des droits qui leur auraient été conférés par l'autorité administrative, et cette autorité serait elle-même atteinte dans ses prérogatives. » (Laferrière, I, 19). Inversement, quand il s'élève, dans une instance administrative, des questions de la compétence des tribunaux (domicile, âge, interprétation de contrats entre particuliers, etc.), l'administration doit surseoir à statuer jusqu'après leur décision⁽³⁾.

En droit danois, le droit des tribunaux de trancher les

(1) Hauser, loc. cit. 85 ss. Bernatzik, loc. cit. 224 ss.

(2) Aucoc, I, 498 ss. Laferrière, II, 601 ss.

(3) Laferrière, I, 19.

questions incidentes de droit public, dans une instance de leur compétence, ne peut faire de doute que pour une seule catégorie de questions, c'est-à-dire pour celles que l'autorité administrative aurait seule le droit de résoudre, si elles faisaient l'objet d'une instance séparée, et qu'on désigne sous la dénomination fort peu claire de « questions de légitime usage de l'autorité publique » (par opposition avec les excès de pouvoirs). Ce point sera traité dans le chapitre relatif au droit danois.

Il est une catégorie importante d'instances qui doivent être considérées comme des instances privées, avec questions préjudicielles de droit public; ce sont *les instances en dommages-intérêts intentées contre les fonctionnaires*. La demande est dirigée contre l'intéressé personnellement; l'indemnité est réclamée, non à l'Etat, mais à la bourse particulière du fonctionnaire; c'est donc une instance privée entre le demandeur et le défendeur. Mais, au cours de cette instance, peut s'élever la question de droit public de savoir si l'acte à raison duquel indemnité est réclamée était ou non légitime. Ce lien avec une question importante, touchant de près aux intérêts de l'administration, — et souvent aussi le désir de protéger les fonctionnaires contre des procès de pure chicane — ont été cause que dans la plupart des législations, ces instances ont été soumises à des règles spéciales. Il en sera traité plus bas en détail.

§ 3.

Matières administratives et matières pénales.

Le droit de prononcer des peines est, d'après les législations modernes, une attribution des tribunaux. Le droit de contrainte de l'Etat se manifeste, en cette matière, d'une manière si énergique, qu'il a été nécessaire de poser en principe, d'une part, qu'aucune peine ne serait prononcée qu'en vertu d'une loi, et d'autre part, que l'autorité chargée de

prononcer les peines devrait offrir le plus de garantie possible pour la juste application de la loi. Par suite, cette autorité doit être les tribunaux ordinaires du pays. Ce n'est que tout-à-fait par exception que les autorités administratives ou les tribunaux administratifs sont investis du droit d'infliger des peines ⁽¹⁾. Ces exceptions peuvent se ramener à trois catégories.

a) Peines disciplinaires contre les fonctionnaires. Le pouvoir de prononcer ces peines, — au nombre desquelles on range souvent aussi ce que nous appelons les amendes de contrainte ⁽²⁾, — appartient en principe au supérieur hiérarchique du fonctionnaire, sauf quand il s'agit de mesures plus graves, telles que la destitution, et où il est nécessaire par suite d'avoir une meilleure garantie d'une décision juste, c'est-à-dire des tribunaux disciplinaires spéciaux. Ces derniers ne sont point des tribunaux administratifs ; leur rôle ne consiste pas non plus à juger de la légitimité d'un acte administratif, mais à prendre une décision en première instance, sur l'application d'une peine ou d'une contrainte.

La voie ouverte contre la condamnation disciplinaire, lorsqu'elle émane de l'administration, est le recours à l'autorité supérieure, ou, le cas échéant, aux tribunaux administratifs ; lorsqu'elle a été prononcée par un tribunal disciplinaire, c'est le recours à la juridiction supérieure, s'il en existe une.

Il n'y a pas, en droit danois, de tribunaux disciplinaires (abstraction faite des juridictions militaires et ecclésiastiques). Par contre, dans toute une série de cas, le droit a été conféré aux supérieurs hiérarchiques — outre le droit ordinaire de réprimande et celui de prendre toutes autres mesures résultant de la nature même de la hiérarchie administrative, y compris la destitution, — de punir leurs subordonnés, pour

⁽¹⁾ Cpr. avec ce qui suit les développements de Sarwey, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 159 ss.

⁽²⁾ Laband, I, 444 ss.

fautes de service, d'amende, d'emprisonnement, de privation de traitement, de suspension. Les condamnations disciplinaires ne peuvent être déferées aux tribunaux⁽¹⁾.

b) Dans le même ordre d'idées que le pouvoir répressif disciplinaire exercé dans la hiérarchie des fonctionnaires, les autorités administratives ont, par exception, le droit d'infliger des peines de peu d'importance, pour contraindre à l'obéissance et à la discipline dans des cas où elles exercent généralement une autorité d'une certaine durée, différente du pouvoir qui appartient aux administrations publiques à l'égard des sujets de l'Etat. (Peines d'ordre).

A cette catégorie appartiennent, en droit danois, le pouvoir disciplinaire des autorités académiques, — qui n'a, il est vrai, aucun intérêt pratique, sauf pour la réprimande⁽²⁾, — le pouvoir répressif, fort étendu, de l'administration de l'assistance publique⁽³⁾, — le pouvoir répressif qui s'exerce dans les établissements pénitentiaires et de travail forcé⁽⁴⁾, et aussi toute une série de cas spéciaux (Loi sur les affaires de simple police à Copenhague du 11 février 1863, art. 3, dernier § ; Loi sur la police hors de Copenhague du 4 février 1871, art. 6 ; Loi sur la contagion vénérienne du 10 avril 1874, art. 12, etc. . .). Dans ces cas aussi, la décision qui prononce une peine est définitive, en ce sens qu'elle ne peut être modifiée par les tribunaux⁽⁵⁾.

(1) Nellesmann, Procédure civile, partie générale, 82 ss. Cpr. pourtant Loi sur le pilotage du 13 juin 1879, art. 55. — La révocation sans pension n'a pas le caractère d'une décision disciplinaire en ce sens que la question de pension ne puisse être soumise aux tribunaux (Nellesmann, loc. cit. 92).

(2) Statut organique du 7 mai 1788, II, art. 7, Collection des règlements universitaires, I, §§ 91, 92.

(3) Loi du 9 avril 1891, art. 41.

(4) Loi du 3 déc. 1850 et ordonnance du 13 février 1873 ; Loi du 9 avril 1891, art. 41.

(5) Arrêt au recueil de la Cour suprême 1883—84, p. 788. — Il ne faut pas confondre avec les cas qui précèdent ceux où des amendes sont infligées administrativement pour des infractions à des contrats de droit pu-

c) Pour les contraventions de police et les infractions aux lois d'impôts, la règle, dans la plupart des pays, est que les tribunaux sont compétents. Toutefois, en considération de la mission qui incombe à l'administration de veiller à l'observation des lois de police et d'impôts, différentes législations lui ont donné le droit d'infliger *provisoirement* des peines pour ces contraventions, sauf recours devant le tribunal contre la décision administrative. La législation de quelques pays va plus loin encore, et abandonne à l'autorité administrative ou aux tribunaux administratifs le jugement définitif de certaines classes d'infractions ou contraventions de police.

Des exemples du premier système se rencontrent en droit danois, où l'administration, en diverses circonstances, a le droit de prononcer des amendes (parfois même la confiscation) pour infraction aux lois d'impôts, sauf à l'intéressé, s'il s'y croit fondé, à déférer, dans un certain délai, la question à la justice (contraventions aux règlements de douane, à la loi sur le timbre, aux lois sur l'impôt des sucres de betteraves, des distilleries et des brasseries) ⁽¹⁾. Par contre, il n'y a pas d'exemple dans notre pays, comme en Allemagne, de jugements répressifs provisoires pour infraction aux lois de police. Cpr. pourtant, comme disposition assez voisine, l'art. 67 § 3 de la loi du 1^{er} avril 1892 sur l'enregistrement des navires.

Le système qui consiste à soustraire la décision définitive aux tribunaux est appliqué, notamment, en *France* et en *Autriche*. Dans le premier de ces pays, les tribunaux administratifs sont compétents en matière de contraventions dites de grande

lic. lors de la passation desquels l'intéressé lui-même s'est soumis à cette sanction, non plus que les autorisations accordées sous condition d'une sanction du même genre. Loi sur la police du 11 février 1803, art. 3 § 2. Loi sur la saisie du 29 mars 1873, art. 1^{er} dernier §.

(¹) Ordonnance du 1^{er} février 1797 art. 116 ss, 126 ss. Loi du 19 février 1861, art. 82. Loi du 3 mai 1873, art. 42. Loi du 1^{er} avril 1887, art. 49. Loi du 1^{er} avril 1891, art. 20.

voirie⁽¹⁾. En Autriche, le pouvoir de répression est exercé, en matière de police, par l'administration; le recours à la juridiction administrative n'est pas ouvert⁽²⁾.

Les matières pénales dévolues aux tribunaux peuvent, toutefois, concerner de plusieurs manières l'administration et ses actes, de telle sorte que ceux-ci, *en décidant la question pénale, se trouvent amenés à connaître des actes administratifs*. C'est ce qui peut arriver, notamment 1) dans les instances engagées contre des fonctionnaires à raison de fautes commises dans leurs fonctions. Dans ces affaires, ce ne sont pas seulement les actes personnels du fonctionnaire poursuivi, c'est aussi la légalité des ordres de ses supérieurs qui peut être l'objet de l'examen des tribunaux; 2) dans les affaires relatives à une résistance à l'autorité, il sera souvent nécessaire de rechercher si l'acte auquel l'inculpé a résisté était ou non légitime. A ce groupe peut se rattacher le cas, traité particulièrement par les auteurs danois, d'une action intentée par un fonctionnaire contre un particulier, à raison de diffamations ou d'injures relatives à l'exercice de ses fonctions, lorsque ce dernier, en cours d'instance, soulève l'*exceptio veritatis*. 3) dans les affaires de contraventions aux lois de police et d'impôts.

En ce qui concerne les contraventions de police, l'acte punissable peut se présenter comme infraction, tantôt à une loi, tantôt à un *règlement général, édicté par l'administration*, en exécution du mandat qui lui a été conféré. Dans ce dernier cas, il est du droit et du devoir des tribunaux de rechercher,

(¹) Routes, rivières, canaux navigables, ports, chemins de fer, etc . . . La définition en est donnée par Laferrière (Jurid. adm. II, 603) dans les termes suivants : « faits pouvant compromettre la conservation du domaine public, ou nuire à l'usage auquel il est légalement destiné. »

(²) Loi du 22 octobre 1875. art. 48. Ulbrich, Grundzüge des österr. Verwaltungsrechts, 60.

avant de prononcer la peine, si le règlement est en harmonie avec la loi, et avec les pouvoirs délégués à l'administration. La question, par contre, de savoir si le règlement était opportun ou nécessaire, n'est pas de celles dont les tribunaux puissent se mêler⁽¹⁾.

Il en est de même pour les ordres de police *donnés dans une espèce particulière et concrète* (arrêtés individuels). Toutefois il importe, à cet égard, de faire une distinction entre les lois (ou règlements) en vertu desquels l'ordre a été donné, distinction au sujet de laquelle nous emploierons, suivant la terminologie de Gneist, — qui pourtant n'est pas absolument heureuse, — les expressions de « lois de police répressive » et de « lois de police administrative »⁽²⁾. Les premières s'entendent des lois qui s'adressent directement aux sujets de l'État, en ce sens que l'acte ou l'omission punissable sont définis par la loi elle-même, sans qu'il soit besoin d'aucune prescription ou arrêté spécial émanant de l'autorité administrative (par ex. les interdictions prononcées, d'une manière générale, par les ordonnances de police, contre le désordre dans les rues, contre l'imprudence des conducteurs de voitures ou des cavaliers, contre les dommages aux propriétés publiques, contre le dépôt d'objets aisément inflammables à proximité des feux, etc. ; cpr. l'ordonnance sur les jours de fête du 7 avril 1876, art. 1^{er}). Les dernières sont les lois qui présentent le caractère d'instructions

⁽¹⁾ Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preussen, 186 ss. Jehens und Meyeren, Erkenntnisse des Oberverwaltungsgerichts, IX, 363 note et 368. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, II, 460—32. — La même règle est suivie en France.) malgré le principe qui interdit aux tribunaux d'interpréter les actes administratifs ou d'en apprécier la légalité : Aucoc, I, 501 ss. ; Laferrière, I, 432 ss. 380 ss. Code pénal, art. 471. — Constitution belge, art. 107. — Loi italienne sur le contentieux administratif de 1865, art. 5. — Constitution danoise, art. 72.

⁽²⁾ Gneist, Rechtsstaat, 76 ss., 113 ss., 151. Englisches Verwaltungsrecht. I. 266 ss. Rosin, Polizeiverordnungen, 7 ss., 10 ss., 64.

ou d'autorisations données à l'autorité administrative, et qui touchent à des matières qui ne peuvent être réglées par une simple prescription de la loi, mais nécessitent un examen de chaque cas particulier, et, s'il y a lieu, un ordre ultérieur de la police (p. ex. dispositions relatives au droit de la police d'interdire l'usage de bâtiments menaçant ruine, à l'obligation de se conformer aux ordres donnés par la police pour la tenue des marchés, ou aux ordres du service des incendies pour l'observation de certaines règles de précaution, etc . . .). Dans ce dernier cas, il est du devoir des tribunaux d'examiner si l'ordre donné par l'autorité administrative est bien conforme à la loi ; par contre, il ne leur appartient pas, en général, de rechercher s'il est ou non convenable ou opportun. Dans le premier cas, la question de savoir si la défense portée par la loi a été ou non enfreinte, est à tous égards dévolue aux tribunaux, alors même que l'examen de cette question comporte une appréciation généralement réservée à l'administration, et alors même que les autorités de police ont fait connaître leur interprétation de la loi en prenant un arrêté individuel. Le caractère punissable de l'acte ne dépend alors d'aucun ordre préalable de la police, et repose uniquement sur les dispositions de la loi.

Au reste, dans les pays où la juridiction administrative n'a pas été attribuée aux tribunaux ordinaires, la compétence des tribunaux en matière de contraventions de police, — et il en est de même en matière d'infractions aux lois d'impôts, — peut donner lieu à des *décisions contradictoires entre elles*. La question de légalité de l'arrêté de police ou de la réclamation de l'administration financière peut être portée devant les tribunaux administratifs ; la question de savoir s'il y a lieu d'infliger une peine, parce que la loi ou l'arrêté administratif ont été violés, est décidée par les tribunaux ordinaires. Il n'est pas impossible que les deux au-

torités arrivent à des résultats opposés, en ce qui concerne la légalité de l'injonction.

En traitant des matières de droit public, nous avons eu surtout en vue les affaires où l'administration est partie, ou qui la concernent en quelque manière, alors même que les parties en cause sont des particuliers. Cela comprend avant tout les matières qui sont traitées par les ouvrages de doctrine, sous la rubrique du droit administratif, mais aussi un grand nombre de matières qui trouvent leur place dans d'autres parties du droit, comme dans le droit de famille, le droit des biens, le droit pénal, la procédure, le droit constitutionnel, etc. . . ., Il y a pourtant aussi *des matières et des questions de droit public, dans lesquelles l'administration n'a rien à voir*. Plusieurs d'entre elles auraient pu, en elles mêmes et par nature, être dévolues aux autorités administratives, bien que la législation positive ait préféré les attribuer à d'autres autorités (tribunaux, assemblées législatives). Ce sont notamment, non seulement tous les actes qui se rattachent à la „*jurisdictio voluntaria*“, mais aussi l'exécution des jugements, les perquisitions domiciliaires, la saisie des lettres, etc. . . (1). D'autres matières administratives sont, par nature, soustraites à l'intervention de l'administration, et concernent exclusivement les tribunaux ou le pouvoir législatif. Ainsi, pour prendre un exemple dans la sphère d'action des tribunaux, la direction de la procédure est, par nature, l'affaire des tribunaux aussi bien que le jugement lui-même. Ces différentes matières administratives auxquelles l'administration, par un effet de la loi positive ou par nature, n'a rien à voir, sont en dehors de l'objet de la présente étude; la juridiction administrative n'a pas à s'en occuper.

(1) Cpr. Laband, I, 647.

IV

Notion de la juridiction administrative.

La solution des questions qui viennent d'être passées en revue est généralement attribuée aux tribunaux administratifs. On ne saurait guère citer de pays qui ne les connaisse : à la vérité, en certains pays, ils restent à l'arrière-plan, et ne fonctionnent que dans des cas exceptionnels, tandis que dans d'autres ils sont une pièce considérable de l'organisation judiciaire, qui ne saurait être pénétrée à fond sans en tenir compte. Ils sont d'ailleurs organisés de la manière la plus variée : ce qu'on entend, en tel pays, par tribunaux administratifs, ne correspond que de fort loin à la conception que l'on s'en fait en tel autre.

Comment convient il de définir les tribunaux administratifs ? Il faut répondre que ce sont *des autorités qui ont pour mission exclusive ou essentielle de trancher, d'après leur propre conviction, et en s'attachant à la solution qui leur paraît la plus juste, des litiges administratifs*, — c'est à dire des litiges où l'administration est partie, ou qui l'intéressent particulièrement. Il faut notamment entendre par là, d'après ce qui précède, des contestations de droit public, qui s'élèvent soit entre l'administration et les citoyens, soit entre les différentes autorités administratives. Ce n'est que par exception que des contestations de droit privé où l'administration est partie (p. ex. en France), ou des contestations entre particuliers « se rattachant au droit public » (p. ex. en Allemagne), ont été dévolues aux tribunaux administratifs. En général ces tribunaux ne sont compétents qu'en matière civile, et ne connaissent, en matière pénale, tout au plus, que des affaires disciplinaires, et encore exceptionnellement ; pour les affaires disciplinaires qui doivent être

jugées par un tribunal, on préfère aux tribunaux administratifs des juridictions disciplinaires spéciales.

La définition qui vient d'être donnée ne fait nullement obstacle à ce que les tribunaux administratifs puissent être organisés comme les tribunaux ordinaires du pays. On peut trouver avantage à établir des tribunaux distincts, ou des sections distinctes dans les tribunaux ordinaires, qui ne diffèrent de ces derniers que par la nature des affaires qui leur sont déferées. On obtient de cette manière une compétence spéciale supérieure et une plus grande uniformité dans les décisions, les juges spéciaux ayant pour tâche principale de traiter et de décider des matières administratives. De plus, pour la nomination des membres de ces tribunaux, on peut s'adresser particulièrement à ceux qui ont des connaissances administratives spéciales. Pourtant il arrive rarement que les tribunaux administratifs soient organisés, en tout et pour tout, comme les tribunaux ordinaires. Alors même que les juges administratifs sont assimilés aux autres juges pour leur nomination et leur situation personnelle, il y aura toujours, en règle générale, des différences, soit dans la procédure, soit dans les degrés de juridiction, soit à tous autres égards.

Cette catégorie de tribunaux administratifs, où les juges sont des fonctionnaires nommés à vie par le gouvernement et indépendants de lui, n'est pas la seule. Il en est, d'abord, dont les membres sont placés dans une certaine relation de dépendance au regard de l'administration, et qui ont été organisés en partant de ce principe qu'il est contraire à la nature des matières administratives d'accorder à leurs membres la même indépendance qu'aux juges de droit privé. Une thèse diamétralement opposée exige au contraire précisément que les tribunaux administratifs soient à tous égards indépendants du gouvernement et des partis parlementaires, et qu'ils soient par suite composés de non-fonctionnaires, élus par les conseils locaux. Parfois ce dernier système est combiné avec

d'autres, en sorte qu'on a, par exemple, des tribunaux administratifs composés pour partie de non-fonctionnaires, élus par les assemblées locales, pour partie de fonctionnaires inamovibles, nommés par le gouvernement (tribunaux administratifs prussiens de première instance). Les membres des tribunaux administratifs organisés d'une de ces dernières manières ont souvent des fonctions administratives en outre de leurs fonctions judiciaires. Les formes sont alors essentiellement différentes, suivant qu'il s'agit de prendre une décision dans une matière d'administration pure ou de rendre un jugement en qualité de tribunal. Toutefois il est toujours de règle que l'autorité qui procède comme juridiction administrative doit se décider d'après sa propre conviction et adopter la solution qui lui paraît la plus juste, et qu'elle ne doit ni ne peut se régler sur des avis émanés d'autres corps ou administrations.

Il y a lieu de dire qu'une autorité administrative procède comme juridiction administrative, lorsqu'elle tranche des litiges administratifs en observant des formes particulières. Lorsque l'administration, chargée de juger, s'acquitte de cette mission sans plus de formes qu'en matière administrative pure, il n'y a nulle raison d'employer l'expression de juridiction administrative; il n'existe pas, en tous cas, de différence extérieure entre le contentieux administratif et l'administration pure; toute affaire, quelle qu'elle soit, est décidée administrativement. C'est ce qui se passe, par exemple, en Autriche, pour le contentieux administratif du premier degré; la décision des affaires administratives, — au degré inférieur, — est attribuée à l'administration elle-même, sans qu'il soit fait aucune différence de procédure suivant qu'il s'agit de « streitige Sachen » ou de « nicht streitige Sachen », — de « Verwaltungsrechtsachen » ou de « reine Verwaltungssachen » ⁽¹⁾.

(1) V. plus bas le chapitre sur l'Autriche.

Ce n'est que lorsque l'affaire a épuisé les instances administratives qu'il peut être question, en Autriche, de la soumettre à un tribunal administratif. Il en est autrement en Allemagne : le contentieux administratif y est dévolu, même aux premiers degrés de juridiction, à des autorités qui ont des attributions administratives, mais qui peuvent procéder comme tribunaux administratifs, en observant des formes particulières prescrites pour la décision de certains litiges (*Verwaltungsstreitverfahren*, par opposition au *Beschlussverfahren*)⁽¹⁾.

Dans l'ancien droit danois, la cour camérale (*Kammerret*) offrait aussi un exemple de ce dernier système. Ce tribunal n'était autre que le collège caméral (*Kammerkollegiet*), qui, dans certains cas déterminés, se constituait en tribunal, devant lequel les affaires étaient traitées en observant des formes spéciales (Réglement de la cour camérale du 18 mars 1720). De même, la commission chargée de la surveillance des incendies et la commission des bâtiments, à Copenhague, étaient, jusqu'en 1868 et en 1873, en partie des autorités administratives, en partie des tribunaux, qui jugeaient avec des formes de procédure ; toutefois, leur compétence judiciaire ne s'étendait en principe qu'à des affaires pénales ; les tribunaux des incendies (*Brandretter*), dans les villes et bourgs, présentaient quelque chose d'analogue. (Ord. du 1^{er} Nov. 1805, art. 129 ss. Loi du 17 mars 1856, art. 103. Ord. du 24 janvier 1761, ch. 8). En droit danois actuel, on peut citer les conseils de recrutement, comme exemple d'autorités qui ont tantôt le caractère administratif, tantôt celui de juges, et qui suivent des formes différentes, suivant qu'elles procèdent en l'une ou en l'autre qualité (Loi du 6 mars 1869 art. 10). Les commissions rurales (*Landvæsenkommissioner*) sont également des autorités chargées à la fois d'administrer et de juger ; toutefois, en ce qui les

(1) V. pour le détail le chapitre sur l'Allemagne.

concerne, la distinction entre les deux sortes d'attributions n'est pas si tranchée.

Il peut, en certains cas, s'élever un doute sur le point de savoir si on se trouve en présence d'une autorité administrative ou d'un tribunal administratif. En quoi consiste donc le trait caractéristique de la juridiction, qui distingue un tribunal d'une autorité administrative?

Il est un point qu'on ne doit pas ici perdre de vue : c'est que pour se faire une idée exacte, en soi, d'une juridiction, il ne faut pas toujours s'attacher au point de vue de la législation positive. Des autorités qui semblent, à juste titre, rentrer dans la catégorie des tribunaux, en sont exclues par le législateur. En France, par exemple, comme ailleurs encore, on distingue entre « l'autorité judiciaire » et « l'autorité administrative ». Or les tribunaux administratifs sont considérés non comme faisant partie de la première, mais comme se rattachant à l'administration : « les organes de l'administration sont des agents, des conseils, des juges » ⁽¹⁾. En Autriche, les tribunaux administratifs sont considérés comme étrangers à l'administration ; pourtant, dans les traités de doctrine, ils sont placés en dehors de l'ordre judiciaire ⁽²⁾. Dans la législation danoise, les mots « Domstole » et « Ret » (tribunaux) ont également un sens précis — il peut cependant y avoir doute pour certaines autorités, V. Matzen, III, 210 ss. — ; mais il ne s'en suit nullement que parmi les autorités « administratives » il ne s'en trouve point qui soient, par nature, parfaitement semblables à celles que la loi qualifie de tribunaux. Dans un exposé de doctrine, où il s'agit de grouper ce qui se ressemble, il est intéressant de rechercher, à un point de vue général, ce que c'est, à proprement parler, qu'un « tribunal ».

⁽¹⁾ Aucoc, I, 94.

⁽²⁾ V. p. ex. Ulbrich, das österr. Staatsrecht (1892), 94 ss.

On a dit, avec raison, qu'un caractère essentiel d'un tribunal est d'être indépendant du gouvernement, de n'être point tenu, dans l'application et l'interprétation qu'il fait de la loi, de se régler sur les ordres du chef de l'État et de ses fonctionnaires⁽¹⁾. Par indépendance, on n'entend pas nécessairement que les juges sont garantis contre des destitutions ou des mesures disciplinaires arbitraires de la part de l'administration; le point essentiel est que *les juges, pour rendre chacune de leurs décisions, soient libres, et liés seulement par la loi*; la situation personnelle indépendante n'est qu'un des nombreux moyens de garantir l'indépendance dans chaque décision⁽²⁾. Il n'y a, à proprement parler, de « tribunal », que celui qui peut juger d'après sa propre conviction et décider ce qu'il croit juste. Si l'administration peut prescrire à l'autorité chargée de juger ce qu'elle doit juger, la décision appartient en réalité à l'administration et non à cette autorité, dont le rôle n'est alors que préparatoire ou consultatif; ce n'est plus un juge. Il en est de même, si la décision ne devient définitive qu'après avoir été approuvée par l'administration.

Il n'est pas tout-à-fait exact, pourtant, de considérer l'indépendance au regard du gouvernement comme le seul caractère distinctif d'un tribunal. Il peut se rencontrer, au sein de l'administration, des autorités qui, pour l'interprétation ou l'application qu'elles font de la loi aux cas particuliers, sont indépendantes des autorités supérieures: les pays où règne le « selfgovernment » et la décentralisation en offrent divers exemples. Il faut une condition de plus pour caractériser un tribunal, même indépendant du gouvernement. Tout tribunal suppose encore, — outre la condition déjà indiquée, — un

(¹) Laband, Staatsrecht, I, p. 642 ss.

(²) Laband, loc. cit. pp. 368, 376. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 180. Schmitt, Grundlage der Verwaltungsrechtspflege, p. 4 ss.

litige à trancher, des prétentions contraires qui réclament une solution⁽¹⁾. Lorsqu'une autorité publique ne fait autre chose que prendre une décision sur ce qu'elle veut faire, qu'elle donne un ordre ou une injonction, accorde ou refuse une permission, elle est administrative, alors même que sa décision ne peut pas être réformée par une autorité supérieure. Il en est autrement s'il vient à être allégué que la décision prise est injuste, s'il s'élève une contestation entre l'administration et le particulier ; en ce cas seulement on a affaire à un tribunal qui juge entre les parties — l'administration et le particulier. En Danemark, les commissions sanitaires, commissions de quarantaine, commissions chargées de la surveillance des incendies, commissions des bâtiments (dans les villes et bourgs), consistoires et autres autorités analogues ne pourraient, pour cette raison, être qualifiés de tribunaux, même si leurs décisions ne pouvaient être modifiées par l'administration ; leur mission est de décider ce que l'administration doit exiger, et non de juger un litige entre l'administration et celui qui se prétend lésé.

D'après la conception que l'on se fait en général d'un tribunal, il faut, à vrai dire, encore une condition de plus, pour qu'une autorité publique puisse être qualifiée de juridiction. Si l'action n'est pas fondée sur un droit lésé, mais sur le fait que la mesure administrative serait contraire à l'équité, inopportune ou inutile, il n'est guère conforme aux idées généralement reçues de considérer l'autorité qui décide comme exerçant une fonction de juge ; on exigera généralement que les litiges soumis à cette autorité soient de même nature que ceux dont connaissent les tribunaux, pour pou-

(¹) Nellemann, p. 1. Scheel, Droit privé, partie générale, II, 271. Matzen, III, 255, 261. Stengel, au Wörterbuch, II, 714. Aucoc, I, 609 ss. Dans un sens un peu différent, Bernatzik, 54 ss. Cpr. pourtant 68 : « Geltendmachen von Parteiansprüchen seitens einer Behörde ist nicht zur Rechtsprechung zu zählen. »

voir lui attribuer la qualification de tribunal ; en d'autres termes, on voudra que ces litiges soient ce qu'on appelle généralement des *questions de droit* (1). C'est pour cette raison que l'on refuse de considérer comme des juges nos commissions supérieures sanitaires ou des bâtiments. Il règne toutefois, sur ce point, quelque divergence d'opinion ; d'aucuns — V. plus bas chap. VI — regardent comme la fonction essentielle des tribunaux administratifs, précisément, de résoudre des questions d'équité et d'opportunité, et ils qualifient en conséquence du nom de tribunal ce que d'autres désignent comme autorités administratives indépendantes, appelées à décider des contestations sous l'observation de formes particulières (2).

Enfin, on pourrait se demander si, par définition, un tribunal ne suppose pas nécessairement des formes particulières, imposées expressément par la loi pour rendre une décision. Ce point nous paraît, toutefois, accessoire ; il est, en effet, difficile de déterminer les formes qui, à cet égard, doivent être considérées comme essentielles.

On a cherché parfois, en Danemark, le trait caractéristique du tribunal dans cette circonstance que ses décisions sont *exécutoires*. C'est perdre de vue deux choses. D'abord, le fait que l'exécution forcée d'une décision peut avoir lieu avec l'aide de l'État n'a rien de particulier aux décisions des tribunaux. Bien qu'on ne puisse pas en Danemark, comme ailleurs, poser en règle absolue que les décisions administra-

(1) V. les auteurs cités à la note précédente. Stein, dans la *Zeitschrift de Grünhut*, VI, 303 : « Ein Gericht kann nicht über Beschwerden entscheiden, und wo immer es sich um Beschwerden handelt, da ist es grundsätzlich falsch, von einer Judicatur oder von einer Rechtspflege überhaupt zu reden, etc. . . . » Le recours qu'il appelle « *Beschwerde* » est la voie de droit contre les actes administratifs inopportuns, mais non illégaux (V. *ibid.* p. 69). V. encore Bernatzik, 48, Schmitt, 99.

(2) Cpr. La critique de la doctrine de Gneist, par Sarwey, dans « *Das öffentliche Recht und die Verwaltungspflege* », spécialement p. 161.

tives ont force exécutoire, le principe est toutefois, dans une très-large mesure, exact en droit danois (cpr. Matzen, droit constitutionnel, III, p. 163; aux exemples cités on pourrait aisément en ajouter plusieurs.) En second lieu, il serait assurément contradictoire qu'une décision définitive fût prise par un tribunal (ou une autre autorité publique), et que l'exécution forcée n'en pût être obtenue avec l'aide de l'État; toutefois il peut arriver que la formule exécutoire soit ajoutée par une autre autorité que celle qui a rendu la décision; celle-ci n'est donc pas exécutoire par elle-même, mais seulement indirectement, par l'intervention d'une autre autorité. Si cette dernière ne peut pas refuser la formule exécutoire, c'est la décision de la première autorité qui est le véritable jugement. C'est ce qu'on peut éclaircir par un exemple. A l'étranger, la déclaration faite par l'administration qu'un comptable est en débet est immédiatement exécutoire (cpr., pour l'Allemagne, la loi sur les fonctionnaires d'empire de 1873, art. 139). Cependant cette décision n'est nullement toujours définitive, et elle peut souvent, comme c'est le cas en Allemagne (même loi, art. 144), être déférée aux tribunaux. En Danemark, c'est l'inverse: d'après l'ordonnance de 1840 sur la comptabilité, art. 31, la décision du Ministre est définitive, quand il statue sur un recours formé contre celle de la chambre de révision: par contre, elle ne peut être exécutée sur les biens de l'intéressé qu'après jugement. Suivant la doctrine mentionnée plus haut, la décision administrative, en Allemagne, serait un acte de la fonction de juge, parcequ'elle est exécutoire, et la décision ministérielle, en Danemark, ne le serait pas. C'est le contraire qui est vrai. En Allemagne, la décision exécutoire est une simple prétention de l'Administration, qui peut être condamnée par les tribunaux; en Danemark, les décisions non exécutoires du Ministre, qui ne peuvent être réformées par les tribunaux, rentrent en réalité dans la fonction de juge; si le droit du Ministre était transporté à un

corps judiciaire, ayant pour mission essentielle de régler les comptes, ce corps serait un tribunal — cour des comptes —, alors même qu'il appartiendrait aux tribunaux ordinaires de revêtir ses décisions de la formule exécutoire.

Il faut convenir, cependant, que tout ce qui précède ne conduit pas à la détermination d'une ligne de démarcation nette et précise entre les tribunaux et les autorités administratives. Il est assurément aussi difficile de tracer cette ligne que de déterminer la limite entre les questions de droit et les questions administratives pures. Lorsqu'on prend pour criterium l'indépendance au regard de l'administration, il ne faut pas oublier qu'en réalité, entre la dépendance et l'indépendance, il y a toute une série de degrés. Le Conseil d'État français en fournit un exemple : jusqu'en 1872, il ne rendait pas, en la forme, des jugements, il donnait des avis ; le chef de l'État avait, en la forme, la juridiction suprême dans les affaires administratives, et avait le droit de prendre une décision contraire à l'avis du Conseil d'Etat. En fait, cependant, cette faculté était complètement tombée en désuétude ; la « justice retenue » était devenue, pour les affaires administratives jugées par le Conseil d'Etat, une pure fiction ; le changement effectué en 1872 n'a été que nominal. — La question de savoir si une autorité fait valoir une prétention, ou décide un litige, n'est pas non plus toujours aisée à résoudre. Le doute est possible, partout où l'autorité même qui a donné l'ordre peut être appelée à statuer comme juridiction du premier degré, à se constituer, comme nous disons, juge de l'affaire. — Enfin, si l'on exige que l'objet de la décision soit un point de droit, la difficulté consiste à déterminer ce qu'il faut entendre par cette expression, et comment il faut distinguer les questions de droit des contestations purement administratives.

V

**Compétence de la juridiction administrative.
Affaires d'administration pure et
contentieux administratif.**

§ 1.

**Compétence de la juridiction administrative au regard
des tribunaux ordinaires. Règles générales pour distin-
guer les affaires d'administration pure et le contentieux
administratif.**

La question qui se pose maintenant consiste à tracer les limites de la compétence de la juridiction administrative, tant au regard des tribunaux ordinaires qu'au regard de l'administration.

En ce qui concerne *la limite de compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux ordinaires*, il a déjà été indiqué plus haut que l'on attribue à ces derniers, en général, les litiges de droit privé et les affaires pénales, et aux tribunaux administratifs les questions de droit public où l'administration est partie, ou qui l'intéressent spécialement. Toutefois, les exceptions sont fréquentes. Ainsi, en *France*, on a attribué à la juridiction administrative, d'une part, toute une série de litiges de droit privé, où l'Etat, les départements ou les communes sont parties, et d'autre part, certaines contraventions de police⁽¹⁾, tandis que, par contre, les tribunaux ordinaires ont reçu compétence pour statuer sur divers litiges administratifs, notamment en matière d'impôts indirects⁽²⁾.

(¹) V. plus haut pp. 57 et 65.

(²) Aucoc, I, 568 Laferrière, I, 690 ss.

En *Allemagne*, il est de règle, conformément au Code d'organisation judiciaire, art. 13, que les tribunaux ordinaires ont compétence dans les « *bürgerliche Rechtsstreitigkeiten* » et en matière pénale, à moins que la compétence n'ait été attribuée à l'autorité administrative ou aux tribunaux administratifs, ou que des juridictions spéciales n'aient été instituées ou autorisées par une loi d'Empire. La définition des « *bürgerliche Rechtsstreitigkeiten* » n'a point été donnée par la législation de l'Empire ; ce sont les lois spéciales, de l'Empire ou des pays particuliers, qui attribuent ce caractère à tel ou tel litige. Le principe général de distinction entre les litiges civils (*bürgerliche*) ou non civils est tiré partout, en Allemagne, de la distinction entre le droit privé et le droit public ⁽¹⁾. Par suite, les tribunaux ordinaires sont compétents, en règle générale, dans les affaires de droit privé, et les tribunaux administratifs dans celles de droit public. Pourtant, un certain nombre de litiges de droit privé étaient autrefois, par les législations particulières des pays de l'Empire, attribués à l'administration, et inversement certaines contestations de droit public étaient attribuées aux tribunaux. Lors de la création des tribunaux administratifs, on ne changea rien, en principe, à la distinction existante entre la « *justice* » et l'« *administration* », et on attribua à la nouvelle juridiction les litiges privés qui étaient jusque là tranchés par l'administration, tandis que les tribunaux ordinaires continuèrent à être compétents dans les questions de droit public dont ils connaissaient précédemment ⁽²⁾.

On admet souvent, en droit allemand, que les tribunaux ordinaires sont compétents, lorsque celui qui se prétend lésé par un acte administratif invoque un « *titre de droit privé* », ou *quelque autre « motif particulier de droit »*, d'où il tire cette

⁽¹⁾ Laband, II, 329. Wach, I, 83—86. Sarwey, *öffentliches Recht*, 92 ss.

⁽²⁾ Stengel, au *Wörterbuch*, II, 715, 716.

conséquence que l'acte est illégal à son égard, ou aussi lorsqu'il allègue que l'acte administratif porte *atteinte à son droit privé*, — théorie qui repose essentiellement sur cette hypothèse que dans le cas donné il ne se rencontre pas de questions de droit public, mais seulement de droit privé. Ce point a déjà été traité plus haut pp. 41 ss et 51.⁽¹⁾

Il est plus malaisé de tracer *la limite entre la compétence de la juridiction administrative et celle de l'administration pure*. La création des tribunaux administratifs n'a nullement pour conséquence que tout recours quelconque contre les décisions de l'administration soit jugé définitivement par ces tribunaux. L'administration aura toujours, malgré l'existence des tribunaux administratifs, sa sphère d'action propre et réservée, où il ne pourra être question de contrôler ou de critiquer ses actes. L'institution des tribunaux administratifs n'a pas la vertu de supprimer la question de démarcation entre l'administration et le contentieux : si, dans tel pays, la difficulté est de distinguer entre la compétence de l'administration et celle des tribunaux ordinaires, dans tel autre, le problème consiste à tracer la limite entre les matières réservées à l'administration pure et celles qui sont attribuées aux tribunaux administratifs.

Il n'est pas possible de répondre complètement à la question de savoir comment la limite doit être tracée en fait entre la compétence de l'administration et celle des tribunaux administratifs, sans se livrer à un exposé détaillé de tous les cas particuliers et de toutes les questions qui peuvent se soulever entre les individus et l'administration. Nous devons nous borner ici à indiquer les règles générales et

(¹) Pour la compétence générale des tribunaux en matière administrative — en droit allemand, — V. Bornhák, « Rechtsweg », au Wörterbuch, II, 334 ss. Spécialement pour la Prusse, V. le Preussisches Staatsrecht du même auteur, II, 454 ss.

à faire connaître les considérations déterminantes pour la répartition des compétences. Il faut reconnaître que ces règles sont d'une nature fort peu précise; elles donnent toutefois certains points de repère pour décider si une question donnée, à défaut de textes positifs, doit être attribuée à l'administration ou aux tribunaux administratifs.

Si l'on compare les uns avec les autres les pays qui ont établi une juridiction administrative (la France, l'Allemagne et l'Autriche), on constate que ces règles, — exprimées par la loi ou suivies en pratique — sont essentiellement les mêmes partout. Ce sont toujours, comme on va le voir, les mêmes principes que l'on invoque dans ces divers pays, lorsqu'il s'agit de tracer la limite entre l'administration et les tribunaux administratifs. L'identité de principes recouvre assurément des différences de détail; toutefois il faut reconnaître, — comme on le verra dans la suite par les exemples donnés en analysant les diverses législations, — que les règles sont poursuivies, dans l'application, d'une manière, en somme, identique.

Si, maintenant, on compare les pays qui ont une juridiction administrative avec ceux qui ne la connaissent pas (Belgique, Hollande, Pays scandinaves), on remarquera que les règles établies dans les premiers pour distinguer entre la compétence de l'administration et celle des tribunaux administratifs sont, en thèse générale, identiques à celles qui servent, dans les derniers, à tracer la limite entre la sphère d'action de l'administration et celle des tribunaux ordinaires. Il n'en a pas toujours, à vrai dire, été ainsi: cela n'est vrai que de l'état actuel; notamment, avant la promulgation des nouvelles lois administratives allemandes et autrichiennes, il y avait une différence marquée, à cet égard, entre les pays germaniques et les pays latins. On peut aussi citer un pays, — la *Suède*, — qui s'en tient encore, en majeure partie, à l'ancien état

de choses, en ce sens que l'administration y statue définitivement sur des points qui ailleurs sont attribués, soit à la juridiction administrative, soit aux tribunaux.

L'Angleterre constitue aussi, à certains égards, une exception. Elle présente, notamment, certaines particularités, à raison de la réunion des fonctions judiciaires et administratives entre les mains des juges de paix. C'est sous l'influence des institutions de ce pays que Gneist a formulé son système, essentiellement différent des législations continentales et des théories fondées sur elles : système qui consiste à soutenir que la compétence des tribunaux administratifs doit être étendue beaucoup au delà de ce qui a lieu généralement, et même à des questions qui en sont d'ailleurs exclues par raison de principe. Il sera traité de la doctrine de Gneist au prochain chapitre ; nous nous occuperons uniquement ici des institutions existant en fait sur le continent.

Si les principes généralement admis étaient appliqués de la même manière dans les divers pays, il s'en suivrait que la sphère d'action de l'administration serait aujourd'hui à peu près la même partout, qu'il y eût ou non, dans tel ou tel pays, des tribunaux administratifs. Ce qui serait attribué, dans un pays, à ces tribunaux, serait, ailleurs, de la compétence judiciaire. Mais il n'est pas possible de formuler ce résultat avec une pareille rigueur. Les principes sont, pour cela, trop peu précis. Ainsi, il y aura toujours une tendance naturelle à tracer avec plus de précision la limite des questions réservées à l'administration dans les pays où le contentieux administratif est attribué à des juridictions spéciales, que là où il est abandonné aux tribunaux ordinaires. Lorsque les tribunaux administratifs ont été supprimés en Italie en 1865, la plupart des affaires de leur compétence ont bien été attribuées aux tribunaux ordinaires : mais un nombre considérable d'affaires, qui avaient été jusque là décidées par

les tribunaux administratifs, ont été abandonnées à l'administration ⁽¹⁾.

S'il n'est pas possible, comme on vient de le dire, de conclure rigoureusement de l'uniformité des principes à l'identité de la limite tracée, dans les divers pays, à la compétence de l'administration, qu'il existe ou non une juridiction administrative, un examen attentif des faits montre néanmoins que cette limite n'est pas partout si différente qu'on est disposé généralement à l'admettre. En parcourant les arrêts rendus par le Conseil d'État français, le Tribunal administratif supérieur prussien, le Tribunal administratif ou le Tribunal d'Empire autrichien, on constatera que les questions résolues par ces juridictions sont, pour une grande part, celles qui, en Danemark et en Norvège, sont jugées par les tribunaux.

Pour éclaircir ce point nous considérerons d'abord :

A. Les pays où il existe des tribunaux administratifs. Les règles qui servent à tracer les limites entre la compétence de ces tribunaux et celle de l'administration se trouvent, en partie dans la législation, en partie dans la pratique.

La législation *française* ne contient pas de règle *générale* pour cette répartition de compétence, mais seulement des dispositions isolées pour les cas particuliers. La règle que l'on formule en doctrine et en pratique est que les tribunaux administratifs sont compétents lorsque l'acte administratif a violé un *droit*, et que c'est l'administration, lorsqu'on invoque, non un droit violé, mais un intérêt méconnu. En ce sens, *Dareste* (Justice administrative p. 218) : « tout acte qui porte atteinte à un droit peut être attaqué par la voie contentieuse » ; (loc. cit. 220) : « un simple intérêt n'est pas suffisant pour justifier le recours par la voie contentieuse ». *Dareste*

⁽¹⁾ Il a été remédié à cet inconvénient, dans les dernières années, par la loi sur le Conseil d'État du 2 juin 1889 (testo unico) et par la loi sur la justice administrative du 1^{er} mai 1890. V. plus bas le Chap. sur l'Italie.

renvoie sur ce point à *Vivien* (*Études administratives*, 1852, I, 125). Suivant ce dernier, le contentieux administratif comprend les instances fondées sur la violation des obligations incombant à l'administration en vertu de la loi, d'un règlement ou d'un contrat: « toute loi qui établit une compétence, qui trace une forme d'instruction, ou qui pose une règle de décision, peut donner ouverture à un débat contentieux, s'il est allégué que la compétence soit intervertie, la forme inobservée, ou la règle enfreinte. Tout contrat passé par l'administration a le même effet, si le sens ou l'exécution en sont contestés. »

De même, Dalloz, *Répertoire*, v^o *Compétence administrative*, n^o 26. Ducrocq, *Droit administratif*, I, n^o 244 ss.

Aucoc (*Conférences sur le droit administratif*, 3^e éd. I, 436), s'exprime en termes analogues: « L'administration peut froisser les intérêts et blesser les droits des citoyens. Ceux-ci peuvent se plaindre de ce que l'administration, en prenant les mesures dont il lui appartenait d'apprécier l'utilité et la convenance, n'a pas donné satisfaction à un intérêt privé ou collectif: ou bien ils peuvent se plaindre de ce que l'administration a violé un droit qui leur était garanti par une disposition de loi, de règlement ou de contrat. Les réclamations de la première espèce ne sont pas de nature à être soumises à une juridiction, parcequ'elles ne soulèvent pas une question de droit (une juridiction est appelée à dire le droit, *jus dicere*): celles de la seconde catégorie sont analogues aux débats sur lesquels prononce l'autorité judiciaire ». Il appartient, par exemple, à l'administration de décider où il convient d'établir une nouvelle route, un canal ou un chemin de fer; celui qui croit avoir à se plaindre du tracé choisi peut faire valoir que ses intérêts ont été méconnus, mais non que son droit a été violé; au contraire, si l'administration, en construisant une route, cause l'écroulement d'un mur ou obstrue les accès

d'une propriété, il peut être question, en ce cas, de la violation d'un droit.

Aucoc (loc. cit. p. 474 ss.) met une double condition au recours contentieux. Il faut 1° que la décision ait lésé un droit fondé sur la loi, un règlement ou un contrat; 2° que cette lésion soit une conséquence directe de la décision. Cette dernière remarque est évidemment superflue: dans les exemples cités par Aucoc, le recours contentieux est fermé précisément parcequ'on ne peut pas dire qu'aucun droit ait été violé. Si, par exemple, on attaque des instructions illégales, données par un ministre ou un préfet à ses subordonnés, on peut dire que la loi a été méconnu, mais non qu'il ait été porté atteinte à un droit individuel (V. plus bas).

Pour *Laferrière* aussi, c'est la distinction entre le droit et l'intérêt qui est fondamentale en cette matière⁽¹⁾. — V. également *Pandectes françaises*, v° Autorité administrative, n° 17, 137—138.

En *Autriche*, on trouve une règle générale sur l'attribution de compétence dans la loi du 22 octobre 1875 relative à la création d'un Tribunal administratif. Elle s'exprime comme suit: » Der Verwaltungsgerichtshof hat in allen Fällen zu

(¹) *Juridiction administrative*, I, 5 ss.: « Si les citoyens ne sont lésés que dans leurs intérêts, il appartient à l'administration d'apprécier l'opposition qu se produit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, et de faire pencher la balance du côté où l'équité et la bonne administration semblent l'incliner (*juridiction gracieuse*). Mais il arrive aussi que la résistance . . . se fonde sur un droit que l'administration aurait méconnu, sur une erreur de fait ou de légalité qu'elle aurait commise dans ses rapports avec les citoyens ou avec les administrations locales, et qui aurait pour résultat une violation ou une fausse application de la loi et des droits acquis. Si la partie lésée se croit fondée à opposer son droit propre au droit invoqué par l'administration, il y a matière à contestation, à litige . . . un acte de *juridiction contentieuse* est nécessaire pour résoudre la difficulté. En d'autres termes, tandis que l'intérêt froissé n'éveille que l'idée d'utilité, d'opportunité et de décision gracieuse, le droit méconnu éveille l'idée de justice, de sanction légale et de juridiction contentieuse. »

erkennen, in denen jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet: » En même temps (art. 3, e), le Tribunal administratif est déclaré incompétent dans les matières « in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind. »

Selon l'exposé des motifs de cette loi⁽¹⁾, la compétence du Tribunal administratif a été subordonnée à cette condition « que le demandeur allègue, ou bien qu'une prétention, fondée sur la loi, et se rattachant au droit public, n'a pas reçu satisfaction, ou qu'une obligation du même ordre, non fondée sur la loi, lui a été imposée. » Par contre, le Tribunal est incompétent dans tous les cas où on fait valoir, non des droits, mais des intérêts, où il ne s'agit plus de la légalité, mais de la convenance d'une décision administrative. « Et plus loin (p. 31): « Aucun tribunal ne peut prononcer sur l'« opportunité » d'une mesure. Ainsi, lorsque l'autorité repousse une demande de concession, parcequ'elle la juge nuisible à l'intérêt public, elle ne fait qu'user de son droit; le seul point qu'on puisse contester, et qui puisse être déféré à la décision de l'autorité supérieure, est celui de savoir si l'appréciation de la question d'opportunité, par l'administration, est ou non exacte. Il ne peut ici être question de saisir le Tribunal administratif, car il n'existe pas de droit que ce refus ait pu léser. Si, au contraire, il s'agit de constater certaines conditions de fait ou de personnes auxquelles une disposition de loi positive attache l'effet de conférer un droit au regard de l'administration, et s'il vient à être allégué que ces conditions existent, et que néanmoins l'administration se refuse à reconnaître ce droit, le Tribunal administratif est compétent. »

Parmi les auteurs qui déjà, avant la loi sur le Tribunal

(¹) Kaserer, Die Gesetze vom 22 Okt. 1875 mit Materialien, p. 26.

administratif, avaient mis en relief la nécessité d'une juridiction spéciale en matière de droit public, il faut faire une place à part à Lorenz von Stein⁽¹⁾. Dans un article de la revue de Grünhut, 6^e volume, sous ce titre : « Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege », il revient sur ce sujet et précise la différence entre l'administration pure et le contentieux administratif. Son point de départ est la distinction entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, entre la loi et l'« ordonnance ». L'ordonnance ne doit pas être contraire à la loi ; tant qu'elle se borne à l'exécuter, elle a la même valeur que la loi même ; si elle va plus loin et prescrit quelque chose de contraire à la loi, elle perd tout fondement légal, elle cesse d'être le droit. L'opposition qui peut s'élever entre l'ordonnance et la loi exige une décision de justice, ayant pour objet d'examiner si l'ordonnance est conforme à la loi. Toutefois celui-là seul a le droit de se plaindre dont le droit a été lésé (loc. cit. p. 64). L'ordonnance illégale, par elle-même, ne viole pas mon droit ; ce n'est que son exécution qui a cet effet. Je n'ai le droit d'agir que quand l'ordonnance est exécutée à mon encontre ; c'est cette exécution qui est l'atteinte portée à mon droit individuel. Il n'y a pas d'action contre une mesure inopportune (p. 69), mais seulement une « Beschwerde » c'est à dire le recours à l'autorité supérieure.

En *Allemagne*, les législations donnent en général une liste détaillée des matières qui peuvent être soumises aux tribunaux administratifs ; cette méthode (*méthode d'énumération*) est parfois cependant abandonnée dans des cas exceptionnels, et nous rencontrons alors des règles correspondant à celles qui ont été indiquées plus haut. Ainsi la loi wurtembergeoise du 15 décembre 1878, sur le contentieux administratif, après avoir déclaré que le Tribunal administratif est juge,

(1) V. notamment : « Die vollziehende Gewalt », 2^e éd. 1869, I.

au second degré de juridiction, dans toutes les matières énumérées une à une, et soumises au premier degré aux administrations de cercle, s'exprime comme suit à l'article 13 : « Ausserdem entscheidet der Verwaltungsgerichtshof . . . über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand . . . behauptet, dass die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und dass er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. »

Des règles générales analogues se rencontrent dans la loi prussienne sur organisation administrative du 30 juillet 1883, art. 127 ss., et dans la loi badoise sur le contentieux administratif du 14 juin 1884, art. 4.

Les expressions de la loi prussienne précitée ne paraissent pas tout-à-fait en harmonie avec ce qui a été exposé plus haut. Dans les cas que cette loi prévoit (c'est à dire dans les cas de recours contre des mesures de police), le recours peut être fondé sur ce que 1° « der angefochtene Bescheid durch Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts, insbesondere auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen, den Kläger in seinen Rechten verletze ; 2° dass die thatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden seien, welche die Polizeibehörden zum Erlass der Verfügung berechtigt haben würden. »

Cette dernière disposition semble indiquer que le contrôle des tribunaux administratifs peut s'étendre aussi à des questions considérées en général comme des questions de nécessité ou de convenance. Mais il ressort de l'exposé de motifs que tel n'a pas été le but de la loi (Brauchitsch, Die neuen preussischen Verwaltungsgesetze, 1884. I, 114 ss.). « L'objet

de cette disposition, dit cet auteur, a été d'établir que les tribunaux administratifs pourraient examiner le fait, en tant qu'il serait nécessaire pour décider de la légalité de la décision ; mais on n'a point entendu rendre la juridiction administrative compétente dans des questions d'administration pure, notamment sur la question de savoir si la décision attaquée était, dans l'espèce, nécessaire ou opportune ». C'est au même point de vue qu'on s'attache en pratique (V. la jurisprudence citée par Brauchitsch, loc. cit.).⁽¹⁾

A quelles règles générales se ramènent, en théorie, les dispositions de détail des législations allemandes ? Ces règles sont, à vrai dire, formulées par chaque auteur à sa manière⁽²⁾ ; aussi nous bornerons-nous à citer l'opinion de quelques-uns, qui se sont plus spécialement occupés de ce sujet.

Suivant *Schmitt*⁽³⁾, il n'existe pas dans tous les cas de conflit entre l'administration et les particuliers un litige de droit, en ce sens que la partie qui se croit lésée puisse s'adresser à un juge. Pour que ce litige se rencontre, il faut deux conditions : d'abord, qu'on invoque la violation d'une règle de droit obligeant l'administration ; et ensuite, que la lésion d'intérêts personnels, résultant de cette violation du

(¹) A noter, entre autres, les motifs d'un arrêt du tribunal supérieur administratif, Jebens et Meyeren, II, 398 : « Erst dann handelt es sich um die « Berechtigung » der Polizeibehörde zum Erlass des Verfügung, und ist nach dieser Richtung ein Verwaltungstreitverfahren möglich, wenn behauptet wird, die Verfügung überschreite die äussersten, dem polizeilichen Ermessen gezogenen Grenzen, sie beruhe überhaupt nicht sowohl auf objektiven polizeilichen Motiven, als vielmehr auf Willkür und sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde. » — Dans le même sens, *Rosin*, Polizeiverordnungsrecht in Preussen, pp. 14, 198 : « le droit de contrôle des tribunaux administratifs », porte le dernier passage cité, « ne s'étend, en ce qui concerne les règlements de police, qu'à leur légalité, et non à leur nécessité ou à leur opportunité. »

(²) Il est fait ici abstraction de Gneist et de ses partisans, qui poursuivent précisément le changement de ce qui existe.

(³) *Grundlagen der Verwaltungsrechtspflege*, 73 ss. (1878).

droit, concerne directement le particulier lésé : « sie muss sich in ihm als Theil mit Bestimmtheit abgrenzen » ; car si c'est la Société dans son ensemble qui est lésée, il ne saurait être permis à un particulier d'intenter une action. Par exemple, l'administration ne saurait être recherchée pour avoir injustement omis de réclamer l'impôt à des particuliers ; il faut que le plaignant allègue qu'il lui a été réclamé, à lui, un impôt trop élevé. En ce qui concerne la première condition — existence d'une règle de droit obligeant l'administration —, elle ne se rencontre point lorsque la règle n'a été qu'imparfaitement formulée, en laissant un champ à l'appréciation : « dans la sphère de cette indétermination, il ne saurait être question d'une violation du droit de la part de l'administration (?), puisque c'est elle-même qui apprécie et détermine le point de droit d'où cette violation résulterait. »

Sarwey ⁽¹⁾ divise les règles du droit administratif en deux classes : celles qui ne contiennent que des instructions, ou ordres de service, adressés aux divers organes de l'État, et relatifs aux intérêts de l'État, et celles « qui déterminent la sphère de droit des individus, à laquelle il ne peut être porté atteinte malgré les exigences contraires de l'intérêt général », en d'autres termes, celles qui gouvernent, en droit, les relations des particuliers et de l'administration. Lorsqu'il s'agit de mettre à exécution de simples instructions, il n'y a rien là qui se rattache à la « *Rechtsprechung* » (p. 76). Par ce terme, l'auteur entend (p. 73) « la fonction qui consiste à déterminer si l'acte administratif est conforme au droit, au cas où le particulier le nie, en soutenant que cette violation du droit a eu pour conséquence de léser son droit personnel. » Ainsi la condition de la compétence de la juridiction administrative est qu'il existe un intérêt individuel, et que cet intérêt jouisse de la protection légale (dessen Unantastbarkeit

(¹) *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, 65 ss. (1880).

durch die Verwaltung von der öffentlichen Rechtsordnung unbedingt und insoweit gewährleistet ist, dass nur unter Beobachtung gewisser Formen und unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen der Eingriff gestattet ist). Il ne saurait être question de saisir la juridiction administrative, lorsqu'on ne peut invoquer une règle de droit, qu'on allègue avoir été violée par l'administration », soit parce que cette règle n'existe pas, soit parce que l'atteinte au droit individuel est laissée à l'appréciation de l'administration (p. 79). Le point de savoir si l'intérêt individuel a pu prendre ainsi la forme et la valeur d'un droit personnel, est à décider exclusivement d'après les règles du droit positif (p. 112).

Stengel⁽¹⁾ pose en principe général, pour tracer la limite entre le contentieux administratif et l'administration pure, qu'au premier appartiennent toutes les questions « qui ont pour objet une contestation sur des droits et obligations de la sphère du droit public, et qui doivent se résoudre par des motifs de droit, tandis que dans l'administration pure, ou bien il n'est pas même question de droits et d'obligations, ou bien la décision est laissée à l'appréciation de l'administration. » Par exception, pourtant⁽²⁾, les tribunaux administratifs allemands jugent des questions « dont la décision se fonde uniquement sur des motifs de convenance ou d'opportunité et sur une appréciation équitable. » La raison de ces exceptions, suivant *Stengel*, est, tantôt, l'utilité de faire décider ces questions après une instruction contradictoire — c'est ce qui a lieu notamment pour les questions qui touchent aux professions et industries — tantôt, la très-étroite connexité, dans certains cas, de la question d'opportunité avec la question de droit⁽³⁾.

(1) Wörterbuch, II, 716.

(2) Loc. cit. 717.

(3) Des considérations analogues se rencontrent dans les décisions du tribunal administratif supérieur prussien. V. p. ex. *Jebens et Meyerén*, IX. 368, 401.

Nous passons maintenant aux

B. Pays qui ne connaissent pas, ou qui ne connaissent qu'exceptionnellement, la juridiction administrative.

L'art. 107 de la constitution de *Belgique* est ainsi conçu : « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. »⁽¹⁾ Ainsi les tribunaux sont compétents pour rechercher si la décision administrative dont une des parties se prévaut est légale ou non; ils ne peuvent pas examiner si l'acte administratif, pris en lui-même, est ce qu'il devrait être, ou s'il peut produire de bons résultats; leur droit d'examen ne s'étend qu'à la question de légalité (De Fooz, Droit administratif, I, 312, 315, ss.): « Les tribunaux ne peuvent pas apprécier le mérite, mais seulement la légalité de l'acte administratif » (Pandectes belges, « acte administratif », nos 48, 207, 159 ss.).

Giron fait observer (Droit admin. I, 199) que les décisions administratives peuvent donner lieu à deux sortes de réclamations; les unes sont fondées sur ce que de simples intérêts ont été méconnus, et les autres sur ce que des droits acquis ont été violés. L'administration peut, sans dépasser les limites de ses attributions ni violer des droits acquis, user d'une manière illégitime du pouvoir discrétionnaire qui lui est confié; par exemple, elle peut, sans raison suffisante, refuser une concession ou toute autre autorisation; en pareil cas, elle fait usage de sa liberté d'appréciation, et les tribunaux ne peuvent pas tenir ses actes pour non-avenus. « Si le réclamant se borne à critiquer la convenance, la sagesse, l'opportunité de l'acte dont il se plaint, s'il soutient seulement que l'administration n'a pas tenu la balance égale entre les divers intérêts qu'elle devait concilier, la question n'a rien

(¹) Cpr. les articles 92 et 93 de la Constitution, dont l'interprétation a toutefois donné lieu à des difficultés. V. plus bas le chapitre sur la Belgique.

de judiciaire, quand même les divers intéressés se présenteraient pour débattre contradictoirement leurs prétentions respectives » (loc. cit p. 200). Mais il en est autrement, lorsque l'administration applique la loi faussement, lorsqu'elle viole des droits et par suite dépasse les limites de ses attributions ; en pareil cas, la voie de droit est, en général, ouverte (pp. 200, 228).

