HAL
open science

La détermination du patrimoine public responsable

Julien Bouteiller

To cite this version:

Julien Bouteiller. La détermination du patrimoine public responsable. Droit. Université Paris-Nord - Paris XIII, 2001. Français. NNT : . tel-00113392

HAL Id: tel-00113392

https://theses.hal.science/tel-00113392v1

Submitted on 13 Nov 2006

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris Nord (Paris 13)

Faculté de droit et de sciences politiques

Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université Paris Nord

Discipline : droit public

Présentée et soutenue publiquement

le 20 octobre 2000

par

Julien BOUTEILLER

La détermination du patrimoine public responsable

(essai théorique)

Membres du jury :

Mme Jacqueline MORAND-DEVILLER
Professeur à l'Université de Paris I

M. Jean-Claude HELIN
Professeur à l'Université de Nantes

M. Alain-Serge MESCHERIAKOFF
Professeur à l'Université de Paris IX - Dauphine
Rapporteur

M. Eric DESMONS
Professeur à l'Université de Paris Nord (Paris 13)

M. Mathieu DOAT
Maître de Conférences à l'Université de Brest
Rapporteur

M. Gilles DARCY
Professeur à l'Université de Paris Nord (Paris 13)
Directeur de recherche

L’Université Paris XIII - Paris- Nord
n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises
dans les thèses ;
ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

Un peu de sociologie éloigne du droit.

Beaucoup y ramène.

M. HAURIOU[1]

[1] Les facultés de droit et la sociologie, 1893, p. 4.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE

CHAPITRE LIMINAIRE : le concept général de responsabilité

PREMIERE PARTIE : PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA DÉTERMINATIONDES RESPONSABLES EN DROIT ADMINISTRATIF

TITRE 1 : LES PRINCIPES PRESIDANT A LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES PERSONNES PUBLIQUES : IMPUTATION ET CAUSALITE

TITRE 2 : LA DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE : SITUATIONS SIMPLES ET SITUATIONS COMPLEXES

DEUXIEME PARTIE : TENTATIVE D'ONTOLOGIE DE LA DÉTERMINATION DES RESPONSABLES EN DROIT ADMINISTRATIF

TITRE PRELIMINAIRE : ACTUALITE DE LA THEORIE DE L'INSTITUTION

TITRE 1**:** ESSAI D'ANALYSE INSTITUTIONNELLE DE LA DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE

TITRE 2 :ESSAI DE SYSTEMATISATION DES TECHNIQUES DE DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE

LISTE DES ABREVIATIONS

Administration	:	*Revue Administration*
AJDA	:	*Actualité juridique droit administratif*
AJFP	:	*Actualité juridique fonction publique*
APD	:	*Archives de philosophie de droit*
CAA	:	Cour administrative d'appel
Cass.	:	Cour de Cassation
CE	:	Conseil d'Etat
Chron.	:	Chronique
CGCT	:	Code général des collectivités territoriales
CJEG	:	*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*
Concl.	:	Conclusions
D.	:	*Recueil Dalloz ou Dalloz-Sirey*
DA	:	*Revue Droit administratif*
EDCE	:	*Etudes et documents du Conseil d'Etat*
Fasc.	:	Fascicule
GAJA	:	*Grands arrêts de la jurisprudence administrative*
Gaz. Pal	:	*Gazette du Palais*
JCP	:	*Semaine juridique, édition G.*
JCA	:	*Jurisclasseur administratif*
LGDJ	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	:	*Les Petites Affiches*
Obs.	:	Observations
RDP	:	*Revue du droit public et de la science politique*
RDSS	:	*Revue du droit sanitaire et social*
R.	:	*Recueil Lebon*
RFAP	:	*Revue française d'administration publique*
RFDA	:	*Revue française de droit administratif*
Risques	:	*Revue Risques*
RJE	:	*Revue juridique de l'environnement*
RTDC	:	*Revue trimestrielle de droit civil*
S.	:	*Recueil Sirey*
TA	:	Tribunal administratif

INTRODUCTION GENERALE

“ Aujourd’hui, la responsabilité de l’Etat ne se rattache aucunement à l’idée de faute. Sans doute, à cause des habitudes prises, à cause de l’influence persistante des idées civilistes, on parle encore de la faute de l’Etat, de la faute des services publics.

