

**L'ACTUALITÉ DE LA THÉORIE DES BASES  
CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF<sup>1</sup>**

**ANNUAL REPORT - 2015 - FRANCE**

*(Juin 2015)*

**Pierre DELVOLVÉ**

---

**INDEX**

**1. LE DÉVELOPPEMENT DES NORMES CONSTITUTIONNELLES EN  
DROIT ADMINISTRATIF**

- 1.1 Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative*
- 1.2 Le développement constitutionnel des notions de droit administratif*

**2. LE DÉPASSEMENT DE LA THÉORIE DES BASES  
CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF**

- 2.1. Le dépassement de la théorie du doyen Vedel*
- 2.2. Des bases constitutionnelles au cadre constitutionnel du droit administratif*

---

<sup>1</sup> Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, novembre - décembre 2014 , p. 1211, 1217 : version française, légèrement remaniée, d'un rapport présenté le 3 sept. 2014 à l'Université Externado de Colombie (Bogota) lors des XV<sup>e</sup> journées internationales de droit administratif, et publié en langue espagnole dans *La constitucionalización del Derecho administrativo* (Alberto Montana Plata et Andrés Ospina Garzon, éditeurs), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 41-59.

Les organisateurs du colloque sur la constitutionnalisation du droit administratif ont voulu que, dès le début des travaux, soit exposée l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. C'est un honneur à un double titre : d'une part, pour un participant français, il manifeste une attention particulière pour la doctrine française qui est à l'origine de la théorie ; d'autre part, pour le rapporteur auquel est demandée la présentation du sujet, il souligne le lien qu'il a eu avec l'auteur de la théorie, le doyen Vedel, qui l'a associé à son ouvrage de droit administratif à partir de la 7<sup>e</sup> édition ; c'est dans cette même édition que le doyen a déjà actualisé cette théorie. Il en est l'auteur exclusif : puisqu'il se trouve désormais dans un autre monde, on ne peut ici que rappeler sa thèse et essayer de déterminer en quoi elle survit aujourd'hui. Il faut revenir au célèbre article publié en 1954 dans *Études et documents du Conseil d'État*<sup>2</sup>. L'auteur constate l'affirmation faisant l'objet d'un accord général, selon laquelle « la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif », dont la démonstration est inutile : « elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique ». Il veut aller plus loin en cherchant « sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif ». Contestant la notion de service public qui a pu paraître un temps la pierre angulaire du droit administratif, non seulement parce qu'elle est en crise mais parce qu'elle introduit une solution de continuité entre les principes constitutionnels et le droit administratif, il établit que « notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Ses propositions sont ainsi résumées : « l'administration stricto sensu n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique ». La thèse, fondée sur les textes constitutionnels de 1875 et 1946 et la

---

<sup>2</sup> N° 8, p. 21.

jurisprudence auxquels ils ont donné lieu<sup>3</sup>, a dû être une première fois actualisée avec la Constitution de 1958, et notamment son article 3 donnant à l'exécutif un pouvoir réglementaire « autonome » : l'ouvrage *Droit administratif*, publié pour la première fois la même année, a cru pouvoir en déduire que l'activité administrative était l'activité de droit commun de la puissance publique et le droit administratif, « le droit commun de la puissance publique ». Ainsi, plutôt que des bases constitutionnelles du droit administratif, est établie la base constitutionnelle. Cette thèse fut ébranlée par plusieurs démonstrations : d'abord, René Chapus<sup>4</sup> a identifié le droit administratif comme le droit du service public et le contentieux administratif comme le contentieux de la puissance publique – distinction contestée par Paul Amselek<sup>5</sup>, et s'éloignant de la question des bases constitutionnelles ; puis Charles Eisenmann y est revenu de manière centrale en démontant de manière systématique la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif<sup>6</sup>. Le doyen Vedel en a tenu compte dans la préface à la 7e édition de son *Droit administratif* (1980). Admettant l'erreur commise quant à la première interprétation de la Constitution de 1958, il rappelle la nécessité logique d'un lien entre droit administratif et droit constitutionnel et l'importance de la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique au coeur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif. Il maintient l'idée que le droit administratif repose nécessairement sur « des bases constitutionnelles... ». Il l'affine et la précise. Il arrive « ainsi à définir l'administration comme l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique » – et le droit

---

<sup>3</sup> CE, 28 juin 1918, *Heyriès* ; CE, 8 août 1919, *Labonne*.

<sup>4</sup> R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », RD publ. 1968. 235-282.

<sup>5</sup> P. Amselek, « Le service public et la puissance publique – Réflexions autour d'une étude récente », AJDA 1968. 492-507.