Comme on l'a fait remarquer plus haut, la garantie de droit contre les actes administratifs illégaux subit, en Belgique, une restriction importante, par suite de ce principe que les tribunaux peuvent bien ne pas tenir compte de l'acte administratif illégal, et, d'après les circonstances, condamner l'administration à des dommages-intérêts, mais non pas déclarer directement sa décision illégale (V. à ce sujet, plus bas, le chapitre sur la Belgique).

En *Italie*, les tribunaux administratifs ont été abolis par la loi sur la justice administrative de 1865. L'article 2 de cette loi attribue aux tribunaux ordinaires « tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e anchorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell' autorità amministrativa », tandis que toutes les autres affaires sont réservées aux autorités administratives (art. 3). Les mots « diritto civile o politico » sont généralement entendus en ce sens qu'ils comprennent toutes les questions de droit, toutes les questions qui roulent sur des droits individuels, qu'elles relèvent d'ailleurs du droit privé ou du droit public. ⁽¹⁾ Toutefois les tribunaux, en Italie, n'ont pas non plus le droit d'annuler les actes de l'administration ; l'art. 4 de la loi précitée

(¹) Mantellini, *Conflitti d'attribuzioni* II, 113 ss. Cardon, *La Giustizia e l'Amministrazione*, 235 ss. Franc. Bo, *La Defesa giuridizionale contro gli atti e provved. della pubbl. amministrazione*, 45 ss. et les auteurs cités. Clementini, *Competenza*, I, 144 ss.

invite les tribunaux, lorsque la violation d'un droit par l'administration vient à être alléguée, à se borner « a conoscere degli effetti dell' atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere rievocato o modificato se non avrà ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso. » Cette dernière prescription, qui ne se rencontre pas en droit belge, a trouvé une sanction spéciale dans la loi sur le Conseil d'État du 2 juin 1889, art. 25 al. 6, aux termes de laquelle un recours peut être formé devant la quatrième section du Conseil d'Etat, lorsque l'administration ne se conforme pas au sentiment des tribunaux.

Une partie des litiges qui étaient auparavant décidés par les tribunaux administratifs avaient été attribués à l'administration par la loi de 1865. Pour obvier aux inconvénients qui en résultaient, le recours a été ouvert, dans ces dernières années, devant le Conseil d'État et la « giunta provinciale amministrativa » contre toute une série de décisions administratives qui ne peuvent pas être déferées aux tribunaux. La juridiction administrative s'est trouvée ainsi rétablie dans une mesure restreinte.

En ce qui concerne le droit danois, il est renvoyé au chapitre sur le Danemark. Les principes généraux en vigueur en *droit norvégien* sont exposés par Aschehoug, Constitution actuelle de la Norvège, III, 340 ss. Suivant Aschehoug, l'objet du contentieux administratif est de trancher les litiges de droit qui s'élèvent entre l'administration et les particuliers. Il n'est pas attribué compétence aux tribunaux pour rechercher si les lois ou les décisions administratives sont opportunes, équitables ou justifiées, mais seulement pour examiner si elles sont conformes au droit. Toute personne qui se prétend lésée par un acte ou par un refus des agents de l'administration peut intenter une action contre l'autorité dont

elle a à se plaindre, en redressement du tort qu lui a été causé. Dans tous les cas, les tribunaux peuvent obliger cette autorité à procéder à un acte, lorsque toutes les conditions légales en sont déterminées avec assez de précision pour qu'aucun élément d'appréciation, au point de vue de l'opportunité, ne soit abandonné à la discrétion administrative.

§ 2.

Analyse des principes exposés.

Nous avons indiqué, dans ce qui précède, quels sont les principes que l'on propose généralement pour déterminer la compétence de l'administration au regard de celle des tribunaux. Ainsi qu'il résulte de ce que nous avons expliqué, ce sont à peu près les mêmes principes que l'on formule dans les divers pays, sans qu'il y ait à distinguer s'il s'y rencontre ou non des tribunaux administratifs. L'administration, enseigne-t-on, est compétente lorsqu'il s'agit de simples intérêts méconnus ; les tribunaux — ordinaires ou administratifs, — sont compétents lorsqu'il est question de droits lésés. Il y a atteinte portée à un droit, lorsqu'une loi obligatoire pour l'administration a été violée, lorsque l'autorité administrative, en d'autres termes, a dépassé les limites de ses attributions ; — au contraire, il n'y a qu'un intérêt lésé, lorsque l'administration a fait un mauvais usage de sa liberté d'appréciation, lorsque son acte est critiquable au point de vue de l'équité, de l'opportunité ou de la nécessité, sans être pourtant contraire à la loi.

Nous allons maintenant entreprendre de rechercher ce qu'il y a au fond de ces principes, et jusqu'à quel point ils peuvent être considérés comme conformes au droit positif. Nous réservons pour le chapitre suivant la question de savoir si la distribution des compétences, telle qu'elle est générale-

ment conçue, et telle que ces principes l'expriment, est justifiée, et si la compétence des tribunaux, spécialement des tribunaux administratifs, ne devrait pas recevoir plus d'extension qu'elle n'en a en général.

Les tribunaux, — et nous entendons par ce terme, provisoirement, à la fois les tribunaux ordinaires et les tribunaux administratifs, — sont donc compétents toutes les fois qu'on allègue que l'administration a porté atteinte à un droit. Mais quand y a-t-il un droit? A quel moment l'intérêt devient-il droit?

Répondre qu'il y a un droit lorsque l'intérêt est garanti par une action, n'avancerait évidemment à rien : ce serait tourner dans un cercle. Aussi, comme nous l'avons indiqué, la réponse que l'on fait généralement n'est-elle pas celle-là : elle consiste à dire que l'administration lèse des droits, lorsqu'elle agit illégalement, en violation d'une règle de droit qui l'oblige, tandis qu'elle méconnaît simplement des intérêts, lorsque, sans agir précisément contre la loi, elle peut pourtant être considérée comme « ayant eu tort » d'agir comme elle a fait.

Il est manifeste que ceci exige une explication. Exprimée de cette manière, la règle est en partie inexacte, en partie contradictoire dans les termes.

Elle est inexacte, parceque l'administration, dans nombre de cas, peut agir contrairement à la loi, sans que le particulier dont les intérêts ont été méconnus puisse pour ce motif s'adresser à un juge. La loi qui oblige l'administration peut avoir été édictée exclusivement dans l'intérêt social, lequel coïncide d'ailleurs, dans chaque cas, avec les intérêts de quelquesuns des membres du corps social. Or s'il pouvait être permis à chacun de ceux dont l'intérêt, dans un cas donné, est identique à l'intérêt social lésé, d'intenter une action en justice, tout manquement à une obligation, de la part de l'administration, pourrait être déféré à un juge. Ce

n'est point du tout là ce qu'on veut dire. Il y a des cas où le particulier, bien que la loi ait été enfreinte et que ses intérêts aient été lésés, peut se voir opposer une fin de non-recevoir, tirée de ce que l'action appartiendrait, non à lui, mais au corps social.

La formule est, de plus, contradictoire, parceque l'administration ne peut agir « à tort » sans violer une règle qui l'oblige, et parcequ'en cette matière on ne saurait proposer de distinction fondée en logique entre des règles obligatoires et des lois obligatoires. Il n'est pas possible, notamment, d'entendre la formule en ce sens que la sphère réservée à l'administration ne s'étendrait qu'aux cas où une entière liberté d'appréciation lui est laissée, et que les tribunaux seraient compétents toutes les fois qu'on alléguerait que l'administration a manqué à son devoir. Qu'il ne puisse être question de contrôle ou d'examen de l'acte administratif de la part d'un tribunal quelconque, lorsque l'administration a agi dans la sphère de sa liberté d'action, c'est ce qui va de soi ; l'acte ne pourrait être réformé que par une autorité supérieure, et encore, non pas parcequ'il est mauvais, mais parceque l'autorité supérieure, elle aussi, peut agir comme bon lui semble. Mais, à vrai dire, l'administration n'a jamais une complète liberté d'appréciation ; il est toujours possible d'invoquer des principes, généraux ou particuliers, auxquels ses actes sont soumis, ne fût-ce que le principe universel : agis suivant que le bien public l'exige ⁽¹⁾. Le recours aboutira donc toujours à soutenir que l'autorité a agi à tort, parcequ'elle a violé une règle qui l'obligeait. Or toute infraction à un devoir est une illégalité. Ce qui oblige l'administration, c'est précisément la loi, et les règles édictées en exécution de la loi, peu importe qu'elles

(¹) Bernatzik, Rechtsprechung, 3, 39 ss. Tezner, Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden, 10 ss. Jellinek, System, 190.

soient exprimées ou non, absolues ou relatives. Si la règle qui oblige l'administration n'est contenue dans aucune loi, mais seulement fondée sur la coutume, l'infraction à cette règle n'en est pas moins une violation du droit. Il ne saurait y avoir d'opposition logique entre des actes que l'administration a eu tort de faire et des actes administratifs illégaux. La difficulté consiste à distinguer entre les diverses sortes d'actes incorrects (ou illégaux) de l'administration.

Nous allons d'abord traiter des cas, indiqués ci-dessus, où le recours aux tribunaux est fermé parce que le requérant n'a pas qualité pour agir ; nous examinerons ensuite ceux où la voie de droit n'est pas ouverte, parce que l'acte administratif n'est pas tenu pour « illégal », mais pour « incorrect », « injuste » ou « inopportun ».

I. Toute loi qui oblige l'administration à agir d'une certaine manière ne crée pas nécessairement un droit à un particulier. *Une mesure peut être prescrite dans l'intérêt de la société, sans que tout membre du corps social soit autorisé à intenter une action pour en exiger l'exécution.* Quelque intérêt que le particulier puisse avoir d'ailleurs à ce que la prescription de la loi s'exécute, il se heurtera à cette exception, que ce n'est pas envers lui, mais envers la société, que l'administration est obligée. La condition, pour que le particulier puisse intenter une action, est que la règle dont la violation est prétendue donne à *ce particulier* des droits contre l'administration, et ne se borne pas à déterminer les relations de cette dernière avec le corps social. Les limites qu'on prétend avoir été outrepassées doivent être celles que la législation a mises à l'action administrative au regard des particuliers, et non pas seulement celles qui concernent sa conduite au regard de la société. Comme le remarque Tezner, la mission des tribunaux ne peut consister qu'à rechercher si l'administration a fait tort aux particuliers, et nullement

si, en thèse générale, elle a agi à tort⁽¹⁾. Pour citer des cas où les particuliers n'ont pas qualité pour agir, on peut supposer, par exemple, que la Douane omette de réclamer un droit protecteur ; cette omission peut léser des droits particuliers ; néanmoins aucun particulier ne peut, par la voie d'une action en justice, conclure à ce que le droit soit perçu. La seule chose qu'il puisse faire est de s'adresser à l'autorité supérieure et de l'informer du fait. Il en est de même lorsque l'administration des contributions omet de réclamer l'impôt dû par tels ou tels contribuables. Celui qui veut s'en plaindre n'a pas, en règle, d'autre voie à sa disposition que de dénoncer le fonctionnaire négligent à son supérieur. Comme membre de la communauté, il peut être intéressé au premier chef à ce que l'impôt soit perçu ; mais il ne pourra être question de lui accorder une action que si l'omission a eu pour conséquence de lui faire payer à lui-même plus qu'il ne devait, et si sa réclamation tend à la restitution de la somme irrégulièrement perçue. Lorsque la violation du droit a atteint la société dans son entier, c'est à elle à agir ; le particulier n'a pas le droit de le faire à sa place, à moins que l'action populaire ne soit ouverte, ce qui est rare à notre époque⁽²⁾.

(¹) *Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden*, p. 119 ; cpr. le développement au premier chapitre du même traité. En ce qui concerne la question traitée au texte, v. d'ailleurs Schmitt et Sarwey, cit. *suprà*, pp. 91—92 ; Laband, I. 640 ss., sur les « *Rechtsvorschriften* » et les « *Verwaltungsvorschriften* » : Rosin, *Polizeiverordnungsrecht*, 19 ss., sur les « *Verwaltungsverordnungen* » et les « *Rechtsverordnungen*. » Cpr. Matzen, *Droit constitutionnel*, III, 209—207. Nellemann, *Procédure civile*, partie générale, 84 et 108.

(²) En droit danois, en ce qui concerne la répartition de l'impôt local personnel, les recours contre l'imposition personnelle sont assimilés aux recours contre l'imposition ou la non-imposition des autres contribuables (Loi du 6 juillet 1867, art. 20 ; Loi du 26 mai 1868, art. 27 ; Loi du 1^{er} avril 1887, art. 6) ; mais cela ne s'applique qu'aux recours devant les commissions de répartition ; les tribunaux ne peuvent pas être saisis de recours

Ainsi, pour que le particulier puisse prétendre que son droit a été violé, il faut qu'il établisse que la violation du droit l'atteint lui-même, personnellement, et non pas seulement le tout dont il est un membre; il faut qu'il établisse que l'administration a manqué à une obligation qui lui incombait envers lui, et non envers la société dans son ensemble. Quand le cas se présentera-t-il? C'est ce qui dépendra des circonstances, et avant tout des dispositions de la loi invoquée.

Les cas ci-dessus indiqués, où le particulier est intéressé à ce que l'administration procède à l'acte auquel elle est obligée, sans avoir pourtant une action à cet effet contre l'administration, rentrent dans ceux où, suivant l'expression de Jellinek, il n'y a pas en réalité de droits personnels (subjectifs), mais seulement « un effet réflexe du droit objectif. » ⁽¹⁾ Cet effet réflexe se produit, selon Jellinek, toutes les fois que des principes de droit public prescrivent aux organes du gouvernement, dans l'intérêt de la société, une conduite déterminée, qui profite à certains individus, sans que pourtant le but poursuivi soit d'élargir la sphère de droit de ces personnes. Mais Jellinek emploie aussi la même expression pour caractériser des cas différents, par exemple — au moins en

fondés sur la non-imposition d'autres contribuables. — Il en était autrement, autrefois, à Copenhague (Loi du 19 février 1861, art. 18). Cpr. la loi prussienne de 1891 sur l'impôt sur le revenu, art. 49 ss. D'après cette loi, la répartition peut être attaquée, tant par l'imposé que par le président de la commission, qui représente les intérêts de l'Etat en ce qui concerne le juste établissement de l'impôt.

Selon la loi sur les élections au Rigsdag du 12. juillet 1867, art. 13. on peut recourir à l'administration locale aussi bien contre sa propre omission sur la liste électorale que contre l'inscription d'autres électeurs; par contre, le refus de l'administration locale de retrancher d'autres électeurs de la liste ne peut faire l'objet d'un recours devant les tribunaux (art. 20, 58, 62).

⁽¹⁾ System, chapitre 61.

partie — ceux où l'incompétence des tribunaux est généralement expliquée par ce fait qu'il s'agit du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration, pouvoir que les tribunaux s'estiment incompetents pour exercer. Ainsi, suivant Jellinek, la prétention aux secours de l'assistance publique est un effet réflexe des obligations légales qui incombent à l'État ou à l'administration locale : ce n'est point un droit de créance⁽¹⁾. Il en est de même, — en droit allemand — de la solde militaire, car « le soldat tient sa solde du pouvoir discrétionnaire de l'État », et aucune action à ce sujet ne peut être introduite devant les tribunaux (Laband, II, 649). Or il est à peine contestable que les cas indiqués plus haut diffèrent essentiellement de ces derniers, où un *intérêt individuel précis* est en jeu ; la fin de non-recevoir que les tribunaux opposent à la demande est motivée, dans les premiers cas, sur ce que le demandeur n'a point qualité pour saisir le juge, puisqu'il ne peut exercer l'action de la société : et dans les seconds, au contraire, sur ce qu'il s'est mal à propos adressé à un juge incompetent à raison de la nature de l'appréciation qui doit servir de base à sa décision. L'expression dont on se sert parfois, en disant que dans ces deux sortes d'hypothèses l'administration exerce « un pouvoir discrétionnaire », ne doit pas donner le change ; sans doute, le particulier est, dans les unes comme dans les autres, à la « discrétion » de l'administration, puisqu'il ne peut la traduire devant aucun juge ; mais dans les cas de la première espèce, où le droit de l'individu est absorbé par celui de la société, l'administration peut fort bien être liée, au regard de la société, par une loi précise, exclusive de tout arbitraire. La distinction qui précède est surtout

(1) Il en est autrement en Autriche, où les tribunaux peuvent être saisis d'une demande à cet effet, lorsqu'il s'agit de constater l'obligation d'assistance. Loi du 3 décembre 1863, art. 25.

d'importance pour une théorie comme celle de Tezner⁽¹⁾; suivant lui, dans les cas dont il s'agit ici, l'incompétence des tribunaux administratifs résulte nécessairement de cette circonstance, que la mission de ces tribunaux se borne à rechercher s'il a été fait tort à un particulier, et non point si, d'une manière générale, il a été procédé à tort; dans les cas au contraire où ces tribunaux sont regardés comme incompétents à raison de la nature « administrative technique (pure) » de la question, il est d'avis qu'il y a là une restriction à la mission naturelle de la juridiction administrative, introduite par la législation positive ou par la pratique, mais non fondée scientifiquement. Sur cette dernière opinion, v. plus bas⁽²⁾.

II. Nous avons, dans ce qui précède, traité des cas où les tribunaux doivent débouter le demandeur, parceque la

(¹) V. l'ouvrage cité plus haut, notamment le résumé qui se trouve aux pages 188 ss.

(²) Il y a dans la théorie de Jellinek un point qui touche à celui qui vient d'être exposé, et qui paraît moins clair. Suivant lui, la question de savoir si l'on a affaire à un droit, ou seulement à un effet réflexe du droit, revient à savoir si la législation a entendu consacrer l'intérêt individuel, — en d'autres termes, si la règle a été édictée exclusivement dans l'intérêt de la société, ou si elle l'a été aussi dans l'intérêt individuel. Or s'il faut aussi ranger parmi les effets réflexes les intérêts qu'on soustrait, en général, à la connaissance des tribunaux parcequ'il s'agit de l'application du pouvoir discrétionnaire de l'administration (prétention aux secours de l'assistance publique, etc.), il faut admettre que la prescription légale qui les détermine a été édictée exclusivement dans l'intérêt de la société. Que l'on applique cette théorie à un texte comme l'article 87 de la constitution danoise, qui contient des règles des deux sortes — d'une part, la règle qui défend d'interdire les réunions en lieu couvert, règle que les tribunaux sont compétents pour appliquer, et celle qui porte que les réunions en plein air ne pourront être interdites que s'il y a lieu de craindre un danger pour la paix publique, règle au sujet de laquelle les tribunaux sont incompétents — on arrive à ce résultat choquant que l'une de ces règles serait édictée dans l'intérêt exclusif de la société, et que l'autre le serait aussi dans l'intérêt des individus.

violation de la loi qu'il leur défère ne le touche pas personnellement, mais seulement comme membre de la société. Nous passons maintenant aux cas où le demandeur ne peut pas se voir opposer que la violation du droit ne le concerne pas, où il n'est pas contesté, en principe, que le litige ne porte sur l'application d'une règle édictée dans son intérêt, mais où il est prétendu que la question de savoir si cette règle a été observée ou non échappe à la compétence et à l'examen des tribunaux.

La théorie courante distingue, comme nous l'avons expliqué, entre l'acte « contraire à la loi » et celui auquel l'administration a seulement eu « tort » de procéder (acte contraire à l'équité, inopportun, inutile). Que faut-il entendre par « loi » et par acte « contraire à la loi » ? La distinction ne peut reposer que sur le caractère de la règle de droit qu'on prétend avoir été violée. Il n'y a pas à s'attacher, cela semble évident, au point de savoir si l'acte est contraire à *la lettre de la loi* — comme les considérations de Stein dans la *Zeitschrift de Grünhut*, VII, p. 67, sembleraient y conduire ; — il n'y a aucune raison pour restreindre le droit de contrôle des tribunaux à la question de savoir si l'acte administratif est conforme à la lettre de la loi existante, quand on allègue que malgré cette conformité, la loi a été violée. Il n'y a pas davantage à distinguer suivant le caractère de la prescription légale à laquelle l'administration est obligée, si cette prescription résulte d'une loi ou d'un simple règlement émané de l'administration elle même ; c'est ce que décident même expressément quelquesunes de lois citées plus haut⁽¹⁾. Il n'est pas possible non plus de fonder la distinction des compétences sur cette circonstance que la règle obligatoire serait ou non écrite en termes exprès dans la loi⁽²⁾ ;

(¹) Loi prussienne sur l'administration générale du 30 juillet 1888, art. 27. Loi badoise sur la juridiction administrative du 14. juin 1884, art. 4.

(²) Matzen, III, 224.

assurément les règles non-expresses sont souvent de telle nature que la question de savoir si elles ont été observées ne peut pas être soumise aux tribunaux : telle est, par exemple, la règle du traitement égal et impartial pour tous, la nécessité de tenir une balance exacte entre l'intérêt public et celui des particuliers ; mais la compétence des tribunaux ne serait pas plus étendue si ces règles venaient à être formulées expressément dans une loi. Par contre, il est une distinction que nous devons examiner de plus près — celle à laquelle on recourt souvent pour déterminer la compétence de l'administration au regard des tribunaux, à savoir *la distinction entre les lois qui édictent des règles précises pour les actes de l'autorité publique, et celles qui contiennent des règles d'une nature moins précise, dont l'application, en d'autres termes, dépend d'une appréciation discrétionnaire* (règles « suffisamment déterminées » et « insuffisamment déterminées »). On peut se demander si la règle de compétence ne devrait pas se formuler ainsi : l'administration doit être réputée compétente dès qu'il y a une appréciation discrétionnaire à faire en matière de droit public ; ce sont au contraire les tribunaux, lorsqu'il existe une règle précise, excluant toute appréciation.

Quand on a délimité par ce dernier criterium la compétence des deux pouvoirs de l'Etat, on a, en réalité, comme nous l'avons déjà indiqué, abandonné le point de départ, et on l'a déclaré incorrect. Ce point de départ était, en effet, que les tribunaux doivent être réputés compétents, lorsque l'acte administratif incriminé est contraire à la loi. Mais un acte administratif peut évidemment être tenu pour illégal, non seulement lorsqu'il viole une règle déterminée, mais aussi lorsqu'il est contraire à un principe moins précis, dont l'application repose sur une appréciation discrétionnaire. L'autorité de police qui interdit une réunion en plein air, bien qu'aucun danger ne soit à craindre pour la tranquillité publique, viole la loi aussi bien que celle qui interdit une ré-

union dans un local fermé. Dans les deux cas l'acte est illégal; dans les deux cas les tribunaux seraient compétents, s'il ne s'agissait que de rechercher la légalité de l'acte. Il n'est pas possible, non plus, de dire que pour faire valoir un droit, il faille se fonder sur une loi précise, dont l'application ne soit subordonnée à aucune appréciation; car on ne voit pas bien, a priori, pourquoi un droit ne pourrait pas se fonder aussi sur une loi qui suppose une appréciation. Les citoyens, aux termes de notre constitution, ont tout aussi bien le droit de tenir des réunions en plein air, quand elles n'offrent aucun danger, que celui de se réunir en local fermé. Lors donc que l'on exprime que les tribunaux sont compétents toutes les fois qu'on fait valoir un droit, ou qu'on allègue la violation d'une loi, ou prend les termes de droit et de loi, en réalité, dans un sens restreint, qui n'a pas été préalablement défini, et qu'il nous reste à éclaircir.

On ne gagne pas grand chose à chercher le criterium dans le point de savoir si l'administration a agi dans la limite de ses pouvoirs ou hors de cette limite. Les limites légales de son action sont tracées par la loi; la question revient donc toujours à savoir quelles sont les lois qui tracent des limites, et quelles sont celles qui n'ont pas ce caractère. Nous sommes ainsi ramenés à la distinction entre les questions de droit et les questions d'appréciation discrétionnaire. L'expression « excéder les bornes de son autorité » rend aussi inexactement la pensée que l'expression « agir illégalement ». Car la limite du droit de l'administration d'exiger des sacrifices de la part des sujets de l'Etat ne résulte pas seulement de dispositions légales dont l'application exclut tout arbitraire, mais aussi de règles qui comportent une appréciation de circonstances. Ces deux sortes de règles obligent l'administration et bornent sa liberté d'action. Pour en revenir à l'exemple déjà souvent cité, la police peut excéder les limites de ses pouvoirs, non seulement lorsqu'elle dissoud une

réunion qui se tient dans une salle, mais aussi quand elle interdit une réunion en plein air qui n'offre aucun danger pour la tranquillité publique⁽¹⁾.

Quant à la distinction entre les questions d'appréciation et les questions de droit qui ne dépendent d'aucune appréciation, *il est incontestable qu'elle fournit, dans bien des cas, une formule exacte de ta manière dont s'opère, en fait, la division des compétences.* Si l'administration, dans une matière donnée, ne peut porter atteinte que sous certaines conditions aux intérêts particuliers, et si le point de savoir si ces conditions se rencontrent en effet ne dépend d'aucune appréciation discrétionnaire, toute personne qui allègue que l'administration a lésé ses intérêts pourra incontestablement, en principe, s'adresser au juge. Il en est de même lorsque l'administration est tenue d'agir dans l'intérêt d'un particulier, lorsque certaines conditions déterminées viennent à se rencontrer ; allègue-t-on que malgré l'existence de ces conditions, elle a omis d'agir, la voie de droit sera, dans ce cas encore, ouverte en principe. C'est ainsi qu'en Danemark on peut saisir les tribunaux, si l'administration procède à une expropriation hors des conditions de la loi, ou lève des contributions nouvelles que la loi ne connaît point, ou refuse de délivrer des permis d'industrie, bien que les conditions prescrites, et indépendantes de toute appréciation, soient remplies, ou ordonne l'ouverture de nouvelles écoles ou établissements d'instruction, bien que la condition de cette ouverture, soit un nombre d'enfants excédant le maximum légal, fasse défaut, etc.⁽²⁾. Dans tous ces cas, le droit des tribunaux de connaître du litige dérive en principe de l'article 72 de la constitution. L'administration, en enfreignant les règles pré-

⁽¹⁾ Matzen III, 225.

⁽²⁾ Des exemples tirés de la pratique sont cités par Matzen, III, 228—233 ; Nellesmann 87—98.

cises auxquelles ses actes sont assujettis, a violé la loi, et par là-même excédé les limites de ses pouvoirs.

D'autre part, il y a partout une très-grande quantité de questions d'appréciation, qui sont abandonnées à la discrétion et à la décision de l'administration. Ainsi, la question de savoir si l'utilité publique, dans un cas donné, exige l'expropriation, si un conscrit a des défauts qui le rendent impropre au service militaire, s'il y a lieu d'accorder des secours à un indigent, si des nécessités sanitaires exigent l'isolement de bâtiments ou de personnes, si le péril d'épizootie exige que des troupeaux de bestiaux soient abattus, et d'une manière générale si le soin de l'intérêt public autorise à prendre une mesure de police permise ou prescrite par la loi sous une condition déterminée, cette question, et d'autres analogues, sont résolues, presque partout, par l'administration, sans que les tribunaux, ordinaires ou administratifs, aient le droit de contrôler ses actes.

Néanmoins le criterium que nous venons d'indiquer, — c'est à dire la distinction entre les questions d'appréciation et les questions de droit qui sont indépendantes de toute appréciation — a été, à juste titre, l'objet de critiques.

En examinant les choses de plus près, on est amené à reconnaître que beaucoup de questions, qu'on a coutume de ranger parmi celles dont la solution dépend de règles précises, peuvent en réalité, et suivant les circonstances, prendre la forme de questions d'appréciation. En général, l'acte du juge et l'appréciation administrative sont difficiles à distinguer l'un de l'autre. Une fois qu'on s'est décidé à abandonner une partie du contentieux administratif aux tribunaux, ordinaires ou administratifs, il n'est *plus possible de réserver à l'administration les questions d'appréciation*. Lorsque les tribunaux sont rendus compétents dans les matières de droit public, il faut bien que dans ces matières, comme dans les litiges de droit privé, ils apprécient si tel ou tel

fait est prouvé, et si les faits prouvés tombent sous l'application de la loi. Dans nombre de cas où nul ne songera à contester la compétence des tribunaux, il faut qu'ils recourent à une appréciation pour pouvoir appliquer la loi. C'est ce qui se passe en Danemark pour les affaires de contributions et pour les affaires électorales. L'obligation de payer l'impôt ou le droit électoral dépendent, suivant les circonstances, du point de savoir si l'intéressé est *domicilié* dans telle commune ou dans telle circonscription. Le point de savoir si cette condition est remplie sera, dans bien des cas, hors de toute contestation : toutefois, il peut se faire que les faits soient si compliqués que la solution, à vrai dire, tienne à une appréciation de l'ensemble des circonstances⁽¹⁾. Lorsque, dans une affaire électorale, la question s'élève de savoir si le demandeur est « *au service d'un particulier* » ou s'il a « *un foyer personnel* », la solution dépendra également d'une appréciation⁽²⁾. Il en sera de même, à plus forte raison, lorsqu'il s'agira de la condition d'« *honorabilité* » mise à l'exercice du droit électoral⁽³⁾. Il n'est donc pas exact de dire que les questions de droit public où il y a place pour une appréciation sont soustraites, en principe, à la connaissance des tribunaux. Il convient bien plutôt de distinguer entre ces questions, et de mettre dans une catégorie celles où il s'agit d'une « *appréciation administrative* » et dans une autre celles où il y a lieu à une « *appréciation judiciaire* ».

Tracer des règles précises pour distinguer entre l'appréciation judiciaire et l'appréciation administrative est impossible⁽⁴⁾. Aucun droit ne les connaît ; quelque formule qu'on

(¹) Par exemple, au recueil de jurisprudence (Ugeskrift for Retsvæsen) 1872, 507 ; 1874, 925 ; 1877, 1121 et 1879, 153 ; 1885, 851 ; 1888, 1024.

(²) Recueil, 1874, 595 ; 1875, 1065 ; 1877, 739 ; 1889, 1192 et 1213 ; 1892, 669.

(³) Recueil, 1888, 1110 et 1889, 631.

(⁴) Nelleman, 75. Thonissen, la constitution belge, 264.

cherchât à leur donner, elles seraient toujours, dans l'application, matière à doute. On n'arrive à un résultat certain, et encore pas absolument, que par la méthode d'énumération. Comme principe général pour reconnaître la compétence des tribunaux, on ne peut guère donner que celui qui est proposé par Matzen (Droit constitutionnel, III, 225), à savoir « que la prescription légale à appliquer doit être telle, par son objet et par son contenu, que l'on puisse laisser les tribunaux connaître de la question de savoir si elle a été suivie ou violée, sans s'exposer à contredire la séparation des pouvoirs établie par la constitution, non plus que les distinctions tirées de la nature et de l'objet général du gouvernement. »

On peut pourtant indiquer ici quelques considérations dont il est possible de tenir compte pour faire cette distinction.

On la fonde souvent sur cette idée que la solution de la question peut demander des connaissances techniques que les tribunaux ne sauraient, en général, être réputés posséder⁽¹⁾; alors même que les faits pourraient être, dans l'espèce, expliqués à des juges, la décision ne pourrait se fonder que sur des considérations et des déductions que les tribunaux ne sont pas habitués à faire; s'ils décidaient en pareille matière, on s'exposerait à ce que le résultat fût inacceptable. C'est le cas de dire qu'il y a une « *appréciation administrative technique* », que les tribunaux ne sont pas compétents pour entreprendre. C'est là une conception qui peut paraître toute naturelle dans les pays qui n'ont pas de juridiction administrative; le mode de recrutement des tribunaux peut avoir pour effet d'ôter beaucoup de valeur à leurs décisions dans les différentes matières administratives. Toutefois on emploie aussi, — dans un sens analogue — l'ex-

(¹) Bernatzik, Rechtsprechung, 43 ss. Tezner, Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden, 83 ss.

pression d'« appréciation administrative technique » dans les pays qui ont établi les tribunaux administratifs ⁽¹⁾. Les questions de savoir si une réunion est dangereuse pour la sûreté de l'État, si une personne qui demande l'autorisation d'ouvrir un débit est honorable, si un bâtiment offre des dangers d'incendie, sont considérées, dans la mesure où elles sont soustraites à la connaissance des tribunaux administratifs, comme des questions administratives techniques ⁽²⁾. On peut, au même titre, attribuer à l'appréciation administrative technique toutes les questions analogues, qui sont réservées à l'administration, comme celle de savoir si telle ou telle mesure présente des dangers pour l'état sanitaire, pour la paix publique, pour la sûreté générale, et en général si elle est nécessaire ou autorisée par le soin du *bien public* ⁽³⁾.

Cette « appréciation administrative technique » se reconnaît, au surplus, non seulement dans les cas dont la décision repose sur des connaissances et considérations administratives particulières, mais aussi dans ceux où l'administration, faute de connaissances spéciales, est obligée de s'aider de compétences techniques.

Une considération particulièrement intéressante pour distinguer entre l'appréciation judiciaire et administrative, est celle de *l'importance qui s'attache, pour le particulier, aux avantages résultant du droit spécial* auquel il est allégué que l'administration aurait porté atteinte. S'il s'agit d'une lésion pécuniaire sans grande conséquence, on sera moins disposé à accorder aux tribunaux le droit de réviser l'appréciation administrative que dans le cas où des droits précieux sont en jeu. Ainsi, la question de savoir si l'autorité administrative peut mettre une personne en état d'arrestation serait,

(¹) V. les auteurs cités à la note précédente.

(²) Tezner, loc. cit. 34 ss.

(³) Cpr. Tezner, loc. cit. 66 ss.

aujourd'hui, presque partout, soumise aux tribunaux, sans que l'administration fût reçue à invoquer son droit d'appréciation technique. Même lorsqu'il est du devoir de l'administration, le cas échéant, d'arrêter ceux qui enfreignent les lois, ou de détenir des aliénés dangereux pour la sûreté publique, l'appréciation de l'opportunité de cette mesure est, en principe, attribuée en dernier ressort aux tribunaux (Act d'Habeas Corpus en Angleterre, loi française du 30 juin 1838, art. 29, etc. . . .). C'est, à cet égard, une singularité que la disposition du droit danois d'après laquelle il appartient à l'autorité administrative de décider en dernier ressort si un aliéné devra être détenu comme dangereux pour la sécurité publique.

La compétence des tribunaux a souvent encore été délimitée par des considérations tirées, soit de la manière dont l'administration, en fait, a usé de son autorité, soit du danger qu'il peut y avoir à ce qu'elle se laisse déterminer par de mauvaises raisons. Lorsqu'on a eu occasion de se plaindre de la conduite de l'administration, ou d'être mécontent de ses décisions, il est naturel qu'on cherche le remède dans une extension de la compétence des tribunaux.

Il arrive souvent que l'on trace la limite entre la compétence des tribunaux et celle de l'administration en disant que l'administration est chargée de décider souverainement des *questions d'utilité ou d'opportunité*, tandis que les tribunaux décident souverainement de toutes les *questions de droit*. « Toute décision administrative », écrit en ce sens Laband (I, 662 ss.), « peut être attaquée de deux manières par celui qu'elle vise, soit pour défaut de fondement en droit, soit pour défaut de fondement en opportunité ou convenance. De ce qu'une décision est inopportune ou mal conçue, il ne s'en suit jamais qu'en droit elle soit sans effet ou ne puisse être soufferte; le fait est, à vrai dire, sans portée juridique. Il

peut seulement porter l'autorité supérieure, dans son propre intérêt, à annuler ou à réformer la décision. Par contre, le défaut de fondement en droit ôte à la décision sa force obligatoire, quelque utile ou bien conçue qu'elle soit d'ailleurs. Le défaut d'utilité ou d'opportunité se corrige dans le sein de l'administration elle-même: le défaut de justice met l'administration en conflit avec le droit et l'ordre établi⁽¹⁾ ».

Il nous semble que cette distinction entre les questions de droit et les questions d'opportunité ou de convenance ne fait pas gagner grand chose pour la solution de la question de savoir où cesse la compétence des tribunaux et où commence celle de l'administration. *Il est impossible, a priori, de décider, sur la seule position d'une question, si elle rentre dans l'une ou l'autre catégorie.* Il ne s'agit pas, en effet, d'opérer la distinction des compétences en recherchant si la décision à prendre doit se fonder sur des « raisons d'opportunité » ou sur des « raisons de droit ». Les questions d'opportunité, à vrai dire, ne sont qu'un autre nom pour les questions réservées à l'administration, et les questions de droit pour celles qui sont attribuées aux tribunaux. Avant de pouvoir dire qu'une question rentre dans l'une ou dans l'autre catégorie, il faut savoir comment s'opère la division des compétences. *La même question* peut, suivant les cas, prendre les deux formes, sans que les raisons de décider soient différentes. La question de savoir si une personne est honorable est considérée comme une question de droit, lorsque la décision en appartient aux tribunaux, — c'est ce qui se produit, en Danemark, en matière électorale, — et comme une question d'opportunité ou de convenance, lorsque la décision en est remise à l'administration, — ainsi qu'il arrive ailleurs pour des autorisations d'industrie⁽²⁾. Pourtant, dans un cas

(¹) Cpr. Laband, II, 329 ss.

(²) Cpr. Tezner, loc. cit. 34.

comme dans l'autre, il s'agit de la même opération logique, c'est à dire de l'application exacte de la loi aux faits donnés. Il va de soi qu'on a le droit, à cet égard, d'interpréter la loi d'après l'objet qu'elle s'est proposé ; par contre, tout objet étranger à la loi, tel qu'un intérêt de parti, ou l'intérêt personnel de celui qui décide, ne peuvent y être mêlés en aucune manière, aussi bien lorsque la décision appartient à l'administration que quand elle est remise aux tribunaux. Si l'on supposait une organisation différente, confiant à l'administration la décision qui précédemment appartenait aux tribunaux, ou réciproquement, la dénomination changerait, mais les raisons de décider resteraient les mêmes. La question de savoir si l'intérêt public exige l'expropriation de tel ou tel immeuble passe en général pour une question de convenance ou d'opportunité, puisqu'elle est abandonnée à l'appréciation administrative ; en Bavière, où cette question peut être soumise aux juges administratifs, on la range parmi les questions de droit⁽¹⁾. La question de savoir si, dans un cas donné, des secours doivent être délivrés à un indigent, est traitée en Danemark comme une question d'opportunité ou

(1) Loi sur l'institution d'un tribunal administratif en Bavière du 8 août 1878, art. 8 : « Verwaltungsrechtssachen sind alle bestrittenen Rechtsansprüche und Verbindlichkeiten in nachbenannten Angelegenheiten . . . 10) Die Zwangsabtretung von Grundeigenthum, . . . *einschliesslich der Frage, ob das betreffende Unternehmen vom gemeinen Nutzen erfordert werde* und ob die Abtretung . . . zur zweckmässigsten Verwirklichung des Unternehmens nothwendig sei. » Le projet du gouvernement proposait d'attribuer la question d'appréciation, comme purement administrative, à la décision définitive du Ministère, contrairement à l'organisation existante, suivant laquelle cette question est traitée, dans les formes contentieuses, et sur la base d'une procédure contradictoire, comme toutes les autres questions concernant la légalité de l'expropriation. Il a été objecté à ce projet, dans la commission, « dass es sich der Hauptsache nach auch hier nicht um Ermessensfragen, sondern um die *Rechtsfrage*, ob Eigenthum aus bestimmten Gründen abzutreten sei oder nicht, handle, das Vorhandensein der Gründe aber hier, wie in vielen anderen Fragen, ins Ermessen des Richters falle. » V. l'édition de la loi donnée par Grün (1880), 1^{re} fascicule, pp. 24—26.

de convenance ; en Autriche, où elle peut être portée devant le tribunal administratif, c'est une question de droit ⁽¹⁾.

Les questions de convenance ou d'opportunité réservées à l'administration peuvent prendre la forme de questions préjudicielles dans une instance en indemnité engagée contre un fonctionnaire. Si les tribunaux sont reconnus compétents pour connaître, en pareil cas, de la question préjudicielle, on change de langage. Il ne s'agit plus d'une simple question de convenance ou d'opportunité, mais d'une question de droit ; l'obligation à indemnité suppose précisément une violation du droit. L'acte qu'on qualifiait d'inopportun ou d'inutile est qualifié maintenant d'illégal ⁽²⁾.

Il n'y a rien que de très-naturel, d'après ce qui précède, à ce que des questions qui, selon la conception ordinaire de la compétence de l'autorité judiciaire, sont des « questions d'opportunité », deviennent des « questions de droit » dans une théorie comme celle de Tezner, qui en attribue la décision aux tribunaux. Toutefois, Tezner n'entend pas par là que les raisons de décider, dans chaque cas particulier, seront différentes de ce qu'elles ont été ou auraient dû être jusqu'ici. Dans tous les cas où un particulier se plaint d'une atteinte à son droit, il s'agit d'appliquer la loi et les règles de droit, et rien qu'elles, à une espèce donnée ; l'application de ces règles peut d'ailleurs, suivant les circonstances, demander des connaissances spéciales ⁽³⁾.

⁽¹⁾ V. ci-dessus, p. 78, note.

⁽²⁾ Nellemann (Procédure civile, partie générale, 117), qualifie avec raison d'illégal et de contraire au droit l'acte auquel l'administration a procédé dans le cercle de ses attributions, et qui engendre pourtant une obligation à indemnité. Suivant Scheel (Droit privé, partie générale, I, 208, II, 271) et Matzen (III, 261), pourtant, ce qui caractérise la sphère d'attribution réservée à l'administration, c'est précisément qu'il ne s'y agit pas de droits, de litiges de droit et de règles de droit.

⁽³⁾ Tezner, *Freies Ermessen*, 121 : « Jeder Begriff, dessen sich eine Norm zur Bestimmung der Rechte und Pflichten der Einzelnen gegenüber

Voici qui semble encore prouver qu'il en est effectivement ainsi. Les questions qui nous occupent ici sont celles où le particulier affirme qu'il existe une règle quelconque, — déterminée ou indéterminée, générale ou particulière, expresse ou implicite, — qui fait loi entre lui et l'administration, et que cette règle, dans l'espèce, a été violée. Or toutes ces questions peuvent être considérées à la fois comme des questions de convenance ou d'opportunité et comme des questions de droit. Au point de vue de l'administration, ce sont avant tout des questions d'opportunité — c'est pour atteindre le résultat le plus utile à la société que l'administration prend des mesures sanitaires, perçoit des impôts, exproprie des propriétés, etc. . . ; — au point de vue des tribunaux, ce sont au premier chef des questions de droit. L'acte utile ou opportun est donc, pour l'administration comme pour tout particulier, celui qui est conçu de manière à obtenir le résultat désiré, sans dépasser le but, ni amener des conséquences qu'il n'est point destiné à produire. Si la partie lésée a raison quand elle allègue que l'acte administratif porte atteinte à des intérêts individuels que la loi commande de respecter, l'acte est inutile ou inopportun *au point de vue de l'administration* ; car il entraîne des résultats qu'il ne devait pas amener. Si une administration de la voirie, pour ouvrir un chemin, qu'elle croit de son devoir d'ouvrir, exproprie un immeuble sans titre légal, on peut aussi bien dire que son acte est inutile ou inopportun que dans le cas où, munie d'un titre légal, elle exproprie un terrain qu'elle n'avait aucun besoin de prendre.

L'affaire vient-elle à être soumise au tribunal, la seule ques-

den Organen der Verwaltung . . . bedient, ist ein Rechtsbegriff und unterliegt der Interpretation und Anwendung durch den Verwaltungsrichter. Dies gilt deshalb auch vom Begriffe der öffentlichen Interessen, der öff. Ruhe und Ordnung, der Gefahr, der Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit, u. s. w. »

tion que ce tribunal ait avant tout à juger est la question de savoir si l'acte était ou non justifié en droit. Peu importe que la partie lésée fasse valoir que l'acte était inutile, ou non nécessaire, ou illégal : la question à juger est de savoir si l'administration avait le droit d'y procéder à son égard. Si on établit qu'il n'était ni utile ni nécessaire, c'est pour prouver qu'il était injustifié. Lorsqu'on allègue que l'abatage de bestiaux, tel qu'il a été prescrit, ne peut pas amener le résultat désiré, ou que l'interdiction de tenir une réunion est d'une sévérité que rien ne nécessite, on prétend en réalité qu'il a été porté atteinte à des droits, *car les atteintes au droit véritablement nécessaires sont seules justifiées*. La solution de cette question, qui est celle de savoir si l'acte est fondé en droit, peut à vrai dire dépendre de considérations très-diverses. *Nous sommes ainsi ramenés à la distinction entre les règles déterminées et indéterminées, et, en ce qui concerne ces dernières, entre l'appréciation du juge et l'appréciation administrative technique.*

§ 3.

Contrôle des tribunaux sur les décisions prises par l'administration en matière technique administrative.

Faut-il donc, dira-t-on, poser en principe que les tribunaux doivent sans distinction se déclarer incompétents lorsque la question est de celles dont la décision est en thèse générale réservée à l'administration ? N'y a-t-il pas des cas où les tribunaux peuvent connaître du litige, même s'il y a lieu, pour l'administration, de se livrer à une appréciation administrative technique ? Il est clair que c'est au juge qu'il faut s'adresser, et non à l'administration, lorsqu'on allègue que la décision a été prise par une autorité incompétente, ou que les formes prescrites par la loi n'ont point été observées. Mais ici nous supposons précisément que la décision

a été prise par une autorité compétente, et que toutes les formalités légales ont été respectées, et nous nous demandons s'il convient néanmoins d'accorder aux tribunaux un certain contrôle sur la décision des litiges que nous venons de dire. On serait porté, à première vue, à résoudre cette question par la négative ; il semble qu'il y ait contradiction à parler d'un pouvoir d'appréciation réservé à l'administration et à reconnaître néanmoins aux tribunaux, en certains cas, le droit de critiquer ses actes. Pourtant, l'examen de la jurisprudence des tribunaux administratifs fera voir qu'ils ne partagent pas entièrement ce sentiment ; le Conseil d'État français, aussi bien que le Tribunal administratif supérieur prussien et le Tribunal administratif autrichien, se considèrent comme en droit, tout en reconnaissant en principe le caractère irréfragable de l'appréciation administrative technique, d'annuler la décision, lorsqu'il leur paraît évident, selon les lumières ordinaires et ne supposant aucune connaissance administrative spéciale, qu'en réalité l'appréciation dont il a été fait usage n'est pas celle que la loi a entendue, en d'autres termes, que les considérations qui ont déterminé l'administration sont manifestement injustifiées, et que la décision, par suite, viole la loi. Les jugements rendus en ce sens ont aussi leur intérêt pour les pays qui, comme le Danemark, ne connaissent pas les tribunaux administratifs ; ils ne tiennent pas en effet, comme on le verra par les exemples cités plus loin, au caractère spécialement administratif du tribunal qui les rend, mais se fondent sur des considérations dont il semble que tout juge qui a compétence en matière administrative puisse faire état. La raison qui justifie manifestement ce contrôle du juge, c'est que l'administration, dans les questions d'appréciation dont il s'agit, n'a en aucune manière une entière liberté d'action. L'atteinte administrative aux intérêts d'un particulier, ou le refus de l'administration d'agir à son profit, ne sont justifiés qu'à

certaines conditions déterminées. L'examen du point de savoir si ces conditions se rencontrent est réservé à l'administration, parcequ'il exige des connaissances administratives spéciales, ou parcequ'il n'existe aucune raison de supposer que l'appréciation des tribunaux, dans une espèce donnée, serait plus juste. Mais s'il vient à être prouvé que les considérations par lesquelles l'administration s'est déterminée n'ont rien à faire avec l'appréciation administrative technique que la loi présuppose, *que cette appréciation n'a point été exercée, ou qu'elle l'a été d'une manière évidemment vicieuse*, — soit parceque les faits sur lesquels l'administration s'est fondée sont inexacts, soit parcequ'elle a omis d'éclaircir des faits dont elle devait nécessairement faire état pour sa décision, soit parceque les constatations dont elle a eu à faire usage, quelque excellentes qu'aient pu être les considérations techniques, quelque élastiques qu'on suppose les prescriptions légales, ne pouvaient en aucune façon rentrer dans l'application de la loi, — si, en d'autres termes, il ressort de considérations d'ordre général, en logique et en droit, que l'atteinte portée aux intérêts du particulier n'est pas justifiée par la loi, il n'y a plus aucune espèce de raison pour que les tribunaux se déclarent incompétents.

Jusqu'où s'étend ce droit de contrôle des tribunaux ? c'est ce qui se démontrera mieux par des exemples. Nous préférons, à cet égard, envisager chaque pays séparément ; car on retrouve constamment, dans chacun d'eux, certaines manières de voir, et certains raisonnements caractéristiques.

1. Tout acte administratif peut, en *France*, être déféré au Conseil d'État pour être annulé comme entaché *d'excès de pouvoir*. Ceci s'applique aussi aux décisions administratives dont nous nous occupons ici, aux « actes de pure administration » ⁽¹⁾. Toutefois la nature discrétionnaire de ces

(1) Laferrière, *Juridiction administrative*, II, 411, 423 ss.

décisions a pour conséquence que l'excès de pouvoir, en ce qui les concerne, doit s'entendre dans un sens plus restreint. La « violation de la loi », qui autrement peut donner ouverture au recours pour excès de pouvoirs, ne saurait exister ici ; par contre, ce recours est ouvert lorsque quelqu'une des décisions en question est attaquée pour incompétence, omission des formes légales ou « détournement de pouvoir »⁽¹⁾. En ce qui concerne l'annulation pour incompétence ou omission des formes, le droit français ne présente rien de particulier ; il faut toujours que les questions de compétence, et la question de savoir si les formes prescrites ont été observées, puissent être soumises aux tribunaux, que l'acte visé soit discrétionnaire ou non, précisément parce que ce sont là des questions indépendantes du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Au contraire, l'annulation pour détournement de pouvoir est, en partie du moins, tout-à-fait spéciale à la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Une autorité administrative se rend coupable de *détournement de pouvoir* lorsqu'elle use de son pouvoir discrétionnaire pour un objet qui doit être réputé étranger à l'intention du législateur⁽²⁾. En la forme, rien n'est à reprendre à la décision : c'est seulement en recherchant ses motifs que la violation de la loi apparaît. Ainsi, il est de principe que l'administration doit agir dans l'intérêt de la société, et non dans celui d'un particulier. Or s'il résulte des pièces du procès que telle décision administrative, qui aurait pu être légale, si elle avait été fondée sur la considération de l'intérêt social, a eu en réalité pour but de favoriser, non cet intérêt, mais celui d'un particulier, l'autorité qui a pris cette décision s'est rendue coupable d'un détournement de pou-

(1) Laferrière, loc. cit. 411, 424, 533'

(2) V. au sujet de cette théorie, Aucoc, conférences, 581 ss ; Laferrière olc. cit. II, 548 ss.

voir, et l'annulation de la décision peut être demandée au Conseil d'État par ceux dont elle lèse les intérêts⁽¹⁾. On en trouve des exemples dans les cas cités par Laferrière, II, 528—529. Le préfet a le droit, dans l'intérêt public et pour prévenir les inondations, de fixer la hauteur de retenue des eaux, aux moulins et autres ouvrages, dans les rivières non navigables. Si un riverain prétend que la retenue porte préjudice à un ouvrage établi par lui, et que le préfet se détermine, par cette considération, à prescrire l'abaissement du niveau des eaux, il se rend coupable d'un usage abusif de ses pouvoirs, ce qui donne ouverture à un recours au Conseil d'État : car les litiges entre particuliers, concernant l'usage des cours d'eau publics, relèvent, d'après l'article 645 du Code civil, de la compétence des tribunaux⁽²⁾.

D'autres exemples de cas de détournement de pouvoir sont encore indiqués par Aucoc et Laferrière, loc. cit. Ainsi, il appartient au préfet d'édicter des règlements pour le maintien de l'ordre dans les cours des stations de chemins de fer, notamment de déterminer les endroits où les voitures

(¹) Sur les conditions d'exercice du recours (« intérêt direct et personnel »), V. Laferrière, II, 436 ss. — Il convient de faire observer, à propos de ce qui est exposé au texte, qu'il n'est pas possible, comme on le conçoit, de dire d'une manière absolue que l'administration ne peut jamais agir dans l'intérêt d'un particulier. Le souci de cet intérêt peut être précisément un moyen de prendre soin de l'intérêt général. Mais il faut alors, comme dit Rosin (Polizeiverordnungsrecht, 98—09), que l'intérêt particulier soit une forme que prend l'intérêt social dans un cas donné.

(²) En droit danois, les questions relatives à la retenue des eaux sont tranchées par la commission rurale (Landvæsenskommission), aussi bien lorsqu'il y a lieu de prendre une mesure administrative, dans l'intérêt public, à la requête de l'administration communale, que lorsqu'il s'élève un litige d'ordre privé entre deux propriétaires d'ouvrages, sur la hauteur de la retenue. Les tribunaux ne sont compétents que dans le cas où il est prétendu, par l'une des parties, que quelqu'un des points formant les éléments de la décision à prendre doit, *en vertu de conventions particulières*, être résolu autrement que par application de la législation sur les cours d'eau. Loi du 28 mai 1880, art. 5, 32.

doivent stationner, et par où elles doivent entrer et sortir. Si le préfet use de ce pouvoir pour éloigner les voitures qui n'appartiennent pas à une entreprise déterminée, avec laquelle la Compagnie du chemin de fer a passé un traité pour le transport des voyageurs de la station à la ville, il commet un détournement de pouvoir. — Par une loi qui date des premières années après 1870, l'Etat a reçu le monopole de la fabrication des allumettes, après expropriation préalable des fabriques existantes. Pour faciliter l'exécution de cette loi, le ministère donna pour instructions aux préfets de rechercher si les fabriques existantes étaient en possession d'une autorisation régulière, en conformité avec les lois sur les établissements dangereux ou insalubres, et de les faire fermer en cas de négative. Mais les arrêtés pris par les préfets en exécution de ces instructions ont été annulés par le Conseil d'État, qui a considéré que les fabriques pouvaient être fermées, quand cela était nécessaire pour sauvegarder les intérêts que les règlements industriels ont pour but de protéger, mais non point pour des motifs purement fiscaux. — Il appartient au Président de la République de déterminer les limites du rivage de la mer — qui, en France, fait partie du domaine public — ; de même, les préfets fixent les limites du lit des cours d'eau navigables. La raison de ce pouvoir est la nécessité de conserver le domaine public. Mais si une décision du Président de la République ou d'un préfet comprend dans le rivage de la mer ou dans le lit d'un fleuve une partie des propriétés riveraines, parce que l'extension du rivage, ou du lit du fleuve, leur paraît utile à l'intérêt public, il y a excès de pouvoir, toujours pour les mêmes motifs. Il en est de même, d'ailleurs, aussi bien lorsque la décision repose sur une erreur ; une fixation de limites ne peut pas dégénérer en expropriation de la propriété privée.

Diverses difficultés pratiques restreignent, en France, l'usage

du recours pour détournement de pouvoir. Le Conseil d'État, qui est un tribunal administratif, et non une autorité administrative supérieure, n'a pas le droit d'exiger que les fonctionnaires le renseignent sur les motifs de leurs décisions; il ne peut pas non plus ordonner des enquêtes pour découvrir ces motifs. Aussi faut-il que la preuve de l'illégalité ressorte des pièces soumises au Conseil; les motifs peuvent être exprimés dans la décision même, ou résulter d'une correspondance antérieure, ou des instructions reçues de l'autorité supérieure, ou d'une enquête faite postérieurement par l'administration elle-même.

Dans la *jurisprudence danoise*, on ne peut pas citer beaucoup d'exemples d'actes administratifs annulés pour ce motif ou pour un motif analogue. Toutefois il n'est guère contestable que nos tribunaux ne soient compétents pour déclarer un acte administratif illégal dans des cas semblables à ceux qui ont été indiqués; l'administration excède indubitablement ses pouvoirs lorsqu'elle fait usage d'une disposition de loi pour un objet que la loi n'avait pas en vue. On peut même trouver dans les recueils de jurisprudence des espèces où une décision prise par une commission des bâtiments a été annulée, parcequ'il était évident qu'elle avait été prise, non dans l'intérêt public, mais pour trancher une contestation entre deux voisins. Il semble qu'on puisse voir un cas de détournement de pouvoir dans l'espèce rapportée au Recueil de jurisprudence, 1891, p. 925 (ordonnance de police prise en vertu des art. 5 et 11 du règlement de police de Copenhague du 22 juin 1883, et prohibant la distribution de circulaires, dirigées contre les fabricants de cigares, avec confiscation de ces circulaires)⁽¹⁾.

(¹) Il existe en *droit anglais* quelque chose d'analogue à l'annulation pour détournement de pouvoir. En principe, les décisions des juges de paix, en matière administrative, ne peuvent pas être déférées à la Haute Cour, sauf les cas 1° d'incompétence, 2° d'omission des formes légales; 3° de

2. Le Tribunal administratif supérieur prussien, comme les tribunaux administratifs des autres pays, part de ce principe qu'il n'est pas fait pour juger de la nécessité ou de l'opportunité d'arrêtés ou de décisions administratifs, en d'autres termes qu'il est des règles dont l'application doit être abandonnée à l'appréciation technique de l'administration elle-même⁽¹⁾. On trouve pourtant nombre de décisions qui en apparence contredisent ce principe. La raison donnée pour justifier la révision de l'appréciation administrative se tire alors de cette considération que l'administration a commis une erreur de droit, *méconnu le principe de droit exprimé par la loi*, ou encore de ce que la décision administrative *manque absolument de tout fondement en fait qui la justifie*, en sorte qu'elle apparaît, non comme le résultat d'appréciations proprement administratives, mais comme un acte arbitraire. L'arrêt fort étendu rapporté par Jebens et Meyeren dans leur

violation de la loi. Les questions d'appréciation sont abandonnées à la décision des juges de paix. Toutefois, la décision en cette matière peut aussi donner lieu à un recours devant les tribunaux supérieurs, lorsqu'on allègue « *partial or oppressive motive* ». V. Gneist, Rechtsstaat, 48 note, et les exemples cités.

Tezner critique, dans son « *Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden* », p. 98—100, la doctrine qui attribue à l'intention de l'administration qui prend une décision une influence sur la question de compétence. Suivant lui, une décision doit être inattaquable, lorsqu'elle profite, en fait, à l'intérêt commun, et que les prescriptions de la loi ont été observées, alors même qu'il serait évident que le fonctionnaire qui l'a prise n'avait pas cet intérêt commun pour but, mais s'est laissé déterminer par des motifs d'un autre ordre. Il convient de remarquer ici qu'il est pourtant, à vrai dire, *extrêmement vraisemblable qu'une décision, fondée sur des motifs qui n'auraient pas dû être pris en considération, ne pourra pas se justifier par les motifs qui auraient dû être pris en considération*. En tous cas, on a le droit d'exiger de l'administration, quand elle lèse des droits privés, qu'elle se rende compte à la fois de ce qu'elle fait et des motifs qui la font agir, en sorte que la légalité ou l'illégalité de son acte ne se trouve pas dépendre d'une circonstance fortuite (Cpr. Rosin, Polizeiverordnungsrecht, p. 98 et note, pp. 190—191).

(¹) V. plus haut p. 90. Cpr. aussi Jebens et Meyeren, IX, 368, 401, etc.

recueil des arrêts du Tribunal administratif supérieur, IX n° 52, est intéressant au premier point de vue. La préfecture de police de Berlin avait rendu une ordonnance « pour la protection du monument national érigé au Kreuzberg près Berlin en mémoire des victoires des guerres d'indépendance, et restauré en 1878 ». Il était prescrit dans cette ordonnance que les propriétaires du quartier de la ville où se trouvait ce monument ne pourraient pas bâtir au dessus d'une certaine hauteur, déterminée par la police pour chaque cas particulier, afin que la vue, au pied du monument, et la vue de ce monument ne pussent être gênées par les constructions. En exécution de cette ordonnance, un propriétaire s'était vu interdire de bâtir une maison à quatre étages, « parceque cette maison aurait nui, dans une grande mesure, à la vue en question, et aurait de plus contribué à défigurer (zur Verunstaltung) ce quartier de la ville. « L'intéressé se pourvut contre cette défense devant le tribunal administratif de cercle de Berlin, dont la décision, qui lui donna raison, fut frappée de recours, par l'administration, devant le Tribunal administratif supérieur. Ce Tribunal eut avant tout à examiner si l'ordonnance pouvait être tenue pour conforme à la loi. L'administration invoquait, à cet égard, d'abord la disposition générale de l'article 2, titre 17, 2^o partie, du Landrecht, aux termes de laquelle il appartient à la police « die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen. » Comme, dans l'espèce, il n'était pas question de « maintien de la tranquillité et de la sûreté publique », non plus que de « péril », tout se réduisait à savoir ce qu'il fallait entendre par les mots « maintien de l'ordre public » (Erhaltung der öffentlichen Ordnung). A ce point de vue, le Tribunal supérieur fut d'avis que la police était partie d'un point de départ erroné; il n'était pas possible de faire ren-

trer dans cette expression, comme l'administration le soutenait, tout ce qui intéressait l'utilité publique; le « maintien de l'ordre public » avait un sens précis et restreint, qui ne permettait pas de l'étendre à l'espèce. En second lieu, l'administration invoquait l'article 66, titre 8, 1^{re} partie, du Landrecht, où il est dit qu'il ne doit être élevé aucune construction « zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze. » Quelque large que fût l'expression « détriment de la chose publique » (Schaden des gemeinen Wesens), le tribunal estima que le projet de construction ne tombait pas sous leur application; « il n'est pas possible, sans faire violence à la langue, de parler de « détriment de la chose publique » lorsque le seul péril à courir est celui de masquer la vue d'un monument où au pied de ce monument, — fût-ce même d'un monument public. » On ne pouvait pas dire non plus que la construction « défigurât les villes et les places publiques »; comme l'expliquent les motifs de l'arrêt, la loi devait être entendue en ce sens qu'il ne suffisait pas que la ville ou la place eût été « défigurée » (verunstaltet) d'une manière quelconque; il fallait supposer « la création d'un état de choses absolument laid et blessant tous les yeux ». En posant en principe que la loi autorisait l'interdiction de toutes constructions qui ne répondaient pas à toutes les exigences de l'esthétique, l'administration avait méconnu le sens de cette disposition. Par suite, son refus d'accorder l'autorisation de construire demandée devait être réputé illégal.