Mais en réalité ***ce n’est point cette prétendue faute de l’Etat qui fonde sa responsabilité****. Il ne s’agit plus d’une responsabilité se rattachant à une imputabilité, mais seulement de savoir quel est le patrimoine qui supportera définitivement le risque du dommage occasionné par le fonctionnement d’un service public ”.*

L. DUGUIT[2]

Déterminer la personne responsable signifie pour le juge décider ou choisir à quelle personne il va *imputer un dommage*, c’est-à-dire, dans une première analyse, déterminer qui peut être considéré comme responsable de ce dommage et doit en supporter les conséquences et notamment indemniser la victime.

Or, l’imputation, à la différence de la causalité[3] qui ressortit du domaine de la constatation de ce qui *est*, ou au moins d’une tentative d’interprétation de la réalité telle qu’elle a existé et amené un dommage, s’analyse depuis KELSEN[4] comme la détermination de *ce qui doit être*[5]. La recherche doit donc s’orienter

---

[2] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 3e éd. 1925, et rééd. à la *Mémoire du droit* 1999 p. 231

[3] Sur l’ensemble de cette question, voir infra, première partie, titre 1, les développements relatifs aux “ principes qui président à la mise en œuvre de la responsabilité ”.

[4] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF Léviathan, 1996 p. 31 : *“ la différence entre (causalité et imputation) réside en ce que l’imputation (c’est-à-dire la relation entre un certain comportement comme condition et une sanction comme compétence)* ***est établie par un acte de volonté, dont une norme est la signification*** *tandis que la causalité (c’est-à-dire la relation entre une cause et un effet, décrite par la loi naturelle) est indépendante d’une telle intervention ”.*

[5] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ 1999, p. 85 : *“ le lien qu’énonce la proposition juridique a une signification radicalement différente de celui que pose la loi naturelle, et qui est la causalité. (…) Dans la proposition juridique, il n’est pas dit, comme dans la loi naturelle, que si A est, B est ; il y est dit que, si A est, B* ***doit être*** *(soll sein) (…). Dans la proposition juridique, la connexion est établie par une norme posée par l’autorité juridique, c'est-à-dire par un acte de volonté, alors que la connexion de la cause et de l’effet*

vers la mise à jour des bases sur lesquelles se fonde le choix du juge dans sa détermination du lien d'imputation, qui pourrait donc être normative[6].

En faire l'étude, c'est ainsi présumer que le juge administratif dispose pour ce faire de " solutions techniques " spécifiques, qui s'appuient sur une conception théorique de la responsabilité originale.

En effet, même si on sait que le droit de la responsabilité *civile*[7] de l'administration emprunte ses techniques ou certaines d'entre elles au droit de la responsabilité civile, celles mises en œuvre par le juge administratif pour imputer un dommage à un patrimoine[8] public sont autonomes[9].

---

qui est énoncée dans la loi naturelle est indépendante de toute semblable intervention ". Voir infra, les développements consacrés aux notions d'imputabilité et de causalité.

[6] *" Les dommages se succèdent suivant une causalité naturelle, qu'il suffit d'observer, alors que la détermination des responsables procède d'un choix ; elle est le produit d'un jugement… "* : concl. KAHN sur CE 22 mars 1957, Jeannier, *D.* 1957 p. 753.

[7] Sur la question de l'application de l'adjectif " civile " s'agissant de la responsabilité des collectivités publiques voir les développements de Ch. EISENMANN relatifs à la responsabilité dans son *cours de droit administratif* de 1953, LGDJ 1983, p. 800 et J.-C. VENEZIA : " Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l'administration ", in *La pensée de Charles Eisenmann* (Sous la direction de Paul AMSELEK), Economica-PUAM, 1986, p.215.

[8]Selon la définition qu'en donne le Petit Robert, *c'est l'ensemble des biens corporels et incorporels et des créances nettes d'une personne (physique ou morale) ou d'un groupe de personnes, à une date donnée*. Selon PLANIOL, c'est *" l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent "*. Toute personne a un patrimoine, chaque personne n'a qu'un patrimoine, qui n'est transmissible intégralement que dans le cadre d'une succession. PLANIOL énonce : *" les biens et les charges contenus dans le patrimoine forment ce qu'on appelle* une universalité de droit. *Cela signifie que le patrimoine constitue une unité abstraite, distincte des biens et des charges qui le composent. Ceux-ci peuvent changer, diminuer, disparaître entièrement, et non le patrimoine, qui reste toujours le même, pendant toute la vie de la personne.* Patrimoine *signifie proprement " bien de famille ", ce qui a été recueilli par succession. On en a élargi le sens de façon à comprendre tous les biens de la personne (…) Mais ne commet-on pas quelque confusion entre le patrimoine, qui est l'ensemble des biens et la personnalité, qui est l'aptitude à posséder ? "*. Sur l'éventualité de l'existence d'un patrimoine sans personne, cf. F. TERRE, L'humanité, un patrimoine sans personne, *Mélanges ARDANT*, LGDJ, 1999, p. 339.