<sup>6</sup> C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », RD publ. 1972. 1345-1441.

administratif comme le droit de ces activités. Revenant plus tard sur cette controverse<sup>7</sup>, le doyen Vedel observe, d'une part, qu'elle est dépassée, d'autre part, que les « bases constitutionnelles émergeront de plus en plus de notre droit positif ». Il a plus tard encore pris une certaine distance par rapport à sa position initiale<sup>8</sup>. Cela encourage à actualiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif et à la relativiser. Le doyen Vedel l'avait établie dans un cadre exclusivement français : il ne se fondait que sur les textes constitutionnels de la France, ceux de 1875 et 1946 d'abord, celui de 1958 ensuite, et sur la jurisprudence du Conseil d'État. On ne peut plus le faire. Le développement du droit administratif dans de nombreux systèmes juridiques, y compris anglo-saxons, les interactions entre eux, non par voie hiérarchique évidemment, mais par observation, comparaison, échanges (comme celui de ce colloque), ont conduit, non à une unification, mais à une convergence faisant apparaître des notions et des solutions communes. La réflexion sur l'identité du droit administratif ne peut être limitée à un cadre exclusivement national. Pourtant, chaque droit administratif national a sa spécificité : le contenu peut varier d'un État à l'autre. Le professeur Cassese écrit à ce sujet<sup>9</sup> : « La notion et les règles du droit administratif n'ont pas de valeur générale et universelle, comme celles du droit privé ; elles diffèrent d'un pays à l'autre, selon que le droit administratif est plus ou moins développé ; de même les principes ordonnateurs sont de types différents selon les pays, les réflexions juridiques sont très vastes ou très circonscrites. En somme, il n'y a pas d'unités profondes, mais des entités disparates, sans cohérence ». À cela s'ajoute la création d'un véritable droit administratif européen, fondé sur des traités qui ont successivement fondé la Communauté européenne

---

<sup>7</sup> G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica – Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 133-145.

<sup>8</sup> Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, Economica, 1998, p. 13 s.

<sup>9</sup> S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni* (trad. de l'italien par J. Morvillez-Maigret), Montchrestien, 2000, p. 14.

puis l'Union européenne<sup>10</sup>. Faut-il alors renoncer à essayer de trouver une théorie unique des bases constitutionnelles puisque le droit administratif lui-même n'est pas unique ? On peut au moins chercher si, au-delà de la diversité du droit administratif et à travers celle de ses bases constitutionnelles, il n'existe pas partout un socle constitutionnel du droit administratif. Les droits administratifs peuvent être variés, leurs bases constitutionnelles aussi, mais le système des bases constitutionnelles devrait permettre de dégager une théorie qui les englobe toutes. Encore faut-il s'entendre sur ce que sont des bases, car il est souvent parlé autant de sources constitutionnelles<sup>11</sup> que de bases constitutionnelles. Selon le Grand dictionnaire Robert, la base est d'abord la partie inférieure d'un corps, sur laquelle il porte ou repose ; au figuré, elle est le principe fondamental sur lequel repose un raisonnement, une proposition, un système, une institution. Le mot renvoie à fondement, qui est, en logique, ce sur quoi repose un certain ordre ou un certain ensemble de connaissances. Base et fondement sont ainsi des concepts semblables. La source est d'abord le point d'où sort l'eau ou l'eau qui sort elle-même. Au sens figuré, elle est le point d'origine de quelque chose (par exemple d'une information, de la chaleur, de la lumière, de l'énergie), duquel celle-ci découle. Si l'on applique ces définitions dans l'espace, la base (ou le fondement) permet d'élever un édifice verticalement, la source se répand horizontalement. La base soutient, la source produit. La base sert à construire, la source permet plusieurs usages. Si l'on applique ces définitions aux rapports entre droit constitutionnel et droit administratif, les sources constitutionnelles contribuent à déterminer le contenu du droit administratif, les bases constitutionnelles sont le socle sur lequel se construit le droit administratif. Il n'est pas toujours facile de différencier sources constitutionnelles et bases constitutionnelles, car les sources peuvent servir à établir les bases du droit administratif autant qu'elles peuvent servir à en déterminer le contenu. Mais pour être fidèle au sujet proposé, il faut chercher en quoi le droit constitutionnel permet la

---

<sup>10</sup> V. notamment, J. Scharze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2e éd., 2009.