L'arrêt cité réforme la décision administrative parce que l'administration a faussement interprété la loi. D'autres arrêts s'attachent à faire ressortir « que la décision ne doit pas avoir l'apparence d'un produit de l'arbitraire, ni manquer de toute base de fait. » Ces formules rentrent d'ailleurs l'une dans l'autre; si la loi a été faussement interprétée, comme

dans le cas ci-dessus rapporté, la décision manque de base légale en fait, et si la décision ne paraît pas avoir de fondement, il va de soi que la loi a été faussement appliquée. On trouve, entre autres, dans Jebens et Meyeren, vol. IX, n° 56, un arrêt qui exige que la décision administrative ne paraisse pas dénuée de tout fondement. Il s'agissait, dans cette affaire, de savoir si l'autorisation de tenir un bal public avait pu être légalement refusée à un hôtelier ; le refus avait eu lieu en vertu d'une ordonnance qui exigeait une autorisation préalable de la police, et qui y mettait pour condition que le nombre des amusements ne fût pas assez considérable pour exciter à l'oisiveté et à l'immoralité, et qu'il n'y eût pas d'ailleurs des raisons particulières de convenance pour ne pas l'accorder. « L'ordonnance », porte l'arrêt, « n'édicte pas de règles tout-à-fait précises, déterminant les cas où l'autorité de police doit accorder ou ne pas accorder l'autorisation ; mais il ne s'en suit pas — comme le soutenait l'administration, et comme l'avait jugé le tribunal administratif en première instance, — que la juridiction administrative n'ait jamais à se mêler de rechercher la régularité de l'interdiction. Car l'appréciation, libre dans une certaine mesure, que l'ordonnance laisse à la police, n'est point identique avec l'arbitraire . . . Bien que la juridiction administrative ne puisse user de la même liberté d'appréciation que la police pour décider si l'autorisation doit ou non être accordée, elle a néanmoins le droit d'examiner si le refus ne repose pas sur une erreur, ou s'il ne manque pas, en fait, de tout fondement qui le justifie. S'il est évident que tout fondement légal de ce refus fait défaut, il doit être annulé. » L'arrêt passe ensuite à l'examen du point de savoir quelles circonstances, aux termes de l'ordonnance, doivent être prises en considération par l'administration, pour arrêter sa décision. Et comme les documents de l'affaire ne fournissent aucune donnée sur l'existence ou la non-existence, dans

l'espèce, des circonstances prévues par l'ordonnance (dangers d'oisiveté et d'imoralité, etc.), l'administration est invitée à donner de nouvelles explications sur les faits de la cause, « da es nur dann gerechtfertigt sein würde, die Verfügung aufzuheben, wenn bei dem Mangel irgend welcher beachtenswerther Angaben seitens der Verwaltung der Verwaltungsrichter zu der Ueberzeugung gelangen müsste, dass der stattgehabten Verfügung . . . objektiv die unerlässlichen thatsächlichen Voraussetzungen gänzlich mangelten. »

On trouve encore un autre exemple de cette jurisprudence au même recueil, XI n° 54. Il s'agissait, dans l'espèce, de la légalité d'un arrêté de police interdisant une réunion projetée, pour un objet édifiant, au domicile de la personne qui faisait les invitations. Le Tribunal recherche, notamment, si la réunion pouvait être considérée comme « troublant l'ordre public » ou si des raisons sanitaires pouvaient être invoquées contre elle. Sur le premier point, le jugement s'exprime ainsi : « L'ordre public aurait été troublé, prétend-on, par ce fait que les personnes participant à la réunion n'auraient pas trouvé de place suffisante dans la maison, en sorte qu'elles auraient dû rester dans la rue, où elles auraient gêné la circulation. Mais il ne résulte pas de là que la réunion puisse être considérée comme un « trouble pour l'ordre public ». Lorsque la voie publique est obstruée par la foule, la police a le droit de la dégager ; mais elle n'a pas le droit, pour mieux assurer l'ordre dans les rues, d'interdire « une réunion légale en elle-même », sous le prétexte qu'elle peut donner occasion de troubler cet ordre ». En ce qui concerne les raisons sanitaires invoquées pour justifier l'interdiction (aération insuffisante de la salle, résultant du nombre des personnes et de l'éclairage), le tribunal déclare qu'elles n'auraient de valeur que dans le cas où la réunion aurait été entassée au point d'exposer les personnes présentes, à raison de l'atmosphère de la salle, à un danger

évident pour leur vie ou leur santé. Comme, dans l'espèce, un pareil danger n'existait en aucune façon, l'interdiction de police devait être réputée porter une atteinte injustifiée à la liberté de réunion.

On trouvera encore d'autres exemples au recueil de Jebens et Meyeren, VI, n° 53 (Définition de l'expression : « danger » à l'art. 10, tit. 17, 2^e partie, du Landrecht); VI, n° 44; X, n° 51; XII, n° 66 (Éclairage du couloir de l'escalier pendant toute la nuit, dans une maison d'habitation ordinaire, jugé non nécessaire pour l'intérêt de la sécurité).

3. La Cour *autrichienne* de justice administrative ne paraît pas pousser aussi loin que les arrêts ci-dessus le contrôle des actes administratifs. Ainsi, Tezner remarque (loc. cit. p. 77), à l'occasion de l'espèce citée plus haut (Jebens et Meyeren, XI n° 54), que si un litige semblable venait à s'élever devant la Cour de justice administrative autrichienne, le recours serait indubitablement rejeté par application de la loi de 1875 qui a créé cette Cour, art. 3. e)⁽¹⁾, et par ce motif qu'il n'appartient pas à la Cour de rechercher si le danger pour la santé des personnes présentes, ou pour la circulation, était de nature à justifier l'interdiction de la réunion. Pourtant il se rencontre, même dans la jurisprudence de la Cour autrichienne, quelques arrêts qui reflètent la même tendance que les arrêts précités. Ainsi, la Cour de justice administrative considère qu'elle a, en principe, le droit de rechercher si l'administration, en instruisant l'affaire, — peu importe que sa décision repose ou non sur une appréciation, — a procédé de la manière qu'on aurait pu légitimement exiger d'elle; si elle a entendu des experts sur des questions où elle ne peut être réputée posséder elle-même les connaissances nécessaires; si l'appréciation de ces experts était de

(¹) D'après ce texte, la Cour de justice administrative est compétente « in Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind. »

nature à pouvoir être légitimement prise en considération ; si en général l'administration s'est entourée de tous les éclaircissements qu'elle aurait dû demander avant de prendre sa décision. Lorsque la loi prescrit à l'administration des formes spéciales de procéder, il résulte directement de l'article 3, e, précité, que la Cour de justice administrative peut annuler la décision qui ne les a pas observées ; mais ce qu'il y a de particulier, c'est que le Cour se reconnaît le droit de réviser l'appréciation administrative, même dans les cas où la loi ne prescrit aucune forme spéciale de procéder, lorsqu'il appert que l'administration n'a pas procédé comme elle aurait dû le faire ; ainsi le texte de l'art. 3 e est interprété en un sens qui restreint la libre appréciation de l'administration. Si la Cour estime que l'administration a eu tort de procéder comme elle l'a fait pour arriver à constater les faits, elle annule la décision pour défaut de forme, et elle renvoie l'affaire à l'administration pour procéder à un supplément d'instruction, le tout en conformité de l'article 6 de la loi de 1875 (1). Par contre, la Cour de justice administrative n'a pas le droit d'entendre elle-même des témoins, ou de recueillir des preuves pour contrôler la régularité des actes qui lui sont déférés.

On trouve des exemples de ce qui précède dans le recueil des arrêts de la Cour de justice administrative de Budwinski (ces arrêts sont prononcés sans débat oral), notam-

(1) Cet article est ainsi conçu : *Der Verwaltungsgerichtshof hat in der Regel auf Grund des in der letzten administrativen Instanz angenommenen Thatbestandes zu erkennen. Findet jedoch der Verwaltungsgerichtshof, dass der Thatbestand actenwidrig angenommen wurde, oder dass derselbe in wesentlichen Punkten einer Ergänzung bedarf, oder dass wesentliche Formen ausser Acht gelassen worden sind, so hat er die angefochtene Entscheidung oder Verfügung wegen mangelhaften Verfahrens aufzuheben, und die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückzuleiten, welche die Mängel zu beheben und hierauf eine neue Entscheidung oder Verfügung zu treffen hat.* »

ment: VI n° 27 (autorisation d'un ouvrage sur un cours d'eau — diverses questions auraient dû être éclaircies par des avis d'experts); n° 53 (des experts auraient dû être entendus, avant de déclarer l'entreprise dangereuse pour la salubrité publique); n° 71 (question de la nécessité d'établir dans une commune un hôpital pour les épidémies — arrêt portant qu'on avait négligé de prendre l'avis d'experts sur une série de points dont la Cour estime qu'il y aurait eu lieu de faire état); nos 118, 139, 170, 203, 214 (cassation, parceque la décision était fondée sur une expertise manifestement irrégulière)⁽¹⁾.

VI

De la conception extensive de l'objet de la juridiction administrative

Nous venons de montrer que l'on ne peut pas formuler de règle absolument précise pour délimiter la compétence de la juridiction administrative au regard de l'administration. Même en reconnaissant que les règles ordinairement formulées fournissent une réponse précise et exacte à la question dans un grand nombre de cas, notamment dans ceux où la règle qui oblige l'administration exclut toute appréciation, il y en a beaucoup d'autres où il est impossible de donner des règles assurées pour déterminer la compétence. Aussi, lorsqu'on critique la manière dont s'opère la distinction dans une organisation judiciaire donnée, et lorsqu'on demande l'extension de la compétence

(¹) V, au surplus l'ouvrage précité de Tezner: «Freies Ermessen d. Verwaltungsbehörden».

des tribunaux telle qu'elle existe en fait, on n'a pas toujours l'intention d'introduire une innovation de principe, modifiant essentiellement l'ordre de choses existant. Pourtant, certains auteurs vont plus loin. D'après leur doctrine, c'est une erreur d'interdire aux tribunaux administratifs le contrôle de l'appréciation administrative; suivant eux, ces tribunaux ont à examiner non seulement ce qu'on appelle communément des questions de droit, mais aussi la question de savoir si l'acte administratif est opportun ou nécessaire. La compétence actuelle et limitée des tribunaux administratifs est pour eux un système incomplet, une ébauche, une garantie plus apparente que réelle des droits individuels.

Parmi ces auteurs, il faut citer en première ligne Gneist. Sa doctrine est la suivante⁽¹⁾:

L'établissement du régime constitutionnel conduit à cette conséquence que la décision des litiges contre l'administration ne peut être abandonnée en dernier ressort à l'administration elle-même. Le gouvernement y devient, plus ou moins, dépendant de la majorité de la représentation nationale; il court le risque de devenir un gouvernement de parti: « La nécessité d'une collaboration avec les assemblées représentatives pour toutes les modifications à la législation et pour le budget entraîne le gouvernement à donner une attention perpétuelle aux différents partis, et à entrer en compromis avec eux, non seulement lorsqu'il s'agit de lois à faire, mais aussi lorsqu'il s'agit de lois à appliquer, et spécialement aussi de la décision des questions contentieuses de droit administratif. La neutralité absolue de la puissance publique, qui est de

(¹) V. notamment: « Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland », 2^e éd. 1879; « Die preussische Kreis-Ordnung », 1870, pp. 196 ss. — Pour ne pas morceler l'exposition de la doctrine de Gneist sur la juridiction administrative, nous y comprendrons des points qui ne touchent qu'indirectement au sujet que nous avons particulièrement en vue.

principe sous un gouvernement absolu, ne se rencontre ni en théorie ni en pratique dans un état constitutionnel. » (Die preuss. Kreis-Ordnung, p. 198). D'autre part, les organes du pouvoir exécutif ne peuvent être indépendants du gouvernement ; pour assurer l'unité dans l'administration, il faut que le gouvernement ait le droit de congédier les fonctionnaires qu'il ne juge pas pouvoir employer. Le gouvernement de parti devient de la sorte une administration de parti. Par suite, une des obligations essentielles de l'administration, celle d'avoir pour tous les mêmes exigences, de soumettre tout le monde au même traitement, court risque d'être enfreinte. Les intérêts politiques prennent la place de l'égalité de traitement. « Il se produit une tendance chronique à l'abus des pouvoirs de police et de tout pouvoir public discrétionnaire dans un intérêt électoral et de parti. » (loc. cit. 199). Dans la sphère où l'administration peut se mouvoir librement, suivant son appréciation propre, « auf dem administrativen Gunstgebiete », la question qui se pose n'est pas de savoir ce que réclame l'intérêt public, ni comment cet intérêt peut justement et équitablement se concilier avec les intérêts des particuliers, mais ce qui peut le mieux servir les besoins du parti dominant. Or c'est là un état de choses en contradiction avec la nature même de l'État, qui veut que le même poids et la même mesure servent impartialement dans tous les cas où il y a lieu de mettre en réquisition la personne ou les biens des sujets.

Toutefois, la difficulté ne peut se résoudre en abandonnant la décision aux tribunaux ordinaires. On ne peut pas assimiler le droit public au droit privé, ni considérer un litige qui a pour objet l'exercice légitime de la puissance publique comme un conflit entre des droits de même nature. Les recours contre les actes de l'administration ne peuvent pas être jugés suivant les points de vue habituels au droit privé. Il ne s'agit pas tant ici d'interpréter la loi dans un

sens logique que d'arriver à une solution conforme au droit par la comparaison des cas particuliers. Attribuer les questions de droit aux tribunaux et les questions de fait aux autorités administratives n'est pas possible, car les deux ordres de questions sont indissolublement liés l'un à l'autre. Il faut donc, à côté des tribunaux ordinaires, instituer des tribunaux administratifs.

Composer ces tribunaux, selon la méthode française, de fonctionnaires nommés par le gouvernement, n'est pas, toutefois, un procédé heureux : « L'état de dépendance où se trouvent les fonctionnaires du fait de leur traitement, et plus encore le sentiment de l'esprit de corps et de la solidarité, contribuent à faire de l'ensemble des fonctionnaires un corps fermé, qui obéit à une impulsion unique » (loc. cit. 199).

Le contrôle du juge ne peut être organisé qu'au moyen du « selfgovernment ». Ce n'est qu'en plaçant des « laïques » indépendants à côté des fonctionnaires de carrière (das berufsmässige Beamtenthum) dans l'administration et dans la justice administrative qu'on obtient la garantie d'une administration impartiale. « La propriété et l'intelligence indépendante doivent être, par système, toujours réunies à l'administration, de façon à y constituer le contrepoids et le contrôle au regard des fonctionnaires. » (loc. cit. 200.)

Le contrôle sur le personnel inférieur doit être exercé par des fonctionnaires honorifiques (Ehrenbeamte) indépendants au point de vue social ; de même, le jugement du contentieux administratif en première instance doit être une fonction honorifique ; le contrôle supérieur doit être exercé par des tribunaux administratifs, composés pour partie de fonctionnaires, pour partie de non-fonctionnaires remplissant un service administratif et possédant par suite la compétence technique nécessaire.

Le tribunal administratif suprême, dont la compétence

doit être restreinte aux questions de principe, doit être uniquement composé de fonctionnaires rétribués, possédant la capacité juridique, nommés à vie.

Il résulte de ce qui précède que, suivant la doctrine de Gneist, la mission des tribunaux administratifs — abstraction faite, en tous cas, du tribunal suprême, — ne se réduit nullement à ce qu'on entend communément par la question de droit. Leur objet est d'examiner les recours formés contre des actes administratifs iniques ou injustifiés. Les deux ordres de questions, la question de droit et la question d'appréciation, sont, suivant lui, étroitement unies l'une à l'autre dans tout litige administratif (Rechtsstaat, 48, 272). Il n'entre pourtant pas dans la pensée de Gneist que tout litige quelconque, même de peu d'importance, que tout recours fondé sur « eine nicht sinngemässe Anwendung der Gesetze », puisse être porté devant les tribunaux administratifs. Il faut pour cela que l'intérêt particulier ait une certaine importance. « La question doit se poser dans les termes suivants : L'intérêt menacé par l'abus de l'autorité administrative, et la tentation qu'elle peut éprouver de le commettre, sont-ils assez graves pour « condenser » cet intérêt dans une action en justice, et pour lui donner la garantie d'un contrôle par justice, avec débats contradictoires, ou bien peut-on laisser à l'administration le soin de protéger cet intérêt par l'exercice de son contrôle propre ? » (Rechtsstaat, 273)⁽¹⁾.

(¹) Les ouvrages de Gneist ont exercé leur influence, à plusieurs égards, sur la *nouvelle organisation administrative prussienne*. Ainsi l'administration est en partie, au premier degré, indépendante, et confiée à des fonctionnaires qui remplissent une fonction honorifique ; des corps élus traitent non seulement les affaires des communes, mais aussi celles de l'État ; des tribunaux administratifs ont été établis, composés — à l'exception du dernier degré de juridiction —, pour partie de fonctionnaires administratifs, pour partie de non-fonctionnaires appelés à collaborer avec l'administration. Par contre, la doctrine extensive de Gneist sur la mission des tribunaux administratifs n'a pas trouvé place dans la législation prus-

Le type de Gneist, sur bien des points, est l'organisation anglaise. Ainsi, l'institution des juges de paix non rétribués, nommés par le gouvernement et appartenant aux classes aisées, est pour lui un élément indispensable de l'administration des États modernes. Sa conception de la juridiction administrative se rattache étroitement à la conception anglaise : les recours contre les décisions de chaque juge de paix sont jugés, en Angleterre, avec des formes judiciaires, par le collège des juges de paix (quarter sessions), c'est à dire par un tribunal composé de non-fonctionnaires, indépendants et compétents. Les attributions de ce tribunal ne se bornent pas à ce qu'on appelle sur le continent les questions de droit : elles s'étendent aussi aux questions de nécessité et d'opportunité. Cette extension considérable du contrôle des actes administratifs est une conséquence naturelle de ce fait que le tribunal (quarter sessions) est précisément composé des administrateurs, c'est-à-dire des juges de paix. Au contraire, pour l'appel contre les décisions du collège des juges de paix, on distingue entre les questions d'appréciation administrative, qui sont en principes tranchées souverainement par les juges de paix, et les questions de droit, qui peuvent être portées à la Haute Cour⁽¹⁾.

Tezner exprime la même tendance que Gneist, en ce qui concerne le domaine de la juridiction administrative, bien que son point de départ soit différent⁽²⁾. Lui aussi est d'avis

sienne ; les questions d'appréciation administrative y sont considérées, en principe, comme étrangères à la compétence de ces tribunaux, ou, pour employer la terminologie usitée en Prusse, elles ne se décident pas par le « *Verwaltungsstreitverfahren* », mais par le « *Beschlussverfahren* ». Exception est faite pourtant, à cet égard, pour diverses questions d'autorisation d'industries, et quelques autres encore (Stengel, *Wörterbuch*, II, 717).

(¹) Gneist, *Rechtsstaat*, 48. Le même auteur : *Englisches Verwaltungsrecht*, 3^e éd. I, 404 ss.

(²) *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*. Vienne 1888.

qu'il est incorrect de réduire la mission des tribunaux administratifs à la solution des questions communément appelées questions de droit. Ce système, suivant Tezner, n'assure pas aux citoyens une garantie efficace contre l'arbitraire administratif. La distinction entre les décisions qui sont ou non de nature « administrative technique » n'est pas, pour lui, justifiée en elle-même⁽¹⁾. Dans tous les cas quelconques où il s'agit de déterminer les droits et obligations d'un particulier au regard de l'administration, en d'autres termes, dans tous les cas où l'administration ne peut qu'à certaines conditions porter atteinte aux droits et intérêts individuels, ou n'est obligée que sous certaines conditions d'agir dans un intérêt individuel, il faut que la question de la légitimité de l'acte administratif puisse être portée devant les tribunaux administratifs.

La théorie d'après laquelle ces tribunaux ne peuvent pas contrôler l'utilité ou l'opportunité des actes administratifs n'est exacte que dans les cas où *le particulier* ne peut alléguer qu'il lui a été fait tort, parceque si l'administration a enfreint ses obligations, ce n'est pas envers lui, mais envers la société. La compétence des tribunaux administratifs ne peut, à vrai dire, s'étendre qu'à l'examen du point de savoir s'il a été fait tort à un particulier : elle ne saurait aller jusqu'à rechercher si, d'une manière générale, l'administration a eu tort. Alors seulement, c'est-à-dire dans les cas où l'administration n'a d'obligations qu'envers le corps social, non envers les particuliers, il est exact de dire que les tribunaux administratifs sont incompétents pour rechercher si l'administration était dans son droit en agissant comme elle a fait.

D'autre part, lorsqu'on déclare communément les tribunaux administratifs incompétents pour rechercher si telle ou telle mesure est conforme aux *exigences du bien public*,

(1) Loc. cit. pp. 33 ss.

cette formule n'est pas non plus conforme à la réalité des choses⁽¹⁾. Il faut bien que les mesures dirigées contre un particulier et fondées sur la nécessité du bien public, puissent être soumises à l'examen des tribunaux administratifs. « Lorsque le législateur emploie des expressions telles qu'intérêt public, bien public, soin de l'intérêt général, etc. . . ., pour déterminer les conditions de l'action administrative, ainsi que des droits et obligations des particuliers, on ne peut pas dire qu'elle n'a attribué à ces mots aucune espèce de sens. Tout au contraire, il faut rechercher la volonté impérative du législateur, renfermée dans ces expressions, et comme le but du législateur est de déterminer les droits respectifs de l'administration et des particuliers, les tribunaux administratifs ne doivent pas se laisser arrêter par la difficulté de préciser, dans ces conditions, la limite de ces droits, ni s'en autoriser pour s'abstenir de les déterminer dans l'espèce qui leur est soumise, pas plus que les tribunaux criminels ne peuvent refuser de juger, lorsque le caractère punissable d'un acte dépend de considérations du même ordre » (p. 106).

L'appréciation de l'opportunité et de la nécessité d'une décision administrative ne saurait non plus être soustraite aux tribunaux administratifs⁽²⁾. « Le contrôle de la légalité d'une décision se confond avec l'examen de son opportunité ou de sa nécessité, chaque fois que pour déterminer les droits respectifs de l'autorité et des particuliers, le droit positif dispose que le particulier ne sera tenu qu'à ce qui sera nécessaire pour atteindre un but déterminé, ou chaque fois que l'autorité administrative est obligée de procéder dans l'intérêt d'un particulier à un acte prescrit pour un but déterminé. En pareil cas, il est indispensable de rechercher l'opportunité et la nécessité de l'acte pour savoir si les pré-

(¹) loc. cit. pp. 66 ss.

(²) loc. cit. pp. 92 ss.

tentions de l'administration envers le particulier, ou réciproquement, sont fondées, et si quelque *pluris petitio* ne se rencontre pas de part ou d'autre » (p. 93).

Même hors d'Allemagne ou d'Autriche, on a parfois, exceptionnellement, exprimé l'avis que la décision administrative sur les questions communément considérées comme questions d'appréciation et d'opportunité doit pouvoir être soumise, au moins en certains cas, à une instruction dans les formes judiciaires. C'est, par exemple, la théorie exprimée par l'auteur belge *Picard* : « Les juridictions administratives » (Introduction au 4^e Vol. des *Pandectes Belges*). Il n'y a pas en Belgique, comme nous l'avons dit plus haut, — et sauf quelques exceptions spéciales, — de tribunaux administratifs ; la compétence des tribunaux ordinaires pour connaître des décisions de l'administration est en principe la même qu'en Danemark, avec cette différence considérable pourtant que les tribunaux belges ne peuvent pas annuler directement un acte administratif, mais seulement refuser d'appliquer la décision illégale, et, le cas échéant, condamner l'administration à des dommages-intérêts. Or *Picard* estime, d'une part, que les tribunaux ordinaires doivent être réputés incompétents pour connaître de la question de légalité des actes administratifs — c'est ce qui résulte, suivant lui, de la Constitution belge, — et d'autre part, que toute décision prise par l'administration, sur une question intéressant essentiellement la personne ou la fortune des particuliers, doit pouvoir être soumise à un débat dans les formes judiciaires. La nécessité de ce contrôle ne vient pas de la crainte d'une influence supérieure, exercée par des ministres de parti, mais — comme pour *Tezner* — de cette considération qu'il n'est pas admissible que l'administration puisse arbitrairement, à son gré, porter atteinte à la liberté et à la fortune des citoyens ; la garantie résultant de la bonne volonté, de l'ex-

périence et de l'esprit d'équité des fonctionnaires est pour lui hasardeuse et insuffisante. L'important, pour Picard, n'est pas non plus l'organisation de juridictions de contrôle indépendantes du gouvernement : les membres des tribunaux administratifs doivent au contraire, selon lui, être pris parmi les fonctionnaires de l'administration ; l'essentiel est que la décision soit rendue avec observation de formes protectrices, notamment après un débat contradictoire, sur lequel se fonde le jugement définitif. Il estime, par exemple, qu'un contrôle de cette nature serait indispensable au cas où une autorité communale donne l'ordre de démolir un bâtiment considéré comme dangereux pour l'hygiène publique, ou menaçant ruine ; en pareil cas, d'après la législation en vigueur, l'administration prend une décision définitive, sans que les tribunaux soient compétents même pour condamner l'administration à des dommages-intérêts. Il cite encore, à titre d'exemple, le droit qui appartient à l'administration de traiter une femme comme fille publique, lorsqu'à son appréciation cette femme tire notoirement profit de son inconduite ; les décisions qui touchent à la liberté et à l'honneur des personnes devraient, d'après Picard, n'être prises qu'après observation des formes judiciaires ⁽¹⁾.

Il n'y a pas lieu, en réalité, d'objecter à la théorie de Gneist, comme on le fait souvent ⁽²⁾, que la décision sur la question d'équité ou d'opportunité ne peut jamais devenir

(¹) Picard mentionne encore le droit qui appartient à l'administration de déclarer la déchéance d'un brevet d'invention, lorsqu'il appert que l'invention n'a pas été utilisée dans le délai imparti. Mais il convient d'observer qu'en général — abstraction faite des dispositions en vigueur en Belgique — cette matière est rangée parmi celles qui rentrent dans la compétence naturelle des tribunaux. Cpr. loi allemande sur les brevets de 1891, art. 28 ss. (Patentamt, Reichsgericht), et en Angleterre la juridiction du Privy Council en matière de brevets (Stephen, Commentaries, II, 1863, p. 478).

(²) Schmitt, Grundlagen 99. Sarwey, öffentliches Recht, 158 ss.

contentieuse, mais reste toujours, par nature, administrative. Sans même tenir compte de ce que la terminologie contraire peut parfaitement se défendre⁽¹⁾, Gneist répondrait à cette objection qu'il ne s'agit pas d'une querelle de mots, et que si on ne croit pas pouvoir qualifier de contentieuses les attributions, qu'il entend conférer aux tribunaux administratifs, rien n'empêche de les appeler administratives. Les corps dont il propose l'institution seront donc, en ce qui concerne ces attributions, à la fois des autorités administratives et des tribunaux. L'essentiel, pour Gneist, n'est pas le nom, mais la création de corps spéciaux, indépendants de l'administration, chargés de trancher les contestations avec l'administration.

Une objection plus sérieuse qu'on peut faire à Gneist, c'est que le danger qu'il redoute, la décision de questions administratives par des raisons politiques, n'est pourtant pas si grand qu'il suffise à justifier l'institution de juridictions de contrôle, spéciales et indépendantes, à côté des autorités administratives ordinaires. Assurément tout dépend ici des circonstances. Gneist semble avoir en vue un état de choses qui n'est pas normal. Il suppose une administration privée de sens moral, où non seulement le gouvernement central manque à ses devoirs et se laisse guider par des motifs politiques étrangers à la question, mais où les fonctionnaires inférieurs, eux aussi, exécutent comme des instruments aveugles les instructions qui leur enjoignent de favoriser ceux qui appartiennent au parti dominant, et de persécuter les autres. Lorsque le sens moral vient à manquer dans l'administration, il n'y a pas de raison pour que le mal se restreigne aux fonctionnaires et n'atteigne pas aussi les tribunaux élus par la population ou par les Conseils communaux, tels que les propose Gneist. Dans leur

(1) Tezner, ouvrage cité, p. 121 et ailleurs.

sein aussi il peut être fait état de considérations de parti, pour ou contre le sentiment du gouvernement⁽¹⁾.

Une conception comme celle de Tezner ou de Picard nous semble plus naturelle. Ce que redoutent ces auteurs n'est pas tant l'esprit de parti que la décision « libre », sans contrôle et sans formes, par l'administration, de questions importantes, intéressant la personne et les biens des sujets de l'État. On peut dire, non sans raison, que les mêmes motifs sur lesquels on se fonde pour demander l'attribution à des tribunaux administratifs des questions dites de droit, peuvent aussi être invoqués pour justifier la juridiction de ces tribunaux dans les questions dites administratives techniques. Ce qui empêcherait les tribunaux administratifs de se mêler de ces dernières serait leur nature. Mais, comme le remarque Tezner (loc. cit. 33 ss.), on s'explique difficilement en quoi pourrait consister cet élément administratif technique, dont les tribunaux administratifs, pourvus des connaissances spéciales nécessaires, ne sauraient se permettre de connaître. Dans un très-grand nombre de questions dites administratives techniques, l'administration est obligée de s'en rapporter à l'avis d'experts spéciaux, médecins, architectes, etc. . . . ; pourquoi les tribunaux administratifs ne pourraient-ils pas décider d'après ces avis, aussi bien que les autorités administratives? C'est ce qui n'apparaît pas clairement. Dans d'autres cas, où l'administration possède elle-même les connaissances spéciales nécessaires, les raisons pour et contre pourraient, semble-t-il, être soumises au tribunal administratif, également pourvu des mêmes connaissances.

Il semble donc qu'aucun obstacle ne s'oppose, en soi, à ce que le contrôle des tribunaux administratifs s'étende à tous les cas où la loi subordonne la légitimité d'une atteinte administrative à des intérêts individuels à l'existence de cer-

(¹) Cpr. Schmitt, 101—102. Tezner, 104—106.

taines conditions, — déterminées ou relativement déterminées, — ou enjoint à l'administration d'agir dans l'intérêt particulier lorsque certaines conditions se rencontrent, en sorte que le contrôle des tribunaux ne serait exclu que dans le cas — assurément fort rare — où la loi a laissé toute liberté à l'administration ou — ce qui arrive fréquemment, — dans le cas où l'administration est tenue d'agir de telle ou telle manière envers *la société*, sans que *le particulier* ait aucun droit à faire valoir. Pourtant, d'un autre côté, il convient de rappeler que l'institution de tribunaux administratifs à compétence générale pour toutes les contestations entre l'administration et les citoyens entraînerait une telle dépense et un tel travail qu'on s'y résoudra difficilement, à moins de circonstances particulières de nature à faire sérieusement redouter des décisions administratives injustes. Et même, en ce cas, on ne songera qu'en second lieu à instituer des tribunaux administratifs spéciaux : le premier soin sera de réformer l'administration active. Si l'on institue des tribunaux administratifs, on ne voudra pas non plus leur attribuer compétence sur toute espèce de litiges, même le plus insignifiant, roulant sur une faute alléguée à la charge de l'administration ; il faut, comme le soutient Gneist, que l'intérêt en jeu soit d'une certaine importance.

VII

Organisation de la juridiction administrative. Objections à la compétence des tribunaux ordinaires.

Les tribunaux administratifs trouvent leur justification dans la coexistence de deux raisons : d'une part, l'inconvénient d'attribuer la décision définitive des litiges en ques-

tion aux autorités administratives ordinaires, et d'autre part, celui de confier cette décision aux tribunaux ordinaires, déjà chargés des affaires privées et de la justice répressive. On a déjà indiqué dans l'Introduction pour quelles raisons on estime qu'il y a inconvénient à remettre, sans distinction, la décision définitive des litiges administratifs à l'administration elle-même, et pourquoi on préfère des tribunaux qui en soient indépendants, pour instruire et juger les questions administratives que l'on désigne communément sous le nom de questions de droit. L'idée essentielle est la crainte, plus ou moins justifiée par les circonstances, d'une préférence partielle accordée à l'intérêt public à l'encontre des intérêts individuels, la crainte d'une interprétation « administrative » partielle des lois qui délimitent la sphère de droit de la société et celle des particuliers. Le remède qu'on y trouve est une juridiction de contrôle impartiale, ayant pour objet principal de rechercher si la loi, qui détermine les droits de l'administration et ceux de l'individu, a été observée, et non, comme l'administration, de travailler en se proposant avant tout l'intérêt public pour but — en observant d'ailleurs les lois existantes. Cette idée semblerait conduire, logiquement, à ne conférer aux membres de ces juridictions de contrôle que des attributions contentieuses, à l'exclusion des attributions administratives pures. Pourtant c'est le contraire qui se passe le plus souvent. L'autorité qui fonctionne en qualité de tribunal administratif peut, le cas échéant, jouer le rôle d'une autorité administrative pure. La distinction entre les attributions contentieuses et les attributions administratives résulte de l'observation de certaines formes spéciales, protectrices des droits individuels, telles notamment que le débat contradictoire. Lorsque l'autorité administrative fonctionne en qualité de tribunal, elle rend sa décision sans égard aux instructions et aux ordres supérieurs, et en se fondant sur la loi seule. Car il serait contradictoire de constituer un tribunal impartial, avec

des formes protectrices des intérêts individuels, et en même temps de permettre à d'autres d'influer sur la décision. Aussi le tribunal administratif, constitué comme il vient d'être dit, prendra-t-il souvent la forme collégiale et sera-t-il même composé, — pour partie en tous cas — de non-fonctionnaires (p. ex. les juridictions inférieures dans les États allemands).

Convient-il d'organiser un contrôle analogue en ce qui concerne les décisions prises par l'administration sur des questions d'appréciation administrative technique? C'est le point qui a été traité au chapitre précédent. Il nous semble qu'on ne peut faire aucune objection de principe à cette théorie extensive. Par contre, c'est une question de savoir si dans des conditions normales il existe des raisons suffisantes de mettre en mouvement un système aussi compliqué.

Il s'agit maintenant de savoir si la décision des litiges dont il est question ici, c'est à dire de ceux qu'on ne veut pas abandonner à l'administration elle-même, doit être attribuée aux tribunaux ordinaires ou à des tribunaux administratifs distincts. Quant à l'organisation de détail de ces tribunaux, elle dépend, pour partie au moins, de la nature des considérations qui président à leur établissement. Nous allons indiquer ci-après les raisons les plus importantes invoquées contre la compétence des tribunaux ordinaires. Nous traiterons la question, d'abord, au point de vue de la notion ordinaire de l'objet de la juridiction administrative, et ensuite au point de vue spécial où se placent Gneist et Tezner

I. Objections à la compétence des tribunaux ordinaires en matière contentieuse administrative.

Nous avons expliqué en détail, au chapitre II, que presque partout, au début, le départ d'attributions entre les tribunaux et l'administration s'est opéré en donnant à l'administration la décision des litiges de droit public, et en chargeant les

tribunaux de trancher ceux de droit privé et pénal. La raison en était, d'abord, que l'administration s'estimait en état de juger elle-même de la régularité de ses actes, et ne voyait pas de motifs suffisants pour se soumettre, à cet égard, au sentiment d'autrui; et ensuite, qu'elle craignait de se trouver paralysée dans son action légitime par les empiétements d'une autorité qu'on pouvait supposer disposée à adopter un point de vue diamétralement contraire pour juger ses actes, et interpréter les lois qui pouvaient les justifier. C'est pourquoi le désir d'établir un contrôle sur les décisions de l'administration n'a conduit tout d'abord qu'à instituer des tribunaux administratifs dépendants du gouvernement (comme sous l'ancienne monarchie française), ou à faire trancher les litiges en question par un corps organisé collégalement (comme en Prusse à une époque ancienne, cpr. Gneist, Rechtsstaat, 99 ss.). L'institution de tribunaux administratifs indépendants n'appartient qu'au siècle présent, et encore, en partie, à sa dernière période. On peut dès lors se demander pourquoi on ne franchirait point le dernier pas — comme cela a lieu en Danemark — en abandonnant la connaissance du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires.

a. On allègue parfois que la décision sur des litiges de droit public ne saurait être attribuée aux tribunaux, parceque ceux-ci ne peuvent être placés au dessus de l'État, et que *l'État ne peut être réputé partie dans un litige*. Ce raisonnement se rencontre, non seulement chez un auteur comme *Stahl*⁽¹⁾, qui n'est pas partisan d'une juridiction administrative distincte, mais encore chez des jurisconsultes qui en préconisent l'établissement, tels que *Gerber*⁽²⁾ et *Unger*⁽³⁾. Il n'est

(1) Rechts- und Staatslehre, 2^e éd. 1854—56, pp. 607 ss.

(2) Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3^e éd., p. 191, cpr. p. 188.

(3) Discours à la chambre des seigneurs autrichienne dans la discussion du projet de loi sur l'établissement d'un tribunal administratif (Lois du 22 octobre 1875 avec documents, publiées par Kaserer, p. 72).

pas aisé de comprendre quelles conséquences Gerber tire du principe ci-dessus, si ce n'est cette conséquence toute négative que la décision des litiges de droit public ne peut pas être abandonnée aux tribunaux ordinaires. Unger cherche à s'en autoriser pour démontrer que le tribunal administratif proposé par lui, et placé en dehors de l'administration, ne peut être organisé que comme juridiction de cassation, et qu'il ne saurait en aucun cas avoir le droit de condamner l'administration à faire ou à ne pas faire un acte déterminé⁽¹⁾.

La théorie de Stahl a été déjà citée plus haut (p. 34). Gerber s'exprime (loc. cit.) de la manière suivante : « Veut-on soumettre le droit public à la décision des tribunaux ? Ceux-ci ne prendront plus rang parmi les organes de l'État ; ils seront en dehors, et le principe et la source de leur autorité, dont ils sont les serviteurs, deviendra leur justiciable. » « L'État, déclare Unger dans le discours cité, ne peut jamais être partie dans un litige, lorsqu'il s'agit de l'exercice de son droit de souveraineté. Le droit de l'État et celui du particulier ne sont pas de même ordre. Il ne peut donc se produire, en cette matière, de contestations entre des droits de même valeur, sur lesquelles un tribunal puisse prononcer comme dans un litige de droit commun. »

Nous ne rechercherons pas si cette théorie est compatible avec la doctrine de Stahl, qui veut que les tribunaux soient compétents pour connaître des questions relatives à toute atteinte portée par l'administration à ce qu'il appelle les « droits exempts », — ou avec la thèse de Gerber et d'Unger, qui sont partisans d'une juridiction administrative indépendante. En tous cas c'est une théorie qui repose sur une confusion. L'administration ne saurait être identifiée avec l'État ; l'État ne parle par sa bouche que quand elle agit en conformité avec la loi qui l'oblige. Instituer des juges pour décider ce

(¹) Loc. cit. pp. 74 ss.

point, ce n'est nullement se mettre en contradiction avec le principe de l'État. Le rôle de ces juges, comme dit Stein⁽¹⁾, sera précisément de défendre la loi contre l'administration, d'empêcher que cette dernière se place au dessus de la loi, seule souveraine. Autrement dit, si l'État, en la forme, joue le rôle de partie au débat, cela ne signifie point que son autorité puisse être méconnue par les juges, que ceux-ci se placent au dessus de lui, mais tout au contraire que la loi, qui est l'expression de la volonté de l'État, s'imposera, par l'organe des juges, à l'administration elle-même⁽²⁾.

b. L'argument principal contre la compétence des tribunaux en matière administrative consiste à soutenir qu'en cette matière, la décision doit se prendre d'une autre manière, *par des considérations et à un point de vue tout différents de ceux qui sont d'usage en matière de droit privé*; qu'en décidant des questions de droit public par les mêmes méthodes qui servent à trancher les questions de droit privé, on arriverait à des résultats inexacts, ne répondant point aux nécessités de l'administration et aux besoins de la société. Ce qu'on allègue, ce n'est pas seulement qu'en matière administrative il est besoin de *connaissances techniques* spéciales, ce qui peut arriver aussi en certaines matières de droit privé, mais que le jugement doit s'y fonder sur *un ordre de considérations qui n'ont pas cours en droit privé*.

Cette théorie a été soutenue surtout en Allemagne, notamment par des auteurs comme Stahl, Gerber et Bluntschli. En droit danois, on trouve une thèse assez analogue chez Ørsted, bien que les conséquences qu'il en tire soient différentes de celles qu'en déduisent les auteurs allemands. En France, on fait valoir des considérations du même genre;

(¹) Zeitschrift de Grünhut, VI, p. 315.

(²) Cpr. avec ce qui précède Schmitt, Grundlagen, 104 ss. Jellinek, System, 211 ss.

V. par exemple Aucoc, Conférences sur le droit administratif, I, 392 ss.. 405; Vivien, Études administratives, cité par Aucoc, 393, etc. (1).

Nous allons citer, — suivant l'exemple de Schmitt (2) — les auteurs allemands dont nous venons de parler; c'est chez eux que cette théorie se présente le plus nettement.

« Toute matière, ait *Stahl* (3), où il s'agit avant tout et d'une manière absolue de garantir à chaque citoyen en particulier le droit qui lui appartient, constitue le domaine des juges; par contre, celles où on se propose essentiellement de réaliser un profit pour la société forment le domaine de l'administration (4). . . On est dans le domaine du juge toutes les fois que le but direct poursuivi (*τέλος*) est exclusivement la justice. Assurément, la justice doit toujours être satisfaite, aussi bien quand il s'agit de juger que d'administrer; mais, *dans le domaine administratif, la justice joue le rôle d'une limite, tandis que pour le juge elle est le but positif et unique*. Là, on vise à travailler au bien public, en tenant compte des exigences de la justice; ici on ne s'occupe que de la justice seule. Dans le domaine du droit privé, c'est-à-dire dans toutes les circonstances où il s'agit de satisfaire les particuliers et de rendre meilleures leurs conditions d'existence, le but est de garantir les droits de l'individu; sur le terrain du droit public, partout où il s'agit de gouverner les hommes, de les réunir en société et de perfectionner cette société, le bien

(1) Cpr. les développements de Clementini: « Della Competenza e dei procedimenti speciali » (1892) II, 493-498. Ce qu'il dit paraît exact en thèse générale; pourtant nous ne saurions tomber d'accord avec lui quand il soutient que la justice se propose un *but* différent en matière de droit privé et en matière de droit public; dire droit est le but, tout aussi bien du juge des litiges privés que de celui qui décide les contestations de droit public entre l'administration et les particuliers.

(2) Grundlagen, pp. 83 ss.

(3) Rechts- und Staatslehre, 2^e éd. 1854—56, pp. 507 ss.

(4) Cpr. plus haut pp. 138 ss.

public — et non la justice — est le principe dominant et dirigeant. »

Gerber s'exprime en termes analogues, mais plus énergiques⁽¹⁾ : « Ce qui caractérise la fonction du juge, c'est qu'elle a pour objet de réaliser le droit absolu. C'est exclusivement à ce point de vue qu'il considère les espèces qui lui sont soumises. Il ne doit pas s'inspirer de considérations relatives, telles que le bien public, l'utilité ou la convenance, la morale, mais uniquement et exclusivement des principes du droit. » Par suite, le domaine des tribunaux se réduit au droit pénal et au droit privé. Le droit public ne rentre pas dans cet ordre d'idées. « Assurément, lorsqu'il se rencontre, en matière de droit public, des points obscurs ou contestés, il appartient à la puissance publique de les trancher ; mais pour cela, elle n'a pas seulement à considérer l'espèce à un point de vue spécial, pour lui appliquer des règles de droit absolues : *elle tient compte, en même temps, des exigences du bien public, de ce qui peut être utile ou convenable pour les intérêts de la société.* En contraignant l'individu à se laisser traiter d'après ces considérations relatives, la puissance publique ne procède pourtant pas d'une manière arbitraire ; car l'application de considérations même étrangères à la sphère du droit absolu est régie en partie par des lois, ordonnances ou principes de droit. »

De même, *Bluntschli*⁽²⁾ : « Les litiges de droit public doivent toujours être tranchés au point de vue de l'ordre public et en tenant compte de l'utilité commune. Un système qui consisterait à tenir la main à l'application des principes du droit public, en s'inspirant exclusivement des déductions tirées de lois abstraites, sans tenir compte des exigences

(¹) Grundzüge des deutschen Staatsrechte, 181 ss., 210 ss.

(²) « Studien über Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege », dans la Kritische Vierteljahrsschrift de Pözl, VI. Cpr. Allg. Staatsrecht (1865), II, 240, ss.

changeantes de la société, paralyserait l'action de l'État et amènerait sa dissolution . . . Un sentiment d'équité naïve, se refusant à rien voir qui ne soit dans les pièces ou dans les allégations des parties, une haute impartialité, plaçant l'État sur le même pied que toute autre partie en cause, une liberté de décision qui analyse les faits dans tous leurs éléments et les fait rentrer sous l'application des règles de droit, une pénétration et une finesse d'esprit, qui va parfois jusqu'à l'examen minutieux et à la loupe, et qui conclut de la forme au fond, la rigueur et l'inflexibilité de la logique, sont des qualités très précieuses chez un juge civil, mais très-dangereuses pour le juge chargé de décider en matière de droit public, et qui peuvent le conduire à perdre de vue précisément le point essentiel en pareille matière, qui est la connexion de tous les droits publics avec l'ensemble, c'est à dire avec l'État, de qui ils relèvent. On comprend que le juge civil s'inspire de la maxime: *fiat justitia et pereat mundus*, parceque la décision sur un litige particulier, portant sur un droit privé, prétendu à l'encontre de tout le monde, n'ébranle pourtant pas le monde dans ses fondements; mais il serait absurde de dire: *fiat jus publicum et pereat res publica*. Les mêmes lois administratives sont interprétées et appliquées plus ou moins strictement, suivant les circonstances. — Il ne peut en être autrement, car le droit administratif ne saurait s'abstraire de la vie publique et de son mouvement. *Il est bien vrai que les lois qui déterminent et précisent les conditions et les limites du droit administratif s'imposent à la décision du juge avec la même rigueur que les lois qui régissent le droit privé.* Mais, en règle ordinaire, il reste encore au juge, en matière contentieuse administrative, dans les limites de ces lois, une liberté d'action assez vaste, qui lui permet d'apprécier les prétentions des parties et les nécessités de l'État dans le sens de la réalité actuelle et conformément à la marche de toutes choses autour de lui.

C'est pourquoi le juge administratif aura, beaucoup plus que le juge civil, l'occasion de faire entrer en ligne de compte, outre la question de droit et de légalité, celle de convenance ou d'opportunité, et par suite de regarder, non pas seulement en arrière, mais aussi en avant. Aussi la capacité juridique toute seule serait-elle insuffisante pour le juge administratif. »

Tous les auteurs que nous venons de citer s'accordent à penser que les litiges de droit public ne peuvent pas se résoudre, comme ceux du droit privé, par une interprétation et une application logiques de la loi aux faits d'espèce, mais que la décision doit s'inspirer de l'intérêt public, de ce qui peut être actuellement utile ou convenable pour la société, et que par suite les tribunaux ordinaires, à qui on ne peut pas demander de se laisser déterminer par ces considérations, doivent être tenus pour moins aptes à trancher des litiges de droit public.

Il convient de faire observer tout d'abord que la différence entre cette théorie et la doctrine que nous suivons, par exemple, en Danemark, n'est pas si grande qu'elle pourrait sembler au premier abord. Les auteurs cités apportent en effet de nombreuses exceptions à leur principe, suivant lequel les tribunaux ne peuvent décider que des contestations d'ordre privé. Ainsi *Stahl* leur attribue compétence dans tous les cas où l'administration a porté atteinte à ce qu'il appelle les « *droits exempts* », ce qui signifie pour lui certains droits des citoyens — assez mal définis à la vérité —, soustraits aux atteintes de l'autorité publique⁽¹⁾. Lorsque l'instance

(1) Ouvrage cité, pp. 617 ss. Les droits ainsi définis ne sont pas clairement précisés. S. distingue entre l'*exemption directe (positive)*, c'est-à-dire les droits qui jouent le rôle d'exceptions et de limites à la puissance publique (p. ex. l'exemption d'impôts, résultant de la constitution ou de la convention), et l'*exemption indirecte (négative)*, qui peut être invoquée lorsque l'autorité publique outrepassé complètement ses attributions, p. ex. lorsque la police inflige une peine supérieure au maximum légal, ou lorsqu'un impôt est réclamé à une personne pour un bien qui n'est pas sa propriété.

roule sur la violation d'un droit de cette catégorie, la décision ne peut se fonder que sur des considérations de droit, et non point, en même temps et en première ligne, sur la considération de l'intérêt social. De même *Gerber* ⁽¹⁾: « Là seulement où la puissance publique trouve ou crée, dans le domaine du droit public, un droit acquis individuel, elle ne peut pas, quelque connexion qui puisse exister d'ailleurs entre ce droit individuel et tout l'organisme social, se permettre d'y porter atteinte autrement que les principes du droit absolu ne l'y autorisent: aussi doit-elle abandonner la décision aux tribunaux. Il faut en effet qu'elle reconnaisse que dans ce cas, la sphère de droit de l'individu a absorbé une portion du domaine du droit public et en a fait une sorte de droit privé, soustrait désormais à la liberté d'action de la puissance publique. »

Toutefois, même avec ces exceptions, la théorie qui vient d'être exposée ne saurait être tenue pour exacte. Aussi bien en droit public qu'en droit privé, quand il est question de loi, de droits et d'obligations, la loi seule doit présider à la décision. Dire le droit est le but poursuivi par toute décision sur un litige, qu'il s'agisse de droit privé ou de droit public. Les lois qui concernent l'administration sont tout aussi obligatoires, et ont la même valeur absolue, que les lois qui gouvernent le droit privé; dans un de ces domaines comme dans l'autre, il s'agit d'appliquer le droit existant. Il n'est pas vrai de dire avec Bluntschli que l'interprétation des lois administratives doit se faire différemment suivant les circonstances; elle doit au contraire nécessairement suivre les mêmes principes que l'interprétation des règles du droit privé ⁽²⁾.

Comme preuve de ce qui précède, il suffit de considérer les divers litiges pour lesquels on s'accorde à demander le contrôle indépendant d'un juge.

⁽¹⁾ Grundzüge des deutschen Staatsrechts, p. 187, cpr. 210 note et 212.

⁽²⁾ Schmitt, Grundlagen, 102—104, 107—113,

Ce sont, tout d'abord, les cas où les conditions mises par la loi à l'exercice de l'action administrative sont complètement déterminées, de manière à exclure toute appréciation. Une commune, par exemple, se pourvoit contre une décision ministérielle qui lui a enjoint de construire une nouvelle école, en alléguant qu'aux termes de la loi, elle ne peut y être contrainte que lorsque le nombre des enfants ayant l'âge scolaire dépasse un certain chiffre. Le ministère, de son côté, soutient que la loi invoquée ne contient aucune disposition semblable⁽¹⁾, ou que le nombre des enfants dépasse ce chiffre. Il ne saurait être question ici de considérations en vertu desquelles la loi devrait être interprétée autrement qu'il n'est de règle en matière privée; il n'y a point ici de considérations d'opportunité qui puissent prévaloir contre le droit.

Une autre catégorie comprend les cas où il y a lieu d'interpréter les termes de la loi qui peuvent laisser place au doute, et dont l'application peut dépendre, suivant les circonstances, d'une appréciation, sans pourtant que la question soit jamais qualifiée de question d'opportunité ou de convenance: des termes, par exemple, tels que « honorabilité », « domicile fixe », « être au service d'un particulier », etc. . . . La question qui s'agite alors est celle de savoir 1° quels sont exactement les faits de l'espèce; 2° si ces faits rentrent dans les termes de la loi. Ici encore il ne saurait être question de raisons d'opportunité ou de convenance qui fassent fléchir le droit, ni d'exception à apporter aux règles ordinaires d'interprétation, à raison des exigences variables du moment. L'appréciation, en matière de droit public, doit suivre les mêmes règles que l'appréciation en droit privé. La question de savoir si une personne peut être réputée avoir un domicile fixe dans telle ou telle commune,

(¹) Cpr. Recueil de jurisprudence (Ugeskrift for Retsvæsen), 1891, 455 et 1023. Cpr. Sarwey, öffentliches Recht, 159 ss.

si elle est honorable et jouit par suite de ses droits électoraux, ne peut se trancher que par des raisons de droit, c'est-à-dire par les raisons dont la loi commande de faire état. Le fait qu'une commune a plus de besoins qu'une autre, les raisons politiques, la considération des nécessités financières de l'État, ou de l'inconvénient qu'il y aurait à ce qu'un contribuable pût échapper à l'impôt, etc. . . . sont, à moins de dispositions contraires de la loi, des raisons opérantes. Celles là seules doivent être retenues que la loi autorise ; et toutes celles que la loi autorise sont, de par la loi elle-même, des raisons de droit⁽¹⁾.

Les litiges que nous venons d'indiquer touchent à ceux où — à cause de l'importance de l'intérêt en jeu pour les individus ou par d'autres motifs, — on a abandonné aux tribunaux une appréciation analogue à celle qu'on réserve ordinairement à l'administration (« appréciation administrative technique »). C'est ce qui a lieu lorsqu'on laisse aux tribunaux le soin de décider si l'administration a eu raison de faire enfermer une personne comme aliénée dangereuse pour la sûreté publique ; ou bien, pour emprunter un exemple au droit danois, lorsque l'article 4 de la loi spéciale attribue aux tribunaux la décision définitive sur le point de savoir si une église doit être agrandie, parce que l'expérience a démontré qu'elle n'était pas assez vaste pour contenir tous les paroissiens⁽²⁾. C'est surtout en de semblables hypothèses qu'il sera question de raisons de convenance ou d'opportunité. Rien n'empêche, comme nous l'avons fait remarquer plus haut (p. 113 ss.) d'employer cette expression. Mais ce serait une erreur de croire que la raison d'opportunité ou de convenance s'oppose à la raison de droit comme une *contradiction*, ou qu'elle conduise, en pareille matière, à des conclusions différentes. La raison d'oppor-

(1) Cpr. les arrêts cités plus haut, p. 110.

(2) V. les autres exemples cités plus haut, pp. 125 ss.

tunité ne fait pas échec à la raison de droit ; tout au contraire, elle se confond avec elle. La question de savoir si l'autorité publique a eu raison d'enfermer une personne tient, si on veut, à des considérations d'opportunité ou de convenance ; néanmoins, il faut appliquer ici exactement le même principe auquel les auteurs cités se rangent en droit privé, à savoir, que les faits de l'espèce doivent être jugés exclusivement d'après les règles du droit absolu. Ces règles, dans le dernier exemple cité, consistent en ceci, que l'autorité publique n'a le droit d'ordonner l'internement d'une personne que si elle est aliénée, et que son état mental la rende vraiment dangereuse pour la sécurité publique. Les raisons qui déterminent le juge ne sont pas essentiellement différentes de celles qui ont cours en droit privé. Ici aussi, il s'agit d'examiner les deux questions : Quels sont les faits de l'espèce, utiles à retenir au sens de la loi ? Ces faits rentrent-ils dans la définition légale : « danger pour la sécurité publique », « manque de place commode à l'église » ? La constatation du fait peut être difficile : l'interprétation des termes de la loi peut laisser place au doute : la question d'application aux faits donnés de la définition légale peut, dans un certaine mesure, rendre une appréciation nécessaire ; — néanmoins les déductions sur lesquelles on se fonde sont exactement de même nature que celles qui déterminent la décision du juge en toute autre matière de sa compétence. Assurément il peut arriver que cette décision exige des connaissances spéciales : le cas peut se présenter aussi en droit privé ; la difficulté peut se résoudre de deux manières, ou en recourant à des experts, ou en instituant des tribunaux possédant eux-mêmes les connaissances nécessaires. Mais il ne suit pas de là qu'il soit indispensable d'instituer des tribunaux administratifs, dépendants de l'administration, et placés en dehors de l'organisation judiciaire générale.

On trouve dans la théorie d'Ørsted sur la compétence

respective des tribunaux et de l'administration un point qui rappelle la doctrine des auteurs que nous venons de citer⁽¹⁾. Toutefois il ne conçoit pas la question exactement de la même manière. Il a exprimé ses idées sur ce sujet, notamment, dans son ouvrage intitulé : « Examen des projets de lois constitutionnelle et électorale soumis au parlement », 1849 (pp. 256—271) et dans ses discours à l'assemblée constituante (comptes-rendus pp. 2465—74), où il critique la disposition du projet de constitution relative au droit attribué aux tribunaux de connaître des questions concernant les limites de la compétence administrative (Constitution actuelle, art. 72). Cette disposition, suivant Ørsted, a nécessairement pour conséquence que la limite entre le contentieux judiciaire et le contentieux administratif sera inexactement tracée. Ce n'est pas qu'il entende que les tribunaux doivent être absolument incompétents dans les cas où l'administration a outrepassé les limites de ses attributions ; il approuve la règle en vigueur antérieurement à la constitution, d'après laquelle les actes administratifs pouvaient être, suivant les circonstances, jugés par les tribunaux (Manuel, III, 15 ss.). Mais la compétence des tribunaux doit se restreindre aux cas où il est évident que l'acte ne rentre pas dans les attributions de l'autorité administrative. Il y avait été pourvu, à l'époque antérieure à la constitution, par le principe qui remettait au roi, dans chaque cas particulier, le soin de décider si les tribunaux étaient ou non compétents. Ce pouvoir

(¹) Le passage suivant de son Manuel, VI, pp. 536 ss., est conçu à peu près dans les termes mêmes de Gerber et de Bluntschli : « En ce qui concerne les litiges relatifs à des actes administratifs, il faut assurément faire état de la loi et du droit, mais pourtant la décision ne consiste en aucune façon à appliquer simplement au fait une règle de droit commun. Il s'agit essentiellement de savoir ce qui est utile ou opportun, en tenant un compte exact de la nature particulière des personnes et des choses, et des circonstances de lieu et de temps. Les principes de droit jouent ici un rôle plutôt négatif que positif. »

royal supprimé, il est à craindre que les tribunaux ne prononcent dans des espèces où la question de régularité de l'acte administratif est douteuse, et où les tribunaux, *en appliquant la loi par trop rigoureusement*, risquent de consacrer des erreurs.

L'article de la constitution, d'après Ørsted, aura pour conséquence qu'à l'avenir il deviendra difficile à l'administration de prendre beaucoup de mesures qu'elle doit prendre. Car les tribunaux, lorsque l'administration sera mise en cause devant eux, appliqueront la loi à l'espèce qui leur sera soumise. Or il y a des questions qui ne doivent pas se résoudre seulement d'après le droit commun, mais aussi en tenant compte de la réalité des choses ; « l'appréciation de ces circonstances peut être le point essentiel, et l'intelligence de la loi elle-même n'être que l'accessoire ». *L'administration peut être obligée de prendre des mesures qui n'ont pas leur fondement direct dans une loi*. Il faut, par exemple, en cas de danger de troubles, qu'elle puisse recourir à des procédés hors du droit commun, comme d'ordonner qu'on ferme les auberges et boutiques, ou qu'on tienne à la maison les gens de service, etc. . . . La question de savoir si l'administration a eu raison de prendre ces mesures ne saurait être abandonnée aux tribunaux ; car il n'est pas certain qu'ils trouvent justifiées des mesures qui étaient pourtant commandées par les circonstances.