[9] Comme l'indique très justement P. AMSELEK " *traditionnellement, le terme* (d'imputation) *évoque le reproche que l'on fait à un individu de l'acte fautif qu'il a commis et si la recherche de l'imputabilité se résout entière dans la question de savoir s'il en était l'auteur, il prend, s'agissant des personnes publiques une autre coloration. Il ne s'agit pas en effet à proprement parler de savoir si la personne publique est l'auteur du dommage. En tout cas il ne s'a*git pas directement de cela " : P. AMSELEK, la détermination de la

Il n'en reste pas moins que la responsabilité administrative s'inscrit, comme seconde venue, dans un cadre intellectuel et philosophique déjà largement visité par le droit civil. Dans la mesure cependant où le phénomène pris en compte par le droit de la responsabilité administrative, c'est-à-dire l'intervention de la puissance publique au travers de ses différentes missions, de police ou de service, est, évidemment, très éloigné des rapports inter-individuels que le droit de la responsabilité civile se propose de réguler. Ainsi l'objet diffère et ce n'est pas du même type de régulation dont il s'agit. Mais les techniques du droit civil ont nécessairement eu une influence.

Il convient de montrer l'intérêt de mener une étude de la détermination du patrimoine responsable (section 1) avant de dresser un bref état des lieux du cadre général de la réflexion, celui de la responsabilité des personnes publiques en droit administratif (Section 2), ce qui constitue en quelque sorte un chapitre liminaire sur le concept général de responsabilité, au terme duquel sera présenté la dichotomie que nous paraît receler le contenu de cette étude.

---

personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative ", in *Etudes de droit public*, 1964, p. 300

CHAPITRE LIMINAIRE :

le concept général de responsabilité

Section 1 :

La recherche de la personne responsable

Si entamer une telle recherche est, à notre sens, utile (Sous-section 1) cela nécessite cependant d'esquisser dès l'introduction une analyse des enjeux qu'elle sous-tend (Sous-section 2).

Sous-section 1. L'utilité de la recherche :

Après avoir délimité le cadre général du problème (I), on montrera que, malgré les systématisations envisagées en doctrine (II), il n'est pas résolu de façon satisfaisante.

I. Le cadre général du problème

Dans le cadre d'un procès en responsabilité, la victime qui a subi un dommage du fait d'un agissement[10] d'une personne publique doit tout d'abord, de manière classique, faire la preuve de *l'existence* d'un dommage, résultant ou non d'un comportement fautif et d'un lien de causalité entre ce fait et ce préjudice. On sait que le juge administratif s'en remet, schématiquement, à la théorie dite de la " causalité adéquate " pour déterminer, dans une chaîne de responsabilité, celui des faits ayant concouru à la réalisation du dommage qui est " suffisamment causal " ou déterminant pour pouvoir mettre en jeu la responsabilité de son auteur. [11]

---

[10] Terme pris au sens large d'action ou *d'inaction* dommageable.

[11] Ainsi, pour le président GALMOT dans ses conclusions sur l'arrêt *Marais* , il faut retenir comme cause d'un dommage ***l'événement qui, au moment où il s'est produit, portait normalement en lui le*** *dommage "*. (CE 14 octobre 1961, Marais, conclusions GALMOT, D. 1966, J. 636). Pour une critique de la doctrine faisant de cette espèce un arrêt de principe, cf. M. DEGUERGUE pour qui *" le commissaire du gouvernement GALMOT n'a pas opté clairement en faveur de la théorie de la causalité "* ce qu'attesterait *" la platitude de l'arrêt " :* Causalité et imputabilité *Jcl. droit administratif*, fasc. 830, 2000, n° 28, p. 6

A l'occasion de cette démonstration qui doit aboutir à la mise en œuvre de la responsabilité de la personne publique " répondante "[12] et donc à la réparation du dommage, la question de la détermination de cette dernière ne semble pas, *a priori*, faire problème. Et de fait, la plupart des cas ne soulèvent pas de difficultés majeures, dans la résolution de ce second problème essentiel qui se pose pour le requérant : **la nécessité absolue d'attraire devant le juge administratif la personne " véritablement " répondante, et elle seule**.