<sup>11</sup> Par ex., B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif – Introduction au droit public*, préface G. Vedel, LGDJ, 8e éd., 2014.

construction du droit administratif en un édifice juridique spécifique. L'actualité fait apparaître à ce sujet deux tendances :

- le développement des normes constitutionnelles en droit administratif ;
- le dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

### **1. LE DÉVELOPPEMENT DES NORMES CONSTITUTIONNELLES EN DROIT ADMINISTRATIF**

Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif est un aspect du développement de la constitutionnalisation du droit dans son ensemble, sous l'effet du constitutionnalisme, marqué à la fois par l'augmentation du nombre et du champ des normes constitutionnelles et par le renforcement de la justice constitutionnelle. Le doyen Vedel a élaboré « sa » théorie à partir des arrêts du Conseil d'État (v. note 2) interprétant des dispositions constitutionnelles. Comme l'observe Olivier Jouanjan<sup>12</sup>, le Conseil d'État a fait parler les textes constitutionnels pour leur donner un sens et une portée. Depuis lors, s'il n'a pas perdu son rôle créateur, il a été relayé par le Conseil constitutionnel au fur et à mesure de l'accroissement de ses interventions et de l'affermissement de son autorité. Le phénomène n'est pas propre à la France. Toutes les juridictions constitutionnelles, selon des procédés divers, ont pu et ont dû, à partir des textes constitutionnels, préciser les normes constitutionnelles s'imposant à toutes les branches du droit. On en trouve des illustrations même dans celles, tel le droit civil, qui paraissent a priori les plus réticentes au

---

<sup>12</sup> « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 394.

phénomène<sup>13</sup>. « La constitutionnalisation du droit administratif »<sup>14</sup> apparaît ainsi comme un phénomène parmi d'autres. Cela peut contribuer à relativiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif alors même que ces normes se développent elles-mêmes de deux manières : formellement, par le développement de dispositions constitutionnelles en matière administrative ; matériellement, par le développement constitutionnel de notions de droit administratif.

*1.1. Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative.*

Le doyen Vedel s'était fondé exclusivement sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, puis sur l'article 21 de celle du 4 octobre 1958, chargeant successivement le Président de la République, le Président du Conseil et le Premier ministre de l'exécution des lois. Il ne s'était pas servi des dispositions des Constitutions de 1946 et 1958 relatives aux collectivités locales. Actuellement, les révisions dont la Constitution de 1958 a fait l'objet depuis son adoption, si elles n'ont pas touché à l'article 21, ont renforcé certains aspects de l'administration, particulièrement la révision du 28 mars 2003. Il est désormais de principe, selon l'article 1er, que l'organisation de la République est décentralisée ; il en résulte plusieurs aménagements des dispositions relatives aux collectivités territoriales. C'est peu par rapport à ce que l'on trouve dans des constitutions d'autres États. Une recherche menée à l'occasion de l'étude de

---

<sup>13</sup> V. par ex., F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ. 1982. V., in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008 ; les articles sur la constitutionnalisation du droit civil, du droit économique, du droit du travail, du droit pénal, du droit processional, du droit public financier, du droit de l'environnement, respectivement par N. Molfesis, Ph. Terneyre, O. Dutheillet de Lamothe, B. Bouloc, S. Guinchard, M. Bouvier et M. Prieur, p. 419 s.

<sup>14</sup> V. dans le même ouvrage, pp. 397-418 l'étude de P. Delvolvé.

la Constitution administrative de la France<sup>15</sup> a révélé que les constitutions sont inégalement précises. Certaines le sont surtout pour les collectivités locales auxquelles elles consacrent des dispositions spéciales. C'est le cas par exemple de celles de la République tchèque (1992, art. 99 s.), de la Lituanie (1991, art. 119 s.), de la Bulgarie (1991, art. 135 s.). D'autres sont plus générales, dans leur formulation ou dans leur objet. La Constitution italienne (1947) renvoie pour l'essentiel (art. 97) à la loi d'organisation et de fonctionnement des services publics. La Constitution grecque (1975) consacre à l'administration une section F qui porte sur l'organisation générale de celle-ci et sur le statut de ses agents. Les formulations s'élargissent avec l'article 103 de la Constitution espagnole (1978), qui établit des principes généraux sur la manière dont l'administration doit servir (« avec objectivité ») et agir (efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination, soumission à la loi et au droit), celle de la Roumanie (1991), qui consacre un chapitre V (art. 165 s.) à « l'administration publique » en distinguant l'administration centrale et l'administration locale. La Constitution portugaise (1976) est beaucoup plus riche avec tout un titre IX (art. 266 à 272) consacré à l'« administration publique », précisant, après des « principes fondamentaux », la « structure de l'administration », les « droits et garanties des administrés », le « régime de la fonction publique », les « restrictions à l'exercice de droits » de certains agents, la « responsabilité des fonctionnaires et des agents », la « police ». C'est sans doute celle qui, en matière administrative, d'une part, est la plus précise, d'autre part, établit le dispositif, sinon le plus complet, du moins le plus essentiel, et établit ainsi la trame d'une constitution administrative. Deux constitutions méritent d'être particulièrement citées car elles comportent une systématisation propre à notre sujet. Les formules de la Constitution hongroise de 2011 auraient particulièrement étayé la théorie des bases constitutionnelles du doyen Vedel. En effet, selon l'article 15, 1. Le gouvernement est l'organe général du pouvoir exécutif, ses prérogatives englobent tout ce qui ne relève pas expressément de la compétence d'un autre organe en vertu de la Loi fondamentale ou de toute autre norme juridique. ... 2. Le