Comme on était d'accord pour supprimer la règle alors en vigueur, qui attribuait au roi le pouvoir de renvoyer le litige aux tribunaux ou de le trancher lui-même, Ørsted propose un nouveau procédé, consistant à attribuer la solution de ces difficultés à la Haute Cour (*Rigsret*). Il semble supposer d'ailleurs, — ce qui s'accorde avec sa théorie — que la Haute Cour aura, non seulement à trancher la question de compétence et à prendre la décision jusqu'alors réservée au roi, mais à juger l'affaire *au fond*. Attaquer l'administra-

tion, suivant Ørsted, tourne aisément à attaquer le ministère. Ce sont là des procès rentrant dans la compétence de la Haute Cour, qui est instituée précisément pour décider si les Ministres ont agi régulièrement ou non. Cela ne veut pas dire que le recours à la Haute Cour aura nécessairement la forme d'une poursuite pénale ou en dommages intérêts ; il peut se faire que ce recours tende seulement à faire réformer une décision administrative, approuvée par le ministre. Or la Haute Cour, à raison de sa composition mixte — jurisconsultes et hommes politiques — sera précisément en mesure de réunir toutes les qualités exigées, comme il a été expliqué, de l'autorité chargée de décider. D'ailleurs, le particulier ne pourra saisir directement la Haute Cour : il faudra qu'il s'adresse d'abord au *Rigsdag*, qui pourra maintenir l'acte attaqué, alors même qu'il ne serait pas absolument justifié en droit, lorsque pourtant il sera jugé nécessaire, d'après les circonstances.

On peut faire, de la théorie d'Ørsted, la critique suivante. Lorsqu'on relève une atteinte portée aux droits des citoyens, la question est nécessairement de savoir si l'acte incriminé est ou non légal. Il faut un texte de loi pour que l'administration puisse être considérée comme autorisée à porter atteinte à des droits individuels. Lorsque l'administration agit, en pareille occurrence, « sans s'appuyer sur un texte de loi parfaitement clair », ou lorsqu'elle prend une mesure concernant les droits des citoyens, « qui ne trouve pas de fondement direct dans une loi », elle agit illégalement. Quelque nécessaire, quelque politique que puisse être son acte, il n'en est pas moins illégal. C'est affaire au législateur d'armer l'autorité publique de pouvoirs suffisants pour lui permettre d'agir quand il est nécessaire. S'il ne l'a pas fait, il pourra encore, assurément, reconnaître après coup le fait accompli comme légal, sauf à accorder, le cas échéant, une indemnité à la partie lésée. Mais s'il ne le fait pas, nul tribunal, ordinaire

ou administratif, la *Haute Cour comprise*, — et il en est, d'ailleurs, des autorités administratives exactement comme des tribunaux — ne pourra, par des raisons de convenance ou d'opportunité, déclarer légal l'acte illégal. Il semble qu'Ørsted lui-même s'en soit rendu compte, lorsqu'il demande qu'avant de saisir la Haute Cour, le plaignant s'adresse au Rigsdag, pour lui permettre de donner son approbation à la mesure extraordinaire prise par l'administration, s'il estime qu'elle est justifiée par les circonstances (bill of indemnity).

c. Il est indubitable que des *connaissances spéciales* — et particulièrement celle des lois et des matières administratives — sont désirables pour décider la plupart des contestations qui s'y rattachent. L'utilité de juges versés dans la science de l'administration s'impose encore par cette autre raison, que le juge qui l'ignore a une tendance continuelle à abandonner à l'administration des questions qui ne devraient pas échapper au contrôle des tribunaux, en sorte que les particuliers sont privés de la garantie à laquelle ils ont droit. Le juge qui n'a pas de connaissances spéciales craint souvent de s'aventurer sur un terrain où il ne se sent pas chez lui. Comme exemple *de ce fait* que les tribunaux ordinaires sont plus enclins que la juridiction administrative à justifier les actes de l'administration, on peut comparer, en droit français, les arrêts de la Cour de cassation et ceux du Conseil d'État, en des matières où l'un et l'autre sont compétents, spécialement dans les questions concernant la petite voirie; la Cour de cassation tient plus de compte, en cette matière, des intérêts administratifs que ne fait le Conseil d'État⁽¹⁾.

Pourtant, la nécessité de connaissances spéciales n'a pas pour conséquence nécessaire que la juridiction administrative soit placée en dehors de l'organisation judiciaire. Les juges administratifs doivent avoir une situation aussi indé-

(1) Aucoc, Conférences. I 141.

pendante, au regard de l'administration et de toutes autres influences, que les juges de droit commun. Une juridiction suprême commune pour les tribunaux ordinaires et administratifs est également nécessaire. Il n'est même nullement indispensable que la juridiction administrative soit exercée par des tribunaux ; la décision peut fort bien être remise à des sections ou à des chambres spéciales des tribunaux ordinaires ⁽¹⁾.

Les tribunaux administratifs, — dans le sens que nous venons de dire — peuvent, ou bien avoir une *compétence générale* en matière administrative, ou bien être institués pour juger de *certaines matières déterminées*. On trouve des exemples de cette dernière sorte de tribunaux en *Danemark*, bien que l'organisation, à divers égards, y laisse place à des modifications désirables pour une meilleure garantie de justice. Conformément au principe du droit danois, qui ne s'attache pas, pour déterminer la compétence, à la distinction entre les matières de droit public et de droit privé, ces tribunaux spéciaux — quel que soit le nom qu'on leur donne — tranchent parfois des questions de droit public et de droit privé tout à la fois, concernant la matière spéciale qu'ils sont réputés connaître.

II. Conception élargie de la compétence des tribunaux administratifs.

Il a déjà été expliqué plus haut comment Gneist et les autres auteurs, qui conçoivent pour la juridiction administrative un rôle plus étendu qu'elle n'a ordinairement, entendent que cette juridiction soit organisée. Cette extension de compétence n'entraîne pas, suivant ces auteurs, de conditions particulières d'organisation ; la compétence des tribunaux ad-

⁽¹⁾ Cpr. Sarwey, *öffentliches Recht*. 86—87. Stengel, *Wörterbuch*, II, 713. Tel est aussi le sentiment de Stein et de Schmitt dans les ouvrages cités ci-dessus.

ministratifs existants, allemands, français et autrichiens, pourrait être étendue conformément à cette théorie, sans qu'il fût nécessaire de les organiser d'une autre manière.

Il n'y a aucune nécessité à ce que les tribunaux administratifs, au cas où leur compétence viendrait à être élargie, soient placés dans une certaine *dépendance du gouvernement*, et notamment que les membres en soient amovibles, — «pour maintenir l'unité dans l'administration». Si l'administration a le droit de décider dans une espèce donnée d'après sa propre interprétation de la loi, il s'en suit nécessairement que les tribunaux administratifs doivent respecter ce droit; si au contraire l'administration, pour prendre sa décision, est tenue de se conformer à la loi, cette loi seule peut servir de base à la décision des tribunaux administratifs. Les affaires où la décision n'est pas soumise à des règles, (s'il y en a), sont, par leur nature, soustraites au contrôle de ces tribunaux.

Plus on étend le rôle des tribunaux administratifs, plus la nécessité de *connaissances spéciales* s'accuse. Si les questions à résoudre sont de même nature que les questions de droit dont les tribunaux sont communément saisis, la capacité juridique ordinaire est suffisante; si elles supposent la connaissance de règles et de choses que les juges du droit privé ne sauraient être réputés connaître, il est à désirer que ces derniers, avant leur nomination, aient travaillé au service de l'administration.

Pour *Gneist*, comme nous l'avons indiqué⁽¹⁾, un point important dans l'organisation des tribunaux administratifs, — abstraction faite de la juridiction supérieure — est qu'ils se composent pour partie de *non-fonctionnaires*, qui, en collaborant avec l'administration, acquièrent ou maintiennent les connaissances administratives nécessaires. Il est assuré-

(¹) Ci-dessus pp. 135 et 142.

ment avantageux que l'élément des non-fonctionnaires soit représenté dans les tribunaux administratifs; d'un autre côté, pourtant, il ne faut pas perdre de vue que les questions à résoudre sont pour la plupart de pures questions de droit, qui, selon toute apparence, doivent être mieux tranchées par des juges juristes. Le mieux serait donc une coopération des deux éléments⁽¹⁾.

VIII

Compétence en matière d'actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires.

I. — Actions en dommages-intérêts intentées par les particuliers⁽²⁾.

En règle générale, les litiges de cette nature relèvent des tribunaux ordinaires. On peut dire qu'ils ne touchent directe-

(¹) En Danemark, comme on le verra plus bas, les non-fonctionnaires sont appelés, en divers cas, à décider de questions administratives; leur juridiction s'étend alors souvent à la fois aux questions de droit et aux questions d'appréciation administrative (p. ex. commissions de répartition, sauf la commission supérieure de répartition de Copenhague, dont le rôle essentiel se borne à trancher des questions de droit).

(²) *Bibliographie*: Matzen, Droit constitutionnel, III, 244 ss., II, 151 ss. Nellemann, Procédure civile, partie générale, 115 ss. Aschehoug, Constitution norvégienne actuelle, III, 343 ss., 471 ss. — Daresté, Justice administrative, 515 ss. Aucoc, Conférences, I 740 ss. Laferrière, Juridiction administrative, I, 637 ss. Pandectes françaises, v^o Autorité administrative, et ailleurs. — Hauser, Die deutsche Gerichtsverfassung, 88 ss. Sarwey. Öffentliches Recht, 302 ss. Laband, Staatsrecht, I, 455 ss., II, 354. Bornhák, Preussisches Staatsrecht, II, 42 ss. Le même, art. «Rechtsweg» au Wörterbuch, II. Nadbyl, Art. «Konflikt», *ibid*, I. On trouvera l'indication complète de la bibliographie allemande sous les articles «Konflikt» et «Kompetenskonflikt», dans le Wörterbuch der deutschen Verwaltung. — Gneist, Engliches Verwaltungsrecht, I, 376 ss. Mantellini, Conflitti d'attribuzioni, I, 124 ss.

ment que le fonctionnaire poursuivi, et non l'administration; c'est contre lui, et non contre elle, que sont dirigées les allégations sur lesquelles l'action se fonde. On allègue qu'il a agi contre son devoir; il n'a donc pas agi comme représentant de l'État, comme organe de l'État; tout au contraire, en manquant à ses obligations, il a agi contre son mandat, il a cessé par cela même d'être l'organe de l'État⁽¹⁾. Comme tout roule ainsi sur l'acte personnel du fonctionnaire, et non sur l'acte de l'État, le débat entre le fonctionnaire et la partie lésée est matière de droit privé.

Toutefois, la solution de cette question de droit privé peut intéresser au plus haut point l'administration publique. Pour qu'un fonctionnaire puisse être déclaré responsable, il faut avant tout qu'il soit bien établi que son acte, ou son omission, était illégal, ou, pour employer la terminologie en usage en Danemark, qu'il a outrepassé les limites de ses pouvoirs ou qu'il a abusé de ces mêmes pouvoirs. C'est la solution de cette question de droit public préjudicielle, de la question de savoir si l'acte incriminé était ou non justifié en droit, qui est intéressante pour l'administration.

Aussi, bien que le jugement n'oblige pas directement l'administration à faire ou à ne pas faire un acte déterminé, il est clair qu'il influe à un degré considérable sur sa liberté d'action. Soit que l'ordre ou l'interdiction qui a donné lieu à la poursuite n'aient pas encore reçu d'exécution, soit que cette poursuite se réfère à un fait passé, le jugement rendu n'en est pas moins destiné à servir à l'avenir de règle de

(¹) Hauser, *Die deutsche Gerichtsverfassung*, 101. Jellinek, *System*, 202. Gneist, *Rechtsstaat*, 341, note 30: «L'acte extra officium est en réalité l'acte d'un particulier»; cpr. le même auteur, «*Englisches Verwaltungsrecht*», I, 377. Bornhák, *Wörterbuch*, «*Rechtsweg*» § 4: «Si le fonctionnaire, dans l'exercice de ses fonctions, agit contrairement à la loi, intentionnellement ou par négligence, ce n'est plus en réalité un fonctionnaire, c'est un particulier qui agit». Le même auteur, *Preussisches Staatsrecht*, II, 42 ss., 117. Ulbrich, *Österreichisches Staatsrecht*, p. 111.

conduite à l'administration. Dans le premier cas, le jugement qui condamne le fonctionnaire à des dommages-intérêts sera, pour l'administration, une raison péremptoire pour retirer l'ordre qui a été la cause de cette condamnation; dans les deux cas, il rendra difficile, pour l'administration, d'édicter à l'avenir un ordre semblable en pareille circonstance.

Si le tribunal est compétent, en général, pour examiner la légalité de l'acte incriminé, lorsque la question lui est soumise comme objet direct et principal d'une instance, aucune difficulté ne saurait s'élever. En ce cas, l'administration n'a qu'à se conformer à l'opinion du juge, puisque, précisément, cette opinion, aux termes de la loi, est réputée plus juste que la sienne. Aussi, en droit danois (et norvégien), ne peut-il y avoir de doute sur la compétence pour la solution de la question préjudicielle que dans les cas où on allègue que l'acte administratif est illégal, bien que cet acte ait été pris, suivant, la terminologie en usage, dans les limites des pouvoirs de l'autorité administrative⁽¹⁾. Il en est autrement à l'étranger, notamment en France et en Allemagne, où la question de légalité des actes administratifs ne peut pas faire l'objet principal d'une instance engagée devant les tribunaux ordinaires.

Dans les cas où les tribunaux ne sont pas compétents pour déclarer l'illégalité d'un acte administratif, il serait évidemment contradictoire de leur attribuer le droit de décider ce même point comme question préjudicielle dans une instance en dommages-intérêts. On part en effet de ce principe que l'administration est mieux placée que le juge pour résoudre elle-même la question; mais elle n'en serait pas moins tenue, par crainte de responsabilité et de dommages-intérêts, d'avoir égard à la décision du juge. Poser en prin-

⁽¹⁾ Cpr. Nellemann, 113, 116 ss. Matzen, III, 237, 245 ss. Aschehoug Constitution norvégienne actuelle, III, 343 ss.

cipe que les tribunaux sont incompétents pour reconnaître l'illégalité d'un acte administratif, revient nécessairement à dire qu'ils ne peuvent pas non plus examiner la question, quand elle se présente comme préjudicielle à une demande de dommages-intérêts. Comme dit Aschehoug⁽¹⁾, la compétence des tribunaux pour juger de la légalité des actes administratifs doit nécessairement s'étendre aussi loin lorsque la partie lésée réclame des dommages-intérêts au fonctionnaire que lorsqu'elle demande l'annulation ou la réformation de sa décision⁽²⁾.

C'est aussi, à peu de chose près, le résultat auquel arrive Matzen (*Droit constitutionnel*, III^e partie, 2^e éd. pp. 245—252). Mais Matzen le justifie autrement. Le point de départ de son argumentation n'est pas tant la nécessité d'assurer l'indépendance de l'administration dans le domaine qui lui est réservé, que l'inconvénient de mettre aux prises deux pouvoirs de l'État, dont l'un agirait dans le cercle de ses attributions, tandis que l'autre contesterait qu'il le fit, sans pouvoir pourtant invalider ses actes. Matzen a pleinement raison d'estimer qu'un conflit de cette nature est fâcheux pour le renom des pouvoirs publics; mais il nous semble que là n'est point la considération déterminante, sur la question qui nous occupe. Ainsi, Matzen veut appliquer le même principe d'incompétence des tribunaux aux cas — assez nombreux — « où la décision administrative n'a pas

(¹) Loc. cit. 349.

(²) Cpr. Nellesmann, 115 ss. Hauser, *die deutsche Gerichtsverfassung*, 114: «Der Grund der entwickelten Zuständigkeitsregel bezüglich der Entscheidung über die Unrechtmässigkeit von Akten der Staatsgewalt beruht auf der *Abgrenzung der Wirkungskreise* der staatlichen Organe... Soweit es in dem Zuständigkeitsbereiche der Gerichte überhaupt liegt, über amtliche Handlungen oder Unterlassungen zu urteilen, ist bei einer civilgerichtlichen Verfolgung die Entscheidung der Gerichte über die Unrechtmässigkeit eines amtlichen Aktes nicht ausgeschlossen». Cpr. Bernatzik, *Rechtspredung* 224. Aucoc, I, 759.

de valeur permanente, où elle n'est que momentanée, et cesse par elle-même de produire l'effet après un certain temps» (p. 247). Mais en ce cas, son raisonnement ne s'applique plus. Il nous semble aussi que l'inconvénient n'est pas tant celui d'un conflit entre deux pouvoirs publics — qui se produira souvent — mais le fait que le conflit a ici une tendance à finir autrement qu'il ne devrait, c'est à dire par la défaite de l'administration; c'est pourquoi on ne gagnerait rien à prescrire — comme le fait, pour d'autres cas, la loi italienne sur le contentieux administratif de 1865, art. 4⁽¹⁾ — que l'administration doit se conformer ici à la décision des tribunaux.

Nous avons déjà fait remarquer plus haut que les règles de la compétence des tribunaux pour connaître de questions préjudicielles de droit public en matière de droit privé diffèrent suivant les pays. En France, il est de principe que quand, au cours d'une instance soumise aux tribunaux, de quelque nature qu'elle soit, il s'élève une question d'interprétation ou de validité d'un acte administratif, il faut surseoir à statuer, pour que l'administration (ou le tribunal administratif) puisse résoudre cette question⁽²⁾. En Allemagne, au contraire, les tribunaux, dès qu'ils sont compétents dans une instance, le sont aussi pour résoudre toutes les questions préjudicielles qui viennent à s'élever au cours de cette instance, alors même que ces questions, prises en elles-mêmes, ressortiraient à une autre compétence⁽³⁾. En ce qui concerne

(1) «L'atto amministrativo non potrà essere rievocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei tribunali in quando riguarda il caso deciso.»

(2) Aucoc, Conférences, I, 498 ss. Laferrière, juridiction administrative, II, 601 ss.

(3) Bernatzik, Rechtsprechung, 162 ss. Bornhak, v° «Rechtsweg» au Wörterbuch, II, 333.

le point que nous traitons ici, le droit français et le droit allemand sont d'accord pour renvoyer la question préjudicielle dont il s'agit, en principe, à la décision de l'administration.

Les règles de procédure pour les actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires sont inspirées, avant tout, par les considérations ci-dessus rappelées sur l'indépendance de l'administration. Toutefois il est aussi d'autres considérations qui viennent modifier les règles qu'on serait amené à formuler à ce point de vue exclusif. Tel est notamment le désir de garantir l'intérêt individuel contre une conception administrative trop partielle, ou à l'inverse celui de protéger les fonctionnaires contre des poursuites de pure chicane, bien que fondées peut-être en droit strict.

Comme les détails de ce sujet ont un intérêt général et touchent notamment à des questions qui peuvent aussi se soulever en droit danois, nous allons les serrer d'un peu plus près dans ce qui va suivre. Nous exposerons principalement l'état de choses dans les deux pays les plus intéressants à ce point de vue, la France et l'Allemagne⁽¹⁾.

(¹) En droit *Autrichien*, les actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires à raison d'actes de leurs fonctions sont interdites en principe: la loi annoncée par l'art. 12 de la loi constitutionnelle sur l'exercice du pouvoir gouvernemental et exécutif (Daresté, *constitutions modernes*, 2^e éd. t. 1 p. 403), qui devait régler la matière, n'a point encore été faite. (Pražák, *Abgrenzung des Kompetenz*, 54; Ulbrich, *Österreichisches Staatsrecht*, 82).

En *Belgique*, la «garantie constitutionnelle» a été abrogée par l'art. 24 de la Constitution: «Nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres.» En ce qui concerne ces derniers, V. Constitution, art. 90. V. d'ailleurs De Fozz, *Droit administratif belge*, I, 330 ss. Giron, *Droit administratif de la Belgique*, I, 256 ss. *Pandectes belges*, V^o «Acte administratif».

En *Angleterre*, la règle est qu'aucune action en dommages-intérêts ne

A. France⁽¹⁾.

Jusqu'à la chute du dernier Empire, il était de règle, en France, *que nulle action en dommages-intérêts ou poursuite pénale ne pouvait être intentée contre un fonctionnaire sans l'autorisation du gouvernement*. Cette règle, qui existait déjà sous l'«ancien régime», et qui avait été reproduite par l'Assemblée constituante, avait été formulée dans les termes suivants par la Constitution de l'an VIII, art. 75: «Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires.»

En pratique, il existait des règles précises pour déterminer à quels fonctionnaires s'appliquait cette disposition, ou ce qu'on appelait la «garantie constitutionnelle». Pour pouvoir être considéré comme *agent du gouvernement*, il fallait «être dépositaire d'une partie de l'autorité du gouvernement, agir en son nom ou sous sa direction médiate ou immédiate,

peut être intentée contre les fonctionnaires à raison d'actes de leurs fonctions. Il est fait exception cependant pour le cas d'excès de pouvoirs formel (action of trespass, action of false imprisonment). Gneist, *Engliches Verwaltungsrecht*, I, 376 ss. Broom, *Constitutional law*, (1866), 762 ss. Oke, *Magist. Synopsis* (1881) I, 40 ss.

En *Italie*, les choses se passent à peu près comme en France avant 1870. L'action en dommages-intérêts contre les fonctionnaires ne peut être intentée sans autorisation royale préalable. *Legge provinciale e comunale* 1865, art. 8 et 110 (loi communale de 1889, art. 8 et 139). Mantellini. *Conflitto*, I, 124 ss; II, 108.

Pour le *Danemark* et la *Norvège*, où les règles sur la responsabilité des fonctionnaires sont les mêmes qu'en Danemark, v. plus bas le chapitre sur ces pays.

En *Suède*, l'action en dommages-intérêts contre les fonctionnaires, intentée par les particuliers, est interdite en principe. Blomberg, *droit administratif scandinave*, 150. Rabenius, *droit administratif*, I, 323 ss. (2^e éd.). Aschehoug, III, 329.

(¹) V. les auteurs français cités plus haut, p. 164, note.

et faire partie de la puissance publique»⁽¹⁾. Par suite, le principe était considéré comme inapplicable aux membres des conseils généraux et municipaux, aux agents inférieurs de police, aux gendarmes et surveillants de prisons. — Sur le point de savoir, par contre, ce qu'il fallait entendre par «faits relatifs aux fonctions», on n'était pas complètement d'accord (V. là-dessus Aucoc, loc. cit. 245 ss.).

Cet état de choses fut modifié par le décret du 19 septembre 1870, ainsi conçu: «L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions de lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre.»

Dans les premières années qui suivirent 1870, cette disposition fut interprétée en ce sens que les tribunaux étaient considérés comme compétents pour examiner, à tous égards et dans la mesure la plus large, le bien fondé des actions en dommages-intérêts dirigées contre des fonctionnaires publics. Mais on ne tarda pas à s'apercevoir que cette interprétation était en contradiction avec un des principes du droit public français, celui de *l'indépendance de l'administration au regard des tribunaux*. Cette nouvelle manière de voir fut consacrée pour la première fois par un arrêt du Tribunal des conflits du 27 juillet 1873, et depuis cette époque elle a toujours été suivie. D'après cet arrêt, il y a lieu de distinguer entre les règles qui interdisent aux tribunaux d'empiéter sur le domaine de l'administration, et qui tracent par suite des limites absolues à leur compétence, et celles qui ont pour but de protéger les fonctionnaires contre des poursuites mal fondées; les dernières seulement, et non les premières, ont été abrogées par le décret du 19 septembre 1870.

(¹) Aucoc loc. cit. 245. Cpr. la définition donnée par les Pandectes françaises, v^o Autorité administrative n^o 19: «Celui qui a le droit de donner un ordre, de prendre une décision exécutoire.»

Faut-il en conclure qu'aucune action en dommages-intérêts contre un fonctionnaire ne puisse être soumise à un tribunal, sans que l'administration ou un tribunal administratif ait au préalable examiné la question de légalité de l'acte? La réponse est *qu'il faut distinguer entre «l'acte administratif» et le fait personnel du fonctionnaire*; dans le cas seulement où il s'agit d'un acte administratif, les tribunaux doivent se déclarer incompétents et renvoyer l'affaire à l'administration; si la demande en dommages-intérêts est fondée sur des faits qui doivent être considérés comme l'acte personnel du fonctionnaire, les tribunaux sont compétents⁽¹⁾. La difficulté est de décider où il y a acte administratif, «faute administrative», ou seulement «faute personnelle» — question dont la solution, le cas échéant, appartient au Tribunal des conflits. Laferrière formule cette distinction dans les termes suivants⁽²⁾: «Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'État, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction; l'acte perd son caractère administratif.» Il y a faute personnelle, par exemple, lorsqu'un facteur des postes, par négligence, remet une lettre à un autre que son destinataire; lorsque les employés du télégraphe omettent d'expédier les dépêches en temps voulu; lorsqu'un ingénieur de l'État com-

(¹) L'expression «acte personnel du fonctionnaire» est prise ici dans un sens différent de celui que nous avons indiqué au début de ce chapitre; elle ne signifie plus ici un acte illégal, mais un acte dont l'illégalité est tellement évidente que les tribunaux peuvent la rechercher sans avoir au préalable à renvoyer l'affaire à l'administration.

(²) Loc. cit. I, 648. Cpr. Pandectes françaises, v^o Autorité administrative n^o 80 ss.

met une faute dans la construction d'un pont qui s'écroule, en blessant ou en tuant les ouvriers; lorsqu'un maire, au lieu de déclarer exclu un membre du conseil municipal, de la manière prescrite par la loi, à raison de délits commis par lui, l'expulse lui-même de la salle des séances.

Même lorsqu'un acte administratif a été *annulé* par le Conseil d'État pour excès de pouvoirs, on considère qu'il ne constitue pas nécessairement une faute personnelle, rendant les tribunaux compétents; la décision en question peut, malgré l'annulation, conserver son caractère administratif et rester par suite soustraite à la connaissance des tribunaux⁽¹⁾.

— — En ce qui concerne les *actions en dommages-intérêts contre les ministres*, nous renvoyons à Laferrière, I, 655—673. D'après cet auteur, ces actions peuvent être intentées devant les tribunaux ordinaires, lorsque le Parlement, ou en tous cas la chambre qui a le droit d'accusation, y a donné son consentement. Cela n'est vrai toutefois que dans le cas où il s'agit d'une «faute personnelle». S'il s'agit d'une «faute administrative», la question, comme il a été expliqué plus haut, doit être renvoyée à l'administration ou à la juridiction administrative.

B. Allemagne⁽²⁾.

D'après l'art. 11 de la loi de mise en vigueur du Code d'organisation judiciaire, sont maintenues les dispositions des lois des différents pays, qui exigent une «*Vorentscheidung einer besonderen Behörde*», comme condition de toute action à intenter contre un fonctionnaire, soit pénale, soit civile en dommages-intérêts, à raison d'actes de ses fonctions (wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen). Cette «*Vorentscheidung*» peut aller jusqu'à décider «ob der Beamte sich einer Ueber-

(1) Aucoc, I, 761. Laferrière, I, 478, 651—654.

(2) V. les auteurs allemands cités plus haut p. 125, note.

schreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe.»

Si cette question est résolue négativement, l'action ne peut être intentée. Si elle est résolue par l'affirmative, il est permis de saisir les tribunaux; mais ceux-ci ne sont pas liés par le contenu de la décision préalable. Celle-ci n'est point abandonnée à l'administration elle-même: elle est rendue par le tribunal administratif supérieur, dans les États ou il en existe un: ailleurs, par la Haute Cour.

Des dispositions spéciales, analogues à celles qui viennent d'être exposées, existaient en Prusse et dans la plupart des grands États lors de l'entrée en vigueur du Code d'organisation judiciaire. Par contre, il ne se rencontrait point de dispositions semblables dans les petits États, et il n'en a point été édicté en ce qui concerne les fonctionnaires de l'Empire (Cpr. loi sur les fonctionnaires de l'Empire du 31 mars 1873, art. 154). Par suite, dans ces derniers cas, les tribunaux jugent l'affaire en son entier sans être obligés de solliciter la décision préalable d'une autre autorité.

Mais en Prusse et dans les grands États, les tribunaux doivent, au moins quand ils en sont requis par le supérieur du fonctionnaire, surseoir à statuer jusqu'après décision de la juridiction administrative (ou de la Haute Cour). La réquisition émanée de l'administration et tendant au renvoi de l'affaire à ces autorités s'appelle «Erhebung des Konflikts.»

L'article précité a modifié à un point de vue essentiel l'ancien droit prussien. La règle ancienne, en Prusse (loi du 13 février 1864), était que l'autorité chargée d'examiner l'affaire, avant qu'il fût permis aux tribunaux d'en connaître (Gerichtshof zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten), n'avait pas à borner son examen au point de savoir si l'acte était légal ou non, mais devait rechercher en outre si l'acte illégal était «de nature» à faire l'objet d'une action en justice.

Il n'en est plus de même d'après la nouvelle législation; la décision préalable ne peut plus porter que sur le point de savoir «si le fonctionnaire s'est rendu coupable d'excès de pouvoirs ou d'omission de ses obligations professionnelles.» Ces expressions sont d'ailleurs interprétées en ce sens, semble-t-il — Nadbyl, loc. cit. § 6 — que la juridiction administrative est chargée d'examiner, non seulement si l'acte est illégal en lui-même, mais encore si le fonctionnaire «s'est rendu coupable» de cet acte illégal; en d'autres termes, le juge administratif recherche en même temps si certaines conditions personnelles se rencontrent dans l'espèce, notamment s'il n'y a pas de sa part erreur de fait ou de droit; dans ce dernier cas, la voie de droit est fermée⁽¹⁾.

En ce qui concerne les actions en indemnité contre les ministres en droit allemand, nous renvoyons aux notes d'Aschehoug, Constitution norvégienne actuelle, III, 475.

II. Actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires, intentées au nom de l'État.

Il est une catégorie importante de litiges qui peuvent s'élever entre l'État et ses fonctionnaires: ce sont les *actions en reddition de comptes*, les questions relatives à l'exactitude

⁽¹⁾ Hauser (Die deutsche Gerichtsverfassung pp. 129 ss.) entend l'art. 11 de la loi de mise en vigueur du Code d'organisation judiciaire d'une manière quelque peu différente. Cpr. Sarwey, Oeffentliches Recht, pp. 308 ss. Suivant Hauser, cet article n'a pas trait aux règles de compétence résultant des attributions respectives des tribunaux et de l'administration, mais seulement aux conditions spéciales, présupposant la compétence, auxquelles les tribunaux sont tenus de se conformer pour connaître des instances en question. La différence des conséquences — suivant l'une ou l'autre interprétation — ne semble par bien grande. Elle consiste en ceci, qu'en Prusse et dans les autres pays où les règles de compétence empêchent les tribunaux de se saisir de la question d'illégalité de l'acte, cette question préalable doit être résolue, d'après Hauser, non par le tribunal administratif supérieur, comme le porte l'article 11, mais par les tribunaux administratifs, en suivant les degrés ordinaires de juridiction.

des comptes rendus par les comptables. Cette catégorie comprend une notable partie des actions mentionnées sous la rubrique ci-dessus. Les questions de comptes offrent souvent l'occasion d'appliquer des règles spéciales de compétence, à raison de l'institution, en divers pays, de juridictions particulières, de *cours des comptes*, qui ont pour mission d'examiner, et même aussi, en partie, de trancher ces questions.

Il en existe de deux sortes, en les classant selon leurs attributions. En plusieurs pays, elle n'ont pas seulement pour mission d'examiner les comptes, mais aussi *de régler définitivement, par un jugement, la situation du comptable au regard de l'État*; par suite, s'il se découvre un manquant dans le compte ou dans la caisse, le comptable est condamné à le payer. C'est ainsi que les choses se passent en *France*, en *Belgique* et en *Italie*. Pour tout ce qui concerne le détail de l'organisation de ces cours, nous renvoyons aux chapitres sur les divers pays. Ce qu'on entend par «comptable» diffère, d'ailleurs, quelque peu d'un pays à l'autre; il est de règle générale que la juridiction de la cour des comptes ne s'étend point aux Ministres ni aux comptes présentés par eux⁽¹⁾.

Les choses se passent autrement en *Allemagne (Prusse et Empire allemand)* et en *Autriche*. Les cours des comptes *n'y rendent pas d'arrêts proprement dits*; leur rôle consiste à réviser les comptes et à communiquer à l'administration le résultat de leur examen. S'il ne se trouve rien à reprendre au compte, la cour donne décharge; s'il y a lieu à critique, la cour soumet ses observations à l'administration, qui d'ailleurs n'est point liée par le sentiment de la cour. La décision définitive est prise, suivant les cas, soit par l'adminis-

(¹) Aucoc, I, 636 ss. Laferrière, I, 394 ss. Thonissen, constitution belge, 357 ss. Clementini, Della Competenza e dei procedimenti speciali, I, 748 ss.

tration elle-même, soit par les tribunaux ordinaires ou administratifs⁽¹⁾.

En Prusse, et dans l'Empire allemand, il existe une procédure administrative spéciale contre les comptables pour le cas de *déficit*, le *Defektenverfahren*, qui a pour but de rechercher et de déterminer le déficit et d'en recouvrer le montant (V. pour la Prusse l'ordonnance du 24 janvier 1844 et pour l'Empire allemand la loi du 31 mars 1873 sur les fonctionnaires de l'Empire, art. 134 à 148). Contre la décision prise par l'administration (*Defektbeschluss*) le fonctionnaire peut former un recours devant l'autorité supérieure, ou se pourvoir par la voie de droit devant les tribunaux (Ord. de 1844 art. 16. Loi de l'Empire de 1873, art. 144). Si le juge estime que le requérant n'a encouru aucune responsabilité, il annule la décision de l'administration⁽²⁾.

⁽¹⁾ Laband, I, 365 ss., II, 972 ss., notamment 978—980. Bornhak, Preussisches Staatsrecht, III, 602 ss. Ulbrich, Österreichisches Staatsrecht p. 82. Seidler, Der Staatsrechnungshof Österreichs, notamment p. 32.

⁽²⁾ Laband, I, 436 ss. Bornhak II, 41 ss. Harseim au Wörterbuch: «Defektenverfahren». La question de compétence peut aussi s'élever pour les actions en dommages-intérêts dirigées contre l'État. En Allemagne et en Autriche, dans les cas où l'action contre l'État est ouverte, elle est en général de la compétence des tribunaux ordinaires. Nous n'entrerons pas ici plus avant dans l'examen de cette question, qui est d'ailleurs subordonnée à celle de savoir si une indemnité peut en principe être réclamée à l'État pour le dommage subi; si la responsabilité est reconnue, il appartient tantôt aux tribunaux ordinaires, tantôt à l'administration ou à la juridiction administrative de la déclarer. Hauser, loc. cit. 113 et note 9 et 18: Loi prussienne du 11 mai 1842, art. 4; Ulbrich, Österr. Staatsrecht 111; Bernatzik, Rechtsprechung, 227 note; cpr. l'exposé général de la question de la responsabilité de l'État dans Löning, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten; Matzen, communication au 2^e congrès des jurisconsultes scandinaves, 1875, pp. 273 ss.; Morgenstierne, Responsabilité, etc. . . . — Pour le droit français, les règles de compétence sont exposées par Laferrière, I, 674 ss., II, 267 ss.

IX.

Actes de gouvernement. ⁽¹⁾

Dans certains pays, notamment en France et en Italie, on range dans une catégorie spéciale les actes de gouvernement ou actes politiques, — *atti di alta politica*, *provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico* — que l'on oppose aux actes administratifs ordinaires. Les uns comme les autres émanent du pouvoir exécutif; mais celui-ci, d'après cette théorie, a une double mission: administrer et gouverner. Lorsqu'il exerce la seconde de ces attributions, lorsqu'il s'agit par conséquent d'un acte de gouvernement, les tribunaux, aussi bien administratifs qu'ordinaires, sont incompétents. Le gouvernement seul, et les chambres devant qui il est responsable, peuvent juger de la légalité de cet acte⁽²⁾. On ne propose pas toutefois de distinction tranchée entre les deux fonctions, administration et gouvernement. Laferrière (*Juridiction administrative*, II p. 31) définit ces termes de la manière suivante: «Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État

⁽¹⁾ *Bibliographie*. Aucoc, I, 92, 490 ss. Laferrière, II, 32 ss. *Pandectes françaises*, v° *Autorité administrative*. Mantellini, *Conflitti d'attribuzioni*, I, 94 ss., 130 ss., II, 79 ss., 159 ss. Clementini, *Della competenza e dei procedimenti speciali*, I, 326 ss., 350 ss., II, 678 ss.

⁽²⁾ Cette distinction n'a rien à voir avec la règle communément suivie en Allemagne, d'après laquelle les décisions émanées du Chef de l'État ou d'un Ministère ne peuvent pas être déférées aux tribunaux administratifs. *Wörterbuch*, II, 714. Schulze, *Preussisches Staatsrecht*, II, 246, 256; *Constitution prussienne*, art. 106.

avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure.» Il suit de cette définition même que les deux fonctions se confondent.

Le trait particulier qu'on reconnaît à ces «actes de gouvernement», c'est leur caractère politique. Pourtant Laferrière explique que ce n'est pas le motif de l'acte, mais sa nature propre, qui est déterminante pour le ranger dans la catégorie susdite. Si, par exemple, le gouvernement croyait pouvoir, pour des raisons politiques, porter atteinte à la liberté personnelle ou à la liberté de la presse, les tribunaux ordinaires seraient, dit-on, compétents pour juger de la légalité de l'acte; si un juge inamovible était destitué pour des raisons politiques, il pourrait recourir au Conseil d'État contre l'excès de pouvoirs commis à son égard.

Toutefois ce sentiment n'est pas partagé par tout le monde; précisément, les motifs d'un acte, les raisons politiques, ont souvent été considérées comme une raison d'exclure la compétence des tribunaux. Même pour l'auteur que nous venons de citer, il semble qu'il y ait des cas où le motif — tiré spécialement de la sûreté extérieure de l'État — qui a déterminé le gouvernement à se placer au dessus des lois existantes, soit aussi celui qui empêche les tribunaux de se livrer à l'examen de la légalité de l'acte (loc. cit. 43).

Nous allons passer en revue les divers actes qui sont compris sous la qualification d'actes de gouvernement, en suivant à cet effet la division qui se trouve dans les Pandectes françaises, v^o Autorité administrative, n^o 22 ss., c'est à dire la division en 1^o Mesures extraordinaires de sécurité; 2^o Traités; 3^o Faits de guerre.

I. Mesures extraordinaires de sécurité.

On range sous cette rubrique: l'État de siège en cas de troubles intérieurs, les mesures prises contre les membres

des dynasties déchues, les mesures tendant à empêcher l'introduction dans le pays de maladies contagieuses, les mesures prises contre la famine ou autres calamités publiques, et en général les mesures extraordinaires prises par le gouvernement dans l'intérêt de la sûreté publique. Un examen attentif fera voir que deux choses essentiellement différentes ont été ici confondues. Il y a des mesures de sûreté qui trouvent leur justification dans la loi, et d'autres qui sont prises malgré et contre la loi, pour des raisons étrangères à la loi. En ce qui concerne les premières, il n'y a aucune nécessité de créer une catégorie spéciale d'«actes de gouvernement», qui seraient soustraits au contrôle des tribunaux ordinaires ou administratifs. Si la question de la légalité de l'acte est soustraite aux tribunaux — ce qui se produira dans plusieurs cas — ce n'est là qu'une simple conséquence de la règle générale qui veut que les questions administratives proprement dites soient réservées à l'administration. La question de savoir s'il y a lieu, dans un cas donné, de prescrire une quarantaine, de faire usage de la faculté accordée par la loi de prendre des mesures extraordinaires pour prévenir certaines maladies, — comme dans le cas où le ministère de la justice, en Danemark, décide qu'une maladie sera placée sous la surveillance administrative — et toutes questions analogues relèvent, d'après les règles générales, de la décision définitive de l'administration. On reconnaît d'ailleurs que ces questions ne sont nullement soustraites d'une manière absolue au contrôle du juge; par exemple, la question de savoir si les autorités sanitaires ont exécuté les mesures de sûreté prescrites d'une manière légale, ou si les mesures prises en vertu de l'État de siège déclaré sont véritablement justifiées par cet État de siège, est incontestablement de la compétence des tribunaux (Pandectes françaises loc. cit. n° 48—51).

Il en est autrement, si l'on estime que des circonstances

extraordinaires, la considération de l'intérêt de la société, peuvent autoriser le gouvernement à porter atteinte à des droits individuels, au mépris des lois existantes. Cette théorie a pour conséquence naturelle que l'on refuse compétence aux tribunaux pour juger de la légalité des actes. Or une théorie semblable a été effectivement soutenue, même à une époque récente, et il se rencontre nombre de décisions de jurisprudence, en France et en Italie, par lesquelles les tribunaux se sont déclarés incompétents en pareille circonstance. Ceux à qui elle a été spécialement appliquée sont les membres des dynasties déchues. Les demandes de dommages-intérêts, actions en revendication, recours contre la confiscation d'ouvrages, introduits par eux, ont été repoussés par les tribunaux, sous prétexte que les mesures prises par le gouvernement avaient un caractère politique. Il s'en trouve des exemples, en France, à la fois au temps de la Restauration, du Gouvernement de juillet et de l'Empire (Laferrière, II, 38 ss.). On en rencontre un exemple en Italie dans un arrêt récent de la Cour de cassation de Rome de 1890. Il s'agissait de savoir si les tribunaux étaient compétents pour connaître d'une instance intentée contre le gouvernement par les héritiers de Joachim Murat, par laquelle ces derniers revendiquaient diverses propriétés ayant appartenu à leur ancêtre, et confisquées par le gouvernement napolitain en 1817. L'arrêt de la Cour de cassation décide que ces propriétés ont été confisquées pour des motifs politiques, et que par suite les tribunaux étaient incompétents. Il ne se fonde point sur cette considération que l'acte aurait été légal : tout au contraire, les tribunaux étaient incompétents, précisément parcequ'ils ne pouvaient faire autre chose que de juger selon la loi, et que l'acte en question ne pouvait pas être jugé à ce point de vue. Il y avait là, porte l'arrêt, une de ces mesures que des raisons politiques avaient rendues nécessaires, avec lesquelles la loi n'avait rien à voir, parce

qu'elles étaient exclusivement réservées à l'initiative du gouvernement, et ne pouvaient par suite être jugées selon des règles de droit; «in his, — lit-on dans l'arrêt, qui cite le Digeste, I, 3, 15 — quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus juris regulam sequi.»

Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement contre les membres des dynasties déchues que cette théorie a été construite. On a fait valoir, dans d'autres cas encore, que des raisons politiques pouvaient obliger le gouvernement à s'écarter du droit strict, et que par conséquent les tribunaux devaient se déclarer incompétents pour en connaître.

En France, la jurisprudence de ces dernières années paraît avoir abandonné la théorie qui permet au gouvernement, pour des raisons politiques, de porter atteinte aux droits des particuliers sans y être autorisé par la loi⁽¹⁾. La nouvelle doctrine ressort, par exemple, d'un arrêt rendu en 1880 par le Tribunal des conflits, au sujet des mesures que le gouvernement avait prises pour mettre à exécution les décrets prononçant la dissolution des congrégations religieuses non autorisées. La prétention de l'administration de faire considérer ses décisions comme des actes de gouvernement, échappant au contrôle des tribunaux, a été rejetée; par contre, on estima qu'il y avait dans l'espèce des actes purement administratifs, et que par suite les tribunaux étaient incompétents d'après les règles ordinaires. Il en a été de même dans les instances engagées par des membres des familles, d'Orléans et Murat, en 1887, contre le gouvernement, à raison de leur radiation des cadres de l'armée par le ministre de la guerre. Les intéressés soutenaient qu'aux termes de la loi, les grades militaires étaient leur propriété, et ils

(1) Laferrière, II, 39 ss. et Pandectes françaises, loc. cit. — En ce qui concerne les membres des dynasties déchues, la raison du changement de jurisprudence tient sans doute en partie à ce que les droits du gouvernement à leur égard ont été mieux précisés par la législation.

avaient formé des recours au Conseil d'État en annulation de la décision du ministre. Le ministre alléguait dans sa défense, non pas que son acte était la conséquence nécessaire de la loi du 22 juin 1886, mais qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement dont le Conseil d'État ne pouvait connaître. Mais le Conseil d'État rejeta ces conclusions et se déclara compétent. Au fond, d'ailleurs, ses arrêts portent que l'acte du ministre est justifié par la loi précitée pour les membres de la famille d'Orléans, mais non pour les princes Murat⁽¹⁾. Un arrêt rendu par le Tribunal des conflits en 1889 part du même principe. Le comte de Paris avait fait imprimer un manifeste politique, qui devait être envoyé, avec son portrait, à toutes les communes de France; l'un et l'autre furent saisis à l'imprimerie. Dans l'instance engagée à ce sujet, l'administration soutint aussi qu'il s'agissait d'un acte de gouvernement; cette prétention fut encore repoussée (Pandectes françaises, loc. cit. n° 60 ss.).

Laferrière estime, lui aussi, que la doctrine en question est inexacte. Il fait valoir, avec juste raison, qu'il appartient au législateur d'armer l'administration de pouvoirs suffisants pour prévenir ou réprimer tout désordre, comme il l'a fait précisément par les lois sur l'usage de la presse, sur la liberté de réunion et d'association, etc. . . . Lorsque le législateur s'est abstenu, son silence peut avoir des conséquences fâcheuses; mais l'administration ne saurait se prévaloir de cette circonstance pour s'arroger des pouvoirs qu'elle ne tient pas de la loi (loc. cit. p. 43).

Toutefois, Laferrière se demande s'il n'y aurait pas lieu, en certains cas, de faire exception au principe, spécialement au cas où la sûreté de l'État serait menacée par des puissances étrangères s'il n'était porté une certaine atteinte à

(¹) Un recours semblable avait été formé par le prince Jérôme Napoléon en 1875; dans cette espèce aussi, l'exception d'incompétence avait été rejetée.

des droits individuels: «Quand il s'agit des relations extérieures de l'Etat, le domaine de l'imprévu est plus grand, et la notion de l'acte de gouvernement est susceptible d'une plus grande extension.»⁽¹⁾.

II. Traités.

On range, en second lieu, parmi les «Actes de gouvernement», les traités, et les actes d'exécution des traités. Les questions qui s'y rattachent sont, en France et en Italie, soustraites dans une large mesure à la connaissance des tribunaux (ordinaires et administratifs). Il va de soi — et ce n'est pas là le sens de la théorie — que les tribunaux sont incompétents pour trancher des contestations entre deux gouvernements; le principe communément admis, d'après lequel les tribunaux, à moins qu'ils ne fonctionnent en qualité d'arbitres, n'ont pas mission de juger les litiges internationaux, s'applique de lui-même, que le débat naisse de l'application d'un traité ou de toute autre circonstance. La doctrine qui range les traités dans la catégorie des actes de gouvernement a une tout autre portée.

Ce ne sont pas, en effet, seulement les traités, ce sont aussi les actes qui s'y rattachent que l'on qualifie d'actes de gouvernement. Un traité dont le texte est régulièrement passé dans une loi ou dans une ordonnance émanée du gouvernement, et qui est ainsi devenu obligatoire pour les dépositaires de la puissance publique comme pour les sujets de l'État, peut, le cas échéant, créer des droits ou imposer

⁽¹⁾ En *Italie*, le principe de l'incompétence des tribunaux pour connaître des actes de gouvernement de nature politique a été sanctionné par la loi sur le Conseil d'État du 2 juin 1889, art. 24. Aux termes de cet article, les décisions administratives peuvent être frappées de recours devant la quatrième section du Conseil d'État, «per incompetenza, eccesso di potere o per violazione di leggi». Mais ce recours est fermé, «*se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal governo nell'esercizio del potere politico.*»

des obligations à ces derniers au regard de l'État. Le gouvernement s'engage, par exemple, à payer certaines sommes à des particuliers, à percevoir certaines taxes suivant un tarif déterminé, à accorder certaines faveurs à des individus, à prendre certaines mesures contre les épidémies, etc. . . . Il peut arriver aussi que des particuliers allèguent avoir souffert un dommage à raison du traité conclu ou des mesures prises, et en fassent l'objet d'une réclamation contre l'administration. La question s'élève alors de savoir si les litiges entre les particuliers et le gouvernement, touchant les droits et obligations qui résultent du traité conclu, peuvent être déférés aux tribunaux.

En Danemark, il est à peine contestable que les tribunaux se considéreraient comme compétents pour connaître des affaires de cette nature⁽¹⁾. Si l'on s'en tient à la doctrine ordinaire, qui veut que tout traité, pour produire des effets de droit dans le pays même, au regard des sujets de ce pays, — ou, suivant une formule, pour avoir force et vigueur non seulement en droit public international, mais aussi en droit public national, — doit avoir été inséré dans une loi ou ordonnance, émanée des pouvoirs publics, et qui oblige également l'administration et les particuliers⁽²⁾, les droits qu'un particulier fera valoir contre le gouvernement, à raison du traité, auront en réalité pour fondement, non le traité, mais la loi ou l'ordonnance⁽³⁾.

Mais ce n'est point ainsi qu'on entend la question dans les pays latins. Les réclamations qu'un particulier fonde sur un traité y seront, au moins dans un grand nombre de cas, repoussées par les tribunaux, comme réservées à la décision du gouvernement.

(¹) Cpr. Bulletin de la Cour suprême, 1881—82 p. 130.

(²) Laband, I, 599 ss. Matzen, III, 181 ss.

(³) Il en est de même en droit norvégien. Cpr. Aschehoug, III, 363—364.

Suivant Laferrière⁽¹⁾, il faut distinguer entre l'interprétation et l'application du traité. *L'interprétation d'un traité* n'est en aucun cas permise aux tribunaux. Si, dans un procès soumis aux tribunaux, il s'élève une difficulté sur le sens (ou sur la validité) d'un traité, il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la question contestée ait été tranchée par le gouvernement, ou plus exactement par les deux parties contractantes, de concert. Si les tribunaux de chacun des pays, fait-on observer (Laferrière 50), pouvaient suivre leur interprétation particulière, il s'en suivrait que chacun aurait une jurisprudence différente, ce qui rendrait impossible d'atteindre l'objet même du traité, c'est-à-dire le traitement identique d'intérêts semblables.

Au sujet de *l'application des traités*, il faut, suivant le même auteur, distinguer entre les traités de nature politique et ceux qui concernent exclusivement le droit privé. Les tribunaux sont compétents pour appliquer les derniers, non les premiers. La catégorie des *traités de nature politique* comprend les traités de paix, les traités d'alliance, les conventions de délimitation, de protectorat, etc. . . . Lorsque des particuliers allèguent que ces conventions contiennent des dispositions qui leur portent préjudice, le Conseil d'État, aussi bien que les tribunaux ordinaires, doivent se déclarer incompétents; c'est ce qui se produit, par exemple, lorsqu'une portion du pays a été occupée par les troupes d'une puissance étrangère en vertu d'un traité conclu avec cette puissance, et que des indemnités sont réclamées par des particuliers qui ont souffert des dommages à raison de cette occupation⁽²⁾.

Sont considérés comme *traités concernant exclusivement les droits privés*, non seulement les conventions sur les suc-

(¹) Loc. cit. II, 46 ss.

(²) On trouve d'autres exemples dans Laferrière, II, 47 ss., Pandectes françaises, v^o Autorité administrative, n^o 26 ss.

cessions des personnes décédées à l'étranger, sur la propriété littéraire et artistique, etc. . . ., mais aussi les conventions douanières, les traités d'extradition, les traités de commerce. Lorsqu'il y a lieu d'appliquer un traité de cette nature, les tribunaux se regardent comme compétents, soit que le débat s'agite entre personnes privées, ou entre des particuliers et l'État.

Les tribunaux Italiens suivaient précédemment des règles analogues (V. l'ouvrage de Mantellini cité plus haut). Mais dans les derniers temps on remarque une tendance à élargir la compétence des tribunaux. Il s'en trouve des exemples dans les différentes instances introduites contre le gouvernement italien à raison des obligations que le gouvernement autrichien avait contractées en Lombardie et en Vénétie avant la cession de ces pays à l'Italie, instances fondées sur la stipulation insérée au traité de Zurich de 1859 et dans la paix de Vienne de 1866, aux termes de laquelle le gouvernement italien a succédé aux droits et obligations du gouvernement autrichien, en ce qui touche les conventions conclues par l'administration autrichienne dans l'intérêt de l'État et concernant les territoires cédés. Au début, le Tribunal des conflits s'est prononcé pour l'incompétence des tribunaux en pareille matière. Des arrêts plus récents se sont rangés à un avis plus naturel, en décidant que la question de savoir si telle stipulation d'un traité crée des droits pour les particuliers, et spécialement s'il en résulte une obligation d'indemnité à la charge de l'État, rentre dans la compétence des tribunaux (V. notamment Mantellini, II, 90—91, 163—164; Clementini, II, 149 ss., notamment les arrêts cités en note, p. 150).

III. Faits de guerre.

La troisième catégorie d'« actes de gouvernement » est constituée par les Faits de guerre. On donne comme une appli-

cation importante de ce principe, le fait que les tribunaux ne peuvent être saisis de demandes d'indemnités fondées sur des dommages de guerre, causés, soit par l'ennemi, soit par les nécessités de la défense. Mais s'il est en effet de principe, — et ce principe est universel, et consacré spécialement en droit français par le décret du 10 août 1853, art. 39 — que les dommages causés par les faits de guerre ne donnent pas droit à indemnité, il n'existe manifestement aucune raison d'alléguer l'incompétence des tribunaux en cette matière; les tribunaux fussent-ils compétents, la conséquence serait encore la même, c'est-à-dire le rejet de la demande. Le principe, généralement reconnu, à cet égard, est que ni les tribunaux, ni l'administration, ne sont compétents pour allouer une indemnité à la partie lésée; la question doit être résolue par le législateur, en considération des circonstances. En même temps que le pouvoir législatif décide si une indemnité sera allouée, il désigne aussi, le plus ordinairement, les autorités chargées d'en distribuer le montant⁽¹⁾.

Les auteurs français et italiens recherchent spécialement jusqu'où s'étend la notion de « Faits de guerre ». Il y a en effet des actes auxquels il est procédé en vue de la guerre, mais qui pourtant ne sauraient passer pour des faits de guerre en ce sens qu'ils n'engendreraient aucune obligation d'indemnité pouvant donner lieu à une action devant les tribunaux. Dans l'application, la distinction entre ces deux sortes d'actes peut être difficile; le principe général que l'on formule (Laferrière, II, 57) est que par « faits de guerre »

(¹) En Danemark aussi, il a été promulgué, après les dernières guerres, des lois spéciales réglant les questions d'indemnité; des commissions ont été instituées pour examiner et juger les réclamations (Lois des 30 juin 1850 et 17 novembre 1865). — En Allemagne, les dommages de guerre n'ouvrent non plus aucun droit à indemnité; par contre, il en est autrement pour les « Kriegsleistungen »; loi de l'Empire du 13 juin 1873.

il faut entendre les conséquences nécessaires et immédiates de la guerre, tandis que les mesures simplement préparatoires n'excluent pas le droit à indemnité. En ce qui concerne spécialement les réquisitions militaires, la loi du 3 juillet 1877, en France, décide qu'elles donnent ouverture à réclamer une indemnité devant les tribunaux, lorsqu'elles ont eu lieu dans l'intérêt de l'armée française ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cpr. au surplus Laferrière II, 53 ss. Pour l'Italie, V, en ce qui concerne les atti di guerra, Clementini, I, 350 ss.; Mantellini, II, 167 ss.

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE.

France. (1)

§ 1.

Aperçu de l'organisation de la juridiction administrative.

L'interdiction faite aux tribunaux de connaître des questions de légalité d'actes administratifs est, comme il a été indiqué plus haut (chap. II), un principe ancien et traditionnel en droit français. Ces questions relèvent, — en théorie tout au moins, — exclusivement de l'administration. Mais, au sein de l'administration, il faut distinguer la juridiction administrative de l'administration « active ». L'ancien régime avait déjà un grand nombre de tribunaux administratifs qui, sous des noms divers, tranchaient les contestations élevées entre les particuliers et l'administration. Plusieurs de ces juridictions avaient une situation passablement indépendante

(1) *Bibliographie.* Nous avons spécialement utilisé, pour l'exposé qui va suivre : Rodolphe Darest, la Justice administrative en France (2^e éd. 1898) ; Aucoc, Conférences sur l'administration et le droit administratif. I—IV, ouvrage dont le premier Volume (3^e éd. 1885) est particulièrement consacré à la juridiction administrative ; Laferrère, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, I—II (2^e éd. 1896). Les autres sources sont indiquées au premier volume de ce dernier ouvrage, dans l'aperçu historique sur le développement de la juridiction administrative en France, notamment pp. 212 ss.

à l'égard du pouvoir royal (Cour des monnaies, Trésoriers de France, Chambre des Comptes, Chambre du Trésor, Cour des aides, Tables de marbre, etc. . . .); Les charges étant vénales, les juges étaient inamovibles⁽¹⁾; d'autres, institués à une époque plus récente (Intendants, Conseil du roi), étaient au contraire sous la dépendance étroite du pouvoir royal.⁽²⁾

Toutes ces juridictions spéciales furent abolies à la révolution. Mais l'assemblée constituante n'était pas plus désireuse que les rois absolus d'abandonner le contentieux administratif aux tribunaux ordinaires; aussi ce contentieux fut-il, pendant la période révolutionnaire, dévolu à l'administration elle-même, c'est-à-dire aux assemblées de district et aux assemblées de département. Les inconvénients de cette confusion entre l'administration et la justice ne tardèrent pas à se faire sentir, et c'est pourquoi les tribunaux administratifs furent rétablis en l'an VIII, bien que sous une autre forme que précédemment. Le jugement de divers litiges fut attribué en première instance aux *Conseils de préfecture*, en seconde et dernière instance au *Conseil d'État*. La compétence des Conseils de préfecture a été ultérieurement étendue, si bien qu'aujourd'hui les litiges administratifs les plus importants leur sont déférés en première instance. Quant au Conseil d'État, ses décisions n'ont été considérées longtemps que comme des avis ou projets, qui avaient besoin de la sanction du Chef de l'État pour prendre la valeur de jugements; cette organisation (« justice retenue ») n'a été changée que par la loi du 24 mai 1872: elle avait d'ailleurs peu à peu perdu tout intérêt pratique. Aujourd'hui le Conseil d'État a un pouvoir de décision propre.

On adresse souvent aux tribunaux administratifs français cette critique que leurs membres sont amovibles. Mais il

(¹) Aucoc, I, 443,

(²) Au sujet de ces juridictions administratives de l'époque ancienne, V. notamment Dareste, pp. 7—180, Laferrière, 139—179.

convient de faire observer que les membres du Conseil d'État, qui est en réalité la maîtresse pièce de la juridiction administrative française, sont inamovibles en fait, sinon en droit. Les seuls inamovibles, aux termes de la loi, sont les membres de la Cour des comptes.

On qualifie parfois certains *fonctionnaires administratifs*, notamment les *ministres*, de juges en matière administrative. D'autres contestent l'exactitude de cette théorie⁽¹⁾, et soutiennent que les décisions des ministres ne doivent pas être regardées comme des actes de juridiction. Il est sans utilité d'entrer ici dans cette discussion, qui n'a d'ailleurs qu'un seul intérêt pratique important : c'est qu'on tient souvent les ministres, non seulement comme juges en matière administrative, mais comme *juges administratifs ordinaires au premier degré*, ce qui signifie que tout litige administratif, pour lequel compétence n'est pas expressément attribuée à une autre autorité, rentre dans la juridiction des ministres, et ne peut, notamment, être soumis au Conseil d'État avant que les ministres aient rendu leur décision (Aucoc, I, 620). Laferrière (I, 457 ss.) rejette cette théorie comme inexacte ; pour lui, c'est le *Conseil d'État* qui est le juge administratif ordinaire du premier degré, lorsque la matière n'a pas été expressément attribuée à une autre autorité. Ce n'est qu'en des cas exceptionnels, d'après lui, que les Ministres font fonction de juges.

En fait, les *conseils de préfecture*, qui jugent les principaux litiges administratifs, jouent le rôle de tribunaux administratifs ordinaires en première instance. Le Conseil d'État est à la fois instance d'appel des Conseils de préfecture, et

(1) V. notamment Laferrière, I, 452 ss. Aucoc abandonne, lui aussi, à peu près complètement, dans sa dernière édition (I, 605 ss.), la théorie du pouvoir juridictionnel des ministres.

La plus récente jurisprudence du Conseil d'État a consacré la théorie de Laferrière (Note du traducteur).

première instance en ce qui concerne les décisions ministérielles et autres qui ne peuvent pas être déferées aux Conseils de préfecture.

A côté de ces juridictions, il existe certains tribunaux administratifs spéciaux. Le plus important est la Cour des comptes ; d'autres ont compétence en matière de recrutement, d'instruction publique, etc. . . .

Le contentieux administratif prend des formes diverses. Tantôt le juge administratif traite la question dans son ensemble, décide à la fois en fait et en droit, réforme, s'il y a lieu, la décision de l'administration et y substitue la sienne propre (contentieux de pleine juridiction). Tantôt la question se réduit exclusivement à savoir si la décision administrative doit ou non être annulée ; le juge administratif ne peut plus, en ce cas, substituer sa décision à celle de l'administration, mais seulement annuler celle-ci lorsqu'elle est contraire à la loi (contentieux d'annulation — recours pour excès de pouvoir). Tantôt encore l'objet du recours à la juridiction administrative est exclusivement d'obtenir de lui l'interprétation d'un acte administratif (contentieux d'interprétation). Enfin, les tribunaux administratifs ont en certaines matières (contraventions de grande voirie) qualité pour prononcer des peines (contentieux de répression)⁽¹⁾.