En effet, si les personnes publiques saisies à tort dans une procédure précontentieuse d'une demande concernant une autre personne publique sont tenues de la lui retransmettre[13], le juge ne connaît aucune procédure de cette sorte s'agissant des requêtes mal dirigées. Et par conséquent, le requérant peu connaisseur des subtilités du droit administratif verra irrémédiablement sa requête rejetée[14] comme irrecevable, sans qu'il puisse rectifier cette erreur en appel, en application de la théorie des demandes nouvelles[15].

---

[12] Nous distinguerons la personne publique *répondante*, tenue dans certaines situations à indemniser la victime pour le compte d'une autre et la personne véritablement *responsable*, la situation juridique les opposant trouvant le cas échéant sa solution dans le cadre d'une action en garantie. Sur cette question, voir infra.

[13] A la suite du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983, pour partie abrogé, l'article 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 concernant les relations entre l'administration et les citoyens dispose que : *" lorsqu'une demande est adressée à une autorité incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé "*. Cf. le commentaire de P. FERRARI, *AJDA* 2000 p. 471. Sur l'ensemble de la question, voir D. MAILLARD DESGRÉES du LOÛ, *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*, PUF Thémis Droit public, octobre 2000. A ce titre, MM. GALABERT et GENTOT avaient déjà suggéré en 1962 que *" lorsqu'une collectivité non responsable est saisie d'une action en indemnité, elle a l'obligation de transmettre cette demande à la collectivité responsable "*. Chronique *AJDA* 1962. II. 553: *JORF* 13 avril 2000 p. 5646.

[14] Cette cause de rejet de la demande est un moyen d'ordre public que le juge peut soulever d'office: CE 29 avril 1957, Sté commerciale de l'Ouest africain, *R.* p. 271, CE section, 14 avril 1961, Dame Rastouil, p. 233 ; CE Section 10 avril 1970, Sté " Le sou médical ", *R.* p. 245, *AJDA* 1970, p. 444 note MOREAU, *RDP* 1970, p. 1417, note WALINE ; CE Section, 19 mars 1971, Mergui, *R.* p. 235, conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, *RDP* 1972, note WALINE, *CJEG* 1972 p. 35 et la note.

[15] Cette vision des choses est en partie théorique, cependant, dans la double mesure où cette question fera l'objet d'une réplique de la partie adverse et où le juge pourra, notamment par le biais de la " communication des moyens d'ordre public susceptibles d'être soulevés

Au regard des délais de jugement des juridictions administratives[16], et du temps qu'aura mis une éventuelle démarche précontentieuse, une telle erreur ne manquera pas d'avoir des conséquences désastreuses pour le requérant c'est-à-dire principalement de remettre en cause ou de différer son indemnisation.

Or cette détermination peut s'avérer extrêmement délicate, particulièrement dans les cas de *dédoublements fonctionnels* et *d'interférences fonctionnelles* qu'a notamment décrits le professeur AMSELEK[17] : il peut se trouver effectivement que le justiciable soit au moment de faire sa requête dans l'incapacité de choisir avec certitude la personne publique qu'il doit actionner. C'est particulièrement le cas lorsque deux ou plusieurs collectivités ont concouru ou " collaboré " à la réalisation du dommage.

Si la plupart des auteurs consacrent d'ailleurs des développements à cette question, la dernière étude spécifique date d'une vingtaine d'années[18] et ne prend donc pas en considération ce qui peut faire la nouveauté essentielle ici, à savoir les conséquences de la politique de décentralisation mise en œuvre depuis 1982. Ce qui n'est pas sans conséquences : Madame le Professeur J. MORAND-DEVILLER et S. MONCHAMBERT notaient par exemple à ce titre en 1988[19] que " *les collectivités locales, notamment lors des négociations qu'elles ont menées avec les compagnies d'assurance pour couvrir les nouveaux risques, ont*

---

d'office ", mettre le requérant dans la possibilité de modifier valablement ses conclusions en cours d'instruction.

[16] Même si les chiffres consignés dans le rapport public du Conseil d'Etat pour 2000 sont assez encourageants, notamment s'agissant des tribunaux administratifs devant lesquels 96 % des affaires enregistrées en 1999 ont été réglées dans l'année. La situation reste plus préoccupante s'agissant des Cours administratives d'appel dont le stock s'est alourdi, même si les délais de jugement restent stables (2 ans et 6 mois). Devant le Conseil d'Etat, enfin, l'accroissement du nombre d'affaires enregistrées résulte du contentieux des étrangers et tend, malgré le très grand nombre de sorties, à stopper la résorption du stock.

[17] P. AMSELEK, la détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative ", in *Etudes de droit public*, 1964, p. 300

[18] Y COUDRAY, la détermination de la collectivité publique responsable par le juge administratif, thèse Rennes 1979.