---

<sup>15</sup> *La Constitution administrative de la France* (sous la Direction de J.J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2012. Rapport introductif par P. Delvolvé, pp. 3-12, spéc. p. 9.

gouvernement est l'organe suprême de l'administration de l'État, habilité, dans les cas et les conditions prévus par la loi, à créer des organes d'administration d'État. 3. Dans le cadre de l'accomplissement de ses missions, le gouvernement prend, sur la base d'une autorisation accordée par une loi, des décrets relatifs à des sujets ne relevant pas du domaine de la loi. S'y ajoutent les dispositions propres aux collectivités locales (art. 31 s.). La plus ambitieuse est sans doute la Constitution de la Colombie de 1991, qui ne se contente pas d'établir l'organisation de l'État, mais, au sein de la branche de l'exécutif, définit la fonction administrative (art. 209 s.). Il ne s'agit là que d'un inventaire incomplet. Il est insuffisant pour établir partout et toujours les bases constitutionnelles du droit administratif. Du moins les articles cités sont-ils une illustration de la part que certaines constitutions donnent à des questions d'ordre administratif. Ils peuvent contribuer plus profondément au développement constitutionnel des notions du droit administratif.

### *1.2. Le développement constitutionnel des notions de droit administratif.*

C'est essentiellement la jurisprudence qui, à partir des dispositions constitutionnelles, par une interprétation créative a érigé au niveau constitutionnel des éléments essentiels du droit administratif. Elle l'a fait pour les notions centrales du droit administratif et du régime administratif. S'agissant des notions centrales du droit administratif, on retrouve celles qui, en tout cas en France, ont servi à la construction et à la systématisation du droit administratif. On sait l'importance de la notion de service public, celle-là même que le doyen Vedel trouvait insuffisante pour servir de base constitutionnelle au droit administratif – et qui d'ailleurs n'est pas reprise dans tous les systèmes étrangers, voire peut paraître rejetée par le droit de l'Union européenne. Du moins le Conseil constitutionnel a-t-il contribué en France à reconnaître les exigences constitutionnelles relatives à l'existence de services publics et au régime du service public. Dans le premier cas, il affirme que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle »<sup>16</sup>, sans cependant ni

---

<sup>16</sup> Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC.

les identifier ni les définir : on sait seulement par là que la notion de service public s'élève au niveau constitutionnel. Cela se confirme dans le second cas puisque le Conseil constitutionnel appelle au « respect des exigences du service public »<sup>17</sup> ou encore des « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics »<sup>18</sup>; en particulier, « la continuité du service public [...] a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »<sup>19</sup>. La notion de puissance publique est tout autant sollicitée. Elle est au coeur de la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 identifiant le principe constitutionnel selon lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». La référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. Elle se prolonge au sujet du régime administratif, caractérisé par deux éléments indissociablement liés à l'État de droit que la Constitution établit. Le premier est le principe de la soumission de l'administration au droit. On a parlé longtemps du principe de légalité ; la formule vaut toujours, sauf à souligner que l'administration n'est pas seulement soumise à la loi. À ce sujet encore, les développements du droit constitutionnel ont souligné comme faisant partie du corps constitutionnel l'exigence du respect du droit par l'administration. Certes, ils n'ont pas été attendus pour que le principe de légalité soit considéré comme « le plus important de notre droit public », dont le respect s'impose « à toutes les autorités

---

<sup>17</sup> Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

<sup>18</sup> Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC.

<sup>19</sup> Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

administratives si haut qu'elles fussent placées et quel que fût leur caractère »<sup>20</sup>. Mais certaines dispositions constitutionnelles ont conduit à en rehausser le niveau et en renforcer la portée. On peut citer certaines constitutions en ce sens. De l'article 1er de la Constitution espagnole de 1978, aux termes duquel « l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui proclame comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique », les tribunaux ont déduit les principes de légalité et de sécurité juridique<sup>21</sup>. En Allemagne, « le juge constitutionnel et le juge administratif ont tiré du principe de l'État de droit (Rechtsstaat), qui est posé par les articles 20 et 28 de la Loi fondamentale, non seulement le principe de légalité sous toutes ses variantes, mais encore un certain nombre de principes du droit administratif tels que l'impartialité, l'obligation de motiver les décisions, la sécurité juridique et spécialement la protection de la confiance légitime »<sup>22</sup>. Plus directement, l'article 266-2 de la Constitution portugaise de 1976 dispose : « les organes et les agents administratifs observent la Constitution et la loi et doivent exercer leurs fonctions dans le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, de justice et d'impartialité ». En France, si le principe de la soumission de l'administration au droit n'a pas été exprimé par une disposition de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que lorsque des pouvoirs sont attribués à des autorités administratives ou publiques, notamment celles qui sont qualifiées d'« indépendantes », elles sont toujours tenues de respecter les éléments de la légalité<sup>23</sup>. Le second principe constitutionnel du régime administratif est celui de la soumission de l'administration à contrôle. Il s'exprime en France à travers l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à