Nous nous proposons d'indiquer d'abord les règles générales qui servent à déterminer la sphère du contentieux administratif, notamment au regard des tribunaux ordinaires ; cet exposé nous conduira naturellement à faire connaître les matières dans lesquelles les tribunaux administratifs ont « pleine juridiction ». Nous passerons ensuite — en laissant de côté le contentieux de répression, qui n'a ici qu'un intérêt secondaire, — à l'indication des règles spéciales sur le recours pour excès de pouvoirs et sur l'interprétation des

(1) Cpr. ci-dessus p. 67, note.

actes administratifs. Enfin nous exposerons brièvement les règles d'organisation et d'attributions des différents tribunaux administratifs, et celles des conflits.

§ 2.

Limite entre le contentieux administratif et la sphère d'attributions des tribunaux (1).

La détermination exacte de la notion du « contentieux administratif » n'est pas sans offrir des difficultés, tant au regard de la sphère d'action réservée à l'administration, qu'au regard des actes dits « de gouvernement », et enfin au regard des tribunaux ordinaires. Nous avons déjà traité ci-dessus (chap. V et IX), d'une part, de la distinction entre « l'administration contentieuse » et « l'administration gracieuse » et d'autre part de celle des « actes de gouvernement » d'avec les « actes administratifs ». Nous nous occuperons donc exclusivement ici de la limite de compétence au regard des tribunaux.

Le principe qui gouverne la matière est écrit dans un texte qui date de la révolution française : « Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». (Loi des 16—24 août 1790). Une règle correspondante s'impose à l'administration ; elle non plus ne peut empiéter sur la sphère de compétence réservée aux tribunaux. Ce principe fondamental de l'indépendance réciproque des deux pouvoirs de l'État a été poussé si loin, que même les questions préjudicielles qui viennent à se soulever au cours d'une instance, et qui, prises en elles-mêmes, relèvent de la compétence de l'autre autorité, doivent être renvoyées à sa décision.

(1) Aucoc, I, 481 ss. Laferrière I, 467 ss.

Pour la répartition des compétences, on distingue entre les *actes de gestion* et les *actes de puissance publique*. C'est là une distinction correspondant à celle que l'on fait ailleurs entre le cas où l'État agit comme personne de droit privé, et celui où il est pris comme État, bien que, dans le détail, cette distinction ne soit pas poursuivie de la même manière. S'agit-il d'un acte de puissance publique? les tribunaux administratifs doivent être réputés compétents, en vertu du principe formulé ci-dessus, à moins que la compétence n'ait été expressément attribuée aux tribunaux ordinaires. S'agit-il au contraire d'actes de gestion? il faut un texte exprès de loi pour que les tribunaux administratifs soient compétents⁽¹⁾.

Parmi les questions qui relèvent des tribunaux, on cite avant tout les *questions d'état et de capacité civile*, y compris la nationalité et le domicile. Les questions de cette nature prennent ordinairement la forme de questions préjudicielles dans une instance administrative; le juge administratif est alors obligé de surseoir jusqu'à ce que cette question préjudicielle ait été soumise à la décision des tribunaux. Par exemple, lorsque, devant un conseil de révision, la question de nationalité d'un conscrit vient à s'élever, il faut solliciter sur ce point un jugement des tribunaux; il en est de même quand la question du domicile de l'élu s'élève au cours d'une instance électorale devant un conseil de préfecture. Lorsqu'un individu expulsé de France comme étranger soutient qu'il est citoyen français, et recourt au Conseil d'État en annulation de l'arrêté d'expulsion, le Conseil d'État devra, si la question de nationalité n'est pas claire, la renvoyer aux tribunaux. S'adresse-t-on au Conseil d'État pour demander

(¹) Laferrière, I, 8 ss., 484 ss. — « Le contentieux des actes de puissance publique est administratif de sa nature, celui des actes de gestion n'est administratif que par la détermination de la loi » (p. 485). — Cpr. Aucoc, I, 488 ss.

l'annulation pour excès de pouvoirs d'un décret de naturalisation? Le Conseil d'État devra se déclarer incompétent, parcequ'il s'agit d'une question d'état⁽¹⁾.

Suivant Laferrière (I, 529 ss.), il est certains droits, « reconnus, d'une manière plus au moins large, par la constitution et par les lois politiques », qui sont placés, en principe, sous la garantie des tribunaux : tels sont la liberté personnelle, la liberté de la presse, la liberté d'association et de réunion. Toutefois le commentaire que Laferrière ajoute à ce principe semble le détruire. Les tribunaux, dit-il en effet (p. 530), cessent d'être compétents, dès qu'apparaît l'action administrative. Mais c'est précisément de cette hypothèse qu'il s'agit. Les tribunaux, conformément au principe ainsi modifié, ne seront compétents que dans le cas où l'administration sortira à ce point de la légalité que ses actes puissent être réputés, non des actes administratifs, mais des voies de fait. La raison de la compétence des tribunaux sera donc en ce cas, non point la nature du droit, mais le principe général qui veut que les tribunaux ne se déclarent incompétents qu'au regard des « actes administratifs » proprement dits⁽²⁾.

Le principe ci-dessus trouve une application apparente, mais qui en réalité, d'après les commentaires qu'on donne à ce principe, en devient une exception, dans la règle suivant laquelle, quand un préfet a fait enfermer une personne en exécution de la loi du 30 juin 1838, comme aliénée ou dangereuse pour la sûreté publique, l'intéressé lui-même, et

(1) Laferrière, I, 514 ss.

(2) C'est pour cette raison que les tribunaux sont compétents lorsque l'administration confisque une propriété, emprisonne un citoyen, supprime un journal, interdit une industrie qui ne saurait être prohibée en aucun cas, etc. . . . Dans ces hypothèses, « l'acte cesse d'être un acte administratif . . . ; l'administration sort non seulement de ses propres attributions, mais des attributions mêmes de l'autorité administrative. » (Laferrière, I, 479). Cpr. Pandectes françaises, v^o Autorité administrative, n^o 80 ss.

chacun de ses proches ou amis, peuvent solliciter un jugement du tribunal et requérir son élargissement, s'il paraît qu'il a été enfermé à tort (même loi, art. 29).

Les *questions de propriété* sont réputées, en principe, appartenir à la compétence des tribunaux⁽¹⁾. Entre autres exceptions à cette règle, les instances relatives aux ventes des biens de l'État sont de la compétence administrative. C'est là une disposition qui date de la période révolutionnaire, et qui avait pour motif la crainte que les tribunaux se refusassent à reconnaître les ventes des biens des émigrés et du clergé, opérées à cette époque sur une grande échelle, et dont une partie avait eu lieu d'une manière passablement irrégulière⁽²⁾. — En matière d'expropriation, la transmission de la propriété et la détermination du montant de l'indemnité ont lieu par décision judiciaire (dans le dernier cas par décision du jury d'expropriation). Les tribunaux ont le droit de rechercher si les formalités qui doivent précéder l'expropriation ont été observées; par contre, il ne leur appartient pas de juger de la convenance ou de l'opportunité de l'expropriation projetée⁽³⁾.

C'est surtout en ce qui concerne *les contrats passés par l'administration* que les règles de compétence sont particulières. Elles sont exposées par Laferrière de la manière suivante⁽⁴⁾:

1. Lorsque l'administration agit « comme intendant de son propre domaine », c'est à dire comme gérant des biens qui sont une source de revenus pour l'État, les contrats passés par elle relèvent des tribunaux ordinaires, à moins, — ce qui est rare, — d'une disposition contraire expresse.

2. Quand elle agit « pour la gestion des services publics »,

(1) Laferrière I, 537 ss.

(2) Laferrière I, p, 553 ss.

(3) Loc. cit. 535 ss.

(4) I, 587 ss. Cpr. Aucoc, I, 486.

les tribunaux ordinaires sont encore compétents en principe ; mais la règle souffre de nombreuses exceptions. Ainsi les marchés de travaux publics, les marchés de fournitures, et diverses questions concernant la dette publique, appartiennent, en vertu de dispositions de lois expresses, à la juridiction administrative.

3. Lorsque l'administration agit « comme puissance publique, et que l'accord de volontés survenu entre elle et des tiers n'est en quelque sorte que l'accessoire et la condition de l'acte administratif qu'elle accomplit »⁽¹⁾, les tribunaux administratifs sont compétents, par application du principe de l'indépendance de l'administration au regard des tribunaux. En fait de contrats de cette catégorie, on peut mentionner, entre autres, les concessions de mines, les « concessions de travaux publics », — qui se distinguent des marchés de travaux publics mentionnés ci-dessus, en ce que le prix du travail exécuté consiste dans les redevances que le concessionnaire est autorisé à percevoir de ceux qui utilisent l'ouvrage ; — la cession de biens de l'État à des communes dans un intérêt public, les questions de traitement et de pension des fonctionnaires.

Les plus importantes parmi les matières où les tribunaux administratifs ont « pleine juridiction » sont, comme il résulte en partie de ce qui précède, les suivantes : Marchés de travaux publics, marchés de fourniture et divers autres contrats passés par l'État, demandes d'indemnité contre l'État, questions de traitements et de pensions, questions relatives à la dette publique, affaires de contributions directes, affaires électorales. Pour le détail à ce sujet, V. Laferrière II, 115 — 390.

⁽¹⁾ Cpr. ce qui a été dit plus haut, pp. 43 ss., au sujet des contrats de droit public passés par l'administration.

§ 3.

Contentieux d'annulation (1).

Il est passé, peu à peu, en principe établi, dans la jurisprudence, que toute décision administrative, quel qu'en soit l'auteur, peut être déférée au Conseil d'État pour annulation, lorsque le fonctionnaire qui l'a prise a commis un excès de pouvoirs. En pareil cas, le Conseil d'État ne substitue rien à la décision attaquée : il se borne à l'annuler, s'il y a lieu de le faire. La condition essentielle pour l'annulation est que la loi ait été violée ; par contre, une fausse ou inexacte appréciation des faits et circonstances ne peut jamais faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs.

Ce recours est ouvert, tant contre les décisions des fonctionnaires administratifs, que contre les décisions en dernier ressort des tribunaux administratifs. Les conditions d'exercice du recours et l'effet de l'annulation sont différents dans l'une et l'autre hypothèse. Dans l'une comme dans l'autre, le recours peut se fonder sur l'incompétence, la violation des formes et le « détournement de pouvoirs » ; mais dans la première, il peut se fonder en outre sur la violation ou fausse application de la loi. En cas d'annulation d'une décision d'un tribunal administratif, cette annulation n'a d'effet qu'entre les parties ; au contraire, l'annulation d'un acte administratif s'étend à toutes les personnes que cet acte concerne, même si elles n'ont point été parties en cause.

A. Annulation des décisions administratives autres que les jugements.

En ce qui concerne la nature des actes de l'administration qui peuvent être annulés pour excès de pouvoirs, il faut tout d'abord faire observer que les décisions prises par

(1) *Laferrière II, 391—599. Aucoc, I, 510—546.*

l'État en sa qualité de personne privée ne sauraient être attaquées par cette voie ; il faut qu'il y ait un « acte de puissance publique » (1). De plus, pour les « actes de pure administration », la circonstance que la décision y est abandonnée à l'appréciation de l'administration excluera, dans bien des cas, la possibilité d'un recours à la juridiction administrative ; mais si l'on allègue que l'autorité administrative était incompétente, ou a violé les formes prescrites, ou a commis un « détournement de pouvoirs », rien n'empêche que la décision discrétionnaire soit déférée pour annulation au Conseil d'État. Tout cela n'est pas particulier au droit français ; la théorie de la « libre appréciation » restreint elle-même cette appréciation dans de certaines limites, telles que des règles de compétence ou autres, qu'il lui est interdit de franchir ; l'administration qui passe outre n'agit plus dans la sphère de son pouvoir discrétionnaire, mais en dehors, et par suite, les tribunaux (en France, le Conseil d'État) deviennent compétents en vertu des principes généraux (2).

En exposant les règles de l'appréciation administrative discrétionnaire, nous avons distingué une catégorie de cas où l'incompétence des tribunaux résulte surtout de ce que la véritable partie lésée n'est pas un individu, mais le corps social dans son ensemble, en sorte que l'action de l'individu doit être écartée comme irrecevable pour défaut de qualité. A cet égard, les règles du recours pour excès de pouvoirs présentent, semble-t-il, une particularité originale. On enseigne sans doute (Laferrière, II, 436 ss.), que celui qui veut user

(1) On enseigne souvent (Cpr. Laferrière II, 535) que les actes de puissance publique ne peuvent pas être attaqués par une autre voie, que par suite ils peuvent bien être annulés, mais non réformés par la juridiction administrative. L'expression d'« acte de puissance publique » est prise ici, — comme on l'a vu par le résumé, donné à la fin du § précédent, des affaires relevant du contentieux de pleine juridiction, — dans une acception plus étroite qu'il n'est d'usage de le faire en droit allemand et danois.

(2) Laferrière, II, 411, 423 ss., 437, 533—547.

de ce recours doit avoir un *intérêt direct et personnel au procès*, et que cet intérêt ne doit pas consister dans l'intérêt général et impersonnel qu'a tout citoyen à ce que l'administration procède légalement, parceque l'intérêt public est sous la sauvegarde d'organes institués à cet effet, à qui les particuliers ne sauraient se substituer (Laferrière, II, 437). Néanmoins, l'expression d'« intérêt direct et personnel » se prend dans un sens beaucoup plus large qu'on ne le fait communément⁽¹⁾. Ainsi, une mesure de police qui impose des obligations aux habitants d'une commune peut être attaquée par chacun d'eux, individuellement, par la voie du recours pour excès de pouvoirs. Un aubergiste, qui s'est installé dans le voisinage immédiat du lieu où se tient ordinairement un marché, peut, de même, frapper d'un recours pour excès de pouvoirs la décision administrative qui transfère le marché ailleurs et diminue, par suite, ses revenus; des négociants, dont la proximité d'une gare diminue les frais de transport, peuvent attaquer de la même manière une décision qui déplace la gare; les habitants d'une ville qui n'étaient pas compris dans le rayon d'octroi peuvent se pourvoir contre un décret qui agrandit le périmètre et les assujettit à la taxe.

En ce qui concerne les cas qui donnent ouverture au recours pour excès de pouvoirs, on en distingue quatre : *l'incompétence, la violation des formes prescrites, la violation de la loi et le « détournement de pouvoirs »*. La violation des formes est considérée généralement en droit français — différent, sur ce point, du droit danois, — comme un excès de pouvoirs : on estime que les formes sont substantielles, qu'elles sont une garantie contre les décisions précipitées et injustes, et que leur violation entraîne par suite, en règle générale, la nullité de la décision⁽²⁾. Quant à la violation de

⁽¹⁾ Loc. cit., pp. 438 ss.

⁽²⁾ Laferrière, II, 5 ss.

la loi, on enseigne (Laferrière II, 532 ss.) qu'elle doit prendre la forme de la violation d'un droit et non pas seulement d'un intérêt, pour donner ouverture au recours en question. Cette restriction offre, semble-t-il, un sens plutôt négatif que positif, ce qu'on entend par « droit » étant assez mal défini; en réalité, elle ne signifie qu'une chose, d'ailleurs parfaitement exacte (v. plus haut), c'est que toute violation de la loi n'emporte pas la compétence des tribunaux administratifs, et que, notamment, il y a des questions réservées à l'appréciation de l'autorité administrative⁽¹⁾. L'expression : violation de la loi, se prend surtout comme comprenant à la fois, suivant les cas, la fausse interprétation et la fausse application de la loi (Laferrière, loc. cit. 535).

En ce qui touche le « détournement de pouvoirs » — ou l'usage, par l'autorité administrative, de ses pouvoirs discrétionnaires dans des cas et pour des objets que le législateur n'a pas eus en vue — nous renvoyons aux observations formulées plus haut pp. 120—124, ainsi qu'à Aucoc, I, 531 ss., et à Laferrière, II, 548 ss.

B. *Cassation de jugements.*

Tout jugement rendu en dernier ressort par un tribunal administratif peut être déféré au Conseil d'État pour annulation, à raison de l'incompétence ou de l'omission des formes substantielles. On admet que cette règle s'applique même dans le cas où la loi déclare le jugement définitif. La condition du recours est que le jugement soit rendu en dernier ressort; s'il est susceptible d'appel devant une juridiction supérieure, le recours en annulation n'est pas ouvert. Aussi ce recours ne peut-il jamais être exercé contre les arrêtés des Conseils de préfecture, qui sont toujours susceptibles d'appel au Conseil d'État. Le recours peut être fondé, soit

(¹) Cpr. Laferrière. Loc. cit. 533—534: « Si la décision est facultative, discrétionnaire pour l'administration, elle ne peut léser que des intérêts, non des droits, et le recours pour violation de la loi n'est pas ouvert.. »

sur l'incompétence de la juridiction qui a prononcé, soit sur l'omission des formes ; très-exceptionnellement seulement sur la violation de la loi. Il trouve principalement application aux décisions de la Cour des comptes, des Conseils de révision et du Conseil supérieur de l'instruction publique.

§ 4.

Contentieux d'interprétation (¹).

Lorsque la solution d'un litige du ressort des tribunaux ordinaires dépend de l'interprétation d'un acte administratif, ou de la question de validité de cet acte, on considère comme une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs que les juges doivent surseoir à statuer, jusqu'à ce que l'administration se soit prononcée sur l'interprétation ou la validité de l'acte en question.

Il doit être, en principe, procédé à l'interprétation d'une décision administrative, ou à l'examen de sa validité, par l'autorité même qui a pris cette décision (*ejus est interpretari cujus est condere*). C'est ainsi qu'il appartient aux Conseils de préfecture et aux ministres d'interpréter les décisions par eux prises. L'interprétation est donnée après une procédure contradictoire ; la décision du préfet peut être déférée au ministre, et celle du ministre au Conseil d'État. Toutefois, cette règle comporte des exceptions. Ainsi, les tribunaux ordinaires sont compétents pour interpréter les règlements administratifs, lorsque la question du sens ou de la validité de ces règlements vient à se poser au cours d'une instance. En cas de contestation sur l'interprétation ou la validité d'un contrat passé par l'administration, l'autorité compétente pour prononcer sur les difficultés nées du contrat est également

(¹) Aucoc, I, 498 ss. Laferrière, II, 604 ss. Pandectes françaises, v° Autorité administrative, n° 139 ss.

compétente pour l'interpréter. Ainsi, le Conseil de préfecture interprète les marchés conclus par le préfet pour l'exécution de travaux publics ; sa décision peut être frappée d'appel devant le Conseil d'État. Enfin le Conseil d'État est compétent pour interpréter les actes émanés du Chef de l'État.

§ 5.

Les diverses juridictions administratives.

A. *Conseils de préfecture* ⁽¹⁾. Les Conseils de préfecture sont avant tout une juridiction, des juges administratifs. En outre, ils ont certaines attributions consultatives, les préfets étant tenus de prendre leur avis en certains cas ⁽²⁾; mais cette dernière sorte d'attributions est beaucoup moins importante que la première.

Le Conseil de préfecture se compose du préfet président, et d'un certain nombre de membres (3 à 8), nommés et révoqués par le Président de la République. Pour pouvoir être nommés, il faut qu'ils aient passé l'examen juridique, et qu'ils aient servi au moins dix ans dans l'administration ou les tribunaux.

Bien que le préfet soit, aux termes de la loi, président du Conseil de préfecture, il est rare, en pratique, qu'il exerce ces fonctions lorsque le Conseil procède comme tribunal. Il serait, en réalité, assez fâcheux que le fonctionnaire même dont l'acte est attaqué eût à présider le tribunal appelé à en connaître.

La procédure ⁽³⁾ est, en principe, écrite, suivant la règle reçue en France devant les juridictions administratives. Lorsque l'affaire paraît suffisamment instruite par l'échange de

⁽¹⁾ Aucoc I, 548 ss. Laferrière I, 355 ss.

⁽²⁾ Aucoc I, 183.

⁽³⁾ V. à ce sujet loi du 22 juillet 1889, et circulaire du 13 juillet 1890.

mémoires, les enquêtes, etc. . . . il est fixé un jour pour l'audience publique. Le conseiller à qui la conduite de l'affaire a été confiée dès le début, fait son rapport; les parties — l'administration et le particulier — développent oralement ce qu'ils croient devoir ajouter aux mémoires écrits; le ministère public donne ses conclusions, et le tribunal prononce ensuite son jugement, toujours en audience publique.

Le trait caractéristique de la procédure administrative est que le juge dirige les parties, désigne les pièces à produire, les preuves à administrer, etc. . . . Une autre particularité de cette procédure est d'être simple et peu coûteuse; les frais y sont réduits au strict minimum.

Les arrêtés des Conseils de préfecture peuvent toujours, comme nous l'avons dit, être frappés d'appel devant le Conseil d'État.

Quant à leur compétence, les plus importantes des matières attribuées aux Conseils de préfecture sont: les affaires de contributions, de travaux publics, de ventes des biens de l'État, d'élections aux conseils municipaux et d'arrondissement et aux conseils de prudhommes (le contentieux des élections aux conseils généraux appartient au Conseil d'État), les recours contre les décisions des conseils municipaux déclarant un logement insalubre et interdisant de l'habiter, ou prescrivant des mesures sanitaires.

B. *Conseil d'État* ⁽¹⁾.

Le tribunal suprême en matière administrative est le Conseil d'État. On sait que le Conseil d'État n'est pas seulement un tribunal administratif. Outre ses attributions contentieuses, il est appelé à donner son avis sur les projets de loi qui lui sont transmis ainsi que sur les règlements administratifs et

(¹) Aucoc, I, 669 ss. Laferrière, I, 308 ss. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789* (1876). Varagnac, *le Conseil d'État et les projets de réforme*, *Revue des deux Mondes*, 1892.

autres questions qui lui sont soumises par le Président de la République ou par les ministres.

L'organisation actuelle du Conseil d'État résulte de la loi du 24 mai 1872.

Il se compose des ministres, d'un certain nombre de conseillers d'État ordinaires et extraordinaires, de maîtres des requêtes et d'auditeurs. Les membres en sont nommés et révoqués par le Président de la République. Les conseillers d'État extraordinaires, qui peuvent être consultés dans toutes les affaires, mais qui n'ont voix délibérative que dans celles qui concernent le ministère auquel ils appartiennent, doivent nécessairement exercer des fonctions administratives. Les conseillers d'État ordinaires et les autres membres du Conseil ne peuvent revêtir d'autres fonctions que sous certaines conditions, tant qu'ils appartiennent au Conseil.

Le Conseil est divisé en sections, dont l'une, la *section du contentieux*, a pour mission d'instruire les affaires contentieuses administratives et d'en préparer la décision. Dans les affaires où les parties ne sont pas représentées par des avocats, la section juge elle-même : dans les autres, un certain nombre de conseillers d'État ordinaires, pris dans les autres sections, s'adjoignent à la section du contentieux pour rendre arrêt. ⁽¹⁾

Le Conseil d'État est à la fois juge du premier et dernier degré, juge d'appel, et Cour de cassation.

Il juge en première et dernière instance les recours contre les décisions du Président de la République ou des Ministres, lorsqu'on allègue que la décision attaquée a violé un droit.

Il est juge d'appel, tant des décisions ministérielles qui ont le caractère de jugements, que des arrêtés de Conseils de préfecture.

Sont déferés au Conseil d'État, statuant comme cour de

⁽¹⁾ Il y a aujourd'hui deux sous-sections du contentieux. Loi du 13 avril 1900 (*Note du traducteur*).

cassation 1) les jugements des tribunaux administratifs rendus en dernier ressort — p. ex. Cour des Comptes — en cas de violation des formes prescrites ou de la loi, 2) tout jugement ou décision quelconque d'une juridiction, d'un conseil ou d'un fonctionnaire administratifs, lorsque l'excès de pouvoirs est allégué.

Il appartient enfin au Conseil d'État — de même qu'à la Cour de cassation dans les matières de son ressort — de régler de juges, lorsque diverses juridictions administratives se sont déclarées à la fois compétentes ou incompétentes pour connaître d'une instance, et aussi de juger les « pourvois formés par les ministres dans l'intérêt de la loi », ce qui veut dire les recours des ministres contre les décisions des juridictions administratives qui sont devenues définitives par l'expiration des délais d'appel, recours qui tendent non à faire réformer la décision dans l'espèce, mais à faire savoir au juge, pour une autre fois, comment il aurait dû statuer.

C. Juridictions administratives spéciales. — *Cour des comptes*⁽¹⁾.

Outre les juridictions précitées, il existe des juridictions spéciales ayant compétence en certaines matières, par exemple en matière de recrutement (conseils de révision), en matière scolaire ou universitaire (conseils départementaux, conseils académiques, conseil supérieur de l'instruction publique), pour la détermination de l'indemnité due par des propriétaires à l'administration à raison de l'accroissement de valeur de leurs immeubles par suite de l'exécution de travaux publics (commissions de plus-value), etc. . . .

La plus importante de ces juridictions spéciales est la Cour des comptes. L'organisation actuelle de la Cour date de 1807. Elle a un personnel très-nombreux, 4 présidents, 18 maîtres des comptes, 84 conseillers référendaires et 25 auditeurs. Les conseillers référendaires examinent les comptes

(1) Aucoc, I, 636 ss. Laferrière, I, 384 ss.

et préparent les arrêts avec l'assistance des auditeurs. Les arrêts sont rendus par les présidents et les maîtres des comptes.

C'est la seule juridiction administrative dont les membres soient inamovibles — à l'exception pourtant des auditeurs.

En ce qui touche la compétence de la Cour des comptes, il faut distinguer deux sortes de fonctionnaires qui ont à disposer des deniers publics : les *ordonnateurs*, qui mandatent les dépenses, sans avoir eux mêmes le maniement des fonds, et les *comptables*, qui encaissent les fonds et effectuent les paiements sur l'ordre des premiers. La Cour des comptes n'a juridiction que sur les comptables. Au regard des ordonnateurs, elle ne peut que faciliter le contrôle législatif.

Les comptables adressent annuellement leurs comptes à la Cour des comptes, lorsqu'ils gèrent les fonds de l'État ; s'il s'agit au contraire des comptes des communes ou des établissements publics, ce sont en général les Conseils de préfecture qui sont compétents en première instance, sauf appel à la Cour des comptes.

La Cour examine les comptes qui lui sont soumis, recherche si le comptable a reçu ce qu'il devait recevoir, payé ce qu'il devait payer, et surtout si les paiements ont eu lieu sur un ordonnancement régulier. Elle rend ensuite son arrêt, qui exprime si le compte concorde ou non.

S'il ne concorde pas, et que le comptable soit en débet d'une certaine somme, la Cour le condamne à la payer dans le délai fixé par la loi. S'il concorde, la Cour donne quitus.

L'arrêt peut être déféré, soit au Conseil d'État, en cas d'excès de pouvoirs, — auquel cas il est annulé, et l'affaire est renvoyée pour nouvel examen à une autre chambre de la Cour — ou à la Cour elle-même, lorsque des documents concernant l'affaire ont été trouvés après l'arrêt rendu.

La Cour, nous l'avons dit, n'a point de juridiction sur les ministres, ni en général sur les ordonnateurs. Les ministres rendent leurs comptes au pouvoir législatif : les ordonnateurs

des dépenses des départements et des communes rendent leurs comptes aux conseils généraux et municipaux.

Toutefois, le législateur a cherché à profiter de la connaissance que la Cour des comptes se trouve nécessairement avoir de la comptabilité des ministres. Pour pouvoir contrôler celle des comptables, en effet, il faut bien que la Cour ait sous les yeux les ordres qui justifient la dépense, autrement dit les mandats de paiement émanés des ministres. Cette connaissance est mise à profit de deux manières.

En premier lieu, la Cour recherche si le compte général présenté par les ministres concorde avec le total des comptes particuliers. Le résultat de cet examen est prononcé en audience publique, et adressé ensuite au Sénat et à la Chambre des députés (déclarations de conformité).

En second lieu, les référendaires sont tenus, en examinant les comptes particuliers, de comparer la nature des articles de recette et de dépense avec la loi qui les autorise, et de relever dans leur rapport les observations que cette comparaison a pu leur suggérer. Il est dressé un extrait de ces observations, qui est adressé à la fin de l'année au Président de la République, avec l'avis de la Cour sur les modifications qu'il serait désirable d'apporter à la comptabilité publique. L'avis de la Cour est imprimé et distribué aux membres des Chambres, avec les observations des ministres.

§ 6.

Conflits ⁽¹⁾.

Les désaccords qui peuvent se produire entre les tribunaux et l'administration (y compris les tribunaux administratifs) sur les limites de leur compétence sont tranchés, en France, conformément à la loi du 24 mai 1872, par un

(¹) Aucoc, I, 709 ss.

tribunal spécial. Jusqu'en 1872, — abstraction faite de la période de 1849 à 1851, — le principe était que les conflits d'attribution étaient jugés par le chef de l'État, sur l'avis du Conseil d'État. La loi susvisée a institué un *tribunal des conflits*, composé du ministre de la justice, président, et d'un certain nombre de membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

Le mot de « conflit » s'emploie en général pour désigner le procédé par lequel l'administration soutient qu'un litige est de sa compétence et non de celle des tribunaux. L'objet du conflit est donc de garantir l'indépendance de l'administration contre les empiétements des tribunaux. C'est au préfet qu'il appartient de faire usage de cette procédure et de provoquer la décision du tribunal des conflits, lorsqu'il estime qu'un litige soumis aux tribunaux, — ou une question particulière soulevée à propos de ce litige, — est du domaine administratif. Il est d'ailleurs de principe que les tribunaux doivent être d'abord appelés à se prononcer sur la question de compétence; le préfet met donc avant tout le tribunal en demeure de se déclarer incompétent (déclinatoire); si ce déclinatoire est rejeté, il prend un « arrêté de conflit ». L'effet de cet arrêté est que le tribunal doit surseoir jusqu'après la décision du tribunal des conflits.

Aux termes de l'article 26 de la loi de 1872, lorsque la section du contentieux du Conseil d'État est saisie de questions rentrant dans le pouvoir discrétionnaire de l'administration, les ministres peuvent demander au tribunal des conflits de prononcer sur la compétence.

Le tribunal des conflits juge non seulement les conflits positifs, mais encore les conflits négatifs entre les tribunaux et l'administration. Dans ce dernier cas, la décision est provoquée par les parties intéressées au débat, particuliers ou administration.

Belgique⁽¹⁾.

§ 1.

Considérations générales sur la compétence respective des tribunaux et de l'administration.

Les règles générales de la compétence respective des tribunaux et de l'administration sont contenues aux articles 92, 93 et 107 de la constitution.

Ces articles sont ainsi conçus :

Art. 92. Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. — Art. 93. Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi. — Art. 107. Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et réglemens généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois.

Les articles 92 et 93 ne sont pas toujours entendus tout-à-fait de la même manière. En général on les interprète en ce sens, que la distinction entre les objets mentionnés à l'article 92 et à l'article 93 concorde essentiellement avec celle que nous avons établie entre les matières de droit privé et de droit public. C'est l'interprétation que leur donnent de Fooz⁽²⁾ et Giron⁽³⁾. Les « *droits politiques* » sont définis, en

⁽¹⁾ *Bibliographie.* De Fooz, Droit administratif belge, I—III (1859). Thonissen, La constitution belge annotée (2^e éd. 1876). Giron, Le droit administratif de la Belgique I—III (2^e éd. 1885). Du même auteur : Le contentieux administratif en Belgique (1857). Picard, Les juridictions administratives, introduction au 4^e Vol. des Pandectes belges. Article : « acte administratif » et autres, aux Pandectes belges. Lejeune, Du droit des tribunaux de vérifier la légalité des actes administratifs (1857). Tielemans, Répertoire du droit administratif.

⁽²⁾ Droit administratif, I, 267 ss.

⁽³⁾ Droit administratif, I, 209 ss. Cpr. aussi Tielemans, Répertoire, VI, p. 419.

conséquence, par de Fooz, « des droits qui se rattachent aux relations qui se forment entre le gouvernement, ou la société, et les membres de cette société. » Giron fait observer⁽¹⁾ que l'expression « droits politiques » ne doit pas être prise stricto sensu, comme désignant seulement le droit de vote ou d'éligibilité, car c'est là une matière qui a toujours été soustraite à la connaissance des tribunaux, mais comme une expression générale comprenant à la fois les droits et les obligations qui ont leur source dans les relations des institutions publiques les unes avec les autres, ou avec les citoyens, toutes les fois qu'il s'agit de l'exercice de la puissance publique. Thonissen⁽¹⁾ est d'un autre avis : il considère que les droits politiques signifient exclusivement le droit d'élire et d'être élu, ou d'être appelé à des fonctions publiques, ou d'exercer l'autorité attachée à ces fonctions.

Au reste, que l'on interprète ces articles de l'une ou de l'autre manière, il est de règle incontestée, en droit belge, que les tribunaux ont qualité pour *examiner si un acte administratif est conforme à la loi, et en cas de négative, pour refuser de l'appliquer*. Cette règle résulte, en tous cas, de l'article 107 précité. Les seuls actes administratifs que les tribunaux doivent considérer comme valables sont ceux qui sont conformes à la loi. Si l'acte procède d'une autorité incompétente, ou si les formalités essentielles prescrites par la loi n'ont pas été observées, ou si, au fond, l'acte est contraire à la loi, il est du devoir des tribunaux de le déclarer illégal ; dans toutes ces hypothèses, l'administration outre-passe les limites de ses attributions⁽²⁾.

On pose pourtant en principe, en Belgique comme en France, que *l'administration doit être indépendante de la justice*. La règle édictée à l'époque de la révolution française :

⁽¹⁾ Loc. cit. p. 213.

⁽²⁾ Giron, Droit administratif, I, p. 231. Pandectes belges, v° Acte administratif, n° 161 ss.

« Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs »⁽¹⁾, est considérée comme étant encore en vigueur. Le même principe est formulé dans le Code pénal belge, art. 237, où il est dit, entre autres dispositions, que les juges ne peuvent édicter de défenses à l'exécution des ordres de l'administration. On tire de ce principe plusieurs conséquences. D'abord et avant tout, il est de règle — règle que nous trouverons ailleurs — que le droit de contrôle des tribunaux ne s'étend qu'à la question de savoir si l'acte administratif est légal, et non à la question de savoir s'il est d'ailleurs défendable. De plus, une autre règle — celle-ci spécialement belge⁽²⁾ — veut que les tribunaux, dans le cas même où ils peuvent refuser d'appliquer un acte administratif illégal, ne puissent pas directement l'annuler ou le réformer. Nous allons reprendre ces deux points en détail.

1. *Limites du droit de contrôle des tribunaux.*

Nous avons déjà indiqué plus haut (p. 94) comment les auteurs belges formulent en principe le droit des tribunaux de contrôler l'administration. En renvoyant sur ce point aux explications précédentes, nous nous bornerons ici à donner quelques exemples de l'application des règles, en y ajoutant quelques observations complémentaires.

En ce qui concerne les *matières réservées à l'administration*, il convient, d'après les auteurs belges, de faire une distinction. L'administration n'est pas appelée seulement à prendre une décision quand il s'agit d'« intérêts », mais aussi, en certains cas exceptionnels, quand des « droits » sont en jeu. Il résulte assurément, comme il a été dit plus haut, de l'art. 93 de la constitution, dans le sens où on le prend généralement, que les litiges relatifs à des droits et obligations relevant

(1) V. plus haut p. 29.

(2) De Belgique, ce principe a passé en droit italien, cpr. plus bas. Il en est autrement en France, V. Laferrière, I, 10—13.

du droit public sont, en principe, de la compétence judiciaire. Mais la loi *peut*, aux termes de ce même article, attribuer la décision de ces litiges à des autorités administratives. Celles-ci rendent, en pareil cas, de véritables jugements; elles exercent une portion de l'autorité dévolue aux tribunaux, *cpr.* plus bas. C'est à l'ensemble de ces attributions spéciales de compétence que les auteurs belges donnent le nom de « contentieux administratif » (1). Nous reviendrons plus bas sur ces matières, et nous ne nous occuperons ici que des hypothèses où il ne s'agit ni de « droits » ni de « juridiction contentieuse », mais seulement de « recours gracieux. »

Le cas se présente, par exemple, quand une autorité communale a interdit l'usage de logements dont le mauvais état sanitaire peut constituer un danger pour l'hygiène publique. Les autorités communales tiennent de la loi le droit de prononcer cette interdiction, le cas échéant. Les tribunaux ne sont pas compétents pour rechercher si, dans un cas donné il y avait lieu de la prononcer. Ils ne peuvent même pas être saisis d'une demande de dommages-intérêts. Il en est de même quand les autorités communales ont ordonné, conformément à la loi, la démolition d'un bâtiment menaçant ruine. Le point de savoir si en réalité il y a péril d'écroulement concerne exclusivement l'administration (Giron, *Droit administratif*, I, 202 ss.; *Pandectes*, v^o *Acte administratif*, nos 71—72, 93—94).

L'administration a autorisé un établissement insalubre. Les recours contre l'arrêté d'autorisation doivent être adressés à l'autorité administrative supérieure. Même lorsqu'il y a lieu à une sorte de débat contradictoire entre les intéressés, il ne saurait néanmoins être question de droit violé; il dépend de l'administration seule d'apprécier si l'autorisation doit ou non être accordée (Giron, *Droit admin.*, I, 200).

(1) Giron, *Contentieux*, p. 5. *Pandectes belges*, v^o *Acte administratif*, n^o 22, 119 ss.

De même, il appartient à l'administration de décider si l'utilité publique exige l'expropriation, dans un cas donné; les tribunaux ne peuvent pas ne pas tenir compte de la décision de l'administration, portant qu'il y a utilité publique. Mais il en est autrement lorsqu'il est allégué que l'administration n'a pas observé la procédure prescrite par la loi pour l'examen de cette question (Pandectes, acte admin., n° 59 ss.).

Toute femme qui tire notoirement profit de son inconduite peut, aux termes de la loi, être inscrite comme fille publique. La question de savoir si le fait est ou non notoire est considéré, par la jurisprudence, comme réservée à l'administration (loc. cit. n° 76 ss.). Picard (loc. cit.) conteste cette solution, qu'il ne trouve pas conforme au texte de la loi; suivant lui, une question aussi importante pour l'intéressée devrait être soumise à l'examen des tribunaux.

. La question de savoir s'il y a des raisons suffisantes pour expulser un étranger relève également de l'administration. Toutefois, si l'intéressé soutient qu'il n'est point étranger, mais sujet belge, il peut saisir les tribunaux de la question de légalité de l'arrêté d'expulsion (loc. cit. n° 106 ss.).

D'après l'article précité des Pandectes belges (n° 196—228), il est des cas où, bien qu'il s'agisse de *droits*, les tribunaux doivent néanmoins se déclarer incompétents. La raison en est que les litiges que les tribunaux sont appelés à résoudre doivent — comme le portent plusieurs arrêts, — porter sur des droits appartenant aux citoyens en vertu de *lois rendues dans leur intérêt individuel*⁽¹⁾. Si la loi qu'il s'agit d'appliquer n'a pas été faite dans l'intérêt des particuliers, mais dans celui de la société tout entière, les tribunaux sont incompétents. Cette théorie est, nous semble-t-il, exactement celle qui a été développée plus haut pp. 100 ss. Toutefois, c'est une expression vicieuse que de parler de droits en cette ma-

(¹) Cpr. Thonissen, 266, 268.

tière (« droits administratifs » par opposition aux « droits privés »); car il s'agit précisément ici de cas où la notion de la loi et celle des droits privés ne sont pas adéquates, où la loi peut avoir été violée sans qu'aucune atteinte ait été portée à des droits. La règle dont on allègue la violation n'a pas été formulée dans l'intérêt individuel, mais dans l'intérêt collectif; l'administration est tenue de s'y conformer, mais nul particulier ne peut prétendre que son droit ait été violé lorsque l'administration la transgresse: il n'appartient qu'à l'autorité supérieure d'intervenir. Or il ne rentre pas dans la mission des tribunaux d'interpréter les règles administratives, lorsque personne ne prétend que son droit ait été lésé. Toutefois la jurisprudence belge va plus loin en ce sens que la nature des choses ne paraît le comporter. Les tribunaux refusent de prononcer, non seulement lorsque le particulier prétend, pour ainsi dire, se substituer à la société, mais aussi dans des cas où la question soulevée prend la forme de question préjudicielle dans un procès. Ainsi les tribunaux ont refusé d'examiner les questions de validité des actes de nomination aux fonctions publiques, non seulement lorsque la contestation avait pour objet de faire décider laquelle des deux parties avait le droit d'exercer la fonction dont s'agissait, mais encore lorsqu'il était soutenu préjudiciellement qu'un acte administratif était nul pour être émané d'une personne qui n'avait pas légalement revêtu cette fonction. Dans ce dernier cas, il est arrivé qu'on a sursis à statuer pour que l'administration pût être appelée à se prononcer sur la question préjudicielle⁽¹⁾.

2. *Indépendance de l'administration en la forme.*

(¹) V. loc. cit. n° 201, 220. *Secus* Giron, *Droit admin.* I, 236. — Cette théorie a été contestée par Lejeune dans la brochure précitée; suivant cet auteur, la jurisprudence, sur ce point, est contraire au texte de l'art. 107 de la Constitution, qui, d'après lui, donne aux tribunaux le droit absolu d'examiner la légalité des actes administratifs.

On considère comme une conséquence des principes ci-dessus énoncés sur les relations des tribunaux et de l'administration que les tribunaux, même quand ils ont à refuser d'appliquer une décision administrative illégale, ne peuvent pourtant pas l'annuler ou la réformer directement⁽¹⁾. L'administration ne peut pas être citée devant les tribunaux pour voir déclarer nul un acte administratif. Les tribunaux ne peuvent pas interdire l'exécution de décisions administratives illégales. Mais ils peuvent refuser de tenir compte d'un acte administratif illégal, lorsqu'on l'invoque comme fondement d'un droit particulier, acquitter une personne prévenue d'avoir enfreint l'ordre illégal, condamner l'administration à des dommages-intérêts pour ses procédés irréguliers. Giron (loc. cit. 233) en donne un exemple tiré de la jurisprudence. Les autorités supérieures de police avaient, sans pouvoir se justifier d'aucune loi, donnée l'ordre d'arrêter une anglaise et de la mettre à bord d'un navire à destination de l'Angleterre. L'intéressée intenta un procès pour faire déclarer l'ordre illégal et faire faire défense de l'exécuter : mais elle fut déboutée de sa demande. Les tribunaux déclarèrent qu'ils n'avaient pas qualité pour annuler des ordres administratifs. La plaignante engagea alors une nouvelle instance pour réclamer des dommages-intérêts ; cette fois, les tribunaux se déclarèrent compétents et condamnèrent l'administration conformément à la demande. Giron donne un exemple (p. 335) des inconvénients qui peuvent résulter de ce système. Une personne avait été, par décret royal, expulsée de Belgique et conduite sur le territoire hollandais ; en Hollande on considéra l'expulsé comme sujet belge et on le renvoya en Belgique. Il y fut traduit en justice pour avoir contrevenu à un ordre d'expulsion, mais acquitté par les tribunaux, qui le déclarèrent

(¹) De Fooz, I, 309 ss. Thonissen, loc. cit. Giron, Droit admin. I, 232 ss. Pandectes, v° Acte admin. n° 64, 75, 176 ss.

sujet belge. Sans égard pour les arrêts de justice, et en exécution du décret d'expulsion, il fut de nouveau appréhendé et conduit en Hollande, et de là retransféré encore une fois en Belgique. Il fallut que le cas de ce malheureux fût porté à la tribune de la Chambre des représentants pour que le décret d'expulsion fût rapporté.

Il est arrivé pourtant que les tribunaux se soient départis du principe qui vient d'être exposé. Ainsi, en matière d'expulsion, il existe des arrêts qui ont déclaré l'ordre d'expulsion illégal, et fait défense à l'administration de l'exécuter. (Giron, loc. cit. 234; Pandectes, loc. cit. n° 108). Il peut aussi se présenter des cas où la violation de la loi est tellement évidente qu'on est porté à admettre qu'il n'y a même pas d'acte administratif, et que les tribunaux ont par suite qualité pour déclarer nul l'acte auquel il a été procédé⁽¹⁾.

Il va de soi que le principe en vertu duquel les tribunaux ne peuvent condamner l'administration à procéder à quelque acte ne s'applique point dans les cas où l'administration agit comme personne privée, mais seulement en matière de droit public. Et même en cette matière, rien ne s'oppose à ce que l'administration soit condamnée à restituer ce qu'elle détient illégalement. Par exemple, lorsque l'administration refuse de rembourser une taxe irrégulièrement perçue ou de payer une pension, les tribunaux sont compétents, le cas échéant, pour ordonner le paiement ou le remboursement⁽²⁾. Lorsque l'administration s'est mise illégalement en possession d'un immeuble, sans avoir observé les formalités de l'expropriation, rien ne s'oppose non plus à ce que les tribunaux la condamnent à restituer cet immeuble à son propriétaire. On ne saurait considérer, à proprement parler,

(¹) Cpr. Laferrière, I, 478—480.

(²) En ce qui concerne les pensions, ceci est contesté, par d'autres motifs (Thonissen, loc. cit. 271). En ce qui touche les impôts, ce n'est vrai que des impôts indirects, V. plus bas.

comme une exception au principe général, le fait qu'une autorisation administrative, qui doit toujours être présumée donnée sous la réserve du droit des tiers, peut être tenue pour non avenue, lorsqu'il est établi qu'elle est en opposition avec ces droits. Ainsi, les tribunaux sont compétents pour ordonner la suppression d'un moulin ou de tout autre ouvrage établi sur un cours d'eau avec l'autorisation de l'administration, lorsque cet ouvrage est contraire aux droits de tierces personnes sur le cours d'eau (Pandectes, v^o Acte admin. n^o 69⁽¹⁾).

§ 2.

Contentieux administratif et juridictions administratives.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la connaissance de certaines questions de droit qui relèvent du droit public a été soustraite aux tribunaux et attribuée, soit à l'administration, soit à des tribunaux administratifs. Comme la situation respective des tribunaux et de l'administration, en Belgique, est très-analogue à ce qui existe en Danemark, il peut être intéressant de savoir quelles sont ces questions, ou au moins les plus importantes d'entre elles.

L'administration, quand elle décide des questions de cette nature, est réputée exercer une fonction judiciaire, et ses décisions sont considérées comme des jugements⁽²⁾. Aussi les autorités administratives qui sont appelées à se prononcer doivent avoir uniquement égard à la loi, et non aux ordres de l'autorité supérieure. L'article 107 de la constitution — qui correspond au début des articles 72 et 73 de la constitution danoise — s'applique aux tribunaux administratifs

(¹) Cpr. plus haut chap. III § 2.

(²) Giron, Droit admin. I, 198 ss. Pandectes, v^o Acte administratif, n^o 119 ss.

aussi bien qu'aux tribunaux ordinaires⁽¹⁾. La décision une fois rendue ne peut plus, en principe, — tout comme les jugements des tribunaux proprement dits, — être modifiée par l'autorité qui l'a prise⁽²⁾. Une décision ne peut être modifiée que sur un recours, qui, dans quelques cas, peut être adressé aux degrés supérieurs de juridiction des tribunaux ordinaires. Par contre, il n'y a pas toujours lieu, en pareille matière, à un débat oral entre les parties ; ainsi, le débat oral ne précède pas nécessairement les décisions de la Cour des comptes.

Les affaires les plus importantes, rentrant dans cette catégorie, sont les affaires électorales, les affaires de contributions directes, de comptes et de recrutement.

1. *Affaires électorales*⁽³⁾. Les contestations relatives à la formation des listes électorales étaient autrefois tranchées en première instance par les assemblées élues, en seconde instance par les tribunaux : organisation qui rappelle celle qui existe en Danemark pour les contestations relatives au droit électoral au Folketing et au Landsting. Toutefois la décision en premier ressort n'appartenait pas aux Conseils communaux, mais aux Députations permanentes des Conseils provinciaux⁽⁴⁾, dont les décisions pouvaient être déférées, non aux tribunaux inférieurs, comme cela a lieu en Danemark pour les décisions des administrations locales, mais aux Cours d'appel.

Ce système a été modifié par la loi du 30 juin 1881. Pour assurer l'indépendance de toute influence politique, le jugement des affaires électorales a été ôté aux députations

(1) Pandectes, v^o Acte administratif, n^o 173. Giron, Contentieux admin. n^o 65 ; cpr. De Fooz, loc. cit. 320.

(2) De Fooz, loc. cit. 234. Giron, Droit admin. I, 202.

(3) Giron, Droit admin. I, 214 ss.

(4) La députation permanente remplace le Conseil provincial, lorsque celui-ci n'est pas réuni. Les membres en sont élus par le Conseil provincial, dans son sein.

permanentes et attribué aux Cours d'appel, qui ont été ainsi appelées à statuer tant en premier qu'en dernier ressort.

Les contestations sur les élections — qu'elles aient trait d'ailleurs aux opérations électorales ou à la personne de l'élu, — sont jugées, quand il s'agit d'élections aux Chambres ou aux conseils provinciaux, par l'assemblée elle-même ; quand il s'agit d'élections aux conseils communaux, par la députation permanente du conseil provincial.

2. *Contributions directes* ⁽¹⁾. Les recours en cette matière sont jugés, d'après la loi du 30 juillet 1881, en première instance par l'administration (les directeurs provinciaux des contributions directes). Le recours peut avoir pour objet de faire décider, ou que, dans l'espèce, l'impôt ne doit pas être perçu, ou qu'il est évalué trop haut, ou — ce qui peut être préjudiciable à l'intéressé à raison de la connexité entre l'impôt et le droit électoral — que le montant de l'évaluation est trop faible (demandes en décharge, réduction, majoration de cote). Dans toutes ces hypothèses, il s'agit de droits, et les décisions sont par suite considérées comme participant de la nature des jugements. Pour justifier l'attribution qui en est faite néanmoins à une juridiction administrative particulière, on fait valoir qu'il est nécessaire de tenir compte, pour la décision à prendre, de l'imposition dans son ensemble, et de veiller à ce qu'un contribuable ne soit pas taxé plus haut que l'autre. Les autorités précitées sont compétentes dans tous les cas de « recours pour non application des lois en matière de contributions directes. » Leurs décisions peuvent être déférées aux Cours d'appel, dont les arrêts sont susceptibles de recours en cassation, s'il y a ouverture.

Il peut être accordé remise totale ou partielle des contributions, lorsque l'inondation, la grêle, ou quelque autre fléau a dévasté la récolte (demandes en remise ou modération

(1) Giron, *Droit admin.* I, 219 ; II, 51 ss.

d'impôt). Mais, en pareil cas, l'intéressé n'a pas de droit à faire valoir : il ne peut qu'adresser une requête fondée sur des motifs d'humanité et d'équité. La décision appartient aux directeurs provinciaux des contributions.

Les affaires de contributions indirectes, au contraire, sont jugées, comme en Italie et en France, par les tribunaux ordinaires.

3. *Affaires de comptes* ⁽¹⁾. La Belgique, a comme la France, une Cour des comptes, chargée de réviser et de juger la comptabilité publique. Les dispositions organiques de cette institution se trouvent dans l'article 116 de la constitution et dans une loi du 29 octobre 1846. Elle se compose de sept membres, nommés tous les six ans par la Chambre des représentants, qui a le droit de les révoquer à toute époque. Quant à ses attributions, il faut distinguer, comme en France, entre les comptes des Ministres et les autres comptes de l'État.

En ce qui concerne le compte que les Ministres présentent tous les ans aux Chambres, le rôle de la Cour des comptes se borne à préparer ce travail. La décision définitive appartient aux Chambres elles-mêmes. La Cour exerce d'ailleurs un certain contrôle sur les mandats délivrés par les ministres, par ce fait que ces mandats doivent, avant le paiement, être revêtus du visa de la Cour; en cas de refus de visa, les motifs du refus sont examinés en conseil des ministres, et si le conseil estime que la dépense doit être effectuée, la Cour vise avec réserves. Les motifs du refus doivent être indiqués dans le rapport annuel aux Chambres.

Il en est autrement pour les autres comptes, concernant les caisses publiques. Comme en France, la Cour des comptes a pour mission de les juger. Si le compte concorde, il est donné quitus, avec les effets qui en résultent en droit; s'il

(1) Giron, Droit admin. I, 215 ss. II, 106 ss, Thonissen, 357 ss.

se trouve quelque déficit, la Cour condamne le comptable à en verser le montant dans un certain délai : sa décision peut être exécutée sans l'intervention des tribunaux. Les décisions de la Cour sont considérées comme de véritables jugements, qui tranchent définitivement la question de droit entre le comptable et l'État. Toutefois, la Cour peut, dans les trois années suivantes, soit d'office, soit à la requête de l'intéressé, modifier la décision rendue, lorsqu'il vient à être établi qu'elle repose sur une erreur. Après un délai de trois ans, la décision devient irrévocable ; s'il a été donné quitus, et qu'on vienne à découvrir, après ce délai, que le comptable a usé de fraude, il ne peut même pas être poursuivi à fin de dommages-intérêts devant les tribunaux ⁽¹⁾. — Les arrêts de la Cour des comptes peuvent, comme les jugements des tribunaux ordinaires, être déférés à la Cour de cassation, lorsqu'il y a « violation des formes ou de la loi ».

Bien que les décisions de la Cour de comptes soient considérées comme de véritables jugements, la procédure de la Cour n'est pas soumise aux formes de la procédure ordinaire. L'administration et les fonctionnaires ne figurent pas comme parties ; il n'est même pas nécessaire de les assigner, — sauf en quelques cas exceptionnels. La Cour agit d'office : elle « se saisit elle-même de la vérification de chaque compte ».

La Cour des comptes n'a à s'occuper que de la comptabilité de l'État. Celle des communes est révisée et jugée par la députation permanente. Les décisions de cette dernière sont aussi considérées comme des jugements, qui établissent définitivement la situation du comptable à l'égard de la commune. En cas d'erreur, pourtant, l'affaire peut être, comme c'est le cas pour les décisions de la Cour des comptes, déférée à nouveau à la députation par la commune ou par le fonctionnaire lésé.

⁽¹⁾ Il en est autrement en Danemark (ordonnance sur la comptabilité de 1840, art. 37).

4. *Questions de recrutement* ⁽¹⁾. Les « conseils de milice » se composent de deux membres des administrations locales et d'un officier supérieur. Ils décident de l'aptitude au service militaire, et connaissent des recours contre l'inscription sur les listes de recrutement et des réclamations afin d'exemption du service militaire, fondées sur des raisons spéciales. Leurs décisions sont considérées comme des jugements ; elles doivent être motivées, et prononcées publiquement. Appel peut être interjeté, soit au nom de l'État, soit par le conscrit. S'il s'agit de l'aptitude au service, l'appel est porté aux « Conseils de révision ». En toute autre manière, il est porté aux Cours d'appel, — système qui rappelle celui qui est suivi en Danemark pour l'appel des décisions des conseils de révision.

§ 3.

Conflits.

Dans les dernières années de l'union avec la Hollande, il était de principe, exprimé dans un décret royal du 5 octobre 1822, que les tribunaux devaient se considérer comme incompetents, lorsque l'administration soutenait que le litige n'était pas de leur ressort. Les gouverneurs de provinces étaient tenus de prendre des conclusions à cet effet, lorsqu'il s'agissait de la légalité ou de la régularité d'un acte administratif. Non seulement l'administration pouvait ainsi arrêter l'instance engagée, mais la décision sur le point de savoir si l'acte administratif en question était légal ou non appartenait exclusivement au roi ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Giron, Droit admin. 295 ss. Loi sur la milice, 1881.

⁽²⁾ Il est dit dans les motifs de ce décret : « ... la loi fondamentale nous a constitué le juge supérieur et en dernier ressort de la légalité et de la validité des règlements, ordonnances et résolutions, émanées des autorités administratives. » Thonissen, p. 322.

Cela fut modifié par la Constitution de 1831. D'une part, l'article 107 donna aux tribunaux le droit d'examiner la légalité des décisions administratives, et d'autre part il fut établi par l'article 106 que les conflits d'attributions entre les tribunaux et l'administration seraient tranchés par la Cour de cassation. En attribuant aux tribunaux la décision des conflits de compétence, on tirait la conséquence naturelle du principe de l'article 107 ; pour arriver à une solution rapide de la question, on prescrivit qu'elle devait être soumise immédiatement à la Cour de cassation. Pourtant, en pratique, les choses ne se passent point ainsi ; l'administration prend devant le tribunal saisi des conclusions tendant à décliner la compétence, et le jugement du tribunal est ensuite frappé d'appel et de pourvoi en cassation conformément aux règles ordinaires de la procédure ⁽¹⁾.

En ce qui concerne la *Hollande*, l'article 148 de la constitution de 1848 portait que : « Tous litiges sur la propriété et les droits qui en dérivent, sur les créances de sommes d'argent et autres droits civils, appartiennent exclusivement à la décision des tribunaux. » Cet article ajoutait que les tribunaux « connaissent également, sauf les exceptions portées par les lois, des questions relatives aux droits politiques. »

La première partie de cet article se trouvait déjà dans la constitution de 1815, et avait pour but d'empêcher l'introduction du système français des tribunaux administratifs dans les affaires de droit privé. La seconde partie de l'article avait été ajoutée en 1848 sur le modèle belge.

Ce texte est aujourd'hui remplacé par les articles 153 et 154 de la Constitution du 30 novembre 1887. Le premier de

⁽¹⁾ Pour le détail, V. Giron, *Droit admin.* I, 223 ss., De Fooz, I, 253 ss., Thonissen 321 ss.

ces articles reproduit la première partie de l'ancien article 148. Le second décide que « la loi peut attribuer la décision de litiges autres que ceux qui sont déterminés à l'art. 153, soit aux juges de droit commun, soit à un collègue investi de la juridiction administrative. »

Aux termes de l'article 156 de la constitution, il doit être statué par une loi sur le règlement des questions de compétence entre l'administration et les tribunaux. Cette loi n'a pas encore été rendue. Le décret royal précité du 5 octobre 1822, qui attribuait au roi la décision des conflits de compétence, a été abrogé par décret du 20 mai 1844.

Allemagne ⁽¹⁾.

La juridiction en matière de droit public est organisée différemment dans les divers États allemands. Toutes les législations particulières ont pourtant en commun un trait essentiel : la juridiction administrative y est — au moins en

(¹) *Bibliographie.* On trouvera un aperçu de la très-riche bibliographie allemande sur la juridiction administrative dans Sarwey, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege* (1880), pp. 119—163. D'autres indications bibliographiques se rencontrent sous les divers articles : « Verwaltungsgerichtsbarkeit » au *Wörterbuch des Verwaltungsrechts* ; Bornhak, *Preuss. Staatsrecht* II, 397, 408 ss. ; Wach, *Civilprocess*, 77 ss.

Sur l'organisation de la juridiction administrative, spécialement en Prusse, V. Bornhak, *Preuss. Staatsrecht*, II (1889) pp. 397 ss. Schulze, *Preuss. Staatsrecht* (1^{re} éd.) II, 836 ss. Stengel, article : « Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen » et « Verw. Organisation in Preussen » au *Wörterbuch der deutschen Verwaltung*. Gneist, *Die preuss. Kreis-Ordnung* (1870). Du même auteur : *Zur Verw. Reform u. Verw. Rechtspflege in Preussen* (1880). Brauchitsch, *Die neuen preussischen Verwaltungsgesetze*, I—IV (éd. 1884). Bismarck, commentaire des lois de 1875 et de la loi de 1883 sur la compétence administrative.

dernier ressort — séparée de l'administration et confiée à des autorités spéciales, distinctes des tribunaux ordinaires. L'organisation actuelle est assez récente ; le premier essai de création de tribunaux administratifs spéciaux a été fait à Bade en 1863 ; le nouveau système a été inauguré en Prusse par la loi sur les cercles (Kreis-Ordnung) de 1872, à laquelle plusieurs lois importantes sont plus tard venues se joindre ; la Hesse, la Bavière et le Wurtemberg sont entrés ensuite dans la même voie. La Saxe fait exception : les tribunaux administratifs spéciaux y sont inconnus ; pourtant, certaines affaires administratives y sont soumises à une procédure particulière.

L'objet de la juridiction administrative est, en Allemagne — comme ailleurs — de trancher les litiges relatifs à des droits et obligations rentrant dans la sphère du droit public⁽¹⁾.

La détermination précise des matières qui relèvent de la juridiction administrative a lieu, dans les États allemands, par voie d'énumération. Les cas exceptionnels où il est procédé autrement, et posé des principes généraux, ont été indiqués plus haut pp. 89 et suiv.

De l'objet de la juridiction administrative, déterminé en général comme il vient d'être dit, dérivent les règles générales qui servent à déterminer la limite de sa compétence, tant au regard des tribunaux ordinaires qu'au regard de l'administration.

En ce qui concerne d'abord *la limite entre la compétence des tribunaux administratifs et celle des tribunaux ordinaires*,

(¹) Cette définition se trouvait dans la loi prussienne de 1875 sur la juridiction administrative ; mais elle ne se rencontre plus dans les lois plus récentes. V. d'ailleurs plus haut pp. 89 ss. Bornhak, qui ne veut pas que les sujets d'un État aient de droits à son égard, estime que l'objet de la juridiction administrative est de juger « *Verwaltungsrechtliche Streitfragen* » (Staatsrecht II, 416).

le principe général est que les litiges de droit privé relèvent de ces derniers, et ceux de droit public de la juridiction administrative ou de l'administration (V. plus haut pp. 80 ss.). Mais il y a des exceptions. Toutefois, le cas où des litiges de droit privé sont attribués à la juridiction administrative (ou à l'administration) sont fort peu nombreux. Plus fréquents sont les cas exceptionnels où la solution de litiges de droit public a été confiée aux tribunaux.