[19] J. MORAND-DEVILLER et S. MONCHAMBERT, Les nouvelles responsabilités des collectivités locales, *R.D.P.* 1988, pp. 991-1058. (ici, p. 992)

manifesté leur embarras, faute de travaux sur le sujet, à cerner les contours de leurs nouvelles responsabilités juridiques ”.

Ainsi, pour le professeur MOREAU, *“ ce chapitre du droit administratif est à juste titre réputé pour son obscurité. Aux difficultés traditionnelles que présente cette matière (mécanisme de tutelle et de contrôle, cas de dédoublement fonctionnel, concours d'exécution entre agents relevant de collectivités différentes, jeu de l'assurance peu étudié en droit public...), s'ajoutent des problèmes nouveaux découlant de la politique de décentralisation mise en œuvre depuis 1982*[20]*. ”*

De la même façon, pour le professeur CHAPUS, si la détermination de la personne publique répondante est simple dans la plupart des cas, *“ il reste que, dans l’hypothèse où la responsabilité pour faute de plusieurs personnes publiques est susceptible d’être recherchée pour un même dommage, l’état du droit tend à se compliquer et à s’obscurcir. ”* L’auteur estime même qu’ *“ il conviendrait que le Conseil d’Etat ait rapidement l’occasion, et la préoccupation, de le préciser. ”*[21]

Les exemples les plus courants de ces difficultés concernant l’activité des collectivités territoriales se rencontrent dans le domaine de la police administrative et notamment de la police de la sécurité : les solutions seront différentes non seulement en fonction de l’identité des auteurs du dommage, mais de la personne publique à laquelle la compétence est confiée. C’est le cas notamment s’agissant de la lutte contre l’incendie[22] : un sinistre s’est déclaré sur le territoire d’une petite commune qui ne dispose pas de services de lutte contre l’incendie, mais fait appel, comme l’y autorisait un décret de 1953, abrogé récemment par la loi n° 96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d’incendie et

---

[20] J. MOREAU, *JCP* Droit administratif fasc. 836, p.2

[21] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, n°1239, p.1018

[22] Il sera souvent question, dans ces lignes, de la lutte contre l’incendie, considérée notamment par MOMSEN comme le premier des services publics, notamment dans la République romaine : note sous CE 24 octobre 1909, Commune de la Bassée, *S.* 1910.III.49

de secours[23], au *service départemental de secours*. Les sapeurs-pompiers interviennent, circonscrivent le sinistre et retournent à leur caserne ; quelques minutes après leur départ, le feu reprend et achève de consumer le bâtiment[24].

Un autre incendie se déclare sur le territoire d'une commune membre d'une communauté urbaine, qui, aux termes de la loi du 31 décembre 1966[25], est en charge de la lutte contre l'incendie. Là encore, un dommage se produit, cette fois-ci en raison de la vétusté des bornes incendies sur le territoire de la commune, qui empêche les sapeurs-pompiers de disposer d'une pression d'eau suffisante.[26]

Ces deux situations sont tout à fait significatives de la difficulté rencontrée dans le domaine de l'imputation des dommages : dans les deux cas, de graves négligences ont été commises par le service public de lutte contre l'incendie. Pourtant, le requérant ne devra pas, sous peine de voir sa requête repoussée au contentieux, s'adresser à la même personne publique : dans le premier cas, seule la commune, lieu du sinistre, pour le compte de laquelle les pompiers du service départemental sont censés être intervenus, pourra être mise en cause directement par un requérant. Dans la seconde hypothèse, le requérant pourra directement actionner la communauté urbaine.

En fait, le premier problème qu'aura à résoudre la victime du dommage sera de savoir à qui, de l'administration ou de son agent, elle devra demander réparation du préjudice subi[27]. Cette question ne sera pas abordée ici puisqu'on

---

[23] Sur ce point voir les développements relatifs à la détermination de la personne publique responsable dans le cadre de la mise en œuvre des pouvoirs de police.