---

<sup>20</sup> Conclusions J. Delvolvé sur CE, 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, RD publ. 1951. 478

<sup>21</sup> M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF, Thémis, 2006, p. 103.

<sup>22</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>23</sup> Par ex., Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

« la garantie des droits », de laquelle découle le droit à un recours effectif<sup>24</sup>, précisé comme devant être « juridictionnel »<sup>25</sup> Plus explicitement et plus anciennement, l'article 131 de la Constitution fédérale d'Autriche permet à toute personne qui prétend être lésée de former un recours en violation du droit contre la décision d'une autorité administrative ; l'article 132 envisage un recours contre la violation du devoir de décider. Plus récemment, avec la *Loi fondamentale* de l'Allemagne fédérale (art.19, al. 4), « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 106-1 de la Constitution espagnole charge les tribunaux de contrôler « *le pouvoir de réglementation et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux lois qui la justifient* ». Pour la Constitution polonaise de 1997 (art. 184), « *la Haute cour administrative et les autres tribunaux administratifs exercent, dans les limites de la loi, le contrôle de l'activité de l'administration* ». La Constitution portugaise est encore plus prolix : par son article 268, alinéa 4, « *il est garanti aux administrés une protection juridictionnelle effective de leurs droits ou intérêts juridiquement protégés, comprenant notamment la reconnaissance de ces droits ou intérêts, la condamnation de tout agissement administratif qui lèse ceux-ci, indépendamment de la forme, la détermination des cas où l'administration est tenue par la loi d'agir et l'adoption de mesures provisoires appropriées* ». Il ne s'agit là que de quelques exemples. Ils pourraient être multipliés<sup>26</sup>. Ainsi se sont développées les normes constitutionnelles propres au droit administratif. Cela confirme-t-il la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ? On peut avoir un doute.

---

<sup>24</sup> Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC.

<sup>25</sup> Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC.

<sup>26</sup> V., M. Fromont, *op. cit.*, p. 106.

## **2. LE DÉPASSEMENT DE LA THÉORIE DES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF**

L'importance du développement des normes constitutionnelles dans le droit administratif qu'on vient de constater conduit paradoxalement au dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, à un double titre : d'une part, celle du doyen Vedel ne paraît plus tenir ; d'autre part, au-delà, il ne paraît plus possible de fonder le droit administratif sur des bases constitutionnelles.

### *2.1. Le dépassement de la théorie du doyen Vedel.*

Le doyen Vedel avait déjà réajusté lui-même sa théorie dans sa préface à la 7<sup>e</sup> édition de son *Droit administratif* pour tenir compte des critiques de Charles Eisenmann et, accessoirement, de René Chapus et Paul Amsselek. Dans son article dans l'ouvrage consacré à *La Pensée de Charles Eisenmann*, il paraissait même douter que sa théorie puisse encore subsister. Les développements du droit administratif, particulièrement de la jurisprudence administrative, en tout cas en France, confirment cette perspective. Si l'on reprend la définition de l'administration et, corrélativement, du droit administratif qui lui est spécifique, à laquelle le doyen était parvenu en 1980, on peut en observer les limites dans ses différents éléments. Tout d'abord l'administration était définie comme constituée par les activités du gouvernement et des autorités décentralisées. Il reste évidemment exact que le gouvernement et les autorités décentralisées sont des organes administratifs. On peut déjà observer qu'entre 1954 et 1980, la thèse initiale, centrée sur le pouvoir exécutif et sa mission d'exécuter des lois, avait été élargie : on ne peut pas considérer que les autorités décentralisées font partie exactement du pouvoir exécutif. Certes elles assurent l'exécution des lois dans le domaine qui leur est propre, mais elles ne sont pas le prolongement du pouvoir exécutif gouvernemental, même si celui-ci les contrôle. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 distingue d'ailleurs clairement « les autorités exerçant le pouvoir exécutif » et « les collectivités territoriales » – lesquelles font, dans la Constitution, l'objet de dispositions propres. Il faut ajouter d'autres autorités distinctes de l'exécutif proprement dit, qui se sont