Il convient de rappeler ici tout d'abord que, quand il s'élève une question de droit public, incidente ou préjudicielle à un litige de droit privé, les tribunaux ne sont point, comme en France, tenus de surseoir à statuer, pour que la question préjudicielle puisse être déférée à l'administration : leur compétence s'étend au jugement du tout⁽¹⁾. Il ne saurait assurément être question, en pareil cas, à proprement parler, d'une « *Verwaltungsgerichtsbarkeit der Gerichte* », car, malgré la question préjudicielle de droit public, le litige ne cesse pas d'appartenir au droit privé. Ce sont bien, au contraire, des litiges de droit public qui sont attribués aux tribunaux ordinaires, lorsqu'on établit en principe, comme on le fait généralement en Allemagne, que les tribunaux sont compétents pour statuer sur les créances pécuniaires des fonctionnaires contre l'État, bien que ces créances soient généralement considérées comme se rattachant au droit public⁽²⁾, — soit encore que les tribunaux sont compétents quand celui qui attaque une décision administrative se prévaut d'un titre spécial, ou allègue qu'il a été porté atteinte à ses droits privés⁽³⁾. Les tribunaux ordinaires sont également compétents dans nombre de cas où une demande d'indemnité, en matière de droit public, est for-

(¹) V. plus haut p. 60.

(²) Bornhak, « *Rechtsweg* » au *Wörterbuch*, § 5.

(³) Bornhak. loc. cit. § 6, et plus haut pp. 41 ss. et 51.

mée contre l'État⁽¹⁾. Au surplus, les règles de compétence ne sont pas absolument les mêmes dans les divers États. Pour le détail, à ce sujet, nous renvoyons à Bornhak, art. « *Rechtsweg* » au Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts §§ 6 et 7, et aux observations faites plus haut pp. 41 ss.⁽²⁾.

Nous avons indiqué ci-dessus (pp. 91 ss.) comment se détermine la limite de compétence de la juridiction administrative au regard de l'administration. Le domaine des tribunaux administratifs comprend toutes les questions relatives à des droits ou à des obligations, toutes les questions rentrant dans ce qu'on appelle communément des questions de droit, tandis que celui de l'administration comprend les questions de convenance ou d'opportunité, toutes celles dont la solution dépend d'une appréciation dont l'administration est chargée. Comme on l'a fait remarquer plus haut, ces principes sont en bien des cas d'une application difficile, et comportent maintes exceptions. C'est ici surtout, quand il s'agit de tracer la ligne de démarcation entre l'administration et les tribunaux administratifs, que la méthode énumérative est avantageuse.

Les tribunaux administratifs ont parfois, comme on l'a vu, à résoudre des questions qui reposent exclusivement sur des raisons de convenance ou d'opportunité, ou sur une appréciation administrative. Ces exceptions s'expliquent, soit par ce motif qu'une procédure contradictoire entre l'administration et les particuliers intéressés paraît offrir des avantages — c'est ce qui a lieu, par exemple, pour diverses affaires concernant l'industrie, — soit par l'étroite connexion des questions d'appréciation qu'il s'agit de résoudre avec des

(¹) Hauser, Die deutsche Gerichtsverfassung p. 75, note, 93 note. Secùs p. 66 note.

(²) Pour la Prusse, consulter particulièrement les lois des 11 mai 1842 et 24 mai 1861. Cpr. Bornhak, Staatsrecht, II, 457 ss.

questions de droit. Ainsi, aux termes de la loi prussienne de compétence (*Zuständigkeitsgesetz*) article 47, les tribunaux administratifs décident, non seulement s'il existe dans l'espèce, en droit public, une obligation de supporter les frais de construction d'une école, mais encore s'il est nécessaire ou convenable de procéder à cette construction. De même, la loi bavaroise du 8 août 1878, art. 31, porte que les tribunaux administratifs, en première instance, décident aussi les questions d'appréciation administrative qui viennent à s'élever à l'occasion des litiges de droit administratif qui leur sont déferés. Une règle analogue se trouve dans la loi hessoise du 12 juin 1874, art. 67⁽¹⁾.

Conflits de compétence⁽²⁾. Le principe fondamental, dans la législation de l'Empire, est que les tribunaux décident la question de savoir si un litige rentre dans leur compétence ou dans celle de l'administration (ou de la juridiction administrative) : « Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtswegs » (Code d'org. judic. art. 17). Ce même article ajoute cependant que les lois de chaque État peuvent attribuer la décision de cette question à des autorités spéciales, mais à la condition d'observer certaines règles⁽³⁾.

Les plus importantes de ces règles sont les suivantes :

Les membres du tribunal des conflits sont nommés à vie, ou, s'ils revêtent une autre fonction au moment de leur nomination, pour le temps que dure cette fonction. Leur révocation est soumise aux mêmes règles que celle des membres de la Cour suprême de l'Empire (*Reichsgericht*). La moitié

(1) Stengel « *Verwaltungsgerichtsbarkeit* » au *Wörterbuch*, II, p. 717. Brauchitsch, I, 153—154; 114—115 (Note).

(2) Nadbyl, « *Kompetenzkonflikt* » au *Wörterbuch*. Sarwey, *Öffentliches Recht*, 673 ss. Bornhak, *Preuss. Staatsrecht*, II, 479 ss. Le surplus de la bibliographie se trouve dans les articles cités de Nadbyl et de Bornhak.

(3) En ce qui concerne l'attribution à la Cour suprême de l'Empire (*Reichsgericht*) de la décision de ces conflits, V. la loi de mise en vigueur du Code d'organisation judiciaire, art. 17.

au moins des membres doit appartenir aux cours supérieures. La procédure est organisée par la loi ; la décision est rendue en séance publique, après convocation régulière des parties. Le recours au tribunal des conflits n'est plus permis lorsqu'il a été rendu un arrêt définitif sur l'affaire.

Les États particuliers ont presque tous mis à profit cette autorisation et confié la solution des contestations de compétence entre les tribunaux et l'administration (ou la juridiction administrative) à des tribunaux mixtes spéciaux⁽¹⁾.

Lorsque l'administration soutient que la question de compétence doit être soumise à la décision du tribunal des conflits (« Erhebung des Kompetenzkonfliktes »), la procédure est aussitôt suspendue. Le conflit peut être élevé dès que l'instance est engagée ; il n'existe pas en Allemagne de disposition correspondant à la règle française d'après laquelle, avant que le conflit soit élevé, il faut que le tribunal ait été mis en demeure de se prononcer sur la question de compétence (déclinatoire). Comme en France, le conflit ne peut plus être élevé lorsqu'il a été rendu dans l'affaire un jugement définitif ; mais on va plus loin, à cet égard, en Allemagne qu'en France : le conflit cesse d'être possible, non seulement lorsqu'il y a un jugement définitif sur le fond, mais encore lorsqu'un jugement, par lequel le tribunal s'est déclaré compétent, est devenu définitif.

Il peut s'élever un désaccord sur la compétence, non seulement entre les tribunaux d'une part et l'administration ou les tribunaux administratifs de l'autre, mais aussi *entre l'administration et les tribunaux administratifs*. Les conflits de cette dernière espèce sont jugés, en Prusse (et dans divers autres États) par le tribunal administratif supérieur (Loi

(¹) Prusse : Ordonnance du 1^{er} août 1879. Bavière : Loi du 18 août 1879. Wurtemberg : Loi du 25 août 1879. Bade : Loi du 12 mars 1879. Hesse : Loi du 29 avril 1879. Saxe : Loi du 3 mars 1879.

sur l'administration, art. 113); dans l'Allemagne du Sud, par le tribunal des conflits ordinaire.

Organisation de la juridiction administrative. Il faut distinguer, à cet égard, entre l'Empire allemand et les différents États allemands. En ce qui concerne ces derniers, nous nous bornerons à décrire dans ses traits essentiels l'organisation prussienne.

I. Il n'existe pas de tribunal administratif d'Empire, ayant compétence générale en matière de droit public. Mais il y a plusieurs autorités d'Empire qui ont pour mission de trancher certaines catégories de litiges administratifs. Elles sont, en cette matière, indépendantes du chancelier de l'Empire et de toutes autres autorités administratives, et se gouvernent exclusivement d'après leur sentiment personnel de la justice. Elles jouent ainsi le rôle de juridictions administratives spéciales. Telles sont le « Bundesamt für das Heimatwesen », qui tranche les contestations, en matière d'assistance publique, entre districts d'assistance d'États différents, et même, en certains cas, du même État; le « verstärkte Reichseisenbahnamt », qui fait office de juge lorsqu'une décision prise par l'administration impériale des chemins de fer est attaquée comme contraire aux lois; le « Reichsversicherungsammt », le « Patentamt », etc. . . .⁽¹⁾.

II. L'organisation de la juridiction administrative est, en Prusse, comme dans les autres États allemands, étroitement liée à l'organisation administrative dans son ensemble, et ne

(¹) Laband, I, 376 ss. Stengel, « Verwaltungsgerichtsbarkeit » au Wörterbuch II, 718 ss. En ce qui concerne l'office des brevets (Patentamt), V. la nouvelle loi sur les brevets du 7 avril 1891. Il semble aussi qu'on doive comprendre les conseils des prises (Prisengerichte) parmi les tribunaux administratifs de la catégorie indiquée. Par contre, la Cour des comptes de l'Empire allemand n'est point une juridiction; cpr. plus haut p. 176; Laband, II, 970.

saurait être exposée sans faire connaître cette dernière, au moins dans ses grands traits.

L'administration prussienne a subi de profondes modifications dans ces dernières années. Le début et la base de la réforme est la Loi des cercles (Kreisordnung) de 1872. A cette loi sont venues se joindre la Loi provinciale (Provinzial-Ordnung) de 1875, et diverses autres lois, qui ont été ensuite fondues en deux lois importantes, l'une sur l'administration générale, et l'autre sur les attributions et la compétence de l'administration et de la juridiction administrative (Zuständigkeitsgesetz), toutes les deux de 1883⁽¹⁾. Les institutions communales ont été organisées par une loi du 3 juillet 1891, applicable aux sept provinces de l'Est (étendue depuis au Slesvig-Holstein et à la province de Hesse-Nessau).

Le pays est divisé en provinces, celles-ci en Districts (Regierungsbezirke), ceux-ci en cercles (de villes et de campagnes), les cercles de campagnes en cantons urbains (Stadtbezirke) et ruraux (Amtsbezirke), ces derniers composés d'une ou de plusieurs communes rurales (Landgemeinden) ou domaines (Gutsbezirke)⁽²⁾.

Toutes les divisions ci-dessus ont trait à l'administration générale du pays; ce sont des « staatliche Verwaltungsbezirke. » Les provinces, les cercles et les communes qui les

(¹) La loi sur les cercles de 1872 et la loi provinciale de 1875 sont applicables aux provinces de Prusse orientale et occidentale, Brandebourg, Poméranie, Silésie et Saxe. Les autres provinces ont été dotées, les années suivantes, de lois des cercles et de lois provinciales, identiques aux premières sur tous les points essentiels. La dernière loi provinciale est celle du Slesvig-Holstein de 1888. Les anciennes institutions ne subsistent plus que dans la province de Posen, où elles ont été maintenues en grande partie en ce qui concerne l'administration autonome de la province et du cercle. Par contre, les lois sur l'administration générale et sur la compétence ont été étendues à Posen par une loi de 1889, et s'appliquent ainsi à tout l'ensemble du territoire de la monarchie.

(²) Il n'existe d'Amtsbezirke que dans les six provinces où la loi des cercles de 1872 est applicable, et en Slesvig-Holstein.

composent sont, de plus, des corps autonomes, ayant le droit d'administrer eux-mêmes leurs propres affaires.

Les autorités administratives qui correspondent aux divisions territoriales susindiquées sont les suivantes :

Province.

Organes de l'administration de l'État : Oberpräsident. Provinzialrath.

Organes de l'administration autonome : Provinziallandtag. Provinzialausschuss. Landesdirektor, et les autres fonctionnaires de la province.

District (Bezirk).

Organes de l'administration de l'État : Regierungspräsident. Bezirksregierung. Bezirksausschuss ⁽¹⁾.

Cercle (Kreis.)

Kreistag. Landrath. Kreisausschuss. — Le premier est exclusivement un organe autonome, les deux derniers servent à la fois à l'administration de l'État et à l'administration locale autonome.

Dans les cercles de villes, les affaires locales sont administrées par les diverses autorités communales. Les affaires concernant l'administration générale qui, dans les cercles de campagne, sont attribuées à la commission du cercle (Kreisausschuss), sont administrées dans les cercles de villes par la commission de la ville (Stadttausschuss).

Canton rural (Amtsbezirk).

Amtsvorsteher. Amtsausschuss.

Commune (Gemeinde) ou domaine (Gutsbezirk).

Gemeindeversammlung (Gemeindevertretung). Gemeindevorsteher (Schulze — Gutsvorsteher). — Dans les communes urbaines, la municipalité est en général constituée collégialement (« Magistrat », avec un bourgmestre pour président).

⁽¹⁾ Provenant de la fusion de deux institutions créées par les premières lois de réforme, le « Bezirksrath » et le « Bezirksverwaltungsgericht ».

La police locale peut, dans les villes, être confiée à des fonctionnaires de l'État particuliers.

Les *provinces* ont des organes différents pour l'administration de l'État et pour l'administration autonome de la province. Les organes de cette dernière sont le *Landtag provincial*, qui décide de toute une série d'affaires importantes concernant la province, la *Commission provinciale*, dont les membres sont élus par le Landtag provincial, et à qui est confié le détail de l'administration de la province; enfin les fonctionnaires de l'administration autonome, y compris le Landesdirektor, chargé des affaires courantes.

Les organes provinciaux de l'administration de l'État sont le Président supérieur, avec ses divers auxiliaires, et le Conseil provincial. Le *président supérieur* agit d'une manière indépendante dans le cercle de ses attributions; il est seulement tenu, quand il s'agit de rendre des ordonnances de police, de demander le consentement du *Conseil provincial*. Ce dernier se compose du Président supérieur, d'un haut fonctionnaire administratif nommé par le ministre, et de cinq membres élus par la commission provinciale. La question de savoir s'il faut préférer le système des bureaux ou celui des corps constitués se trouve ainsi résolue par un moyen terme ou un système mixte. Dans certains cas — pour les affaires courantes — la décision est prise par le Président supérieur, à l'aide des fonctionnaires qu'il a sous ses ordres; dans d'autres cas, — indiqués par la loi — la décision appartient au Conseil provincial. Une autre particularité de cette organisation est que le Conseil provincial, bien que chargé exclusivement d'affaires concernant l'administration de l'État, est pourtant composé en majeure partie de membres élus. C'est là l'application d'une des idées qui ont servi de base à la réforme administrative, c'est à dire de la théorie qui veut que l'*administration autonome* (*Selbstverwaltung*), exercée par des mandataires élus, ne soit pas

restreinte aux intérêts particuliers et principalement matériels de la province ou du cercle, mais comprenne aussi une partie des affaires de l'État (« obrigkeitliche Selbstverwaltung », par opposition à la « kommunale, wirtschaftliche Selbstverwaltung »). La même idée a été également réalisée dans le district et dans le cercle. Mais dans la province, nous trouvons, à la différence de ce qui se passe pour le district et le cercle, deux corps « autonomes » (selbstverwaltende), le Conseil provincial pour l'administration de l'État et la Commission provinciale pour les affaires locales.

Chaque province se compose de plusieurs *Districts* (« *Regierungsbezirke* »)⁽¹⁾, qui sont exclusivement des circonscriptions de l'administration de l'État, et non des communautés locales autonomes. A la tête de chaque district est un *Regierungspräsident*; dans beaucoup de cas il peut agir seul, dans d'autres il est tenu de demander le consentement du gouvernement de district (*Bezirksregierung*) ou de la commission de district (*Bezirksausschuss*). La « *Bezirksregierung* » est un corps composé de plusieurs membres nommés par l'État, à qui appartient, sous la présidence du Président de district, la décision de diverses affaires. Le « *Bezirksausschuss* » se compose, comme le Conseil provincial, en majeure partie de membres élus; il a pour président le Président de cercle; deux membres sont nommés à vie par le roi, dont l'un doit avoir les capacités requises pour les fonctions judiciaires, et l'autre celles qui sont exigées pour les fonctions administratives supérieures; il s'y joint quatre membres élus par la commission provinciale, pour six ans, parmi les habitants du district. La commission de district a une double fonction; elle est, d'une part, — comme le conseil provincial, — une *autorité administrative* (*Beschlussbehörde*), et d'autre part elle fonctionne comme *tribunal administratif*. L'indépendance

(1) La province de Slesvig-Holstein n'a qu'un *Regierungsbezirk*.

de la commission est assurée, non seulement par ce fait que les membres en sont nommés à vie ou élus pour une durée déterminée, mais encore par cette disposition, que les fautes professionnelles tombent sous l'application des règles disciplinaires applicables aux juges; le tribunal disciplinaire est ici le tribunal administratif supérieur.

La division administrative suivante est le *cercle* (de campagne et de ville). Le cercle (*Kreis*) n'est pas seulement un rouage de l'administration générale, mais aussi une communauté autonome. Il a pour organes 1° le *Kreistag*, qui décide toutes les affaires concernant le cercle; 2° le *Landrath*, nommé par le roi parmi les personnes présentées par le *Kreistag*, et chargé à la fois de prendre les mesures rentrant dans l'administration générale de l'État, et de diriger l'administration autonome en qualité de président du *Kreistag* et de la commission du cercle; 3° la commission de cercle (*Kreisausschuss*), qui se compose du *Landrath* et de six membres élus pour six ans parmi les habitants du cercle, et dont les attributions sont très-étendues. C'est à la fois un *organe de l'administration autonome*, un *organe de l'administration centrale* (*Beschlussbehörde* du premier degré), et un *tribunal administratif*. Pour la discipline, les membres de la commission de cercle ne jouissent pas des mêmes avantages que les membres du tribunal administratif du degré supérieur, la commission de district.

Dans les cercles de villes, la commission de cercle est remplacée par le « *Stadtausschuss* », qui fait fonctions, à la fois, d'autorité administrative dans les affaires concernant l'administration générale du pays, et de tribunal administratif.

En ce qui concerne les autorités locales, les cercles de campagne sont en général divisés en *Amtsbezirke* (« *Stadtbezirke* » et « *Amtsbezirke* »). Le « *Stadtbezirk* » se confond avec la commune qui le compose et est administré conformément

à la loi communale des villes. L'Amtsbezirk se compose en général d'une ou plusieurs communes rurales, ou domaines. Il a à sa tête l'*Amtsvorsteher*, qui est chargé de la police locale, et qui exerce ces fonctions gratuites à titre de mandat honorifique. C'est le système anglais des juges de paix non rétribués qui a servi de modèle à cette institution⁽¹⁾.

S'il fallait résumer en peu de mots les principes qui ont servi de base à l'organisation administrative prussienne, telle qu'elle vient d'être esquissée, on pourrait en relever trois : la décentralisation — l'autonomie — l'institution d'un contrôle de justice indépendant. Il a été fait un pas dans le sens de la *décentralisation*, par ce fait que des affaires précédemment décidées par les ministres trouvent maintenant leur solution définitive auprès de rouages inférieurs. L'administration *autonome* (*Selbstverwaltung*) par les citoyens eux-mêmes a été étendue, en ce sens, non seulement que la notion des intérêts locaux s'est élargie, mais encore que diverses affaires de l'État ont été confiées à des corps élus (*Selbstverwaltung* en fait d'administration locale et en fait d'administration générale). Enfin on a essayé de créer une garantie de justice pour la solution des affaires administratives (contentieux administratif) en instituant des *tribunaux administratifs*.

Les corps qui jouent le rôle de tribunaux administratifs sont, comme on l'a vu, la *commission de cercle* (*Kreisausschuss*) et la *commission de district* (*Bezirksausschuss*). La première est le juge du premier degré : la seconde est en principe juge du second degré, et du premier en certains cas. La juridiction supérieure est le *tribunal administratif supérieur* de Berlin (*Oberwaltungsgericht*), dont le ressort s'étend à toute la monarchie. Il résulte de ce qui précède qu'on peut relever notamment trois particularités dans l'or-

(1) Cpr. Gneist, *Rechtsstaat*, 292 ss.

ganisation des tribunaux administratifs de première instance. En premier lieu, les corps qui en remplissent les fonctions ne sont pas seulement des tribunaux, mais aussi des autorités administratives ; toutefois, lorsqu'ils jouent le rôle de tribunaux, ils sont astreints à des formes déterminées, qui sont une garantie de justice. En second lieu, pour la composition, ce sont des corps mixtes, composés partie de fonctionnaires de l'État, partie de membres élus par des Conseils locaux. Enfin leurs membres sont plus ou moins indépendants de la puissance publique ; notamment, les membres de la commission de district ont à son égard une complète indépendance.

Le tribunal administratif supérieur⁽¹⁾ est exclusivement une Cour de justice. Les membres en sont nommés à vie par le roi ; la moitié d'entre eux doit avoir les capacités requises pour revêtir les fonctions judiciaires, et l'autre celles qui sont exigées pour les hautes fonctions administratives. Pour la discipline, les membres du tribunal sont assimilés à ceux de la Cour suprême (Reichsgericht) ; par suite, la procédure disciplinaire n'est ouverte que dans les deux cas prévus aux articles 128—131 du Code d'organisation judiciaire.

Dans quelques cas assez rares, le tribunal administratif supérieur juge à la fois en premier et en dernier ressort. En principe, il ne connaît que des affaires qui ont été déjà jugées par le Bezirksausschuss, et il en connaît soit comme juge de cassation, lorsque ce dernier a jugé en seconde instance, soit comme jugé d'appel (Berufungsgericht), lorsque le Bezirksausschuss a jugé en premier ressort.

En ce qui concerne les matières attribuées aux tribunaux administratifs prussiens, — c'est à dire les matières soumises au « Verwaltungsstreitverfahren », — on distingue en général les catégories suivantes⁽²⁾ :

(1) V, Loi du 3 juillet 1875—2 août 1880, art. 17—30, Brauchitsch, I, p. 137.

(2) Stengel, « Verwaltungsgerichtsbarkeit in Preussen », § 2, au Wörterbuch.

1. Litiges concernant les droits et obligations relevant du droit public. Une catégorie importante de ces litiges comprend ceux qui sont engagés sur des recours contre des mesures de police, fondés sur la violation du droit du requérant (Loi sur l'administration générale, art. 127 ss.)

2. Litiges ou il ne s'agit point de garantir les droits individuels, mais de maintenir les principes du droit dans leur objectivité. A cette catégorie se rattachent d'abord les espèces où un *corps local autonome* recourt contre l'annulation d'une de ses décisions, prononcée par les autorités de contrôle de l'État, sous prétexte de violation de la loi (Loi générale sur les cercles, art. 178; Loi générale provinciale, art. 118; Loi sur les communes rurales de 1891, art. 140; Loi sur la compétence, art. 15). Il en est de même lorsqu'une province, cercle ou commune se pourvoit contre l'inscription d'office à son budget, par les mêmes autorités, de dépenses prétendues obligatoires (Loi des cercles, art. 180; Loi provinciale, art. 121; Loi sur les communes rurales, art. 1417⁽¹⁾).

Rentrent, en second lieu, dans cette catégorie, les cas où un Président supérieur, ou un Président de district, défère au Tribunal administratif supérieur une décision définitive⁽²⁾ prise par le Conseil provincial ou la commission de cercle, en alléguant une violation de loi (Loi sur l'administration générale, art. 126). De même, le Landrath peut déférer au Tribunal administratif supérieur des décisions définitives de la commission de cercle, prétendues contraires à la loi, et concernant l'administration générale (même art.). Dans ces hypothèses, où il s'agit, comme on voit, de *l'administration*

(¹) Il semble d'ailleurs que dans la plupart de ces hypothèses on puisse à juste titre parler d'atteinte à des droits individuels, par exemple à l'autonomie locale, cpr. ci dessus p. 54 et Brauchisch I, 160.

(²) C'est-à-dire une décision qui n'est pas frappée de recours (Beschwerde) à l'autorité supérieure. Cpr. Loi sur l'administration générale, art. 121, et Brauchitsch, I, 105, note.

de l'État, le recours est introduit par le fonctionnaire qui préside le corps intéressé. Dans les cas cités plus haut, au contraire, où il s'agit des décisions d'un corps autonome, c'est ce corps qui doit jouer le rôle de demandeur lorsque sa décision a été annulée par l'autorité de contrôle.

3. Affaires disciplinaires contre les fonctionnaires de l'administration locale autonome.

4. Affaires diverses, qui par leur nature rentrent dans l'administration pure (Beschlussachen), mais qui sont néanmoins attribuées à la juridiction administrative par une disposition expresse, p. ex. les recours contre le refus d'autorisation d'une industrie (Loi de compétence, art. 114 ss).

5. Diverses affaires qui en réalité rentrent dans le droit privé (p. ex. art. 106 de la Loi de compétence).

III. En ce qui concerne les *autres États allemands*, l'organisation de la justice administrative n'y présente pas de différences essentielles avec le système prussien. Les premiers degrés de juridiction sont constitués en règle générale par des corps qui ont en même temps des attributions purement administratives. Comme juridiction supérieure, on trouve dans la plupart des États (Bavière, Wurtemberg, Bade, Hesse) un tribunal administratif suprême, dont les membres, comme ceux du tribunal supérieur prussien, sont assimilés, pour l'indépendance et la situation personnelle, aux membres des cours suprêmes. En Saxe, l'organisation est différente.

Pour les détails, nous renvoyons aux articles « *Verwaltungsgerichtsbarkeit* » dans les divers États allemands, au *Wörterbuch der deutschen Verwaltung*, II, 734—753.

Autriche⁽¹⁾.

Il était de principe, en Autriche, jusqu'à une époque récente, que les litiges de droit privé étaient tranchés par les tribunaux ordinaires, et les litiges de droit public par les autorités administratives, sans que ces dernières fussent tenues, pour le jugement de ces litiges, à l'observation de formes particulières. La modification de cet état de choses a été préparée par les lois constitutionnelles de 1867. La loi constitutionnelle sur le Tribunal d'Empire⁽²⁾ (Reichsgericht) porte qu'il sera institué un Tribunal d'Empire ayant

⁽¹⁾ *Bibliographie.* Lemayer, Zur Frage der Activirung des Verwaltungsgerichtshofes, dans la Zeitschrift de Grünhut, I (1874). Grünwald, Der österr. Verwaltungs-Gerichtshof (1875). Kissling, Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof (1875). Ulbrich, Oeffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit (1875). Kaiserfeld, Verwaltungsgerichtshof und Verwaltungsreform (1875). Rösler, Der österr. Verwaltungsgerichtshof nach dem Gesetze v. 22 Oct. 1875, dans la Zeitschrift de Grünhut, IV (1877). Pann, Die Verwaltungsjustiz in Oesterreich (1876). Du même auteur: Beiträge zur Reform des Verwaltungsrechts (1877). Du même auteur; Ueber die Grenzlinien zwischen öffentlichem und Privatrecht (1881). Lorenz v. Stein, Rechtsstaat und Verwaltungsrechtspflege, dans la Zeitschrift de Grünhut, VI (1878). Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft (1886). Tezner, Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden (1888). Prazák, Die principielle Abgrenzung der Competenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden (1889).

Hye-Glunek, Erkenntnisse des Reichsgerichts. Budwinski, Erkenntnisse des k. k. Verwaltungsgerichtshofes. Du même auteur: Verwaltungsgerichtshofserkenntnisse, geschöpft ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung. Exel, Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofs I—II (1885—1890).

Comme exposés du droit public et administratif, traitant de la matière qui nous occupe, nous citerons notamment les ouvrages suivants d'Ulbrich: Lehrbuch des österr. Staatsrechts (1883); Österr. Staatsrecht (dans le Handbuch de Marquardsen, 2^e éd. 1892; Grundzüge des österr. Verwaltungsrechts (1884); Handbuch der österr. politischen Verwaltung I—II (1888—90). — Gumplovicz, Das österr. Staatsrecht (1891).

⁽²⁾ Traduite dans les Constitutions modernes de F. R. Dareste, 2^e éd. t. 1^{er} p. 406.

pour mission de trancher tant les conflits de compétence que certaines contestations se rattachant au droit public. En outre, aux termes de la loi constitutionnelle sur le pouvoir judiciaire (art. 15 § 2)⁽¹⁾, quiconque se croit lésé dans ses droits par un acte administratif peut faire valoir sa prétention devant une Cour de justice administrative, qui tranchera la question après une instruction orale et publique, suivie entre le demandeur et l'administration. Le Tribunal d'Empire a été institué par une loi du 18 avril 1869, et la Cour de justice administrative par la loi du 22 octobre 1875.

Le Tribunal d'Empire est à la fois tribunal des conflits et tribunal administratif; la Cour de justice administrative a exclusivement ce dernier caractère. Nous allons traiter d'abord de la Cour de justice administrative, qui a une compétence générale en matière administrative, et ensuite du Tribunal d'Empire, dont la compétence a cet égard est restreinte à certaines matières déterminées.

§ 1.

Cour de justice administrative (Verwaltungsgerichtshof).

La Cour de justice administrative est compétente, aux termes de la loi de 1875, « dans tous les cas où une personne prétend avoir été lésée dans ses droits par une décision ou un acte illégal d'une administration publique. » Cela ne veut pas dire pourtant que quiconque se croit lésé par un acte administratif puisse s'adresser d'emblée à la Cour. Le recours doit d'abord être introduit devant l'autorité administrative supérieure; *ce n'est qu'après que toutes les instances administratives ont été parcourues qu'il est*

⁽¹⁾ Loc. cit. p. 409.

permis de s'adresser à la Cour de justice administrative. Elle doit être saisie dans les 60 jours de la notification à la partie intéressée de la décision prise en dernier ressort⁽¹⁾.

Le trait particulier de la Cour de justice administrative autrichienne, c'est qu'elle est exclusivement une Cour de cassation ; elle peut annuler des décisions administratives contraires à la loi, mais elle n'a le pouvoir de rien substituer à la décision annulée (Loi de 1875, art. 7). La raison de cette disposition, donnée dans l'exposé de motifs⁽²⁾, est, d'une part, que la Cour de justice administrative est en dehors de l'organisation administrative, d'où l'on conclut qu'elle ne peut pas réformer, mais seulement casser les décisions administratives ; d'autre part, une raison pratique, qui est que la Cour de justice administrative risquerait de se tromper, si, après avoir donné la solution d'une question de droit, elle avait à faire elle-même l'application de cette solution à une espèce donnée⁽³⁾.

Une disposition importante est celle qui oblige la Cour de justice administrative, en principe, à *se tenir aux faits tels qu'ils ont été constatés par l'administration au degré supérieur* (Loi de 1875, art. 6)⁽⁴⁾. Ce principe souffre toutefois, suivant le même article, d'importantes exceptions. Ainsi, lorsque la Cour estime que la constatation des faits, par l'administration, est contredite par les documents de la cause, ou qu'elle a besoin d'être complétée sur divers points

(1) Il est croyons-nous, regrettable que cette organisation ne soit pas complétée par une règle comme il en existe une en France, où un recours qui n'a pas reçu de solution de la part du ministre dans un certain délai est considéré comme rejeté et peut être par suite porté au Conseil d'État (Aucoc, I, 626).

(2) Édition de la loi de Kasserer, p. 34.

(3) A retenir l'argumentation d'Unger, afin de faire organiser la Cour de justice administrative comme tribunal de cassation. V. l'édition précitée de la loi, pp. 67 ss.

(4) V. plus haut p. 131, note.

essentiels, ou que des formes essentielles ont été omises, la Cour doit annuler la décision pour vice de procédure et renvoyer l'affaire à l'administration pour nouvelle instruction.

La raison pour laquelle la Cour de justice administrative doit en principe se tenir aux faits tels qu'ils ont été constatés par l'administration au degré supérieur, est avant tout, d'après l'exposé de motifs⁽¹⁾, que la mission de la Cour, aux termes de l'art. 15 précité de la loi constitutionnelle sur le pouvoir judiciaire, doit se borner à juger la conformité des décisions administratives avec la loi, « par suite (?) à rechercher si la loi ou la règle de droit invoquée a été bien interprétée ou appliquée, et non à examiner si un fait contesté est ou non prouvé. » Comment cette doctrine peut elle se combiner avec les termes de l'article cité? c'est ce qui n'est pas clair; la violation du droit contre laquelle le recours est dirigé peut évidemment provenir, non seulement d'une fausse interprétation de la loi, mais aussi d'une erreur de fait. Le système autrichien — tel qu'il résulte de ce principe fondamental — est, comme le remarque justement l'exposé de motifs, assez analogue à certains égards à l'organisation anglaise. En Angleterre, lorsqu'il s'agit de déférer à la Haute Cour les décisions du collège des juges de paix, et souvent aussi lorsqu'il s'agit d'appeler aux quarter sessions des décisions d'un juge de paix unique, on fait précisément la distinction entre les « questions of law » et les « questions of fact » : les premières seules peuvent faire l'objet de l'appel, qui n'est, en principe, en Angleterre, pour les affaires administratives, qu'une simple *revisio in jure*⁽²⁾. — La disposition en question paraît d'ailleurs aussi avoir été introduite en Autriche par crainte que la Cour de justice

(1) Édition de Kasserer, p. 33.

(2) Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*, 3^e éd. I, 404 ss., spécialement 404 note.

administrative ne fût bientôt surchargée de travail, si elle avait aussi à s'occuper de la recherche du fait⁽¹⁾.

La loi de 1875 énumère une série d'affaires qui sont expressément soustraites à la compétence de la Cour de justice administrative. Les exceptions tiennent pour partie à la nature des choses, par exemple quand on décide que la Cour n'est pas compétente dans les affaires dont le jugement appartient aux tribunaux ordinaires, ou dans les affaires attribuées au Tribunal d'Empire, ou dans celles que l'administration décide suivant sa liberté d'appréciation (« Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind »). Aux affaires que nous venons de citer, sont assimilés les recours contre les nominations aux fonctions et emplois publics, toutes les fois qu'il n'est pas prétendu que la nomination ait lésé un droit existant de présentation ou de collation.

D'autres exceptions résultent de l'état de choses créé par le Compromis austro-hongrois. Ainsi les décisions prises par les ministres communs ne peuvent être déférées à la Cour de justice administrative; car celle-ci n'a été instituée que pour les pays représentés au Reichsrath. Il y a, de plus, une série d'affaires qui, aux termes des lois constitutionnelles, doivent être « traitées d'après des principes identiques », dans les deux parties de la monarchie. Quand une autorité administrative a pris une décision en pareille matière, après entente avec l'administration de l'autre partie de la monarchie, la Cour de justice administrative est incompétente pour connaître de cette décision.

Enfin on a excepté les jugements rendus par les commissions d'évaluation des impôts, ainsi que par les com-

(¹) Exposé de motifs p. 34. Pour le commentaire détaillé de l'article 6 de la loi de 1875, nous renvoyons, entre autres, à Tezner, *Freies Ermessen der Verwaltungsbehörden*, pp. 42 ss.

missions spéciales, composées pour partie de juges, pour partie de fonctionnaires administratifs, qui sont chargées de juger les questions de rachat de charges foncières et quelques autres. La composition particulière de ces commissions, et notamment, pour les commissions d'évaluation, la circonstance que les contribuables eux-mêmes y sont représentés, ont paru constituer une garantie suffisante de décision impartiale⁽¹⁾.

En ce qui concerne la composition de la Cour de justice administrative, les membres en sont nommés par l'Empereur sur la proposition du Conseil des ministres. Ils sont assimilés aux autres juges pour l'indépendance et l'inamovibilité. Leurs fonctions sont rétribuées, et incompatibles avec d'autres fonctions. La moitié au moins des membres de la Cour doivent avoir les capacités spéciales requises pour pouvoir revêtir les fonctions de juge. En principe, cinq juges doivent participer au jugement de chaque affaire. Le pouvoir disciplinaire sur les membres de la Cour est exercé par la Cour elle-même.

En ce qui touche la procédure devant la Cour de justice administrative, on distingue entre l'instruction écrite préparatoire et le débat principal, oral et public. A ces deux phases, on trouve un mélange de la procédure par instruction et de la procédure par débat contradictoire.

Quant au droit qui appartient à la Cour de rechercher le fait, de sa propre initiative, sans se tenir aux productions des parties⁽²⁾, il convient de rappeler ce qui a été dit plus

(¹) Exposé de motifs, p. 33. On ne voit pas bien comment la commission d'évaluation a pu être qualifiée de tribunal arbitral (Exposé de motifs, loc. cit. Ulbrich, Oesterr. Staatsrecht, 107). Ces commissions sont en réalité, pour partie au moins, des tribunaux administratifs spéciaux. — En ce qui concerne les affaires de rachat de charges foncières, nous renvoyons à Ulbrich, Grundzüge des österr. Verwaltungsrechtes, pp. 199 ss.

(²) Art. 32 de la loi : «Der Vorsitzende . . . sorgt von Amtswegen für

haut, à savoir *qu'en principe*, la Cour est obligée de se tenir aux constatations de fait qui ont servi à l'administration à fonder sa décision. L'autorité administrative contre laquelle l'instance est dirigée est représentée par un fonctionnaire, commis par le ministère ou par l'administration autonome intéressés. Pour les détails de la procédure, nous renvoyons aux articles 14 et suivants de la loi.

§ 2.

Tribunal d'Empire (Reichsgericht).

Le Tribunal d'Empire connaît, aux termes de la loi constitutionnelle du 21 décembre 1867, qui l'a institué, 1° des conflits de compétence. Ces conflits comprennent, d'après la loi, toutes les contestations sur la compétence qui viennent à s'élever tant entre les tribunaux et l'administration qu'entre les autorités administratives supérieures et les corps administratifs (autonomes) supérieurs dans les divers pays, lorsque le droit de décision sur une affaire est prétendu de part et d'autre, et enfin entre les organes de l'administration autonome de pays différents; 2° des réclamations contre un pays d'Empire ou contre l'État, sauf les cas où elles sont de la compétence des tribunaux ordinaires; 3° des recours dirigés par des citoyens de l'Empire contre la violation des droits politiques qui leur sont garantis par la Constitution.

Les litiges rentrant par leur objet dans le droit privé, alors même qu'un pays d'Empire ou l'État y sont parties, relèvent des tribunaux ordinaires. Les réclamations mentionnées sous le n° 2 ci-dessus ne doivent s'entendre, par suite, que de celles qui rentrent dans la sphère du droit public⁽¹⁾. Ce Tri-

die vollständige Erörterung der Angelenheit. Die Mitglieder der Verwaltungsgerichtshofes haben das Recht Fragen zu stellen. »

(¹) Ulbrich, Österr. Staatsrecht, 108. Grundzüge, 75 ss.

bunal d'Empire est donc, lorsqu'il ne joue pas le rôle de tribunal des conflits, un tribunal administratif spécial⁽¹⁾.

Nous n'avons pas à rechercher ici s'il existait, en Autriche, des motifs suffisants pour attribuer le jugement des recours fondés sur la violation de droits politiques à une juridiction spéciale, distincte du tribunal administratif ordinaire. Ce qui est certain, c'est qu'à un point de vue *général* il n'y a pas l'ombre d'une raison pour instituer deux juridictions différentes, dont l'une juge les questions de violation des droits « politiques », et l'autre les questions de violation des autres droits⁽²⁾. Quant à l'attribution faite au Tribunal d'Empire des instances contre un pays d'Empire ou contre l'État, qui ne rentrent pas dans la compétence des tribunaux ordinaires, on ne trouve dans la loi aucune explication sur la manière de distinguer ces instances des litiges attribués

(1) Gumplovicz (Staatsrecht pp. 153 ss.) appelle le Tribunal d'Empire un « tribunal constitutionnel », par opposition à la Cour de justice administrative. Cette dénomination donne une idée inexacte de ses attributions. En ce qui touche ses fonctions de tribunal des conflits, la catégorie principale des conflits qui lui sont soumis — ceux qui s'élèvent entre les tribunaux et l'administration — n'a rien à faire avec la constitution, tout au moins quand on prend ce mot dans le sens où l'entend cet auteur. Quant à ses attributions comme tribunal administratif, il convient de remarquer que les droits dont la protection lui est confiée n'ont d'autre rapport avec la constitution que d'être *garantis par elle* (V. plus bas), et encore en partie seulement. La différence entre la Cour de justice administrative et le Tribunal d'Empire n'a rien qui rappelle la distinction établie par Gumplovicz (op. cit. pp. 6 ss), à très-juste titre d'ailleurs, entre le droit public et administratif d'une part, et le droit constitutionnel d'autre part.

(2) Voici un exemple de cette singulière répartition de compétence. Les recours contre les omissions sur les listes électorales pour les conseils communaux sont jugés par le *Tribunal d'Empire* (violation d'un droit politique garanti par la Constitution); mais pour les recours formés contre l'inscription de non électeurs sur ces mêmes listes, c'est la *Cour de justice administrative* qui est compétente; car en ce cas, bien que le recours intéresse un droit — celui de faire produire à son suffrage l'influence qui lui appartient sur le résultat du vote — ce droit n'est pas de ceux qui sont garantis par la Constitution. Budvinski I (1876—77) n° 50.

à la Cour de justice administrative ; d'après les termes de la loi pris littéralement, celles-là se confondent en réalité avec ceux-ci. Les distinctions que la jurisprudence a été obligée d'établir à cet égard paraissent arbitraires et n'expliquent pas le dédoublement de compétence. Ainsi, par exemple (Ulbrich, loc. cit.), il est de principe que les réclamations des fonctionnaires, à raison de traitements et pensions, sont portées au Tribunal d'Empire. Mais si un fonctionnaire allègue qu'il a été congédié contrairement à la loi, et par suite qu'il a droit à l'intégralité de son traitement, le litige est du ressort de la Cour de justice administrative (Hye: Erkenntnisse der Reichsgerichts, I, n° 45 etc.)⁽¹⁾.

Une catégorie importante d'affaires attribuées au Tribunal d'Empire est celle des litiges relatifs à la *violation des droits politiques garantis par la constitution*. L'expression « droits politiques » est prise ici dans un sens plus large qu'on ne le fait généralement⁽²⁾. Hye (Erkenntnisse, IV, p. 10) définit ces droits, conformément à la jurisprudence du Tribunal d'Empire, en y faisant rentrer tous les droits appartenant aux citoyens au regard de l'État pris comme tel, ce qui revient à identifier tous les droits individuels, sans distinction, soit qu'ils rentrent dans la sphère du « droit public » ou du « droit politique ». Mais pour que le Tribunal d'Empire puisse

⁽¹⁾ Cpr. Bernatzik, p. 136, note.

⁽²⁾ L'expression de « droits politiques » n'a pas de signification fixe. On l'entend parfois dans le sens général de droits rentrant dans la sphère du droit public, öffentliche Rechte, V. p. ex. De Fooz, Droit administratif belge, I, 268 ss. Giron, Droit administratif de la Belgique (2^e éd. I, 213). Cpr. Jellinek, System, p. 3, note, et les auteurs cités p. 129, note. D'autres prennent cette expression dans un sens plus restreint, et ne l'entendent que du droit des citoyens de contribuer ou de participer à l'exercice des fonctions de l'État, comme notamment de voter et d'exercer les fonctions pour lesquelles on est élu. V. en ce sens Thonissen, Constitution belge annotée, 262 ; Dareste, Justice administrative, 2 27 ; Pann. Verwaltungsjustiz in Oesterreich, 8 ; Karminski, Zur Codification des Staatsbürger-schaftsrechts, 17 ; Gumplovicz, Staatsrecht, 6.

se considérer comme compétent, il faut que ces droits soient garantis par la constitution. Par suite, le Tribunal d'Empire est compétent lorsqu'il s'agit des droits suivants⁽¹⁾: Droit de choisir librement sa résidence — Droit d'émigration — Liberté personnelle — Inviolabilité du domicile — Liberté de croyance et de conscience — Droit d'exprimer librement son opinion — Droit des différentes races de l'Empire de défendre et de maintenir leur nationalité et leur langue; égalité de traitement des langues usitées (landesüblich) dans l'école, les administrations et les relations officielles — Droit de fonder des établissements d'instruction — Liberté d'association et de réunion — Droit de vote et d'éligibilité aux conseils communaux — Droit de vote au Reichsrath, quand il s'agit de réclamations relatives à la confection des listes électorales⁽²⁾.

Dans ces diverses matières, où il s'agit d'atteinte aux droits politiques garantis par la constitution, le Tribunal d'Empire déclare dans son arrêt « si les droits politiques du requérant ont été violés, comme il le soutient, et dans quelle mesure ». (Loi sur le Tribunal d'Empire du 18 avril 1869, art. 35). Le Tribunal d'Empire joue ainsi en fait, — sinon dans la forme — le rôle de juridiction de cassation. Si l'instance roule sur une réclamation contre l'État ou un pays d'Empire, le Tribunal décide si la réclamation est fondée et dans quelle mesure (Kausalinstanz).

Il a été marqué plus haut que le recours à la Cour de justice administrative n'est pas ouvert tant que tous les degrés de la hiérarchie administrative n'ont pas été parcourus. La même règle s'applique au Tribunal d'Empire, pour ce qui concerne les recours fondés sur la violation de

(1) Ulbrich, Das œsterr. Staatsrecht, 108.

(2) Il va de soi que la Constitution autrichienne ne garantit pas les droits ci-dessus d'une manière absolue, mais seulement sous réserve des règles édictées par les lois.

droits politiques (Loi constitutionnelle sur le Tribunal d'Empire, art. 3). Le recours doit, en pareil cas, être formé 14 jours au plus tard après la notification de la décision prise en dernier ressort (Loi de 1869, art. 17).

En ce qui concerne la composition du Tribunal d'Empire, les membres en sont nommés à vie par l'Empereur. Le choix de l'Empereur n'est libre que pour le Président et le Vice-président; pour les autres membres, il est obligé de choisir parmi les personnes présentées par la Chambre des seigneurs et la Chambre des députés. Pour faire cette présentation, chaque Chambre propose à chaque place vacante trois personnes ayant les capacités requises (même loi, art. 5). Les fonctions des membres du Tribunal sont honorifiques et gratuites. Pour la procédure suivie devant le Tribunal, nous renvoyons à la loi de 1869⁽¹⁾.

(¹) Il faut distinguer du Tribunal d'Empire le « *Staatsgerichtshof* », qui correspond à la Haute Cour danoise. Les principes constitutifs de cette juridiction se trouvent dans la loi du 25 juillet 1867 sur la responsabilité ministérielle. La question soumise au *Staatsgerichtshof* est celle de savoir si les ministres ont encouru une *responsabilité personnelle* — pénale ou pécuniaire — à raison des actes de leurs fonctions. Mais il n'a pas pour mission de trancher des questions de droit entre l'Etat (l'administration) et les particuliers. Les questions de cette nature ne peuvent s'élever que comme questions préjudicielles dans les instances pendantes devant le *Staatsgerichtshof*, de la même manière d'ailleurs qu'elles s'élèvent, en cette qualité, dans les instances jugées par les tribunaux ordinaires. Le *Staatsgerichtshof* n'est donc point une juridiction administrative.

Une ordonnance du 21 novembre 1866 a institué une Cour des comptes (*Der oberste Rechnungshof*), ayant pour mission de réviser à la fois les comptes des ministres et ceux des fonctionnaires inférieurs. La Cour des comptes n'a pas le droit de rendre des arrêts définitifs et exécutoires sur les comptes et sur la responsabilité des comptables (Seidler, *Der Staatsrechnungshof Oesterreichs*, p. 31 ss.). A cet égard, ses attributions sont essentiellement différentes de celles des Cours des comptes de France, Belgique et Italie.

§ 3.

Délimitation de la compétence de la juridiction administrative ; matières réservées à l'administration et aux tribunaux ordinaires.

A. Limites de compétence au regard de l'administration.

Nous avons déjà indiqué qu'en Autriche, on ne peut saisir la juridiction administrative qu'après avoir parcouru la hiérarchie administrative à tous ses degrés. Aussi peut on dire que le contentieux administratif y est en grande partie abandonné à l'administration elle-même. Le recours à la juridiction administrative est la dernière ressource ; de plus, il n'appartient pas à la juridiction administrative de prononcer autre chose qu'une simple cassation. Tant que l'affaire n'est pas sortie de la hiérarchie administrative, il n'y a pas grand intérêt — au moins pour notre sujet — à distinguer entre les fonctions administratives qui peuvent ou non être considérées comme contentieuses ; qu'il s'agisse d'une « *Verwaltungsrechtssache* » ou d'une « *reine Verwaltungssache* », les formes essentielles sont toujours les mêmes. Notamment, la procédure est toujours suivie d'office d'après le principe de l'instruction administrative⁽¹⁾. Celui qui se croit lésé par la décision peut recourir à l'Autorité supérieure dans un certain délai ; les décisions rendues par les « *politische Landesstellen* » (les autorités administratives supérieures dans les pays d'Empire) doivent faire connaître le délai et les formes du recours⁽²⁾.

(¹) Il en est autrement pour les matières de droit privé attribuées exceptionnellement à l'administration, et qui sont toujours traitées d'après les principes du débat contradictoire (Ulbrich, *österr. Staatsrecht.* 106). — Pour la *Procédure en matière administrative*, nous renvoyons à Ulbrich, *Grundzüge*, 62 ss. ; *Oesterr. Staatsrecht*, 130 ; Gumplovicz, *Staatsrecht*, 197 — 207 ; Bernatzik, *Rechtssprechung*, 64 — 66.

(²) V. note précédente. Cpr. avec ce qui se passe en Suède (*besvärshenvisning*). *Aschehoug, den nordiske Statsret* p. 431 ; *Instruction pour les Landshövdingar* du 10 novembre 1855. art. 69.

Nous avons indiqué plus haut, p. 87, la distinction établie par la loi entre les matières contentieuses administratives attribuées à la juridiction administrative et les matières d'administration pure réservées à l'administration. Les tribunaux administratifs sont compétents lorsqu'une décision ou un acte illégal a porté atteinte à des droits; ils sont incompétents partout où l'administration peut agir suivant sa liberté d'appréciation (cpr. Loi de 1875, art. 2 et art. 3, e; Loi constitutionnelle sur le Tribunal d'Empire, art. 3). Les expressions d'atteinte à des droits et de « liberté d'appréciation » ne sauraient d'ailleurs, comme nous l'avons développé au chapitre V, servir à déterminer très nettement la limite des compétences. La difficulté de préciser le sens de ces expressions s'accroît encore, pour l'Autriche, à raison de cette circonstance que la jurisprudence ne paraît pas avoir pris position, à cet égard, d'une manière bien déterminée ⁽¹⁾.

En ce qui concerne d'abord la *Cour de justice administrative*, la jurisprudence, d'après Tezner, comprend, sous la rubrique des « matières remises à la liberté d'appréciation de l'administration », d'une part, les affaires où la Cour est incompétente, parcequ'il s'agit d'actes administratifs qui ne concernent pas les droits individuels, affaires où il y a violation, non d'un droit privé, mais du droit abstrait, où par suite c'est la société, et non l'individu, qui est la véritable partie lésée; — et d'autre part, les affaires où il s'agit bien d'une atteinte à des intérêts individuels, mais où la solution de la question soulevée dépend d'une appréciation technique réservée à l'administration ⁽²⁾. Il y a lieu, par ex-

⁽¹⁾ V. l'ouvrage souvent cité de Tezner, pp. 7, 83, 111, etc.

⁽²⁾ Tezner estime, contrairement à la jurisprudence, que la loi de 1875, art. 3, n'a trait qu'à la première de ces catégories d'affaires (p. 20), et que la Cour de justice administrative devrait se déclarer compétente dans des espèces qu'elle refuse actuellement de juger, comme reposant sur une appréciation administrative technique.

emple, à cette appréciation administrative technique lorsque la question s'élève de savoir si l'administration a régulièrement appliqué une disposition de loi qui lui donne le droit d'interdire la construction de bâtiments, « lorsque leur situation isolée, le danger d'incendie, l'hygiène ou d'autres considérations d'intérêt public font naître des objections sérieuses » (Tezner, p. 35, Exel, I, n° 275, Budwinski, III, n° 649) — ou si une personne qui demande l'autorisation d'ouvrir une auberge est de bonne vie et mœurs (Exel I, n° 437) — si un chemin de fer pour lequel a été accordée une concession que l'on prétend contraire aux droits d'un précédent concessionnaire a une importance au point de vue commercial (Budwinski, I, n° 140; VII, n° 1919) — si une concession accordée à un établissement de bains doit être retirée pour des raisons sanitaires (Exel, I, n° 454) — si l'intérêt public justifie une injonction faite à un usinier de prendre certaines mesures pour prévenir les inondations (Budwinski, II, n° 203).

Par contre, il est des cas où la Cour de justice administrative a refusé de se ranger à l'appréciation de l'administration, et par suite aussi d'appliquer la règle qui l'oblige en principe à se tenir aux faits tenus pour constants par l'autorité administrative supérieure. On en peut citer des exemples dans Budwinski, II, n° 209 (question de savoir si un ecclésiastique qui réclamait une pension remplissait les conditions légales : « bonne vie et mœurs, incapacité absolue et permanente de remplir ses fonctions ») — Budwinski X, n° 2935 (si l'établissement d'un paratonnerre sur une maison pouvait être considéré comme une modification essentielle de l'immeuble, exigeant par suite l'autorisation administrative) — Budwinski VII, n° 1770 (du sens de l'expression. « manœuvres ayant pour résultat d'entraver la liberté du vote ») — Budwinski VII, 1755 (si une marque de fabrique était une contrefaçon frauduleuse d'une autre marque et si

l'usage en était, par suite, contraire à la loi) — Budwinski, Recueil abrégé, VI, n° 240 (si l'élargissement d'un chemin était nécessaire et justifiait l'expropriation)⁽¹⁾.

La jurisprudence du *Tribunal d'Empire* ne fournit pas non plus de limite nettement tracée pour la sphère réservée à l'administration. Ainsi, aux termes de l'article 6 de la loi du 15 novembre 1867 sur le droit d'association, la formation d'une association peut être interdite, quand, par son objet ou sa constitution, elle est contraire à la loi ou dangereuse pour l'État. Plusieurs arrêts portent que le point de savoir si une association est ou non *dangereuse pour l'État* est une question réservée à l'administration. « Cette question, lit-on par exemple dans un arrêt rapporté au Recueil de Hye, n° 57, ne saurait se résoudre par une simple application des règles du droit à des faits donnés, mais par une appréciation plus libre, partant de la considération générale des conditions d'existence de l'État et pesant un grand nombre d'éléments de décision, appréciation qui doit être réservée aux autorités à qui est confié le soin des intérêts publics et de la sécurité sociale . . . ; Le Tribunal d'Empire ne peut examiner que le point de savoir s'il existait des raisons suffisantes pour autoriser le Ministère, dans l'espèce, à se faire juge de la compatibilité de l'association projetée avec l'intérêt public. » Cet arrêt décide, dans l'espèce, que « le Ministère a eu de justes raisons de se poser la question de savoir si l'intérêt public permettait la formation de l'association. Cette association avait pour objet de réunir tous les typographes de l'Autriche sous une direction commune, en une association dont l'objet exprimé était de servir les intérêts matériels et moraux de la classe des imprimeurs autrichiens. Une expression aussi indéterminée pouvait couvrir les tendances

(¹) On considère en général que la question de la nécessité de l'expropriation ne concerne point la Cour: Tezner, 111.

les plus diverses. » La même argumentation se retrouve au n° 78 (même Recueil), dans une espèce où il s'agissait de l'application de l'article 6 de la loi du 15 novembre 1867 sur le droit de réunion, aux termes duquel les réunions peuvent être interdites, quand elles sont de nature à faire craindre un *danger pour la sûreté ou pour l'ordre public*. « Le tribunal d'Empire », porte l'arrêt, « ne peut que rechercher si les circonstances de fait étaient telles que la tenue de la réunion publique pût paraître dangereuse pour la sûreté publique ; mais la question de savoir si ces circonstances étaient suffisantes pour que la crainte fût fondée ne concerne pas les Tribunal. » Par contre, le n° 123 (même Recueil), offre un exemple d'un cas où le Tribunal d'Empire ne s'est pas arrêté à l'appréciation de l'administration, tenant une association pour dangereuse : « Le caractère dangereux d'une association projetée (dans l'espèce, une société de gymnastique dans le Tyrol du Sud) ne peut s'apprécier que d'après son objet et son organisation, et non d'après la seule possibilité d'un abus possible de son fonctionnement. » L'arrêt rapporté par Tezner, p. 83, est conçu dans le même sens (« aucune circonstance n'était de nature à faire supposer que la réunion interdite par l'autorité administrative pût causer quelque danger pour la sûreté ou l'ordre publics. »).

B. *Matières réservées aux tribunaux.*

En principe, les litiges de droit privé et les matières pénales sont de la compétence des tribunaux ; les litiges de droit public sont attribués à l'administration et à la juridiction administrative⁽¹⁾. Ulbrich, dans son *Droit constitutionnel autrichien* (Ed. 1892 p. 110), considère l'attribution aux tribunaux ordinaires du contentieux des contrats passés par l'administration dans la sphère de ses intérêts pécuniaires comme une exception à ce principe et comme un exemple

(¹) Ulbrich, *Das österr. Staatsrecht*, 94 ss. Grundzüge, 73 ss.

de dévolution aux tribunaux ordinaires d'un contentieux administratif; mais son sentiment est en contradiction avec la doctrine généralement suivie en Autriche, et avec la définition qui y est donnée du droit public et du droit privé⁽¹⁾. Le même auteur (loc. cit. p. 111) est plus près de la vérité, au contraire, quand il estime que la compétence des tribunaux ordinaires dans les *questions de dommages-intérêts réclamés à l'État par des particuliers* est un exemple de cette «*Verwaltungsgerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte*»; toutefois, pour que l'expression soit exacte, il faut que la demande soit fondée, ou sur une atteinte à des droits privés commise par l'État dans l'exercice de son droit de souveraineté, ou sur une violation de ces mêmes droits, résultant de procédés illégaux des fonctionnaires de l'État. Ce n'est d'ailleurs qu'exceptionnellement qu'on admet que l'État puisse être responsable des fautes de ses fonctionnaires (Ulbrich, *österr. Staatsrecht*, p. 82). Ce cas exceptionnel se rencontre, par exemple, dans la loi du 12 juin 1872, aux termes de laquelle l'État peut être rendu responsable des violations du droit commises par les juges dans l'exercice de leurs fonctions⁽²⁾.

Le jugement de certaines affaires pénales, ou de droit privé, a été, par exception, dévolu à l'administration. Ainsi, c'est toujours l'administration, en Autriche, qui est juge *en matière de police*, et ses jugements en cette matière ne peuvent pas être déférés à la juridiction administrative⁽³⁾. De même, l'administration est juge dans les contestations entre

(1) Unger, *System des österr. Privatrechts*, I, p. 1 ss. Pann, *Ueber die Grenzlinien*, etc. . . . Prazák, *Abgrenzung der Kompetenz*.

(2) Traduite dans l'Annuaire de législation étrangère, 1873, p. 353. Cpr. Gumplowicz, p. 143. Pour les demandes de dommages-intérêts formées contre l'État, nous renvoyons, en ce qui concerne le droit autrichien, à un traité de *Kissling*, *Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit und deren Organen* (1871). Cpr. Bernatzik 227, note.

(3) Loi de 1875, art. 48. Ulbrich, *Oesterr. Staatsrecht*, 104 ss. *Grundzüge* 60 ss.

maîtres et domestiques, ou entre patrons et ouvriers, et encore dans quelques autres matières de droit privé ⁽¹⁾. A l'égard des décisions rendues par l'administration *en matière de droit privé*, il y a controverse sur le point de savoir si elles sont définitives, ou si elles peuvent être déférées aux tribunaux ordinaires; la solution dépend de l'interprétation à donner à l'article 15 § 1^{er} de la loi constitutionnelle sur le pouvoir judiciaire (Dareste, *Constit. modernes*, 2^e éd. I, p. 409), question que nous ne saurions aborder ici.

Les questions de droit public peuvent s'élever *incidemment*, comme questions préjudicielles, dans des litiges de droit privé, et réciproquement des questions de droit privé peuvent être préjudicielles à des litiges de droit public. Dans certains cas, le juge du fond tranche lui-même la question préjudicielle; dans d'autres, il surseoit à statuer, jusqu'à ce que la question ait été tranchée par l'autorité de laquelle elle dépend conformément aux règles ordinaires. Le premier procédé est de règle, suivant Bernatzik (p. 220 ss.) et Prazák (p. 51 ss.), en droit autrichien aussi bien qu'en droit allemand. Mais la solution d'une question préjudicielle, relevant d'une autre compétence, n'emporte pas chose jugée; les tribunaux ne sont pas liés par la décision de l'administration sur une question préjudicielle, ni l'administration par le jugement des tribunaux ⁽²⁾.

§ 4.

Conflits.

1. Les contestations sur la compétence *entre les tribunaux ordinaires et l'administration* sont tranchées par le Tribunal

(¹) V. les citations précédentes, et Gumpłowicz 138.