[24] CAA Bordeaux 18 décembre 1990, Groupe d'assurances Mutuelles de France, n° 89BX0057, *Le sapeur-pompier et le juge*, Recueil de jurisprudences, Ed. du Papyrus p. 45

[25] Loi n° 66-1069 du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines

[26] CAA Nancy, 7 novembre 1991, Communauté urbaine de Lille, *R. T.* 1191

[27] De la même façon, le professeur M. PAILLET, envisageant pour rendre compte des *" conditions concrètes dans lesquelles fonctionne "* la responsabilité administrative place dans un premier *temps " la question de ce rattachement qui permet d'indiquer à la victime à quel sujet de droit elle doit s'adresser pour réclamer réparation et à quelles conditions il pourra être considéré comme lui étant imputable "* : *La responsabilité administrative* Dalloz,

ne s'intéressera qu'au seul **patrimoine public** responsable, la seule faute d'un agent pouvant mettre en cause un tel patrimoine étant la faute de service, qui s'assimile à la faute commise par la personne publique elle-même[28]. On se bornera sur cette question[29] à indiquer simplement que les critères permettant de mettre en cause la responsabilité personnelle d'un agent public dans le cadre d'un fait survenu en service correspondent à la définition très stricte de la *faute personnelle détachable du service*, dont la reconnaissance par le juge, au regard de la gravité nécessaire de la faute en cause, est fort rare.

Depuis les célèbres jurisprudences *époux Lemonnier*[30] *(1918)* et *demoiselle Mimeur*[31] *(1949)*, on assiste à une extension des hypothèses dans lesquelles le juge accepte en présence d'une faute personnelle de l'agent, l'action indemnitaire dirigée contre le service, en application de principe, posé par L. BLUM, que *" la faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute "*. L'aboutissement de ce système étant bien sûr la notion de faute *non dépourvue de tout lien avec le service* qui permet à une victime d'un dommage causé par un agent public en dehors même du service d'en demander, à la condition qu'il existe un " minimum de lien "[32], réparation à la personne publique[33]. La décision *Epoux Raszewski*[34] rendue en 1988, qui reconnaît le lien

---

1996 p. 35. Cette première recherche, suivie par celle de l'obligation de répondre qui pourra être opposée à l'auteur du dommage, englobe la question de savoir si cette imputabilité pourra être faite à l'encontre de l'administration ou de son agent, qui, donc, ne sera pas étudiée ici.

[28] Sur cette question, et notamment la question de l'imputation de la responsabilité au patrimoine d'une personne morale, cf. infra.

[29] Cf. par exemple : M. LONG : La responsabilité de l'administration pour les fautes personnelles commises par ses agents à l'occasion du service, *EDCE* 1963 p. 80 ; J. MOREAU : Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration, *JCA* fasc. 806, 1993.

[30] CE, 26 juillet 1918, époux Lemonnier, *GAJA* 11ème éd. 1996, p. 192

[31] CE, Ass. 18 novembre 1949, Demoiselle Mimeur, *GAJA* p. 422

[32] Pour reprendre l'expression utilisée par les commentateurs du *GAJA*, p. 430, pour lesquels par ailleurs, *" si la jurisprudence la plus récente n'offre pas d'exemple significatif d'arrêts ayant refusé d'admettre l'absence de ce lien, on ne saurait en inférer pour autant que l'exigence de ce lien ait disparu "*.

[33] CE, Ass. 26 octobre 1973, Sadoudi, : J. F. LACHAUME : *Grandes décisions*, PUF 11ème éd. 1998, p. 513 et ensuite : CE 23 décembre 1987, Epoux Bachelier, *R.* p. 431.

[34] CE 18 novembre 1988, Epoux Raszewski, *R.* p. 416 ; *LPA*, 1989 p. 11 note PAILLET ; *JCP* 1989.21211, note PACTEAU.

entre les méfaits commis par un gendarme et la capacité que lui a conféré cette qualité pour échapper aux recherches est à cet égard tout à fait exemplaire. Elle avait pu sembler marquer par ailleurs l'abandon de la seule limite que le juge administratif avait posé à cette théorie du lien avec le service, celle de l'intention de la victime. Le juge n'acceptr effectivement d'indemniser, dans ce cadre, que les seuls dommages résultés d'une imprudence ou d'un acte involontaire[35]. Cette condition est cependant rappelée dans une espèce récente[36].

Bien évidemment, mais cela ne concerne plus la victime, dont le sort aura été réglé auparavant par le juge administratif, l'administration sera en droit d'exercer à l'encontre de l'agent fautif une action récursoire, c'est-à-dire, après avoir indemnisé la victime comme celle d'une faute de service, de se retourner contre l'agent pour lui imputer, au titre de son éventuelle faute personnelle, la somme qu'elle aura dû payer[37].

Il reste cependant que la victime devra déterminer de quelle collectivité ressortit l'agent, qui, éventuellement, aura été la cause du dommage, afin de mettre valablement en cause sa responsabilité, même si, on le verra, cette appartenance ne pourra constituer qu'un indice quant à la détermination du patrimoine public responsable. Il faudra de la même façon réserver le cas de l'intervention d'un collaborateur occasionnel de l'administration qui engage la responsabilité de cette dernière sans avoir avec elle aucun lien juridique.