développées à partir des années quatrevingts, comme autorités administratives ou autorités publiques indépendantes : on pourrait les ranger dans les autorités « décentralisées » en raison de leur indépendance même ; on pourrai aussi dire qu'elles reçoivent des attributions qui auraient pu ou dû relever de l'exécutif au sens strict et qu'elles font partie de celui-ci au sens large. Mais, de toute façon, elles constituent un élargissement du champ de l'administration au-delà des dispositions constitutionnelles. La même observation peut être faite au sujet des organismes privés chargés d'une mission de service public et dotés de prérogatives de puissance publique : leur reconnaissance comme entrant dans le champ du droit administratif<sup>27</sup> et de la compétence de la juridiction administrative<sup>28</sup> est ancienne ; elle s'est prolongée<sup>29</sup>. On peut encore les considérer comme des institutions décentralisées mais elles s'éloignent du pouvoir exécutif et des dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir exécutif et aux collectivités territoriales : ces dispositions n'ont jamais été ni citées ni utilisées pour fonder leur soumission au droit administratif et à la compétence administrative. De manière plus caractéristique, l'élargissement du champ du droit administratif et de la compétence administrative a atteint les autorités parlementaires, non dans leurs fonctions législatives, mais dans leurs fonctions administratives. Cela résulte, non pas seulement de dispositions ayant attribué certains contentieux des activités parlementaires à la juridiction administrative, mais de la reconnaissance par celle-ci de sa propre compétence sans l'intermédiaire d'un texte, à propos de marchés conclus par les assemblées parlementaires<sup>30</sup>: « *il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'État à leur passation* ». C'est reconnaître que la fonction administrative dépasse celle de l'exécutif et

---

<sup>27</sup> CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire « Aide et protection »*.

<sup>28</sup> CE, 31 juill. 1942, n° 71398, *Monpeurt Verreries et Cristalleries d'Alfortville*.

<sup>29</sup> CE, 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établisse-ments pour inadaptés (APREI)* ; CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*.

<sup>30</sup> CE, 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale*

---

peut s'exercer dans le cadre d'organes parlementaires comme, précédemment, dans celui d'organes privés. On ne peut plus définir l'administration comme portant seulement sur les activités du gouvernement et des autorités décentralisées. On ne peut non plus préciser que ce sont seulement les activités étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics. Certes, dans les deux cas, il existe encore des aspects échappant au droit administratif et à la compétence administrative : mais l'un et l'autre y empiètent plus que naguère. Désormais le juge administratif contrôle le respect par l'exécutif des conditions de ratification des traités, en vérifiant si elle a été précédée de l'autorisation législative nécessaire<sup>31</sup> ; il vérifie les conditions de notification à la Commission européenne des mesures législatives pouvant constituer des aides d'État<sup>32</sup>; il a même annulé le refus du gouvernement de procéder à une extradition demandée par un gouvernement étranger<sup>33</sup> Dans les relations entre pouvoirs publics, l'avancée du contrôle administratif s'est manifestée avec celui qu'exerce le Conseil d'État sur le refus du gouvernement de saisir le Conseil constitutionnel pour que celui-ci reconnaisse que la loi a empiété sur le domaine du règlement<sup>34</sup>. Il existe certes encore des cas où le juge administratif se réfuse au sujet de

---

<sup>31</sup> CE, 18 déc. 1998, n° 181249, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI « Haselaecker »*

<sup>32</sup> CE, 7 nov. 2008, n° 282920, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*.

<sup>33</sup> CE, 15 oct. 1993, n° 142578, *Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*.

<sup>34</sup> CE, 3 déc. 1999, n° 199622, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Association France nature environnement*.

mesures touchant aux relations internationales<sup>35</sup> ou aux rapports entre pouvoirs publics<sup>36</sup>. Mais cela ne concerne que des cas extrêmes. Il est donc difficile de définir l'administration et le droit administratif comme exclusifs des activités externes et des rapports

entre pouvoirs publics. De même, le régime de puissance publique, si important qu'il soit pour caractériser le droit administratif et la compétence administrative (comme la décision du 23 janvier 1987 le montre expressément), n'est pas exclusif : le service public peut servir à lui seul. On en a la preuve avec l'un des cas cités dans l'arrêt *APREI* du 22 février 2007 : pour identifier l'attribution d'un service public à un organisme privé, si la présence de prérogatives de puissance publique sert dans un premier cas, dans le second, « *même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ». D'autres arrêts confirment cette solution<sup>37</sup>. Dès lors, au regard du seul droit français, la théorie du doyen Vedel fondant le droit administratif, non pas sur des bases constitutionnelles, mais sur une base constitutionnelle, ne peut plus être retenue. Si l'on élargit l'analyse aux droits administratifs étrangers, la même observation peut

---

<sup>35</sup> Pour un exemple récent CE, réf., 23 mai 2014, n° 380560 : la décision par laquelle le gouvernement français s'est opposé à la tenue sur le territoire français d'opérations permettant aux ressortissants syriens de participer à l'élection présidentielle de Syrie, « n'est pas détachable des relations internationales » ; « elle échappe, dès lors, de manière manifeste à la compétence de la juridiction administrative ».