(²) La question du jugement des questions préjudicielles et de la portée de ce jugement a été traitée spécialement par Bernatzik (*Rechtssprechung*

d'Empire (Loi constitutionnelle sur le Tribunal d'Empire, art. 2). Ce principe s'applique au conflit positif et au conflit négatif. Le jugement des conflits positifs, c'est-à-dire de ceux où les tribunaux et l'administration se sont à la fois déclarés compétents, doit être provoqué par une des autorités administratives supérieures de l'Empire ou des pays d'Empire. La condition de recevabilité est que l'administration ait revendiqué sa compétence à un moment où aucun jugement définitif n'avait encore été rendu dans l'instance : il faut aussi qu'il ne se soit pas écoulé plus de 60 jours depuis que le déclinatoire a été soumis au tribunal (V. pour les détails la loi sur le Tribunal d'Empire du 18 avril 1869).

Le jugement des conflits négatifs, qui résultent de ce que les tribunaux et l'administration se sont, chacun de leur côté, déclarés incompétents, est provoqué par les particuliers intéressés (V. même loi, art. 14).

2. Les contestations sur la compétence *entre la Cour de justice administrative et les tribunaux ordinaires* sont jugées aussi par le Tribunal d'Empire (Loi sur le jugement des conflits de compétence du 22 octobre 1875, art. 1^{er}).

3. Lorsque il s'élève une contestation de cette nature *entre le Tribunal d'Empire et la Cour de justice administrative*, la décision en est attribuée à un tribunal spécial, composé de quatre membres de chacune de ces deux juridictions, qui se réunissent sous la présidence du Président de la Cour suprême (même loi, art. 2).

4. La loi constitutionnelle sur le Tribunal d'Empire mentionne en outre (art. 2), comme conflits d'attributions dont la décision est dévolue au Tribunal d'Empire, les contestations *entre les autorités administratives supérieures de l'Empire et les administrations supérieures autonomes des pays d'Em-*

162—67, 218 ss.) et par Prazák (Abgrenzung der Kompetenz, pp. 36—59). Cpr. Ulbrich, Österr. Staatsrecht, pp. 105 et 109, et Pann, Ueber die Grenzlinien, etc. . . .

pire, lorsque les unes et les autres revendiquent le droit de prendre une décision sur une affaire, et aussi les contestations de même ordre *entre les administrations autonomes supérieures dans des pays d'Empire différents*. Mais en pareil cas, il s'agit, semble-t-il, pour partie au moins, non seulement de l'application des principes du droit abstrait, mais encore d'une atteinte à des droits (V. plus haut p. 52 ss. au sujet des contestations entre les autorités publiques).

Italie⁽¹⁾.

§ 1.

L'organisation actuelle de la juridiction administrative date de 1865. Jusqu'à cette époque, elle différait dans les divers États italiens; dans la plupart, il existait des tribunaux administratifs particuliers sur le modèle français, avec compétence générale en matière administrative. Mais le désir de se débarrasser de ces tribunaux et d'introduire un contrôle de droit indépendant en matière administrative n'aurait pas suffi à amener le changement complet de système qui s'est produit en 1865, si l'établissement du nouveau royaume n'avait rendu nécessaire une réorganisation de toute l'ad-

⁽¹⁾ *Bibliographie*. De Gioannis-Gianquinto, *Corso di diritto pubblico amministrativo*. I - IV (1877—81), Le même auteur: *Dei conflitti di attribuzione* (1873). Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, I—II (1878) Mantellini, *I conflitti d'attribuzioni* I—III (1871—78). Le même auteur: *Lo stato ed il codice civile* I—III. Cardon, *La Giustizia et l'amministrazione* (1884). Clementini, *Della competenza e dei procedimenti speciali in ordine alle leggi amministrative* I—III (1892—1893). Francesco Bo, *La difesa giurisdizionale contro gli atti e provvedimenti della pubblica amministrazione* (1893).

Le surplus de la bibliographie se trouve dans l'ouvrage cité de Clementini I, 170, 201, 265; II, 462.

ministration. Cette réorganisation a été effectuée par les six lois administratives sanctionnées le 20 mars (le sei leggi di unificazione amministrativa). Parmi ces lois se trouve la loi sur le « contenzioso amministrativo » (1).

Cette loi a supprimé les tribunaux administratifs dans les pays où ils étaient établis, et réparti leurs attributions entre les tribunaux ordinaires et l'administration (art. 1^{er}). Pourtant, toute une série de juridictions administratives spéciales ont été exceptionnellement maintenues (art. 12): par exemple, le Conseil d'État, qui était juge en certaines matières, notamment dans les litiges entre l'État et ses créanciers concernant l'interprétation des contrats et des lois qui les lient, la Cour des comptes, les Conseils de révision, les Commissions de contributions, etc. . . . Le criterium qui doit servir à l'avenir à distinguer la compétence des tribunaux de celle de l'administration est indiqué aux articles 2 et 3 de la loi. Les tribunaux sont compétents en toutes affaires concernant les contraventions de police, et dans tous les cas où il s'agit d'un droit civil ou politique, de quelque manière que l'administration soit d'ailleurs intéressée au débat (art. 2 cité plus haut p. 95); toutes autres affaires sont, par contre, attribuées à l'administration (art. 3).

L'expression « questione di un diritto civile o politico » s'entend ordinairement en ce sens qu'elle comprend *les questions relatives à des droits de quelque nature qu'ils soient*, aussi bien dans la sphère du droit privé que dans celle du droit public (2). Ainsi, dans tous les cas où l'administration a mé-

(1) Pour l'ancien droit et les travaux préparatoires de cette loi. V. le résumé de Cardon, 222 ss. Mantellini, Conflitti, I, 28 ss.

(2) Mantellini, Confl. II, 113: « Il diritto civile è il diritto dei cittadini — civium, o delle persone ammesse al godimento dei diritti civili. Il politico non è altro che specie del genere, consistente nel diritto del cittadino a prender parte alla cosa pubblica, ma pur sempre del cittadino »: Cpr. I, 108 ss. — Mantellini fait expressément observer, p 114, que le texte de l'art. 2 ne permet pas de distinguer, au point de vue de la compétence,

connu un droit appartenant au requérant, celui-ci peut s'adresser aux tribunaux. Le *droit* s'oppose au simple *intérêt*; tout ce qui concerne ce dernier est abandonné à l'administration⁽¹⁾. Les auteurs italiens, — comme les auteurs allemands — s'efforcent de poser des principes pour déterminer dans quels cas et à quelles conditions l'intérêt se transforme en droit; ainsi on se plaît à définir le droit: « il interesse assistito, protetto, sanzionato dalla legge »⁽²⁾; ou bien, on exprime que les tribunaux sont compétents pour examiner si l'acte administratif est légal, et non s'il est d'ailleurs opportun ou bien conçu⁽³⁾.

L'article 4 de la loi sur le *contenzioso amministrativo* a pour but de poser le principe de l'indépendance de l'administration au regard des tribunaux. Aux termes de cet article (cité plus haut p. 31, note), lorsqu'il est allégué qu'un droit a été violé par l'administration, les tribunaux doivent se borner à prononcer sur les effets de l'acte administratif dans l'espèce qui leur est soumise (*degli effetti dell' atto stesso in relazione all' oggetto dedotto in giudizio*); la décision administrative elle-même ne peut pas être annulée

entre le « *diritto dependente dal giure privato* » et le « *diritto dependente dal giure publico o amministrativo* ». D'autres — à l'exemple des auteurs cités au Chapitre sur la Belgique, De Foz et Giron — définissent les *diritti civili* des droits concernant les relations des personnes privées, et les *diritti politici* des droits concernant les relations de l'État avec les sujets. En ce sens, *Mancini* dans les débats à la Chambre des députés sur l'article 4 (cité par Bo, p. 51), et *Cardon*, la *giustizia e l'amministrazione*, p. 238. On trouve chez *Clementini*, I, 144, un mélange assez peu clair de ces deux définitions. D'après cet auteur (p. 155), les « *diritti dependenti da leggi amministrativi* » rentrent dans la notion des « *diritti civili e politici* »; il considère toutefois que le principe exprimé à l'art. 2 a pour conséquence d'attribuer aux tribunaux les questions relatives à ces derniers. Cpr. encore Bo, p. 45 ss., et les auteurs cités.

(1) *Clementini*, I, 145 ss. Bo, 54 ss.

(2) *Gianquinto*, ch. III § 3. *Meucci*, I, 110 ss. Bo, 54 ss. avec diverses citations.

(3) *Mantellini*, II, 190 ss. et *passim*.

ou réformée sans recourir à l'autorité administrative compétente. Par suite, les tribunaux sont compétents pour rechercher si un droit a été violé, et, en cas d'affirmative, pour exprimer quels effets cette violation du droit peut produire dans l'espèce; mais ils ne peuvent pas aller jusqu'à réformer ou annuler la décision administrative. Ce point doit être laissé à l'administration elle-même, qui doit d'ailleurs, en ce qui concerne l'espèce jugée, se conformer au jugement des tribunaux (Art. 4 in fine). La conséquence de ce principe est que le jugement rendu contre l'administration doit, en règle générale, se borner à la condamner à des dommages-intérêts⁽¹⁾.

D'après certains auteurs⁽²⁾, il est une catégorie d'actes administratifs, ceux qui ont été pris *jure imperii*, « *atti d'impero* », qui ne peuvent pas faire l'objet d'une instance devant les tribunaux. S'il faut entendre par *atti d'impero* toutes décisions prises par l'État en cette qualité, en vertu de son droit de commander à ses sujets, par opposition aux décisions prises par l'État *jure gestionis*⁽³⁾, cette doctrine a pour conséquence de restreindre considérablement la compétence des tribunaux à l'égard des décisions administratives; les tribunaux ne sont plus compétents, de la sorte, qu'en matière de relations privées, tandis que toutes les questions de droit public sont réservées à l'administration. Toutefois les développements donnés à cette théorie par les auteurs cités, notamment par Clementini, prouvent qu'ils ne l'entendent point ainsi. Pour prendre d'abord les exemples cités par Clementini, loc. cit. 385 ss., tout ce qu'ils prouvent,

(¹) Clementini, I, 181. Bo, 50, 53. C'est par application de ce principe que les *actions possessores* ne peuvent pas être intentées contre l'administration, sauf dans les cas où elle joue le rôle d'une personne privée. Clementini, I, 316 ss.

(²) Persico, Principii di diritto amministrativo, II, 226. Mantellini, lo stato e il codice civile, III, 186. Clementini, I, 384 ss.

(³) Clementini, I, 384—385. Cpr. les définitions citées par Bo, p. 47.

c'est qu'il y a un domaine réservé, dans lequel les décisions de l'autorité publique ne sauraient être méconnues par les tribunaux, sur quoi tout le monde est d'accord. Par exemple, il est conforme aux règles ordinaires que les citoyens ne puissent citer le gouvernement devant les tribunaux pour le contraindre à changer sa politique, à l'intérieur ou à l'extérieur, ou à édicter des règlements généraux concernant la police sanitaire ou la sécurité publique. Clementini modifie lui-même, dans l'exposé suivant, le principe général posé par lui. « Les décisions, dit-il p. 385 in fine et p. 388, prises par le gouvernement *jure imperii*, dans les limites de ses pouvoirs, ne peuvent être déferées aux tribunaux. » A l'entendre de cette manière, la théorie ne contient rien qui ne résulte déjà de la distinction indiquée ci-dessus entre le droit et l'intérêt; car il ne peut être question d'un droit et d'une action en justice pour le faire valoir que là où les limites des pouvoirs ont été dépassées. De même, l'« atto d'impero » est défini par un arrêt de la Cour de cassation de Rome, cité par Bo p. 47⁽¹⁾: « l'atto che importa l'applicazione di un potere legittimo per un oggetto di pubblico interesse et che riveste la forma stabilita dalla legge. » De la sorte, les atti d'impero sont loin de s'identifier avec l'ensemble des décisions prises par l'administration « nei rapporti fra governo o governati », — comme dit Clementini loc. cit. p. 385; — ils ne comprennent que ceux qui, par leur nature, et à raison de ce qu'ils rentrent dans les limites des pouvoirs déterminés par la loi, sont soustraits, conformément aux règles ordinaires, au contrôle des tribunaux.

La formule de Meucci et Armani⁽²⁾ est plus exacte. Ces auteurs font observer avec juste raison qu'une violation de droits peut être la conséquence, aussi bien d'atti d'impero

(¹) Corte suprema di Roma 1887 p. 588.

(²) Cités par Bo p. 48.

que d'atti di gestione, puisque des actes de l'une et de l'autre catégorie peuvent enfreindre les lois en vigueur de manière à permettre aux sujets de recourir à la protection des tribunaux.

§ 2.

Comme on l'a vu plus haut, les attributions des anciens tribunaux administratifs ont été réparties en 1865 entre les tribunaux et l'administration. Il en est résulté que nombre d'affaires, où la conduite de l'administration était autrefois contrôlée par les tribunaux administratifs, ont été abandonnées à l'administration elle-même, sans autre contrôle que celui qui est exercé par l'autorité supérieure. On avait bien cherché à amoindrir cet inconvénient par la disposition de l'art. 3 de la loi sur le *contentioso amministrativo*, aux termes duquel, en cas de recours contre des décisions prises dans les matières ainsi réservées à l'administration, l'autorité supérieure devait permettre aux parties d'exposer l'affaire par écrit, et rendre une décision motivée, après avoir pris au préalable l'avis des conseils administratifs constitués. Mais on ne tarda pas à s'apercevoir que cette disposition ne produisait pas l'effet qu'on en avait attendu. En réalité, la garantie légale se trouvait diminuée, en ce qui concernait beaucoup d'actes administratifs, par le système inauguré en 1865. Dans ces dernières années, on a cherché à remédier au mal en attribuant toute une série d'affaires, où le défaut de contrôle juridique s'était particulièrement fait sentir, à deux corps constitués sur le modèle des tribunaux, le Conseil d'État et la Giunta provinciale amministrativa. On explique qu'on a voulu de cette manière donner aux « intérêts » une protection plus efficace. On pourrait dire plus exactement que la notion de « droits » a reçu une extension plus conforme à son sens naturel que celle qui lui

avait été donnée après 1865, et correspondant mieux à l'idée qu'on s'en était faite avant cette date. En réalité, on est *en partie* revenu à la juridiction administrative abolie en 1865. Les dispositions à ce relatives se trouvent dans la loi sur le Conseil d'État du 31 mars 1889 — publiée, avec l'adjonction des dispositions de la loi précédente du Conseil d'État du 20 mars 1865 restées en vigueur, par décret du 2 juin 1889 — et dans la loi du 1^{er} mai 1890 sull'ordinamento della giustizia amministrativa.

La loi sur le Conseil d'État de 1889 a ajouté aux sections de ce Conseil la section « *per la giustizia amministrativa* » (quatrième section du Conseil d'État), qui a pour mission de juger les affaires contentieuses attribuées au Conseil d'État, en observant certaines règles de procédure détaillées (cpr. section du contentieux en France)⁽¹⁾. On lui a dévolu d'une part les affaires contentieuses qui étaient déjà précédemment jugées par le Conseil d'État⁽²⁾, et d'autre part diverses affaires énumérées dans la nouvelle loi. Le nombre de ces affaires a été augmenté par la loi sur la giustizia amministrativa promulguée l'année suivante.

La quatrième section du Conseil d'État est à la fois juridiction de cassation et juge du fond. Elle est juridiction de cassation quand on attaque une décision administrative pour incompétence, excès de pouvoirs ou violation de la loi⁽³⁾.

(1) Sur la procédure, v. Loi sur le Conseil d'État de 1889, art. 29 ss. et règlement du 17 octobre, de la même année.

(2) Loi sur le contentieux administratif de 1865, art. 12 et Loi sur le Conseil d'État de la même année, art. 10.

(3) L'art. 24 de la Loi sur le Conseil d'État de 1889 est ainsi conçu: « Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un' autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell' autorità giudiziaria, ne si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali. — Il

C'est sur le modèle français que ce principe a été introduit dans la loi de 1889. Toutefois le recours au Conseil d'État dans les cas précités est moins largement ouvert en Italie qu'en France, en ce sens que ce recours est fermé tant qu'on n'a pas épuisé le recours hiérarchique et qu'il n'y a pas de décision administrative en dernier ressort (provvedimento definitivo)⁽¹⁾.

Aux termes de l'article précité, le recours à la quatrième section du Conseil d'État n'est pas ouvert contre les décisions prises par le gouvernement en qualité d'autorité politique. L'expression : « potere politico » est interprétée, par un arrêt du Conseil d'État⁽²⁾, en ce sens qu'elle comprend les actes par lesquels le gouvernement veille aux intérêts supérieurs de l'État, à l'intérieur, ou à l'extérieur dans ses relations avec les nations étrangères. Clementini (II, 679) cite, à l'appui de l'exception en question, un passage d'un discours de Vivien dans les débats relatifs au Conseil d'État, en France, en 1849 : « Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques, ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que les droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. » Il semble, d'après cela, que les « décisions prises par le gouvernement comme pouvoir politique » soient identiques à ce qu'on appelle en France actes de gouvernement⁽³⁾. Les « atti politici » se prennent en un sens plus restreint que les « atti

ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal governo nell' esercizio del potere politico. -- Il ricorso, che non implichi incompetenza od eccesso di potere, non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali oppure questioni sulla leva militare.

⁽¹⁾ Art. 28 de la même loi. C'est d'ailleurs la condition générale de la compétence de la section, même dans les affaires qu'elle juge au fond.

⁽²⁾ 27 août 1891, cité par Clementini II, 679.

⁽³⁾ Ci-dessus p. 178 ss.

d'impero », comme le remarque expressément Clementini (II, 679 ss.).

En ce qui touche la situation personnelle des membres du Conseil d'État, il a été pourvu à leur indépendance, au regard du gouvernement, par l'art. 4 de la loi de 1889 ; aux termes de cet article, ils ne peuvent être privés de leurs fonctions que dans certains cas exceptionnels déterminés, et sous condition d'observation de diverses formalités, notamment d'un avis du Conseil d'État et d'une délibération en Conseil des ministres.

La *Giunta provinciale amministrativa* a été instituée par une loi du 30 décembre 1888, fondue dans la loi communale et provinciale du 10 février 1889 (testo unico). Chaque province a sa giunta, composée de sept membres, qui sont : le préfet, deux conseillers de préfecture nommés par le ministère de l'Intérieur, et quatre membres élus par le Conseil provincial. Les attributions de la giunta sont déterminées par la loi du 1^{er} mai 1880 sur la *giustizia amministrativa*. Comme le Conseil d'État, elle joue en certains cas le rôle de Cour de cassation, dans d'autres elle est juge du fond. Sa compétence s'étend principalement aux recours contre les décisions de diverses natures prises par les autorités communales ou provinciales.

Les jugements de la giunta peuvent être déférés en appel à la quatrième section du Conseil d'État, pour incompétence, excès de pouvoir ou violation de la loi (Loi de 1890, art. 19).

Outre la quatrième section du Conseil d'État et la giunta provinciale amministrativa, il existe différents tribunaux administratifs qui ont été maintenus malgré la réforme de 1865. Ce sont notamment la Cour des comptes, les commissions des impôts et les conseils de révision.

Les attributions de la *Cour des comptes* (Corte dei

conti)⁽¹⁾ sont pour partie administratives — contrôle des dépenses et recettes, enregistrement des décrets royaux, etc. — pour partie contentieuses. Comme juridiction contentieuse, elle juge d'une part toutes les questions de comptes et les questions de responsabilité entre l'État et les comptables, et d'autre part les questions de pensions. Les membres de la Cour ne sont point inamovibles, comme en France, mais leur indépendance à l'égard du gouvernement est garantie par le fait que le roi ne peut les révoquer que sur l'avis conforme d'une commission composée des présidents de chambre.

Les questions d'*impôts directs*⁽²⁾ sont jugées, aux termes de la loi de 1865, tant par les tribunaux que par des commissions spéciales. Tant que les rôles n'ont pas été publiés, les questions qui viennent à s'élever ne peuvent être soumises aux tribunaux (Loi sur le *contenzioso amministrativo* de 1865, art. 6). Il ne leur appartient pas davantage de connaître des recours contre l'évaluation des propriétés foncières (même article). Les contestations sur la valeur des propriétés bâties peuvent néanmoins, après épuisement des degrés de la hiérarchie administrative, être portées devant les tribunaux. Pour juger les réclamations relatives à l'assiette de l'impôt sur le revenu (*imposta sui redditi di ricchezza mobile*), il y a trois degrés de juridiction, la « *commissione comunale, provinciale, centrale* »⁽³⁾. Mais on ne peut recourir à cette dernière que pour fausse application de la loi ou des règlements administratifs. Les décisions de ces commissions ne

(¹) V. lois des 11 août et 5 octobre 1862, 26 juillet 1868. Clementini, II, 748—826.

(²) Les questions d'*impôts indirects* appartenaient déjà, avant la loi de 1865, aux tribunaux ordinaires (comme en France). — Sur les *commissions d'impôts* et leurs attributions, v. Cardon, 244 ss. Mantellini, *Conflitti* I, 117 ss. Clementini II, 8—181.

(³) Loi relative à l'impôt sur le revenu du 24 août 1877 (*testo unico*), art. 42—53.

font toutefois pas obstacle à ce que les contribuables s'adressent aux tribunaux ordinaires; elles ne sont définitives que quand il s'agit de la détermination du revenu appartenant aux contribuables. S'il s'agit au contraire de savoir si tel ou tel revenu rentre dans ceux qui sont imposés aux termes de la loi, ou de questions analogues de droit pur, la décision en dernier ressort appartient aux tribunaux.

En ce qui concerne les *questions de recrutement* ⁽¹⁾, les tribunaux n'ont de compétence qu'en matière pénale, et lorsqu'il s'agit de questions de pur droit privé (Loi sur le recrutement du 6 août 1888 — *testo unico* — art. 14). Autrement la décision appartient aux conseils de révision (*consigli di leva*); il peut être appelé de ceux-ci au ministre de la guerre ou de la marine, qui, avant de prononcer, prend l'avis d'une commission spéciale instituée pour cet objet. Les conseils de révision et les ministres sont compétents, non seulement lorsqu'il s'agit de savoir si l'intéressé est en état de porter les armes, ou qu'il s'élève des questions analogues, appelant naturellement une décision administrative, mais encore lorsqu'il s'agit du droit d'exemption du service militaire.

§ 3.

La loi de 1865 sur le Conseil d'État a attribué à ce corps le jugement des *conflits entre l'administration et les tribunaux* ⁽²⁾. Mais ce système n'était pas considéré comme satisfaisant; on faisait remarquer que la question de compétence est une pure question de droit, qui ne peut se résoudre que par l'interprétation des lois, et non par d'autres consi-

(1) Clementini II, 181—200. Mantellini, *Confl.* II, 155.

(2) Sur les *Conflitti d'attribuzioni*, v. notamment les ouvrages cités plus haut de Gianquinto et Mantellini, ainsi que Clementini I, 213 ss. Le surplus de la bibliographie se trouve chez ce dernier auteur, I, 265.

dérations. La loi du 31 mars 1877 a remis le jugement des conflits à la Cour de cassation de Rome. C'est à elle qu'il appartient, aux termes de cette loi, de juger, à la fois, les conflits entre les tribunaux et l'administration et les conflits entre les tribunaux ordinaires et les juridictions spéciales. C'est le préfet qui soulève la question de savoir si la compétence appartient à l'administration ou aux tribunaux. Dès que son déclinatoire motivé a été communiqué au tribunal, celui-ci doit surseoir à tout débat ultérieur et attendre la décision de la Cour de cassation. Quand l'administration est partie en cause, elle peut choisir entre la voie ordinaire, ouverte à toute partie, qui consiste à conclure au renvoi, et la voie extraordinaire qui consiste à provoquer immédiatement la décision de la Cour de cassation comme il vient d'être dit ; ce dernier procédé ne peut toutefois être employé que tant que l'affaire n'a pas été définitivement jugée en premier ressort. Si l'administration n'est pas partie en cause, le Préfet peut soumettre la question de compétence à la Cour de cassation à toute époque, mais non toutefois après que le tribunal a déclaré sa compétence par jugement contre lequel l'appel n'est plus possible (loi de 1877, art. 1^{er}).

Angleterre⁽¹⁾.

§ 1^{er}.

Compétence.

C'est un vieux principe du droit anglais que toute personne à qui un tort a été fait peut s'adresser aux tribunaux.

(¹) *Bibliographie.* Pour ce qui va suivre, nous avons particulièrement mis à profit : Stephen, *Commentaries on the laws of England* I—IV. Les citations sont empruntées à la 3^e éd. Gneist, *Das englische Verwaltungs-*

« In one or other of the courts » lit-on dans Stephen (III, 447) « every possible injury that can exist in contemplation of our laws is capable of being redressed, it being a settled and invariable principle in the laws of England, that every wrong must have a remedy »⁽¹⁾.

Ce principe est vrai, non seulement en droit privé, mais encore en droit public. Faire une distinction, en ce qui concerne le droit de s'adresser aux tribunaux, entre les cas où la loi a été enfreinte par un particulier et ceux où elle a été violée par un fonctionnaire est une conception tout-à-fait étrangère au droit anglais. Assurément, les recours contre les actes du souverain lui-même sont soumis à des règles spéciales, et même exclus en principe; — the king can do no wrong. Mais en ce qui concerne les fonctionnaires, au contraire, rien n'empêche de saisir les tribunaux. « Injuries to the rights of property — Stephen IV, 60 — can scarcely be committed by the crown without the intervention of its officers, for whom the law in matters of right entertains no respect or delicacy, but furnishes various methods of detecting the errors or misconduct of those agents by whom the sovereign has been deceived and induced to do a temporary injustice »⁽²⁾. Il y a eu des époques, il faut le recon-

recht der Gegenwart, I—II (3^e éd. 1883—84). Collection « The english Citizen » et notamment Traill, Central government (1881); Chalmers, Local government (1883); Maitland, Justice and police (1885). En partie aussi: Broom, Constitutional law, viewed in relation to common law. Oke, Magisterial synopsis I—II; les citations sont empruntées à l'éd. de 1881.

(¹) Cpr. aussi II, 459 ss. Blackstone Comment. 3, 23 (cité *ibid.*): « Is is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy *by suit or action at law*, whenever that right is invaded. »

(²) Stephen distingue, dans son exposé des « civil injuries » — III, 447 ss. — entre celles qui sont commises par un sujet contre un autre sujet, et celles où il peut s'agir des relations entre la couronne et les sujets. « Pour les premières, la couronne est tenue, en sa qualité de source de la justice, d'y porter remède suivant les formes ordinaires prescrites

naître, où les choses ne se passaient pas ainsi, au moins en fait⁽¹⁾; au temps des Tudors, par exemple, le Privy Council était tenu pour la juridiction de recours ordinaire dans les instances contre les fonctionnaires administratifs. Avec l'abolition de la chambre étoilée, la juridiction du Privy Council, en matière administrative comme en matière pénale, passa aux tribunaux ordinaires. La loi qui abolit the Court of Star chamber (16 Ch. 1^{er} c. 10) déclare expressément: « that neither his majesty, nor his privy council, have any jurisdiction, power, or authority . . . by any arbitrary way whatsoever, to examine or draw into question, determine or dispose of the lands or goods of any subject of this kingdom, *but that the same ought to be tried and determined in the ordinary courts of justice, and by course of law* »⁽²⁾. »

Le droit anglais ne connaît pas de tribunaux administratifs, — distincts des tribunaux ordinaires, *avec compétence générale en matière administrative*⁽³⁾. Les instances contre l'administration publique sont introduites en principe devant les tribunaux ordinaires, bien que — comme on le verra plus bas — les formes prescrites pour saisir ces tribunaux soient quelque peu différentes pour les atteintes à des « public rights » et pour les litiges ordinaires. Il se rencontre pour-

par la loi; dans les dernières, la voie de droit est en général d'une nature spéciale et excentrique. » Mais cette distinction, comme le démontre un examen plus approfondi, n'a rien à faire avec la distinction entre le droit privé et le droit public. Les sujets comprennent aussi les fonctionnaires, et les actions fondées sur les torts dont l'un de ceux-ci s'est rendu coupable, rentrent dans la première catégorie, même lorsque le demandeur conclut à ce que le fonctionnaire procède à un acte de ses fonctions ou s'en abstienne. Par « la Couronne », on entend à la fois le souverain personnellement, et le trésor public, le fisc (Stephen IV, 59 ss. Gneist I, 374 ss). Sur les litiges entre le trésor public et les particuliers, v. plus bas.

(¹) Cpr. plus haut p. 24 ss. Gneist, *Englisches Verwaltungsrecht* 69 ss.

(²) Stephen, II, 461.

(³) Cpr. Maitland, *Justice and police*, 45 ss.

tant, par exception, *des juridictions spéciales ayant compétence en certaines matières de droit public*. Elles sont ordinairement comprises, avec les tribunaux ordinaires, sous la dénomination de « courts », et sont, pour leurs décisions, tout-à-fait indépendantes de l'administration; la raison de leur institution n'a jamais été non plus le désir d'accroître les pouvoirs du gouvernement aux dépens des tribunaux. Elles ne sauraient d'ailleurs être qualifiées d'une manière absolue de juridictions administratives, car elles jugent non seulement des litiges de droit public, mais aussi des instances de droit privé; parfois aussi elles ont des attributions administratives. Comme exemple de ces juridictions spéciales, dans les attributions desquelles la décision de questions administratives joue un rôle prépondérant, on peut citer les Railway commissioners, les Commissioners of sewers, les Courts of survey, la Wreck Commissioners' Court. Il convient de mentionner également ici les tribunaux ecclésiastiques, dont les fonctions pour une partie essentielle, touchent au de droit public.

La *Railway commission* (V. Gneist II, 955 ss.) juge les instances fondées sur ce que les Compagnies de chemins de fer n'ont pas rempli les obligations qui leur sont imposées par la loi concernant l'exploitation (observation des tarifs maxima prescrits par la loi, octroi de reasonable facilities, traitement égal des expéditeurs, souci du trafic de transit). L'action peut être intentée tant au nom de l'intérêt public, par le Board of trade, que par les particuliers qui se prétendent lésés par la violation de la loi alléguée. La Cour juge la question à la fois en droit et en fait; mais en général elle ne prononce pas sur la valeur du dommage subi: la question est renvoyée aux tribunaux ordinaires; elle se borne à adresser une injonction à la C^{ie} de chemin de fer, pour lui prescrire les mesures qu'elle a à prendre. Les questions de droit peuvent faire l'objet d'un recours devant la High Court (special case stated). Contre les violations de

compétence, positives ou négatives, les voies de droit sont le writ of prohibition et le writ of mandamus.

Sur les *Commissioners of sewers*, nous renvoyons à Stephen III, 434 ss. Ce n'est point une juridiction permanente; la commission est nommée quand les circonstances l'exigent. Sa compétence s'étend aux questions de construction et d'entretien des digues, de curage des cours d'eau, etc. . . . Ses attributions sont d'ailleurs en partie administratives, bien que ses décisions soient toujours rendues en observant les formes judiciaires ⁽¹⁾.

Le Merchant shipping Act. 1876, — la loi qui doit son origine aux efforts de Plimsoll — a institué les *Courts of survey* pour juger les contestations entre les armateurs et le ministère du commerce au sujet de la navigabilité d'un navire. La Cour se compose d'un juge ayant l'instruction juridique ordinaire et de deux assesseurs ayant des connaissances spéciales. Quand le Ministre du commerce, après inspection, a interdit à un navire de quitter le port, le propriétaire ou le capitaine du navire peuvent en appeler à cette Cour. Le Board of trade peut aussi, au lieu de procéder à l'inspection, s'en remettre aux Courts of survey sur la question de savoir si le navire est en état de naviguer. Suivant la loi citée, ces cours sont encore compétentes pour juger les instances fondées sur le refus de délivrance, par les inspecteurs et autres fonctionnaires, des certificats nécessaires, en certains cas, pour les navires à vapeur, navires d'émigrants, etc. . . . (art. 6 et 14 de la loi).

Les décisions rendues par les Courts of survey sont définitives et ne peuvent par conséquent être déférées à la High

⁽¹⁾ Ces commissions rappellent à plusieurs égards les commissions rurales (*Landvæsenskommissioner*) de Danemark. Nous ne saurions dire s'il est encore d'usage d'en nommer actuellement. — La commission of sewers qui existait autrefois à Londres a été supprimée, Cpr. Gneist, II, 909.

Court. Mais le ministère du commerce peut, à toute époque, donner à un navire qui a été retenu l'autorisation de partir, lorsqu'il le juge en état de naviguer (art. 6 n° 7).

Lorsqu'il y a lieu de résoudre des questions techniques difficiles, ou des questions de principe importantes, le Board of trade peut décider que l'instance ne sera pas introduite devant les cours précitées, mais devant des « scientific referees » (art. 15).

La même loi contient encore des dispositions sur les *wreck commissioners*. Leurs fonctions consistent à rechercher, conjointement avec des assesseurs compétents en matière maritime, les causes des naufrages. Après l'enquête, il est rendu un jugement, portant à qui ou à quoi le naufrage doit être attribué; s'il est nécessaire, la cour peut ôter au capitaine ou au pilote leurs certificats, ou les priver temporairement du droit de conduire un navire.

Parmi les juridictions ecclésiastiques, on peut remarquer spécialement la *Consistory court*, qui a compétence dans toutes les affaires ecclésiastiques du diocèse (Stephen III, 422 ss.). Ses décisions ont souvent un caractère purement administratif, bien qu'elles soient prises dans les formes judiciaires. Ainsi, les autorités ecclésiastiques doivent, dans bien des cas, s'adresser à cette cour pour obtenir l'autorisation — application for a faculty — de faire tel ou tel changement à l'église ou au cimetière (ouvertures de chemins dans les cimetières, changements de cimetières hors d'usage en jardins publics, enlèvement de cercueils ou d'ossements de l'église ou du cimetière pour raisons d'hygiène). Il peut arriver que la demande rencontre une opposition de quelque côté. Qu'il y ait ou non plusieurs parties en présence, la question est tranchée comme une contestation judiciaire.

Dans certains cas, la décision de litiges de droit public est confiée à des autorités qui ne portent pas le nom de cours, mais qui néanmoins peuvent être justement consi-

dérées comme des juridictions administratives. On peut citer comme exemple l'*Assessment committee*, qui, dans le ressort de chaque Union, connaît des recours formés contre les impositions établies par les *overseers of the poor*, et dont les décisions sont sujettes à appel aux *quarter sessions*, et de là, quand il y a une question de droit, à la *High Court* ⁽¹⁾. Une loi nouvelle (*London council, General powers, Act 1890*) contient plusieurs exemples de juridictions administratives analogues. Ainsi, aux termes de l'art. 28 de cette loi, on peut recourir à un « tribunal », composé de la manière indiquée dans la loi, lorsque quelqu'un (autorité locale ou personne privée) se croit lésé par l'alignement établi par le chef du service des bâtiments (*superintendent architect of metropolitan buildings* : V. aussi art. 33) ; d'après l'article 35, le *County council* peut mettre des conditions à ce qu'un chemin, en certains cas, soit utilisé comme voie publique ; les exigences du conseil peuvent faire l'objet d'un recours devant un « arbitrator » nommé, pour chaque cas particulier, par le ministère, et dont la décision est définitive. Dans aucun des cas précités il n'est possible de s'adresser aux tribunaux, lorsque le chef du service des bâtiments ou le conseil de comté n'ont pas excédé les limites de leur compétence.

Exceptionnellement, la décision de questions considérées comme de véritables questions de droit a été attribuée à l'administration (aux ministères). Un des exemples les plus importants s'en trouve à l'art. 268 du *Public health act 1875*. D'après cette disposition, quiconque se prétend lésé par une décision de l'autorité sanitaire locale devra adresser son recours au *Local government board*, dans les cas où l'autorité locale peut elle-même (sans l'intervention des juges de paix) mettre la mesure par elle prescrite à exécution.

⁽¹⁾ *Union assessment committee Act 1863*. Chalmers, *Local government* 59. Maitland, *Justice and police* 86 (« tribunal of first instance for the hearing of complaints against local rating »).

La décision (order) rendue par le Local government board est, en pareil cas, définitive⁽¹⁾. Mais l'intéressé n'est pas obligé de suivre cette voie; un autre procédé, ordinairement suivi, consiste à attendre que les autorités sanitaires engagent une instance pour le recouvrement de leur créance en remboursement des frais, et à proposer devant le tribunal une exception tirée de l'illégalité de la mesure en question. — Par une autre exception au principe que les questions de droit sont jugées en dernier ressort par les tribunaux, il appartient au Local government board de juger les questions de validité des élections aux fonctions de guardian of the poor⁽²⁾. De même, les contestations entre les districts d'assistance peuvent, — quand les parties le désirent — être déferées au Local government board⁽³⁾. Enfin celui-ci a le droit de juger les comptes des principales administrations locales, et de décider si une dépense doit être ou non considérée comme légale⁽⁴⁾.

Dans les législations du continent, il y a partout, comme

(¹) Cet article porte que « Where any person deems himself aggrieved by the decision of the local authority in any case in which the local authority are empowered to recover in a summary way any expenses incurred by them, or to declare such expenses to be private improvement expenses, he may within 21 days after notice of such decision address a memorial to the Local government board, stating the grounds of his complaint. The Local government board may make such order in the matter as to the said board may seem equitable, and the order so made shall be binding and conclusive. »

(²) Chalmers 57.

(³) Gneist I, 363.

(⁴) Chalmers 156 ss. Les comptes des autorités locales sont jugés en première instance par les « district auditors », dont les décisions sont sujettes à appel au Queen's Bench ou au Local government Board. Le Ministère a en cette matière ce qu'on appelle une « equitable jurisdiction »; même dans le cas où la dépense effectuée n'a pas de justification légale, et qu'elle a été, par suite, « disallowed » par les auditors, le ministère peut la laisser passer. La conséquence est qu'en principe on préfère en appeler au ministère.

on l'a vu dans ce qui précède, un ordre de matières où les décisions de l'administration ne peuvent pas être modifiées par les tribunaux, parce que l'on considère que la solution de la question doit être réservée à l'administration, soit à raison de ses connaissances administratives spéciales, soit pour d'autres motifs. La même chose se retrouve en Angleterre. On rencontre dans les recueils de jurisprudence nombre d'arrêts qui décident que le mode d'exercice de tel ou tel pouvoir doit être abandonné à l'appréciation (*discretion*) de l'autorité compétente⁽¹⁾. La question, suivant une formule fréquente, est de savoir si cette autorité a agi dans les limites qui lui étaient tracées (*if it has exercised its jurisdiction according to the forms and substance of law*); en cas d'affirmative, les tribunaux se considèrent comme incompetents pour modifier la décision prise. Il est également de principe que partout où la loi exprime que l'autorité locale « peut », et non qu'elle « doit », prendre telle ou telle mesure, elle ne saurait être contrainte d'y procéder par les tribunaux; le *mandamus* présuppose l'obligation légale.

Il est difficile de poser une règle générale sur le point de savoir si dans les cas où le recours aux tribunaux est fermé à raison du pouvoir discrétionnaire de l'autorité en cause, la décision prise peut être déferée aux autorités centrales (Ministères, notamment Local government Board)⁽²⁾. Il est certain que le Local government Board lui-même reconnaît en certains cas aux autorités locales un « *discretionary power* ». — Depuis l'institution des nouveaux Conseils

(1) On peut encore citer comme l'exemple le fait cité plus haut que le chef du service des bâtiments de Londres détermine l'alignement des rues, aux termes du Metropolis management Act 1862 art. 75; V. notamment deux espèces jugées au printemps de 1892 par le Queen's Bench — la première également par la Court of appeal (*London County council v. Cross et Worley v. The Vestry of St. Mary Abbott's*).

(2) Traill, 138. Chalmers, 121. Gneist I, 364. Public health Act 1875, art. 299.

de comté, il peut y avoir lieu aussi de s'adresser à eux, au lieu de recourir aux ministères, car les pouvoirs de ces derniers en matière administrative peuvent être transférés aux County councils (London government Act 1888, art. 10). A Londres, avant l'établissement du London county concil, on pouvait appeler des décisions des autorités locales en matière de construction au Metropolitan Board of Works : les pouvoirs de ce dernier sont maintenant passés au Conseil de comté (Metrop. management Act 1855, art. 211 et 212; Public health (London) Act 1891, cédula 1).

Le principe d'après lequel les tribunaux ne connaissent pas des affaires qui supposent une appréciation administrative technique, n'a pas d'application aux juges de paix. Ceux-ci sont en effet tout autant administrateurs que juges. Ainsi, dans les cas où une des administrations locales (local boards) est obligée de s'adresser à un juge de paix pour mettre à exécution une décision par elle prise, le juge de paix est, en principe, compétent pour examiner, non seulement si la décision en question rentre dans les pouvoirs de l'administration qui l'a prise, mais encore s'il convenait en général de la prendre (V. plus bas).

§ 2.

Formes.

Les formes dans lesquelles les recours contre les décisions administratives illégales peuvent être introduits devant les tribunaux sont diverses. En certains cas c'est, suivant le procédé ordinaire, par voie d'« action »; dans d'autres, notamment quand il s'agit de « public rights »⁽¹⁾, c'est par requête (motion) adressée au juge, et tendant à ce qu'il soit adressé une injonction au fonctionnaire ou à l'autorité com-

(1) Stephen III, 537 ss.

pétente (*writ*). Parmi ces writs, il faut citer spécialement ici les writs of mandamus, of habeas corpus, of prohibition et quo warranto⁽¹⁾.

Le *writ of mandamus* est « un ordre, adressé au nom de la reine par le Queen's bench à des particuliers, des corporations, ou des tribunaux inférieurs, de faire ce qui est contenu dans cet ordre, concernant leurs fonctions et obligations, et que le Queen's bench juge conforme au droit et à la justice »⁽²⁾. Ce writ suppose que tel ou tel droit ou obligation relevant du droit public a été violé, et il ne s'emploie que dans le cas où l'action ordinaire n'est pas ouverte. Contre le Chef de l'État il ne peut être rendu aucun mandamus — le souverain ne peut pas s'enjoindre à lui-même de faire quelque chose ; — par contre, cette voie de droit n'est pas absolument fermée à l'encontre des conseillers de la couronne ; lorsque ceux-ci sont tenus, aux termes de la loi, d'une obligation envers des personnes déterminées, ils peuvent être, au moyen du mandamus, contraints de la remplir⁽³⁾. On peut citer comme exemples de cas fréquents d'application du writ of mandamus : les recours fondés sur ce qu'un local board ne remplit pas une obligation à lui imposée par la loi⁽⁴⁾, sur ce que le fonctionnaire compétent (registrar) a

(1) Sur le writ of certiorari, v. le § suivant concernant les voies de droit contre les décisions des juges de paix. — Le writ of procedendo (Stephen III 691) est un ordre adressé à une juridiction inférieure de rendre jugement dans une affaire.

(2) Stephen III, 692.

(3) Ainsi dans les questions de pensions. Les règles de recevabilité du mandamus (contre les ministres) ont été développées dans un arrêt rendu par le Queen's bench en avril 1891 : *Mitchel v. Secretary of State for war*. Le demandeur sollicitait un « mandamus to the Secretary of State for war to hear and determine an application by him for an increase of the amount awarded to him as compensation on his retirement. »

(4) La requête à cet effet peut être présentée, tant par le Local government Board — qui d'ailleurs peut aussi, en certains cas, exécuter lui-même sa propre décision ; Chalmers 121, cpr. Public health Act 1875 art. 299 — que par les particuliers.

refusé d'enregistrer une raison sociale ; les requêtes des administrations locales de la voirie, tendant à ce que le Conseil de comté classe un chemin sur la liste des « main roads » ; les demandes tendant à ce qu'un fonctionnaire rende ses comptes, ou permette au demandeur de compulsier des registres publics ; les requêtes afin d'obtention de grades académiques, d'usage paisible d'un lieu de réunion, etc. . . . Une décision administrative prise en violation des formes légales peut aussi parfois être attaquée par la voie du mandamus (mandamus to hear and determine the matter according to law)⁽¹⁾. Pour le mandamus adressé aux juges de paix, v. plus bas. — En règle ordinaire, la Cour, lorsqu'on s'adresse à elle, ne rend pas immédiatement un mandamus, mais un ordre (rule) à qui de droit, de donner les raisons pour lesquelles il n'y aurait pas lieu de délivrer un writ of mandamus ; si ces raisons ne sont pas données, l'injonction définitive est délivrée.

Il a toujours été de principe en droit anglais, depuis l'époque la plus reculée, que *la liberté personnelle* était placée sous la protection des tribunaux⁽²⁾. Toutefois ce principe fondamental n'a pas toujours été considéré comme étant sans exception : notamment, il y a eu des époques où les tribunaux ne se croyaient pas autorisés à mettre en liberté une personne emprisonnée en exécution d'un ordre émané du roi lui-même ou d'un membre du Privy council. C'est pour porter remède à cet état de choses que différentes lois furent faites, notamment sous le règne de Charles 1^{er} — Petition of right et 16 Ch. I c. 10 —, accentuant la règle

⁽¹⁾ The Queen (on the prosecution of Akkersdyk, etc.) v. London county council, espèce jugée par le Queen's Bench en décembre 1891. Dans cette affaire, le recours alléguait que le Conseil de comté, en refusant de renouveler une autorisation de musique et de danse, avait enfreint les formes prescrites en la matière ; la Cour émit un mandamus pour traiter l'affaire suivant la procédure légale.

⁽²⁾ Stephen, III, 708.

de l'inviolabilité de la liberté personnelle et donnant le droit à la personne lésée de recourir aux tribunaux au moyen du writ of habeas corpus. Comme les abus continuèrent, on compléta ces dispositions, sous Charles II, par l'Habeas corpus act, la « seconde grande charte du royaume » (1679), qui édictait des règles détaillées sur la manière d'obtenir le writ en question, et portait des peines d'amende élevées contre les infractions (dispositions précisées ensuite avec plus de détail par un acte du parlement plus récent, 56 Geo III c. 100).

Le *writ of habeas corpus* émane de l'une des cours faisant partie de la High Court, et est adressé à la personne — fonctionnaire ou particulier⁽¹⁾ — qui en détient une autre, avec ordre de représenter la personne détenue, de faire connaître la date et le motif de la détention, pour ensuite procéder, se soumettre et obtempérer à ce que la Cour qui a émis le writ pourra enjoindre⁽²⁾. Cet ordre ne peut être délivré qu'à condition que le requérant rende vraisemblable que la détention a eu lieu sans motif légal. Lorsque la personne citée a comparu, la Cour décide si la détention est légale ou non, et quelles mesures il y a lieu de prendre.

Le *writ of prohibition* est adressé par une des Cours supérieures « au juge et aux parties dans une instance devant une juridiction inférieure ; il leur enjoint de surseoir au jugement de l'affaire, parce que cette affaire, ou un point en litige, est du ressort d'un autre juge⁽³⁾. Il s'emploie notamment envers les juridictions spéciales (tribunaux ecclésiastiques, commissions de chemins de fer, etc. . . v. plus haut), quand il est prétendu qu'elles ont excédé les limites de leur compétence⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Stephen I, 145.

⁽²⁾ Stephen III, 706.

⁽³⁾ Stephen III, 696.

⁽⁴⁾ Stephen loc. cit. Maitland, 46. La voie de droit communément suivie

L'objet du *writ of quo warranto* est de rechercher de quel droit la personne citée revêt telle ou telle fonction⁽¹⁾. Quand il est allégué, par exemple, que le maire d'une ville ou un membre d'un conseil communal n'a pas été légalement élu, on peut se servir du « *quo warranto* » pour examiner la validité de l'élection. On emploie couramment aussi, pour contester la validité des élections aux local boards, municipal corporations, county councils, etc. . . ., le procédé qui consiste à assigner celui dont l'élection est contestée devant le tribunal, dans les formes de la procédure ordinaire, en concluant à ce qu'il paie une amende de 50 livres pour chaque fois qu'il aura procédé ou voté en qualité de membre de l'assemblée en question. Cette action peut être intentée par toute personne⁽²⁾.

Pour les *actions en dommages-intérêts contre des fonctionnaires*, il n'est point prescrit de formes particulières. Mais ces actions ne sont ouvertes qu'au cas où les limites de compétence ont été manifestement franchies. Pour tout ce qui concerne cette matière nous renvoyons à Gneist, I, 376 ss., et à Broom, *Constit. law* (1866), 762 ss. Contre les conseillers de la couronne il ne peut être intenté aucune action en dommages-intérêts devant aucune juridiction⁽³⁾.

Il existe des règles particulières en ce qui concerne les *contestations d'ordre pécuniaire entre les particuliers et l'État*.

d'ailleurs pour attaquer les décisions des tribunaux *ecclésiastiques* est l'appel au *Judicial committee of the privy council*. Le point de savoir si un *writ of prohibition* peut être adressé à des autorités administratives, p. ex. au Local government Board, lorsqu'il a été interjeté appel devant lui en conformité de l'article 268, cité plus haut, du Public health Act 1875, est douteux (*the Queen — on the prosecution of the Penarth local board — v. Local government board*, *Law reports* 1883, *Queen's Bench. Div. X.* 309).

(¹) Stephen III, 699 ss. V. *ibid.* pour l'application de ce *writ* aux corporations de villes sous Charles II.

(²) Maitland 18.

(³) Gneist I, 378. Broom, 617 ss.

C'est un ancien principe que nul n'a proprement le droit d'assigner la couronne; il dépend de la libre volonté du Souverain de savoir s'il fera ou non juger la question⁽¹⁾. La procédure a été organisée par le *Petition of right act 1860*. Une pétition est adressée à la Reine par la voie du *Home Office*; si la Reine ordonne « *that right shall be done* », l'instance s'introduit devant les tribunaux de droit commun et se plaide comme une affaire ordinaire, où le requérant a le rôle de demandeur et la Reine, représentée par l'*Attorney general*, celui de défendeur⁽²⁾.

Pour les instances engagées par le trésor public, V. notamment *Crown suits Acts 1859*.

§ 3.

Les juges de paix.

La décision des questions administratives a été attribuée pour une grande part aux juges de paix; il convient par suite de compléter ce qui précède par quelques observations relatives à ces fonctionnaires.

Les juges de paix (*justices of the peace*) sont nommés par la couronne, ordinairement sur la recommandation du Lord-lieutenant de comté. Leurs fonctions sont gratuites et honorifiques; dans quelques villes seulement on trouve des juges de paix rétribués (*stipendiary magistrates*), comme p. ex. les *police magistrates* de Londres. En théorie, les juges de paix peuvent être révoqués par la reine quand bon lui semble; mais en fait ils sont aussi indépendants de la couronne et aussi inamovibles que les autres juges. Il n'est même pas d'usage d'employer contre eux de mesures disciplinaires.

(¹) Cpr. *Stephen IV*, 59 ss.

(²) *Maitland 145. Gneist I*, 375.

(³) *Maitland 145. Gneist I*, 375.

Une garantie très-considérable de bon exercice de ces fonctions consiste en ce que les décisions administratives les plus importantes, ainsi que les jugements les plus graves en matière pénale, exigent le concours de deux ou de plusieurs juges de paix. Lorsque deux ou plusieurs d'entre d'eux se réunissent de la sorte, c'est ce qu'on appelle *petty session* (court of petty session). En certains cas il faut la présence de plusieurs juges de paix ; dans d'autres, il dépend de leur appréciation d'appeler des collègues, s'ils le désirent. Les *special sessions* (ou *special petty sessions*) sont une sorte de *petty sessions* ; on entend par ce terme les assemblées où se réunissent les juges de paix du district, à certains intervalles, pour traiter les affaires attribuées aux assemblées de cette nature. Par *districts* (*sessional divisions*) on entend les subdivisions du comté qu'on a jugé commode de former afin d'éviter de convoquer tous les juges du comté pour la décision d'affaires purement locales. Par *general sessions* ou *quarter sessions* on entend l'assemblée ordinaire des juges de paix du comté ; le dernier de ces termes s'emploie spécialement pour désigner les réunions tenues quatre fois par an conformément à la loi.

L'office de juge de paix a toujours compris, de tout temps, des fonctions diverses. Les juges de paix sont tout à la fois juges en matière pénale, fonctionnaires administratifs et juges en matière administrative ; il s'y ajoute encore certaines affaires de droit privé, telles que les contestations entre patrons et ouvriers, lorsque la valeur ne dépasse pas une certaine somme, les affaires de pensions alimentaires aux enfants illégitimes, etc. En ce qui concerne, toutefois, les fonctions administratives, des changements se sont produits dans la suite des temps. Il y a eu une époque où les *justices of the peace* étaient le rouage principal de toute l'administration intérieure, et où on pouvait dire fort exactement « qu'ils étaient à la fois les organes moteurs et régula-

teurs de tout le mécanisme administratif du comté ». Il n'en est plus tout-à-fait de même à l'heure actuelle; les divers conseils élus leur ont enlevé une partie importante de leurs attributions; d'autres, en moins grand nombre, ont passé à l'administration centrale. La dernière réforme radicale en cette matière a été opérée par le Local government act de 1888, qui a transféré « the administrative business of quarter sessions » aux conseils de comté nouvellement institués; par contre, cette loi n'a pas touché aux attributions des quarter sessions comme juges d'appel en matière contentieuse administrative contre les jugements rendus par les juges de paix isolés.

La réunion des fonctions judiciaires et administratives en la même personne a eu pour conséquence que les attributions de police des juges de paix s'exercent en observant des formes de procédure⁽¹⁾. L'acte administratif prend ainsi l'apparence extérieure d'un acte de la fonction judiciaire; les parties intéressées sont convoquées à l'audience; le débat est public, oral, contradictoire; les témoins prêtent serment; les mesures d'instruction ont lieu en présence des intéressés; les décisions elles-mêmes ont la forme de jugements, non seulement lorsqu'il est prononcé une peine (conviction) pour contravention à une ordonnance de police, mais encore quand il est rendu une décision administrative (order)⁽²⁾.

Comme nous venons de le dire, l'importance des juges de paix a été réduite à plusieurs égards par le fait de l'institution des nouveaux conseils locaux (local boards)⁽³⁾.

(¹) Le terme de « jurisdiction » n'emporte pas nécessairement l'observation de formes judiciaires de procéder. « Jurisdiction » s'entend en droit anglais de toute autorité publique indépendante (Gneist I, 388). Ce qu'il y a de particulier dans les fonctions de juges de paix, c'est qu'elles se sont peu à peu, en la forme, rapprochées de celles des tribunaux.

(²) Gneist I, 389—391.

(³) Les trois unités qui servent de base à l'administration locale sont : — le *parish* (paroisse ou district des pauvres) — l'*union* (composée d'un

Dans les affaires attribuées à ces conseils, les fonctions des juges de paix ont plutôt le caractère régulateur ; parfois il n'y a même pas lieu de s'adresser à eux ; le conseil local ne recourt à leur assistance qu'en cas de nécessité, lorsque la partie intéressée ne consent pas à se soumettre de bonne volonté à l'invitation qui lui est adressée, ou quand il s'agit d'obtenir le paiement des frais exposés⁽¹⁾. Les relations des juges de paix avec les autorités locales sont organisées de diverses manières. Dans un grand nombre de cas, ces dernières ne peuvent mettre leurs décisions à exécution sans qu'un juge de paix ait examiné l'affaire et rendu son « order ». Les autorités sanitaires locales estiment, par exemple, qu'il existe une « nuisance », un état de choses dangereux pour la santé publique. A cet effet, elles enjoignent d'abord à celui qui en est la cause de procéder à telle mesure qu'elles jugent utile. Si l'intéressé n'obtempère pas à la « notice » qu'il a reçue, il est cité devant le juge de paix, qui, s'il juge la demande fondée, donne à la partie citée l'ordre d'exécuter ce qui lui est enjoint. La mission du juge de paix ne se borne pas, en pareil cas, à rechercher si l'injonction en question est étrangère à la compétence des autorités sanitaires ; il n'est fait ici aucune distinction entre les questions de droit et les questions administratives ; le juge est compétent pour examiner l'affaire dans son ensemble, et il peut refuser son « order » si la prétention ne lui paraît pas

ou plusieurs de ces districts) — le *county*. Le district des pauvres est administré par le Vestry et les Overseers of the poor ; à la tête de l'Union est le Board of guardians ; l'autorité administrative du comté est le County council. A côté de ces districts se trouvent des *Sanitary districts* — urbains ou ruraux, sous l'administration d'autorités sanitaires urbaines ou rurales — des *School districts*, administrés par des School boards ou des School attendance committees — des *Highway districts*. etc. . . .

(¹) Le recours aux juges de paix (complaint) dans les affaires ressortissant des autorités locales peut d'ailleurs, suivant les circonstances, être exercé aussi par les parties privées. V. p. ex. London public health act 1892, art. 12 (nuisances).

justifiée⁽¹⁾. On trouve des applications de cette règle dans le Public health act 1875, art. 96, 97, 114, 117, 124 ; et dans le London public health act, art. 5, 18⁽²⁾. Un exemple courant d'ordre demandé aux juges de paix par les autorités locales est celui du renvoi des pauvres à leur domicile ; cpr. aussi l'Elementary education act 1876, art. 11 (attendance order pour les infractions scolaires).

Dans d'autres cas, les autorités locales peuvent exécuter elles-mêmes leurs décisions et poursuivre ensuite par une procédure judiciaire le recouvrement de la dépense qui en est résultée. Il peut alors être élevé devant le juge — justice of the peace ou county court — une exception d'illégalité de la décision prise. C'est ce qui se passe, par exemple, pour les ordres donnés par l'autorité locale afin de pavage des rues privées, d'établissement de conduites d'écoulement dans une maison et de leur communication avec les égouts, etc. . . . L'autorité compétente peut aussi traiter les frais comme « private improvement expenses », auquel cas ils sont répartis sur un certain nombre d'années et réclamés ensuite aux intéressés à titre d'impôt leur incombant ; dans ce cas aussi, il va de soi qu'on peut opposer à la réclamation une exception tirée de l'illégalité de l'opération⁽³⁾.

⁽¹⁾ Cpr. Gneist, I, 269.

⁽²⁾ V. p. ex. les termes de l'art. 5 n° 7 de cette dernière loi : « A closing order shall only be made where it is proved to the satisfaction of the court that by reason of a nuisance a dwelling-house is unfit for human habitation ». V. aussi le texte du commencement de l'article : « the sanitary authority shall make a complaint, and the petty sessional court hearing the complaint may make on such person a summary order (nuisance order) ». Art. 18 : « Where it is proved to the satisfaction of a petty sessional court that any locality, premises, or place are or is unfit for the keeping of any animal, the court may by summary order prohibit the using thereof for that purpose for the future. »

⁽³⁾ Chalmers 119—120. Cpr. Public health act 1875, art. 257. — L'art. 150 de cette dernière loi prescrit un mode particulier de décision pour la répartition de certaines dépenses.

Les décisions (orders et convictions) des juges de paix — qu'elles aient été prises par un seul juge ou en petty sessions — peuvent être frappées d'appel devant les *quarter sessions* ⁽¹⁾. Le droit d'appel n'est pas ouvert d'une manière absolue, mais seulement quand la loi le décide expressément ; c'est toutefois ce qui a lieu dans un très-grand nombre de cas. Les défendeurs à l'appel sont les juges de paix dont la décision est attaquée, et parfois aussi le particulier au profit de qui elle a été rendue. Dans la plupart des cas il s'agit exclusivement d'une revisio in jure ; mais parfois aussi il peut y avoir lieu de recueillir de nouvelles preuves, ou encore de trancher des questions qui sont plus de convenance et d'opportunité que de droit ⁽²⁾.

Une des attributions importantes des quarter sessions est le jugement des questions de contributions, en ce qui concerne les taxes locales (assessment appeals). La réclamation, en première instance, est ordinairement adressée à l'assessment committee, qui est composé de poor-law guardians ; l'appel des décisions de ce comité est porté aux quarter sessions (cpr. ci-dessus p. 213). — Il est une espèce particulière de réclamations en matière d'impôts qui a été fréquemment usitée, spécialement à Londres, au cours de ces dernières années ; ce sont les « appeals against totals », par lesquels le county council soutient que l'ensemble de la contribution, dans une circonscription, a été fixée à un chiffre trop bas, en sorte que le produit est inférieur à ce qu'il devrait être ⁽³⁾. — Pour les impôts de l'État, l'appel est porté

(1) Oke, I, 251 ss. Gneist I, 396 ss. Maitland 85 ss. Leeming et Cross, the general and quarter sessions of the peace, 2^e éd. 1876, p. 204 ss.

(2) Gneist, I. 404, note. Les quarter sessions substituent leur appréciation à celle des juges de paix, par exemple, dans les affaires de refus de beerhouse-licenses ; V. aussi Public health act 1875, art. 269 ; London public health act 1891, art. 5 n^o 7 et art. 6 n^o 2.

(3) On trouve quelque chose d'analogue à ces appeals against totals en droit danois, dans la loi du 2 juillet 1870 sur l'assiette de l'impôt sur le

en règle générale aux diverses commissions (commissioners of income-tax, etc.) et ensuite, pour les questions de droit, à la High Court⁽¹⁾.

La *High Court* joue le rôle de *juridiction de révision* au dessus des quarter sessions. Le procédé ordinaire pour la saisir consiste en ce que les juges de paix, dans les quarter sessions, font ce qu'on appelle « state a special case », c'est-à-dire demandent l'avis de la juridiction supérieure sur une question de droit déterminée qui leur est posée (20 et 21 Vict. ch. 43). Les questions de fait, au contraire, ne peuvent faire l'objet d'un appel des « justices » à la High Court⁽²⁾.