Pour la même raison, il ne sera que rarement question dans les développements qui suivent du problème de la responsabilité pénale des responsables locaux, qui a fait pourtant l'objet de nombreux débats récents et qui est actuellement une cause d'inquiétude sérieuse, pour les maires notamment, inquiétude à laquelle a d'ailleurs fait écho la récente loi relative aux délits non-

---

[35] CE 23 juin 1954, Litzer, *R.* p. 376.
[36] CE 13 mai 1991, Sté d'Assurances Les mutuelles Unies, *DA* 1991, p. 351.
[37] La recherche de la *personne répondante* et les techniques utilisées à cette fin par le juge administratif, dont l'action récursoire fait partie, seront étudiées *infra*.

intentionnels[38]. Il n'en reste pas moins que cette pénalisation de l'action publique[39] est une caractéristique majeure de l'évolution du droit de la responsabilité des collectivités publiques, du moins des responsables politiques de ces collectivités, inquiétés cette fois, par le biais des amendes pénales auxquelles ils sont de plus en plus souvent condamnés, sur leur patrimoine propre[40].

II. Les différentes tentatives de découverte d'un " critère " :

La question de la détermination du patrimoine public responsable s'avère donc essentielle. Même si dans la plupart des cas, elle ne fait pas réellement problème, certaines situations sont complexes, ce qui a conduit la doctrine, qui ne s'est cependant qu'assez rarement intéressée à ces questions, à rechercher un critère permettant de déterminer comme " à coup sûr " la personne publique responsable d'un dommage[41]. On peut affirmer, avec le professeur J. MOREAU[42] que le résultat n'est pas totalement convainquant et que cette tentative a échoué.

---

[38] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 Modifiant l'article 121-3 du code pénal qui dispose désormais que *" la personne physique qui n'a pas causé directement le dommage ne se rend coupable d'un délit d'imprudence que s'il est constaté qu'elle a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qu'elle n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, qu'elle a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ou commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer.*

[39] Sur cette question, voir le 2ème numéro de la revue *Justices* portant sur *l'Etat devant le juge pénal*, Dalloz 2000.

[40] On est d'ailleurs tenté d'établir un parallèle entre d'une part l'objectivation de la responsabilité administrative dont l'objet principal n'est plus la sanction d'un comportement mais l'indemnisation de la victime et d'autre part la plus grande facilité donnée à la victime pour mettre en œuvre la responsabilité pénale des agents publics eux-mêmes. Sur cette question, cf. notamment E. DESMONS, *La responsabilité pénale des agents publics*, PUF, Coll. Que sais je, 1998 ; C. BIGAUT, La responsabilité pénale des fonctionnaires d'autorité, *Administration* n°177, octobre 1997, p.54 et s.

[41] Les " faiseurs de systèmes ", en l'occurrence, ne semblent pas être parvenus à une solution entièrement satisfaisante. cf., L. TROTABAS pour qui *" les classements sont arbitraires et incertains car le Conseil d'Etat se soucie plus d'équité que de systèmes " :* la responsabilité de l'Etat en droit interne, *RDP* 1932 p. 670

[42] Comme l'indique J. MOREAU, *" aucun de ces critères n'est inexact, mais aucun n'est pleinement satisfaisant dans la mesure où le juge administratif tient compte de données multiples, variables selon les circonstances propres à chaque espèce ", J.C.A.* préc.

Ni le **critère fonctionnel**, fondé sur la compétence, défendu par le professeur AMSELEK (A), ni le **critère décisionnel**, plus pragmatique, fondé sur l'auteur de l'acte et proposé par Y. COUDRAY (B) dans sa thèse de doctorat, ne parviennent à cette valeur quasi-scientifique recherchée par leurs défenseurs[43]. Or, on ne saurait évidemment se satisfaire d'une situation dans laquelle il n'existerait pas de systématisation possible de la démarche du juge dans le cadre de l'imputation aux personnes publiques de leur responsabilité.

A. Le critère fonctionnel :

Il faut indiquer, provisoirement, qu'une doctrine tout à fait majoritaire[44] semble convaincue par la démonstration de P. AMSELEK, pour qui *" est responsable la personne publique à l'exercice des compétences de laquelle se rattache ce dommage "*[45]. Ainsi, Raymond ODENT indique-t-il dans son Cours de contentieux administratif[46] que *" la charge pécuniaire de la réparation accordée à la victime du dommage, créancière de l'indemnité,* ***pèse sur la personne publique pour le compte de laquelle le service ou l'agent auteur du dommage exerçait son activité au moment où le dommage fut causé*** *"* et précise que *" la personne publique responsable est celle dans la compétence de laquelle le service public qui est à l'origine du dommage est juridiquement placé "*.