<sup>36</sup> CE, 26 nov. 2012, *Krikorian* : le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi, y compris pour la transposition d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, échappe à la compétence de la juridiction administrative

<sup>37</sup> T. confl., 9 déc. 2013, n° 3924, *Pôle Emploi PACA*.

être reprise. On peut relever avec Michel Fromont<sup>38</sup> la diversité des règles de compétence de la juridiction administrative et, corrélativement, du champ d'application du droit administratif. Dans les systèmes où cette compétence est la plus étendue, elle n'est pas déterminée au regard des critères qui auraient établi les bases constitutionnelles du droit administratif. Par exemple, en Espagne, ce n'est pas la Constitution mais la loi sur la justice administrative du 7 juillet 1998 qui attribue (art. 1er) aux tribunaux et cours de justice administrative le contentieux « des prétentions qui sont relatives à l'action des administrations publiques soumises au droit administratif », celles-ci étant « les entités de droit public qui dépendent ou sont liées à l'État, aux Communautés autonomes ou aux entités locales ». La Constitution ne définit pas ce qu'est le droit administratif auquel ces autorités sont soumises. Dès lors il est difficile de considérer aujourd'hui que le droit administratif a en tant que tel une base constitutionnelle, entendue comme l'assise sur laquelle il est établi. On peut néanmoins essayer de préciser théoriquement les liens entre droit constitutionnel et droit administratif.

## *2.2. Des bases constitutionnelles au cadre constitutionnel du droit administratif*

L'importance des dispositions constitutionnelles portant sur le droit administratif et de la reconnaissance constitutionnelle de notions et de solutions de droit administratif ne permet évidemment pas de nier les liens entre droit constitutionnel et droit administratif. Ceux-ci sont mis en valeur lorsqu'on parle de sources constitutionnelles du droit administratif (v. note 8). La formule souligne seulement l'origine de solutions de droit administratif. Mais cela ne fait pas du droit constitutionnel le fondement du droit administratif, le droit administratif ayant sa source aussi dans d'autres branches, tel le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec l'interprétation et l'application qu'en a faites la Cour européenne des droits de l'homme, et

---

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 111 s.

le droit de l'Union européenne, avec l'ensemble de ses actes (traités, règlements, directives) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit constitutionnel apparaît ainsi, sans doute plus fortement que d'autres branches du droit, mais au même titre qu'elles, comme déterminant un certain contenu dans différentes matières du droit administratif (identification des autorités administratives, de leur compétence et de leurs pouvoirs ; rôle des administrations publiques ; statut de la justice administrative principalement) ; comme les autres branches du droit, il nourrit le droit administratif. Mais les autres branches du droit sont également nourries par lui. À cet égard, il n'y a pas de différences par rapport au droit constitutionnel entre, d'une part, le droit administratif et, d'autre part, le droit pénal, le droit du travail, le droit financier etc. (v. note 11). Dans leur contenu, les sources constitutionnelles du droit administratif sont sans doute plus nombreuses que pour ces autres branches. Mais en soi elles ne constituent pas le droit administratif. Or nous avons tous le sentiment, dans le prolongement du doyen Vedel, que le droit administratif trouve dans le droit constitutionnel un support. Comment le qualifier ? Pour y arriver, il faut revenir à ce qui constitue l'essentiel du droit administratif et, d'abord, de l'administration. On peut retenir la définition que Michel Fromont<sup>39</sup> propose comme étant celle qui est retenue « dans toute l'Europe », mais qui, à vrai dire, peut l'être universellement : « *l'administration publique peut être définie, dans son sens fonctionnel, comme une activité d'intérêt général exercée par des autorités publiques ou des personnes privées étroitement liées à celles-là hors des fonctions législatives et juridictionnelles. Entendue dans son sens organique, l'administration publique peut être définie comme l'ensemble des organes publics qui exercent une telle activité [...]* ». À partir de cette constatation, apparaissent les liens entre administration et Constitution, et corrélativement entre droit administratif et Constitution puisque aujourd'hui les autorités publiques (et leurs prolongements) ne se trouvent instituées qu'au sein de l'État et que celui-ci l'est lui-même par la loi fondamentale qu'est la Constitution. Celle-ci ne se borne plus à établir des organes et à régir leurs rapports (comme ce fut le cas des lois constitutionnelles de 1875 en France) : elle détermine leur rôle et la