Une autre manière de saisir la juridiction supérieure consiste à lui présenter requête pour émettre un writ, notamment le writ of certiorari ou le writ of mandamus. Le *writ of certiorari* peut être adressé par l'une des cours suprêmes à une juridiction inférieure, avec ordre de lui envoyer les pièces de l'affaire, pour que la partie intéressée obtienne justice plus sûrement et plus vite⁽³⁾. Les motifs en sont pris, soit de vices essentiels de procédure, soit d'une interprétation inexacte de la loi. L'octroi de ce writ a pour conséquence de faire surseoir à l'exécution du jugement et de soumettre l'affaire à l'examen de la juridiction supérieure en ce qui concerne la question de droit; mais il n'est pas procédé à une instruction nouvelle: on prend pour base les constatations de fait de la juridiction inférieure⁽⁴⁾.

Le writ of mandamus peut être adressé aux « justices », en leur qualité d'autorités administratives (cpr. plus haut).

revenu, aux termes de laquelle le ministre des finances peut déférer à la commission supérieure des impôts toute évaluation qu'il estime avoir été faite en tenant trop peu de compte des intérêts du trésor (art. 20 et 25 de la loi).

(1) Gneist II, 624 ss.

(2) Oke I, 263 ss.

(3) Stephen III, 714.

(4) Gneist I. 406.

Il suppose que la loi a été violée, soit que le vice consiste dans l'omission de formes essentielles ou dans la violation de la loi au fond. Les quarter sessions reçoivent en ce cas l'ordre de procéder et de décider comme la loi le prescrit.

Norvège—Suède.

1. Les questions qui s'agissent entre l'administration et les particuliers, sur leurs droits respectifs, sont tranchées en *Norvège*, comme en Danemark, par les tribunaux ordinaires. Il peut se rencontrer, dans le détail, quelques différences, en ce sens que des questions qui, dans l'un de ces pays, sont attribuées aux tribunaux peuvent être, dans l'autre, réservées à l'administration. Mais le principe est le même dans les deux pays, à savoir que « quiconque se croit lésé dans son bon droit peut toujours déférer l'acte qui y a porté atteinte au jugement des tribunaux, pour obtenir avec leur assistance la réparation qui lui est dûe d'après la loi, et ce, même si l'acte émane d'une autorité administrative, haute ou basse »⁽¹⁾; ou en d'autres termes, que les actes rentrant dans les fonctions administratives sont, en ce qui touche la question de leur légalité, soumis aux contrôle des tribunaux ordinaires⁽²⁾. Comme en Danemark, les tribunaux peuvent non seulement refuser de donner effet à une décision administrative illégale, mais encore la déclarer nulle directement, et, dans les cas où l'administration n'accomplit pas une obligation qui lui incombe, la condamner à la remplir. Par contre, les tribunaux ne peuvent pas refuser d'ap-

(¹) Aschehoug, *Den nordiske Statsret* (dans la *Nordisk Retsencyclo-pædi*) p. 422.

(²) Le même auteur, *Norges nuværende Statsforfatning*, III. p. 342.

pliquer ou annuler un acte administratif, parcequ'ils le jugent mal conçu ou inopportun⁽¹⁾.

On ne trouve point dans la constitution norvégienne de formule expresse du droit appartenant aux tribunaux de ne pas tenir compte des actes administratifs illégaux. L'article 99 de la Constitution parle seulement de la responsabilité pour « arrestation injustifiée ou détention illégale ». Suivant Aschehoug (Nord. Statsret p. 423), cette règle « résulte de la nature des choses, en ce sens que la question de savoir si un acte est suffisamment justifié en droit est en elle-même une question du ressort du juge, et dont la solution en dernière instance est par suite attribuée à la Cour suprême par l'article 88 de la Constitution ».

Aschehoug donne des exemples, aux passages cités, de la compétence des tribunaux, telle qu'elle résulte de ce principe. Ainsi les juges peuvent refuser d'appliquer un arrêté pris par le gouvernement, ou même par le roi, s'il n'a pas de base légale suffisante. Une personne est-elle poursuivie en paiement d'une taxe qui lui a été imposée par le roi sans justification suffisante, les tribunaux la renvoient des poursuites. Les tribunaux décident le point de savoir si des arbitres désignés par le Fogd (prévôt) ou l'Amtmand (bailli) ne sont pas qualifiés pour exercer leurs fonctions, ou si leur nomination est d'ailleurs illégale; si le préfet, en appliquant la loi sur les chemins, l'a bien interprétée au regard d'un particulier qui refuse de verser sa contribution; si le droit de douane réclamé sur une marchandise excède le tarif; si les commissions du cadastre, dans l'exercice de la mission qui leur est confiée par la loi du 6 juin 1863 de déterminer la contribution afférente aux propriétés rurales, ont compris dans leur évaluation d'autres revenus de la

(¹) Aschehoug: Den nordiske Statsret, p. 424; Norges nuvær. Statsforf. III, p. 344.

propriété que ceux que la loi permet d'y comprendre ; si un fonctionnaire a refusé à bon droit de délivrer des licences pour l'exercice d'une profession dans une ville, de régler les droits de douane d'un navire, de payer une somme d'argent, etc. . . .

Dans certains cas exceptionnels, la décision de questions administratives est attribuée, comme en Danemark, à des autorités particulières. C'est ce qui a lieu, par exemple, pour diverses *réclamations en matières d'impôt*. D'après les lois sur les impôts locaux, dans les villes et dans les campagnes, du 15 avril 1882, l'impôt local sur le revenu est assis par des commissions d'évaluation, qui, — comme en Danemark hors de Copenhague — jugent aussi en premier ressort les réclamations qui viennent à s'élever. Le second degré de juridiction pour ces réclamations est la commission supérieure d'évaluation, dont les membres sont élus tous les ans par l'administration locale autonome. Dans un seul cas, — lorsqu'une personne réclame contre son imposition dans une commune ou un district où elle n'est pas domiciliée, le recours contre la décision de la commission d'évaluation est porté à une commission suprême des contributions, composée pour partie de membres domiciliés hors de la circonscription⁽¹⁾. — Les règles de procédure à suivre, au cas où l'impôt sur le revenu est perçu au profit de l'État, sont contenues dans la loi du 29 juin 1880. L'évaluation a lieu, dans chaque district séparément, par la commission des contributions ; les réclamations sont adressées, en premier ressort, à cette commission, et les recours contre ses décisions à la commission supérieure du département (Amt), dont les membres sont en partie nommés par le roi, en partie élus par les conseils locaux. Cette commission est aussi chargée de réviser d'office le travail des commissions de contributions.

(¹) Blomberg, Den nordiska Förvaltningsrätten (dans la Nordisk Retsencyklopædi), p. 575—580.

Les décisions de la commission supérieure peuvent elles-mêmes faire l'objet d'un recours à la commission centrale, tant de la part du ministère des finances, lorsqu'il estime que, dans certains districts, les intérêts du trésor ou de certaines classes de contribuables ont été sacrifiés, que de la part des administrations locales, lorsque la commission supérieure a exagéré l'évaluation pour certaines classes ou pour un grand nombre des contribuables du district⁽¹⁾.

En ce qui concerne les *actions en dommages-intérêts contre les fonctionnaires*, il résulte de l'exposé d'Aschehoug — Norges nuværende Statsforf. III, 348 ss. — qu'il y a lieu d'admettre, pour la Norvège, les mêmes principes qu'en Danemark. « La compétence des tribunaux, — lit-on loc. cit. — pour apprécier la légalité des actes de l'autorité publique, doit nécessairement être aussi étendue, dans le cas où la partie lésée réclame des dommages-intérêts à un fonctionnaire, que dans le cas où elle demande que sa décision soit déclarée non-avenue ou nulle. »

2. En *Suède*, il est de principe que celui qui croit avoir été lésé dans ses droits par un acte administratif, et qui en demande en conséquence l'annulation ou la réformation, ne peut pas s'adresser aux tribunaux, mais doit recourir à l'autorité administrative supérieure⁽²⁾. Ce principe est déjà exprimé au Code de 1734, où il est dit, au titre de la procédure (*Rättegångsbalken*), art. 26, que les affaires concernant l'administration générale du royaume, et les revenus de la couronne de toute espèce, ainsi que les affaires concernant les fonctions de quelque personne ou les fautes commises dans ces fonctions, seront examinées et jugées par ceux à

(1) Blomberg, loc. cit. 480—482.

(2) Pour l'exposé suivant, nous avons consulté principalement Aschehoug, *Den nordiske Statsret*, pp. 430 ss. Cpr. *Norges nuværende Statsforfatning III*, 328 ss.; la *Tidskrift för Lagstiftning*, et... de Naumann, 1873, pp. 727 ss.; 1874, pp. 1 ss.

qui le roi en a confié le soin et la surveillance, conformément aux règlements particuliers donnés à ce sujet. La procédure des recours (« besvār ») contre les décisions administratives est déterminée avec précision par la loi. Elle diffère suivant les matières ; mais la juridiction suprême est toujours, en principe, le roi en Conseil d'État⁽¹⁾. Le recours doit être formé dans un certain délai, en général 30 jours⁽²⁾ ; si ce délai n'est pas observé, la déchéance est encourue. Lorsqu'un recours est ainsi formé contre une décision administrative, l'autorité qui l'a prise ne peut pas la modifier elle-même ; le jugement du recours appartient exclusivement à l'autorité supérieure. D'autre part, la décision n'est pas considérée comme définitive et exécutoire, tant que le délai du recours (« besvårstiden ») n'est pas expiré, ou que le recours n'a pas été définitivement jugé⁽³⁾. Une règle très pratique veut qu'à toute décision susceptible de recours à l'autorité supérieure il soit joint un « besvårshenvisning », c'est-à-dire une indication, par écrit, faisant connaître devant qui et dans quel délai le recours peut être introduit⁽⁴⁾.

Ce droit de recours, avec les effets juridiques qui y sont attachés, est reconnu dans une large mesure. Ainsi, il peut s'exercer même à l'égard des nominations aux fonctions publiques, lorsque la nomination n'émane point du roi. C'est pourquoi la nomination n'est pas tenue pour définitive tant que le délai de recours n'est pas expiré. Le recours peut

(1) Aussi cette attribution royale n'a-t-elle point été touchée par l'art. 17 de la Constitution, qui transfère à la cour suprême les pouvoirs judiciaires du roi. Cet article n'a attribué à la cour suprême que les affaires qui se jugeaient déjà précédemment suivant des formes judiciaires.

(2) V. pour le détail les dispositions citées par Blomberg. op. cit. p. 46.

(3) Blomberg, loc. cit.

(4) Aschehoug, Nord. Statsret 431 ; Instruction aux Landshövdingar du 10. nov. 1855 art. 69.

avoir pour effet, en certains cas, que la fonction litigieuse soit attribuée au requérant⁽¹⁾.

Il est des cas exceptionnels où une disposition expresse exclut le recours à l'autorité supérieure. On les trouvera dans Blomberg, op. cit. p. 47.

Le principe précité, en vertu duquel les recours contre les actes de l'autorité publique ne peuvent être portés devant les tribunaux, doit toutefois s'entendre avec une restriction importante. Aux termes de l'article 47 de la Constitution, les tribunaux doivent « juger d'après le droit et les lois » (efter lag och laga stadgar dōma). On conclut de là que quand les tribunaux sont requis par l'administration ou par les particuliers de prêter leur concours à un acte administratif, ils ont le droit de n'en pas tenir compte, s'ils le jugent contraire à la loi, ou s'ils estiment que l'autorité administrative qui l'a pris est sortie de ses attributions légales⁽²⁾. Il va de soi pourtant que l'administration, en Suède comme ailleurs, peut, dans une large mesure, mettre elle-même à exécution ses propres décisions, sans avoir besoin de s'adresser aux tribunaux ; en certains cas elle peut même exécuter elle-même ses demandes en paiement de sommes d'argent⁽³⁾.

Le principe qui interdit aux tribunaux de connaître des recours tendant à l'annulation ou à la réformation de décisions administratives n'est pas non plus sans exceptions. Des lois récentes ont transporté de l'administration aux tribunaux nombre d'affaires administratives. On trouve un ré-

(¹) Blomberg p. 133. Rabenius, Förvaltningsrätt, I, 269 (2^e éd.). Dans certains cas, on peut recourir non seulement contre les nominations, mais encore contre les propositions. V. p. ex les statuts de l'Université du 10 janv. 1876 art. 181.

(²) Aschehoug, Nord. Statsret. 432. Naumann, Sveriges Statsförfattnings-Rätt III, 120—121 (2^e éd.).

(³) Broomé et autres auteurs, Den svenska Processen (dans la Nordisk Retsencyklopædi), p. 162 n^o 7.

sumé de tout ce qui a été fait en ce sens depuis le commencement du siècle, et des projets qui ont été présentés, dans la Tidsskrift de Naumann, 1873, pp. 727 ss.⁽¹⁾. Trois ordonnances du 17 avril 1828 ont aboli la juridiction des chambres de commerce et de mines, et transporté aux tribunaux ordinaires leurs attributions contentieuses et encore une partie de celles d'autres corps ; toutefois, beaucoup des matières énumérées par ces ordonnances semblent devoir rentrer dans le droit privé plutôt que dans le droit administratif. Une proposition de loi a été faite en 1854 au Riksdag pour l'institution d'un tribunal qui se serait appelé tribunal de gouvernement (Regeringsrätt), et qui aurait connu des recours précédemment déférés au roi, sans être pourtant de nature à être jugés par les tribunaux ordinaires. Cette proposition a été rejetée ; par contre, dans les années suivantes, plusieurs matières ont été transportées des autorités administratives aux tribunaux. On en trouve un exemple dans la nouvelle législation sur l'assistance publique et dans la loi du 10 août 1877.

La Tidsskrift de Naumann 1874, p. 1 ss., contient un avis de la cour suprême sur un projet du gouvernement, ayant pour but de transporter aux tribunaux toute une série de questions de droit qui étaient jugées par les autorités administratives ou par la Cour camérale. Cet avis traite avec détails la question de savoir si le contentieux administratif peut être attribué aux tribunaux ordinaires. Il suit à ce sujet l'opinion qui a été combattue plus haut pp. 149 ss. La mission des tribunaux, suivant la Cour suprême, est de trancher, soit les litiges de droit pénal, soit les litiges qui s'élèvent entre personnes privées, ou entre des particuliers et l'État pris comme personne privée, les litiges qui roulent sur la garantie de droits violés, « qu'une partie prétend avoir

(¹) Cpr. Naumann, Sveriges Statsförfattning, II, 147—149.

acquis dans les formes prescrites par les règles de droit privé reçues dans l'État, et où, par suite, la décision à rendre ne saurait reposer sur d'autres considérations que celles qui intéressent l'espèce, ni avoir égard aux conséquences qui peuvent résulter de telle ou telle solution; — où le juge n'a point à se demander ce qui est convenable ou opportun, ou plus ou moins conforme aux intérêts de l'État, mais seulement ce qui résulte de la loi en vigueur en ce qui touche la prétention formulée, et doit se borner ainsi à dire le droit au sens strict du mot, en observant les formes légales prescrites à cet effet⁽¹⁾. »

La connaissance de certaines affaires administratives a été attribuée à un tribunal administratif, la Cour camérale (*Kammarrätten*; Instruction du 14 nov. 1879). Sa compétence s'étend surtout aux questions de comptes, d'impôts et à certaines affaires d'assistance publique; elle a, de plus, dans toute une série de circonstances, le pouvoir de prononcer des peines⁽²⁾. Ses décisions sont, en certains cas, susceptibles d'appel à la cour suprême; dans d'autres (affaires de comptes ou d'impôts) il peut être formé un recours devant le Conseil d'État⁽³⁾.

Les affaires de contributions parcourent plusieurs degrés de juridiction avant de pouvoir être soumises à la Cour camérale⁽⁴⁾. L'évaluation des propriétés et du revenu, — qui sert de base à la fois à l'impôt de l'État et aux taxes locales — est faite par la « commission des contributions » (*bevillningsberedningen*). Les réclamations contre les évalua-

(¹) Loc. cit. pp. 12 ss. — On trouvera quelques remarques générales sur le contentieux administratif dans un article de *Rabenius*, « Om de administrative rättskipningen », dans les discussions du second congrès des juriconsultes scandinaves (1875).

(²) Sur la Cour camérale comme juge de répression, v. « Den svenska processen », dans la *Nordisk Retsencyklopædi*, pp. 254 ss.

(³) Conseil des ministres (note du traducteur).

(⁴) *Blomberg* 478 ss., 572 ss.

tions sont portées au « comité de taxation » (*taxeringsnämnden*), composé, comme la commission précitée, de membres élus, et dont les décisions sont susceptibles à leur tour d'appel au « comité de contrôle » (*pröfningsnämnden*). Les membres de ce dernier corps sont nommés par le gouverneur de la province parmi les personnes proposées par les comités de taxation. Les décisions du comité de contrôle peuvent être frappées de recours à la Cour camérale, tant par les contribuables que par l'État ou l'administration locale (Loi sur les contributions du 14 sept. 1883).

Pour ce qui concerne la fixation de l'indemnité en matière d'*expropriation* — par coopération des tribunaux ordinaires et d'assesseurs — nous renvoyons à Broomé, *Den svenska processen*, pp. 137 ss., et à Aschehoug, *Den nordiske Statsret*, pp. 404 ss.

L'action privée contre un fonctionnaire, tendant à *une condamnation pénale* ou à *une indemnité*, n'est pas ouverte⁽¹⁾. Le droit d'intenter une action de cette nature est réservé au Ministère public, aux supérieurs du fonctionnaire incriminé, et au chancelier. A défaut par ces derniers d'introduire l'instance, l'intéressé peut s'adresser au Procureur du Riksdag pour obtenir que l'action soit poursuivie ou pour recevoir l'assistance nécessaire à cet effet (Instruction pour le Procureur du Riksdag — du 1^{er} mars 1830, art. 9 et 10).

(¹) Aschehoug, *Nord. Statsret* p. 422. Rabenius I, p. 323 ss. Blomberg p. 150.

DANEMARK. (1)

§ 1.

Questions administratives et questions de droit.

La difficulté de distinguer entre les questions administratives et les questions de droit se rencontre en Danemark, comme dans la plupart des autres pays — au moins avec l'organisation actuelle, — exclusivement dans la sphère du droit public. Elle consiste à définir les matières *administratives pures* et les matières *administratives contentieuses*, à tracer la limite entre les cas où les tribunaux peuvent contrôler les actes de l'administration et ceux où ils doivent se déclarer incompétents à cet égard. Par contre, les litiges de droit privé sont, en principe, en Danemark, — comme ailleurs — réservés aux tribunaux. Très exceptionnellement ils sont attribués, soit à l'administration, soit à des juridictions spéciales, distinctes à la fois des tribunaux et des autorités administratives ordinaires (2).

(1) La traduction de ce chapitre a été fort abrégée, et réduite par endroits à une simple analyse (V. l'Introduction). — Pour les citations des auteurs danois, v. la liste des abréviations, à la suite de la table des matières.

(2) En fait de juridictions spéciales, les commissaires des clôtures (*Hegnsynsmænd*) jugent presque exclusivement des contestations de droit privé. D'autres, par exemple, les commissaires d'eaux (*Vandsynsmænd*), et les commissions rurales (*Landvæsenskommissioner*) décident à la fois des litiges de droit privé et de droit public.

Il résulte des développements donnés dans la partie générale qu'il n'est pas possible de formuler une règle susceptible de déterminer, dans *tous* les cas, si une question administrative rentre dans l'administration pure ou dans le contentieux. Les diverses formules qui ont été proposées ne fournissent de solution précise que dans certains cas ; dans beaucoup d'autres, elles ne peuvent servir qu'à indiquer les principes généraux sur lesquels la distinction se fonde. En droit danois, non plus, il n'est pas possible d'énoncer une règle absolue.

Il existe pourtant une disposition législative qui peut servir à la solution de la question. C'est l'article 72 de la Constitution, ainsi conçu : « Les tribunaux sont compétents pour connaître de toutes les questions relatives aux limites des attributions des diverses autorités. Toutefois, celui qui saisit les tribunaux d'une question de cette nature n'est pas dispensé par là de se soumettre provisoirement aux ordres de l'autorité. « Le principe qui résulte de ce texte est que les tribunaux, quand ils sont saisis d'une instance mettant en question les actes et décisions de l'autorité administrative, sont compétents si cette autorité a excédé ses pouvoirs, et incompétents au cas contraire. La difficulté est de savoir ce qu'il faut entendre par excès de pouvoirs.

Or l'article 72 précité de la Constitution peut s'entendre de deux manières différentes.

On peut n'y voir qu'une règle servant à déterminer à qui appartient le jugement définitif des conflits de compétence, des divergences d'opinion qui viennent à s'élever entre les tribunaux et l'administration sur le point de savoir à qui appartient la décision d'une affaire déterminée. L'article en question n'aurait alors d'autre portée que d'abroger la règle contenue dans l'instruction à la municipalité de Copenhague du 28 août 1795, aux termes de laquelle le jugement de ces conflits est réservé au roi. Il n'aurait pas pour objet de dé-

cider *jusqu'ou* s'étend la compétence des tribunaux, mais qui doit résoudre les contestations qui viennent à s'élever à ce sujet. Cet article ne ferait, par suite, aucun obstacle à ce que la législation élargît la compétence de l'administration aux dépens de celle des tribunaux, et ce sans aucune restriction. Le § 1^{er} de l'article signifierait seulement, suivant cette interprétation, que les tribunaux ont le droit de décider, en se conformant aux dispositions des lois en vigueur, jusqu'ou s'étend leur compétence.

Ou bien on peut voir dans cet article, non seulement une règle qui attribue aux tribunaux, en la forme, le jugement des questions de compétence, mais aussi une formule servant à déterminer au fond jusqu'ou s'étend leur compétence au regard de l'administration. Le texte signifie alors que les tribunaux sont compétents, lorsque l'autorité administrative, par ses ordres ou décisions, a excédé les limites de ses pouvoirs. Si ces limites ont été franchies, l'affaire est contentieuse ; si elle a agi en deçà des limites qui lui ont été tracées, il n'y a plus qu'une affaire administrative. Suivant cette interprétation, les tribunaux ne sont pas seulement l'autorité qui juge les conflits, mais la garantie constitutionnelle des citoyens contre les empiétements ou les erreurs du pouvoir exécutif. C'est cette interprétation qui nous paraît la seule exacte.

En attribuant aux tribunaux le droit de juger *toutes les questions relatives aux limites des pouvoirs de l'autorité administrative*, l'article précité les autorise à examiner si les limites tracées par la loi à l'action administrative au regard des particuliers, en d'autres termes si les lois ont été observées. Et par suite, les tribunaux sont compétents, non seulement pour rechercher si ces limites ont été franchies, et en cas d'affirmative, pour refuser d'appliquer l'acte administratif illégal, mais encore pour substituer leur propre sentiment à celui de l'autorité administrative. C'est ce qui

résulte de la dernière partie de l'article, qui suppose que les prescriptions administratives peuvent être annulées par les tribunaux.

L'article ne signifie donc pas seulement que les tribunaux ont qualité pour appliquer — souverainement — les règles de compétence édictées par la loi. Il donne aux tribunaux le droit de ne pas tenir compte de l'acte administratif qui, contrairement à la loi, porte atteinte aux droits individuels, car cet acte outrepassé les limites des pouvoirs de l'administration ; il décide qu'il y a contentieux dès qu'on allègue une violation de la loi.

Où se trouve la limite? C'est ce qui dépend de chaque loi en particulier — il n'en saurait être autrement. Mais le droit des tribunaux de tenir pour non-venu tout acte administratif excédant la limite, c'est-à-dire la loi, en d'autres termes la compétence des tribunaux dans l'espèce qui leur est soumise, n'a pas besoin d'être exprimée dans les lois en question ; elle résulte de la Constitution.

Ainsi, la règle à tirer de l'article 72, c'est que les tribunaux sont compétents pour veiller à ce que l'administration agisse en conformité des lois qui ont pour objet de déterminer ses relations avec les particuliers. Cette règle, comme il a été expliqué au ch. 5, est identique avec celle qui est formulée dans d'autres pays au sujet des rapports des tribunaux (ordinaires ou administratifs) avec l'administration⁽¹⁾.

(1) Nous rappellerons ici la modification particulière que subit cette règle en Belgique et en Italie. Dans ces pays, les tribunaux peuvent refuser d'appliquer l'acte administratif illégal, condamner l'administration à des dommages-intérêts, formuler les conséquences qui résultent de l'acte illégal et de son exécution, mais non pas envahir directement le domaine administratif et annuler la décision prise par l'administration ; v. ci-dessus les chapitres sur ces pays. Il en est autrement en Danemark, où les tribunaux peuvent déclarer nulle l'injonction ou la prohibition administrative, et la casser, et où on admet même qu'ils peuvent condamner l'administration, sous une astreinte, à faire un acte déterminé.

Toutefois, l'application de ce principe souffre diverses difficultés, comme on l'a déjà indiqué au chap. 5, difficultés qui se rencontrent en Danemark comme ailleurs.

Par la force des choses, il est soumis à une double restriction.

D'abord, les tribunaux sont incompétents, lorsque la loi dont la violation est alléguée n'a pas pour objet de protéger les droits individuels, en d'autres termes lorsqu'elle règle les relations de l'administration avec la société, et non avec les individus. En pareil cas, le particulier n'a pas qualité pour agir. La violation du droit ne le concerne pas : elle concerne le corps social. Il n'a pas plus de droit d'agir que les autres membres de ce corps. Si on donnait une action au particulier, dans ces conditions, sous prétexte que ses intérêts ont été lésés, il n'y aurait pas de terme aux procès. Le particulier n'a même le pas le droit d'agir au nom de la société (action populaire). C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque la douane omet de réclamer un droit protecteur, lorsque certains particuliers ont été favorisés au préjudice d'autres dans l'imposition des taxes ou dans l'exécution des lois de police, lorsque des fonctionnaires ont été nommés en violation des règlements en vigueur, sans pourtant qu'aucun particulier allègue que ses intérêts ou ses droits aient subi une atteinte spéciale et directe⁽¹⁾. Il faut pourtant reconnaître que, dans bien des cas, l'application de cette règle peut être délicate.

Mais, même en supposant que la personne lésée dans son droit soit un particulier, et non pas la société dans son ensemble, et que ce particulier ait qualité, par suite, pour invoquer la violation d'une loi édictée dans un intérêt individuel, il est encore des cas où les tribunaux sont incompétents. Ce sont les cas où, suivant une formule cou-

(¹) Cpr. Nellemann 84 et 108 (sur les prescriptions ayant le caractère d'instructions), Matzen III 206, Aschehoug III, 344.

rante, on dit que l'administration a fait un mauvais usage de ses pouvoirs sans pourtant en dépasser les limites. Comme le remarque Matzen, loc. cit. p. 225, cette définition ne donne pas la clef de la distinction à faire ; quand l'autorité publique, par exemple, a interdit une réunion, bien qu'elle n'offre aucun danger pour la tranquillité publique, on peut tout aussi bien dire, soit qu'elle a fait un mauvais usage de ses pouvoirs, soit qu'elle en a franchi les limites. On peut qualifier de « limitation de pouvoirs » toute espèce de disposition qui oblige l'administration, que l'application en repose ou non sur une appréciation, sur des considérations techniques, sur des raisons dites de convenance ou d'opportunité, etc. . . . S'il est des raisons qui *doivent* être prises en considération et qui ne l'ont point été, on peut dire que l'administration a agi illégalement, qu'elle a dépassé ses limites.

Mais quand on parle de « limites dépassées » de « mesures illégales », ou d'« atteinte à des droits », on prend ces expressions dans un sens plus restreint, que nous devons chercher à préciser.

Toutes les fois que les règles qui gouvernent l'action administrative sont déterminées avec assez de rigueur pour que leur application ne dépende d'aucune appréciation, il n'y a pas lieu d'interpréter restrictivement l'article 72. En contrevenant à des règles précises, l'administration a franchi ses limites, et par suite les tribunaux sont compétents aux termes de cet article. Par exemple, si l'administration procède à une expropriation sans titre légal, elle excède ses pouvoirs, en raison de l'article 82 de la Constitution, et les tribunaux sont par suite compétents pour déclarer l'expropriation illégale et pour tirer les conséquences de droit de cette illégalité. Aux termes de l'article 81 de la Constitution, l'autorité publique excède ses pouvoirs quand elle ordonne une perquisition domiciliaire, ou la saisie de lettres ou papiers ; il en est de même, aux termes de l'article 88, si elle

interdit des réunions qui ne se tiennent pas en plein air ; aux termes de l'article 80, si elle omet de traduire dans les 24 heures devant un juge une personne arrêtée ; aux termes de l'article 47, si elle perçoit un impôt sans y être autorisée par la loi ; aux termes de l'article 86, si elle établit la censure. Lorsque l'administration refuse de délivrer des licences ou autorisations d'exercer l'industrie, les tribunaux sont encore compétents, car les conditions de cette délivrance — majorité et absence de faillite — ne dépendent d'aucune appréciation.

Mais il ne serait pas exact de supposer que les tribunaux sont incompétents dans toutes les affaires administratives où il a lieu à une appréciation. Il peut se présenter des cas où l'appréciation, en matière de droit public, est identique à celle qui s'exerce dans les contestations privées. On en trouve des exemples dans beaucoup d'affaires d'élections et de contributions (appréciation de l'« honorabilité », de la « condition de gens de service », du « domicile », etc. . . .) Il faut donc nécessairement, dans les questions administratives, distinguer entre l'appréciation judiciaire, qui est confiée aux tribunaux, et l'appréciation technique administrative, qui présuppose des connaissances administratives, et qui est, en conséquence, réservée à l'administration. La ligne de démarcation qui doit servir à cette distinction n'est pas facile à tracer. Le point décisif est celui de savoir si l'administration est ou non mieux placée que les tribunaux pour résoudre la question, ou si, en se livrant à cette appréciation, les tribunaux violeraient ou non le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs et les divisions d'attributions qui résultent de la nature même de l'administration publique. Il arrive toutefois que les tribunaux aient à résoudre des questions tout-à-fait identiques à celles qui sont d'ailleurs réservées à l'administration. Ainsi, en matière de secours aux invalides, pour classer un individu dans l'une ou l'autre ca-

tégorie, les tribunaux ont à se livrer à une appréciation du même genre que l'administration en matière d'assistance publique.

§ 2.

Questions administratives préjudicielles à une instance.

Il peut se faire qu'une question qui, par sa nature, appartient proprement à la décision de l'administration, se présente comme préjudicielle à une instance du ressort des tribunaux. La question s'élève alors de savoir si les tribunaux sont compétents pour la résoudre, ou s'ils doivent la renvoyer à l'administration, et, en attendant, surseoir à statuer.

On entend par questions préjudicielles, ou incidentes, celles dont la décision est une condition de la solution de la question principale. Le point de savoir à qui il appartient de connaître des questions préjudicielles n'a qu'une importance secondaire en droit danois, où tout ce qui rentre dans la sphère du droit public est soustrait à la compétence des tribunaux. Aussi la difficulté ne peut elle se présenter, en Danemark, que dans les cas assez rares où la question préjudicielle touche à ce qu'on appelle l'usage légitime ou illégitime des pouvoirs de l'administration, dans les limites qui lui sont tracées.

Pour traiter ce sujet, il est nécessaire d'examiner les différentes hypothèses où une question préjudicielle peut s'élever devant les tribunaux. Les plus importantes sont celles de demandes en indemnité, formées par des particuliers contre des fonctionnaires, pour faits de leurs fonctions, et de questions administratives préjudicielles à une poursuite pénale, contre des fonctionnaires ou des particuliers. La même question peut d'ailleurs se présenter aussi dans d'autres litiges, touchant au droit privé ou au droit public.

A. Demandes en indemnité formées par des particuliers contre des fonctionnaires.

Le mode de procéder n'est pas douteux lorsque la demande en indemnité se fonde sur un acte du fonctionnaire constituant une transgression des limites fixées à ses pouvoirs. Aux termes de l'article 72 de la Constitution, les tribunaux sont compétents pour connaître de la question dans son ensemble; la condition d'une autorisation royale préalable a disparu avec la Constitution. La difficulté commence lorsqu'il s'agit d'un acte dont l'illégalité ne pourrait être reconnue par les tribunaux, si cette question se présentait comme principale, en d'autres termes lorsque la question préjudicielle concerne « l'usage légitime ou illégitime des pouvoirs de l'administration ».

Il ne semble guère contestable que les questions préjudicielles dont il s'agit ne doivent, en principe général, être soustraites à la compétence des tribunaux, et renvoyées à la décision de l'administration. Ce principe résulte de la distinction des pouvoirs; il serait contradictoire de confier la décision définitive de certaines questions à l'administration, et de reconnaître en même temps aux tribunaux le droit d'examiner ces questions et de condamner à des dommages-intérêts, s'il leur semble que l'administration ait eu tort. L'administration perdrait ainsi l'indépendance qu'elle doit avoir dans sa sphère par application des principes de la compétence. On peut dire assurément que la décision des tribunaux sur la question préjudicielle n'emporte pas chose jugée pour l'administration. Mais en fait, cette décision influerait sur sa conduite. Les tribunaux en arriveraient ainsi à faire de l'administration, à pénétrer sur un domaine qui n'est pas le leur.

Les auteurs danois, comme les étrangers, distinguent entre le cas où le particulier a été lésé par un acte des fonctions administratives, et celui où le fait incriminé n'est point en

relation directe avec ces fonctions, mais a pourtant été accompli dans l'exercice de ces fonctions (dommages, violences personnelles, etc. . . .); distinction, à vrai dire, assez délicate. Dans le dernier cas, les tribunaux sont, à juste titre, considérés comme compétents. C'est à peu près la distinction qu'on établit en droit français entre « le fait personnel du fonctionnaire » et « l'acte administratif ». Mais elle est bien autrement importante en droit français : car les juges danois sont compétents pour décider si l'administration a excédé ses pouvoirs, et par suite, la plupart des actes « qui n'ont pas de relations directes avec les fonctions » sont soumis à leur contrôle par cela seul qu'ils sont *étrangers aux attributions de l'administration*. En droit français, au contraire, les tribunaux sont incompétents pour rechercher si les limites des pouvoirs ont été franchies ; il devient dès lors très-important, pour ne pas tout abandonner à la décision de l'administration, de faire une catégorie à part des actes qui s'éloignent assez de la légalité pour qu'il soit inutile de rechercher s'ils dépassent ou non les limites des pouvoirs administratifs.

Les demandes de dommages-intérêts formées contre les *ministres*, par des particuliers, suivent, d'après l'opinion générale, les mêmes règles de compétence que les demandes intentées contre les autres fonctionnaires.

B. Matières pénales.

La question du droit illimité des tribunaux de juger de la légalité des actes de l'administration peut s'élever, en matière pénale, dans trois cas, suivant qu'il s'agit de poursuites intentées contre des fonctionnaires pour fautes commises dans leurs fonctions, ou de poursuites contre des particuliers pour résistance à l'autorité ou voies de fait envers elle, ou enfin de poursuites pour infraction à un ordre ou à une défense de l'autorité publique.

I. En ce qui concerne *les poursuites intentées contre les fonctionnaires pour fautes commises dans leurs fonctions*, il est de règle, en droit danois, que les tribunaux peuvent connaître de l'affaire dans son entier, sans qu'on puisse alléguer, d'un côté ni de l'autre, que la question, à raison de son caractère administratif, doive être réservée à la décision de l'administration⁽¹⁾. On fait très-justement remarquer qu'il ne saurait être question ici d'un conflit quelconque entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, puisque c'est le premier qui requiert lui-même la coopération des tribunaux. Mais, même en cas de conflit, les tribunaux seraient encore compétents. L'administration, par exemple, ne saurait exiger que les tribunaux, sur un point déterminé, soient liés par sa décision, lorsque cette décision porte que l'acte du fonctionnaire est illégal : car le juge ne peut pas prononcer une peine sans être convaincu que la loi a été violée. Il n'y a pas non plus à tenir compte de ce que la poursuite a été intentée par un fonctionnaire, qui n'a pas qualité pour censurer les actes du fonctionnaire poursuivi. Enfin il y a des cas où la loi oblige l'administration à intenter des poursuites, alors même qu'elle approuve la conduite du prévenu (Excès de pouvoirs du personnel subalterne de la police hors de Copenhague, loi du 4 février 1871 art. 13), de même qu'il en est d'autres où la poursuite peut être intentée directement par la partie lésée (Excès de pouvoirs des agents de police à Copenhague, loi du 11 février 1863 art. 2).

II. Quel doit être le rôle du juge, lorsque l'accusé de *voies de fait ou de résistance à l'autorité* invoque, comme circonstance atténuante, la conduite illégale de l'autorité à son égard, ou même allègue qu'il était dans son droit en

(¹) Nellemann, 115 ss. Matzen, III, 244 ss. Goos, partie spéciale du droit pénal, 893 ss. — Pour la jurisprudence, voir Recueil de jurispr. danoise, 1875, 901; 1887, 667 (971), 881.

agissant comme il a fait, parceque l'acte de l'autorité était illégitime? Il semble résulter des termes de l'article 102 du Code pénal que les tribunaux peuvent rechercher, non seulement si l'autorité a excédé ses pouvoirs, mais d'une manière générale si elle a agi régulièrement ou non. D'après cet article, « pour l'évaluation des peines portées par les articles 98 à 101, il y a lieu de tenir compte, comme d'une circonstance atténuante, du fait que le fonctionnaire ou employé a lui-même provoqué l'acte par ses procédés irréguliers. » Ces termes doivent être entendus dans le sens large que nous venons d'indiquer : c'est ce qui résulte des explications données au n° 1. Si, en effet, les tribunaux sont compétents pour examiner la régularité de l'acte d'un fonctionnaire, lorsqu'une poursuite est intentée contre lui, ils doivent l'être aussi pour examiner la même question, lorsqu'une instance est engagée contre des particuliers à raison de leur attitude lors de l'exécution de la décision incriminée. La question se confond au surplus avec celle du droit de légitime défense contre les actes administratifs⁽¹⁾.

Une question qui présente une certaine analogie avec la précédente, et qui a été spécialement traitée par les auteurs danois, est celle de savoir s'il peut être permis aux tribunaux de vérifier l'exactitude d'une « *exceptio veritatis* » lorsque cette exception est proposée comme moyen de défense à une action en diffamation intentée par un fonctionnaire, et que le fait qui lui est imputé consiste, non à avoir outrepassé les limites de ses pouvoirs, mais à avoir fait, tout en restant en deçà de ces limites, un usage illégitime des pou-

(¹) On peut rapprocher de l'article 102 du Code pénal les dispositions correspondantes du droit étranger, notamment l'article 192 du Code pénal italien : « Quando il pubblico ufficiale abbia dato causa al fatto, eccedendo, con atti arbitrarii, i limiti delle sue attribuzioni, non si applicano le disposizioni degli articoli precedenti. » Cpr. Code pénal allemand art. 110, 113 ; Code pénal français, art. 209.

voirs qui lui étaient confiés. On admet généralement que les tribunaux n'ont pas qualité pour examiner la question, et qu'elle est uniquement du ressort du supérieur hiérarchique (Matzen III, 252 ss. Nellemann, 119 ss. Holck, II, 228 ss.). Ce point est assez douteux. Il semble qu'on doive raisonner par analogie du cas de violence ou de résistance à l'autorité, ce qui conduirait à décider que la partie poursuivie peut toujours démontrer la vérité du fait allégué⁽¹⁾.

III. Lorsqu'une instance est engagée à raison d'une *infraction à un ordre ou à une défense de l'autorité publique*, il faut distinguer deux hypothèses. Ou bien la loi a donné à l'autorité, en certaines circonstances, le droit d'édicter des ordres ou défenses, à son appréciation. En ce cas, les tribunaux ne sauraient, en cas d'infraction, substituer leur propre appréciation à celle de l'administration, sur la convenance ou l'opportunité de la prescription. Ils ne peuvent que rechercher, conformément à l'art. 72 de la Constitution, si les limites des pouvoirs conférés par la loi ont été observées. Aller plus loin serait empiéter sur le domaine administratif.

Ou bien, au contraire, l'ordre ou la défense sont édictés par la loi elle-même (ou le règlement), et s'appliquent sans prescription spéciale de l'autorité administrative, comme c'est le cas pour la plupart des ordonnances de police. Dans cette hypothèse, c'est aux tribunaux qu'appartient l'appréciation, lorsque l'application de la loi en appelle une, sans

(¹) Le Code pénal italien pose, à cet égard, les mêmes principes, qu'il s'agisse de violences ou d'injures envers l'autorité publique. Il y est exprimé au chap. 6 (Della violenza e della resistenza all'autorità) et au chap. 7 (Dell'oltraggio e di altri delitti contro persone rivestite di pubblica autorità) que les peines prononcées cessent d'être applicables quand le fonctionnaire a lui même provoqué l'acte « *eccedendo, con atti arbitrarii. i limiti delle sue attribuzioni* » (art. 192 et 199). De même, l'art. 198 dispose expressément que sauf les mêmes cas d'excès de pouvoirs, l'*exceptio veritatis* n'est pas admise.

qu'ils soient liés en aucune manière par les décisions ou les mesures de l'autorité de police.

C. Il est enfin d'autres litiges encore, de droit privé ou de droit public, au cours desquels peuvent s'élever préjudiciellement des questions dont la solution appartient ordinairement à l'administration.

Tel est, par exemple, le cas d'une demande de pension formée par un fonctionnaire révoqué. La jurisprudence (arrêt de la Cour suprême du 19 nov. 1862, au recueil, VI, 578), reconnaît en ce cas au fonctionnaire le droit de faire juger par les tribunaux la question de la légitimité de sa révocation, pour décider si la cause lui en est «imputable», aux termes de la loi sur les pensions. Mais cette question n'est pas purement administrative. La jurisprudence part de ce principe que le gouvernement commet un excès de pouvoirs lorsqu'il a révoqué un fonctionnaire sans motifs suffisants. Parfois, il est vrai, il sera nécessaire, pour résoudre la question, de se livrer à une appréciation technique qui serait par ailleurs réservée à l'administration : mais le cas se présentera rarement en pratique.

Telles sont, encore, les demandes d'indemnité formées contre l'État, à raison d'actes administratifs illégaux, et les questions de comptes qui s'agissent entre le gouvernement et les comptables. En ce qui concerne les premières, — en supposant d'ailleurs que le droit à indemnité soit reconnu, — il y a lieu d'appliquer les mêmes principes que pour les demandes en indemnité contre les fonctionnaires. Quant aux dernières, diverses dispositions spéciales, en droit danois, excluent la compétence judiciaire et font exception à cet égard aux règles ordinaires (Loi du 8 juillet 1840). Il en est autrement pour les comptabilités communales.

Jurisdiction administrative.

Même dans les pays où il est de principe que les questions administratives sont tranchées par les tribunaux ordinaires, il se rencontre des cas exceptionnels où des juridictions spéciales, distinctes à la fois de ces tribunaux et des autorités administratives ordinaires, sont instituées pour connaître du contentieux administratif. On trouve aussi en Danemark quelque chose d'analogue. Nous y voyons des corps qui sont chargés de trancher certains litiges administratifs, et qui ne sont pourtant pas organisés comme les tribunaux ordinaires.

Ce sont particulièrement :

I. Les conseils de révision (Sessionerne).

Aux termes de l'article 10 de la loi sur le service militaire, ces conseils ont des attributions à la fois administratives et contentieuses. A ce dernier titre, ils décident du point de savoir si un individu est obligé au service militaire, s'il a droit à être rayé des listes de recrutement, transféré de l'armée de mer à l'armée de terre, ou porté au contingent d'une autre année, etc. . . . Aucune forme n'est prescrite, si ce n'est que l'intéressé a le droit de présenter des observations écrites, et de s'expliquer brièvement de vive voix ; la décision doit être motivée s'il le requiert. Appel peut être interjeté devant la Cour suprême par le Ministre de la Justice et par l'intéressé.

II. Questions de contributions directes.

Le principe ordinaire qui gouverne la répartition des compétences conduit ici à cette conséquence que toutes les fois que le jugement d'une réclamation, en matière d'impôt, dépend de l'interprétation à donner à la loi, ou de points de fait précis et déterminés, les tribunaux sont compétents ;

lorsqu'au contraire la décision dépend d'une appréciation, qu'il s'agisse de l'évaluation des revenus d'un particulier, ou de sa situation de fortune, ou de la valeur d'une construction, ou du rendement d'un immeuble rural, c'est l'administration qui prononce définitivement. Telle est la règle généralement suivie en jurisprudence (Nellemann pp. 96—97 et les arrêts cités).

Mais il y a des exceptions pour certaines espèces d'impôts, qui consistent, soit en ce que les attributions naturelles de l'administration ont été élargies, soit en ce que la décision de diverses questions a été confiée à des commissions spéciales. C'est ce qui a lieu pour l'impôt des propriétés bâties, l'impôt sur le revenu à Copenhague, et l'impôt sur la fortune et les moyens d'existence, hors de Copenhague.

Pour l'impôt sur le revenu à Copenhague, il existe des taxateurs, qui établissent l'impôt; une commission de taxation, qui connaît des recours contre les décisions des taxateurs ou prononce sur les difficultés que ceux-ci leur renvoient d'office; et une commission supérieure à laquelle on peut déférer les décisions de la première lorsqu'elles ont un caractère contentieux. Cette commission ne prononce définitivement, toutefois, que sur la question de la détermination du revenu imposable. Les réclamations tendant à l'exemption ou au dégrèvement partiel, fondées sur le domicile, sur l'état de faillite, sur des motifs particuliers d'exemption, sont au contraire du ressort des tribunaux à qui elles peuvent toujours être soumises.

Des règles en partie analogues s'appliquent à l'impôt sur la fortune et les moyens d'existence, hors de Copenhague.

On peut encore citer, comme juridictions administratives, les commissions rurales et les commissions supérieures rurales, (*Landvæsenskommissioner, Overlandvæsenskommissioner*), les inspecteurs des eaux (*Vandsynsmænd*), les autorités ecclésiastiques, les commissions de rachat des prestations en

nature (*Afløsningskommissioner*) ou d'indemnité pour dommages de guerre (*Erstatningskommissioner*), les tribunaux des prises (*Admiralitetsetter*), etc. . . .

§ 4.

Rapports des juridictions administratives avec l'administration et avec les tribunaux.

Les décisions des diverses juridictions administratives sont, en principe, définitives, et ne peuvent plus être modifiées par l'administration. Il n'est pas douteux non plus qu'elles n'aient le droit de prononcer sur la légalité des décisions prises par l'administration dans l'affaire qui leur est soumise. Elles ont également ce droit lorsque la question de légalité d'une décision administrative prend la forme d'une question préjudicielle. Bien entendu, elles ne peuvent en tous cas prononcer que dans les limites de leurs attributions spéciales.

Leurs pouvoirs sont même plus étendus que ceux des tribunaux, en ce sens qu'elles peuvent examiner, non seulement la légalité, mais encore la convenance ou le bien fondé des décisions qui leur sont soumises.

Au regard des tribunaux ordinaires, la compétence des juridictions administratives a un domaine spécial, délimité par la loi. Ce domaine comprend des matières de droit privé et de droit public, qui appartiendraient pour la plupart aux tribunaux si l'attribution particulière n'existait pas. Tant que les juridictions administratives se maintiennent dans leur domaine propre, leurs décisions ne peuvent être réformées ni méconnues par les tribunaux, qui ne peuvent pas davantage refuser de les revêtir de la formule exécutoire dans les cas où la loi l'exige.

Lorsque des questions de droit civil, telles que des questions de propriété, se présentent préjudiciellement à une instance engagée devant une juridiction administrative, il y a généralement lieu de prononcer un sursis jusqu'après juge-

ment de ces questions par les tribunaux ordinaires. Pourtant les Conseils de révision sont juges des questions préjudicielles de nationalité ou de domicile. Il est vrai que leurs décisions peuvent être déférées à la Cour suprême, qui est juge, en ce cas, non seulement de la compétence, mais du fond.

Mais quel est le droit des tribunaux ordinaires lorsqu'une de ces juridictions a tranché une question *qui ne rentre pas dans sa compétence* ?

L'article 72 de la Constitution ne fournit pas de solution certaine sur ce point. Les « tribunaux » dont il est question à cet article ne comprennent certainement pas les juridictions administratives ; et on ne saurait admettre non plus qu'elles rentrent dans l'expression générale d'« autorités administratives », employée par ce même texte. D'autre part, il n'est guère possible de poser en principe, et il n'est dit dans aucune loi, que tout juge quelconque, prononçant sur une question contentieuse, a qualité pour déterminer sa propre compétence. Il semble qu'à moins de dispositions contraires, on doive poser en principe que les décisions rendues par une juridiction hors des limites de sa compétence ne lient pas les autres, qui doivent, sans en tenir compte, se borner à appliquer la loi⁽¹⁾.

On peut objecter que s'il appartenait à l'une des juridictions d'examiner si l'autre était compétente pour statuer, et, en cas de négative, de tenir sa décision pour non avenue, la valeur de cette décision s'en trouverait très-atteinte, car personne ne pourrait plus se fier à la chose jugée.

Il y a, par suite, conflit entre deux tendances contraires : d'une part, la thèse du maintien définitif des décisions une fois rendues, et d'autre part, celle qui refuse toute valeur

(¹) Telle paraît être l'opinion d'Aschehoug (*Den norske Proces*, II, 92 (3^e éd.). — En sens contraire, Nellemann, *Den ordin. civile Procesm.* 833 ss. (2^e éd.).

juridique aux décisions prises par une autorité quelconque hors des limites de sa compétence ⁽¹⁾.

Pour vider ce conflit, le devoir du législateur est de multiplier les garanties d'une solution exacte, et notamment d'établir des juridictions supérieures dont la décision s'impose, et auxquelles le recours est ouvert dans un certain délai, passé lequel la décision non attaquée devient également définitive même sur la question de compétence.

La loi danoise a organisé ce recours dans la plupart des cas. La solution de la question de compétence a été très-souvent confiée aux tribunaux, et exceptionnellement à d'autres autorités ou juridictions. Dans le premier cas, les tribunaux ne procèdent pas tout-à-fait comme pour l'application de l'article 72 de la Constitution : ils doivent toujours être saisis dans un certain délai, et de plus le recours doit parfois être porté directement à la Cour suprême.

La difficulté commence dans les cas où la loi ne s'est pas prononcée expressément. Les décisions que la loi déclare « définitives » peuvent être rendues par une juridiction qui n'offre que des garanties très-insuffisantes pour l'exacte solution de la question de compétence. Il peut être nécessaire en pareil cas de sacrifier le principe de l'inviolabilité de la chose jugée au principe contraire de l'invalidité des décisions entachées d'excès de pouvoirs.

Le point de savoir si les limites de la compétence ont été franchies est réservé à la Cour suprême, avec certaines distinctions, en ce qui concerne les conseils de révision et les commissions supérieures rurales. Les décisions des commissions rurales, étant sujettes à recours devant les commissions supérieures, deviennent inattaquables d'une manière absolue quand elles n'ont point été attaquées dans le délai légal. Dans les cas particuliers où les décisions des commis-

(¹) Bernatzik, *Rechtsprechung* etc. . . . 267 ss.

sions rurales ne sont pas susceptibles d'appel, il a été jugé qu'elles peuvent être contrôlées par les tribunaux.

En matière ecclésiastique, la loi reconnaît le recours aux tribunaux. ✕

Les décisions des conseils des prises sont sujettes à appel au conseil supérieur des prises, dont les arrêts sont définitifs.

En ce qui concerne les décisions des inspecteurs des eaux, les questions de compétence peuvent être déferées aux tribunaux, soit principalement, soit par voie d'exception préjudicielle.

Les commissions d'évaluation des contributions étant autorisées par la loi à rendre des décisions provisoires, sauf aux tribunaux à prononcer, la question d'excès de pouvoirs ne peut guère se présenter.

Pour les autres commissions ci-dessus visées (commissions de rachat, d'indemnité, etc. . . .), il est admis que leurs décisions ne sont pas obligatoires pour les tribunaux, qui peuvent n'en pas tenir compte. Le peu de garantie qu'offriraient ces juridictions doit ici faire fléchir le principe de l'autorité de la chose jugée devant celui du respect des règles de compétence (arrêts rapportés au Recueil, 1878, 466 et 1880, 252).

Lorsque les formes essentielles de la procédure ont été violées, il y a lieu d'appliquer le même principe qu'au cas où les limites de la compétence ont été franchies. C'est ce qui est reconnu et appliqué, sauf quelques réserves et distinctions, par la jurisprudence.



ANDR.-FRÉD. HØST & FILS, ÉDITEURS A COPENHAGUE

HISTOIRE DE DANEMARK

DEPUIS LES TEMPS LES PLUS RECVLÉE JUSQU'A NOS JOURS

PAR

C.-F. ALLEN

TRADUIT PAR *E. BEAUVOIS*

Deux beaux volumes in 8° — Prix 25 francs

LE DANEMARK

HISTOIRE ET GÉOGRAPHIE, LITTÉRATURE ET BEAUX-ARTS,
SITUATION SOCIALE ET ÉCONOMIQUE

PUBLIÉ AVEC LE CONCOURS DE SAVANTS DANOIS

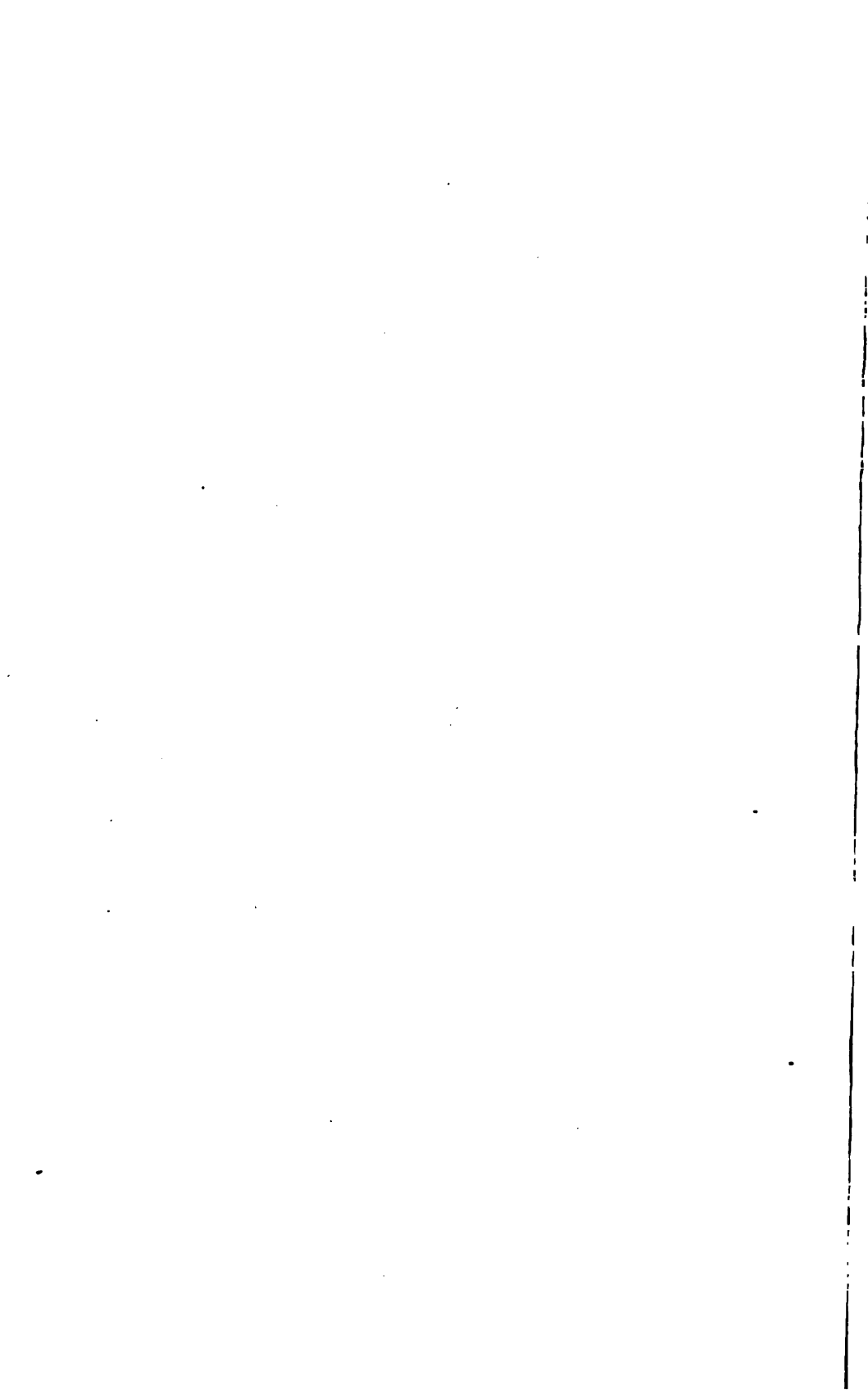
PAR

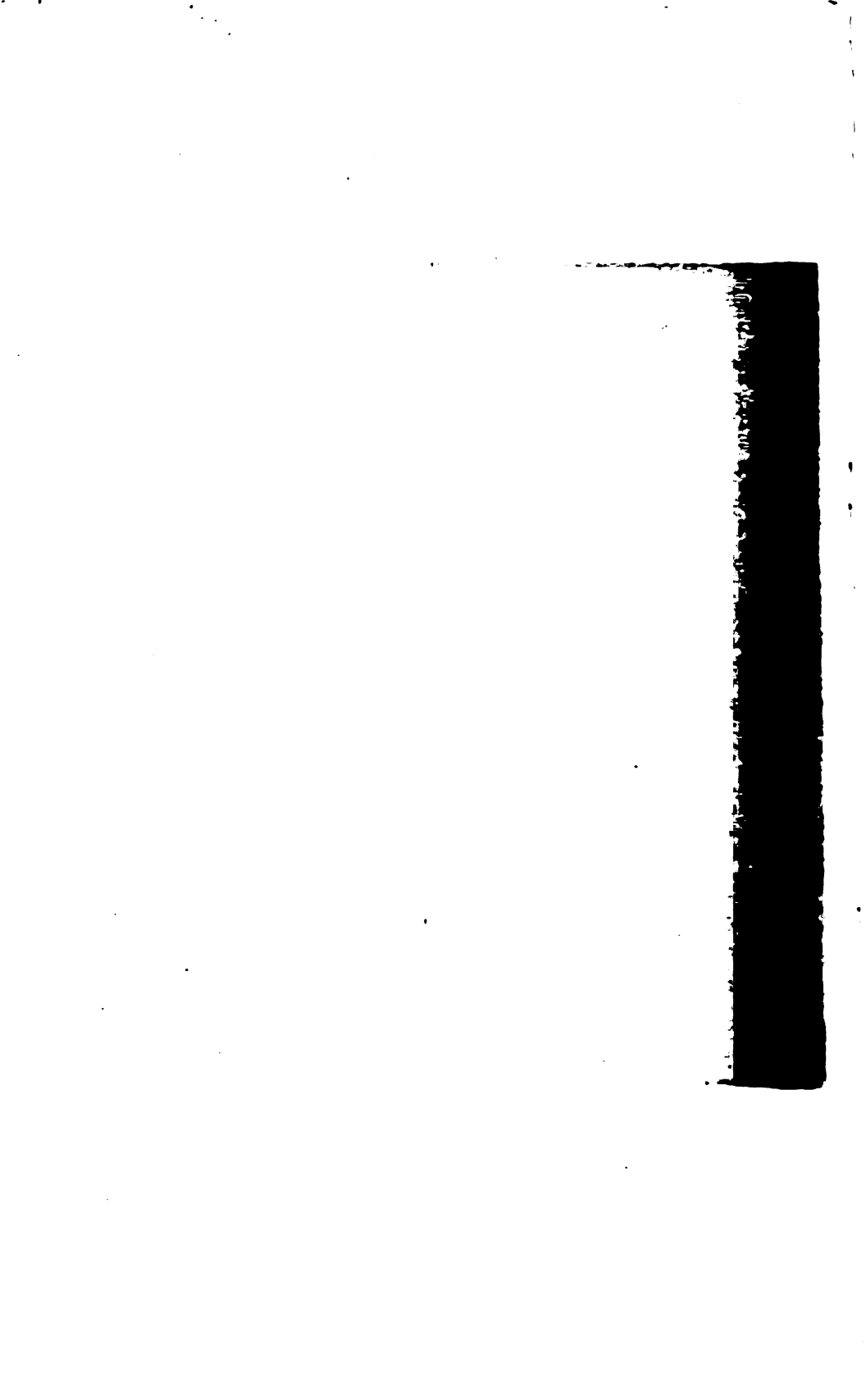
H. WEITEMEYER

Ce travail résume toutes les études qui ont pour objet l'histoire nationale, les institutions et les mœurs du Danemark; les savants les plus éminents du pays ont traité avec une autorité exceptionnelle toutes les matières que comporte un sujet aussi vaste: les origines et le passé historique, la langue, la littérature, les arts, l'état social et politique, la géographie, la configuration du solent l'agriculture, la statistique financière et la constitution du Danemark. C'est un livre précieux pour bien connaître tout ce qui a rapport à la vie publique et à l'esprit national du peuple danois.

Prix 6 frs. 50 c.







AUG 3 1906



Gov 1481.1
Le contentieux administratif et la
Widener Library 005340815



3 2044 080 048 531