---

<sup>39</sup> M. Fromont, *op. cit.*, n° 5.

manière de l'exercer, avec, plus fortement aujourd'hui qu'autrefois, les limites et les obligations découlant de la reconnaissance des droits et libertés des citoyens. À cet égard, la Constitution détermine au moins en partie, mais souvent largement, l'organisation et l'action administrative, donc le droit spécifique de cette organisation et de cette action. On pourrait dire au sens large qu'ainsi le droit constitutionnel est bien la base du droit administratif, l'assise à partir duquel il se construit. C'est ce qu'observe le professeur Cassese<sup>40</sup> tout en soulignant le « rapport ambigu » du droit constitutionnel et du droit administratif car « *le droit administratif dépend du droit constitutionnel, mais en même temps il le conditionne* ». « *Les organes et les procédures administratifs ont pour assise le droit constitutionnel. Les Constitutions consacrent un nombre croissant de normes à l'administration [...]. Dans un certain sens, le droit constitutionnel contient les grandes options politiques, tandis que le droit administratif porte, apparemment, sur des problèmes techniques [...], comme le monisme ou le dualisme juridictionnel, la centralisation ou la décentralisation. Dans la vie concrète des institutions, le rapport devient plus complexe. Le droit administratif apparaît comme [...] droit constitutionnel concrétisé...* ». Ces formules rejoignent celles qui voient dans le droit constitutionnel les titres de chapitre du droit administratif<sup>41</sup>. Elles soulignent bien la relation étroite qui unit les deux droits. Mais aussi elles impliquent que le droit administratif va au-delà du droit constitutionnel : en effet bien des thèmes de droit administratif (par exemple acte administratif, contrat administratif, domaine public, fonction publique, responsabilité administrative, contentieux administratif) sont autonomes par rapport au droit constitutionnel ; leur notion et leur régime sont apparus indépendamment de lui et continuent à se développer en large partie sans lui. Ils n'y trouvent pas leur fondement. C'est pourquoi, après avoir remarqué que, s'il existe « un statut constitutionnel de

---

<sup>40</sup> *Op. cit.*, p. 11.

<sup>41</sup> Par ex., H. Barthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd. 1905, p. 2.

l'administration »<sup>42</sup> et des solutions de droit administratif qui sont déterminées par le droit constitutionnel, on ne peut pas dire que systématiquement, dans son ensemble, le droit administratif a pour base le droit constitutionnel. Mais on peut dire avec Olivier Jouanjan<sup>43</sup> qu'il existe « un cadre constitutionnel du droit administratif ». L'expression mérite d'être retenue même si elle nécessite d'être précisée. Un cadre est d'abord une bordure entourant une glace, un tableau, et plus généralement un objet ; par extension, c'est ce qui entoure un espace ou une action ; plus largement encore, c'est ce qui à la fois structure et limite quelque chose. Un cadre peut être de grande ou de petite dimension. À l'intérieur d'un cadre, au sens propre comme au sens figuré, peuvent se trouver des éléments très variés (un tableau peut être figuratif ou non ; ses couleurs, ses formes, sa composition changent d'un peintre à l'autre ; son contenu et son inspiration peuvent provenir de différentes sources). Dans tous les cas, ils sont contraints par les limites du cadre. C'est bien en ce sens que le droit constitutionnel est le cadre du droit administratif. Il en délimite les contours (qui sont ceux de l'organisation et de l'action administrative). Mais il laisse une variété de solutions possibles quant au contenu ; celui-ci peut être nourri par des sources diversifiées, beaucoup constitutionnelles mais pour partie seulement. Ainsi le droit administratif de chaque État peut s'insérer dans le droit constitutionnel qui lui est propre. Comme l'a encore relevé le professeur Cassese (*supra*), le droit administratif varie d'un pays à l'autre. Cette variation résulte de traditions nationales. Celles-ci se retrouvent dans le système constitutionnel, qui lui-même se prolonge dans le système administratif. Chaque système constitutionnel constitue (c'est le cas de le dire) le cadre dans lequel s'insère le droit administratif : il le structure et le délimite, tout en lui laissant la possibilité de se développer avec des solutions qui lui sont propres. En conséquence, s'il n'y a pas vraiment de base constitutionnelle servant d'assise à la constitution du droit administratif, il y a partout un cadre constitutionnel du droit

---

<sup>42</sup> P. Bon, « Peut-on parler de "pouvoir administratif" ? », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op. cit.*, p. 385, spéc. p. 391.

<sup>43</sup> Chapitre « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 395.

administratif. C'est en ce sens que peut être actualisée la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.