Cette affirmation, si elle semble en effet correspondre pour l'essentiel à la démarche du juge administratif qui impute la responsabilité d'un dommage aux collectivités qui en sont la *cause* au double sens où elles détiennent *" un pouvoir d'agir "* dans le domaine considéré et qu'elles sont en quelque sorte *" bénéficiaires "* de l'activité qui est l'origine du dommage, n'en cache

---

[43] Cf. infra.

[44] Voir : M. PAILLET, *La responsabilité administrative,* Dalloz 1996 p. 77 ; J.-M. de FORGES, *Droit administratif,* PUF 4ème éd. 1998 p. 287 ; G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français,* Presses de Sciences Po et Dalloz, 5ème éd. 1999 p. 309 ; LAUBADERE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif,* t. 1 15ème édition LGDJ 1999 p. 1024 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général,* t.1 12ème éd. p. 1172 ; G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, Connaissance du droit, p. 126.

[45] P. AMSELEK, La détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative ", *op. cit.*

[46] R. ODENT, *Cours de contentieux administratif,* in *Chapitre 2, Le débiteur de l'indemnité, Les Cours de droit*. 1979-1980

cependant pas moins, sous une simplicité apparente, des situations inextricables. C'est notamment le cas lorsque les diverses collectivités auront concouru à la réalisation d'un même dommage, situations que le critère fonctionnel seul ne permet pas d'expliciter.

Le caractère relativement récent du droit issu des lois de décentralisation des années 1983 et 1984 et du partage de ce " pouvoir d'agir " qu'il effectue entre les collectivités décentralisées est très certainement une phénomène aggravant la situation évoquée, alors même que la totalité des situations juridiques problématiques qu'il induit n'ont pas encore toutes fait l'objet de recours et ne sont donc pas nécessairement tranchées par le juge administratif. Cette situation est notamment incontestable si l'on estime que c'est un critère fonctionnel d'imputation qui doit prévaloir, puisque la décentralisation se caractérise par un enchevêtrement de compétences entre les collectivités[47] qui rend ainsi l'utilisation du critère fonctionnel assez illusoire.

Or, c'est sur la base d'un recensement matériel des compétences[48] que se fonde la mise en œuvre du critère fonctionnel, et c'est dans ce sens que la notion est comprise par la doctrine[49]. Nous le verrons dans le cadre de notre seconde partie, cette conception est insuffisante et nous plaidons pour la reconnaissance

---

[47] Lors du colloque international consacré au bicentenaire du Conseil d'Etat, le Président Chirac, au sein d'un propos sur les responsabilités des maires, mettait en exergue la responsabilité du Conseil en la matière, indiquant qu'il a *" le rôle essentiel dans ce concert à plusieurs voix (…) de contribuer à ce que cette richesse ne conduise pas à la cacophonie "* : *Le Figaro* du 14 décembre 1999, p. 8. La mission PICQ tentait une explication de cette situation : *" tout d'abord, on a mélangé la décentralisation par matière (l'urbanisme aux communes, les affaires sociales aux départements…) et la décentralisation par niveau (les collèges aux départements, les lycées aux régions). La loi, par ailleurs a rarement précisé ce que chaque collectivité devait faire, pouvait faire ou n'était pas autorisée à faire. Enfin, la moitié des dépenses des collectivités locales sont aujourd'hui financées par l'Etat ou par l'emprunt. Ces trois facteurs réunis expliquent l'enchevêtrement des compétences des différentes collectivités publiques et la généralisation des financements croisés " :* L'Etat en France, La documentation française 1995, p. 32

[48] Or, pour J.-M. PONTIER, *" la répartition matérielle des compétences, qui paraît la plus simple et la plus logique, est impossible à effectuer ". L'Etat et les collectivités locales* LGDJ , Paris 1978 p. 44.

[49] M. PAILLET intitule d'ailleurs la section de son manuel consacrée à cette question : *L'imputabilité matérielle*, manuel préc.

d'une conception plus large de la notion de compétence susceptible de mettre en cause la responsabilité de l'administration et donc pour une redéfinition du principe fonctionnel d'imputation.

B. Le critère décisionnel

Ainsi, pour Yves COUDRAY, "*les insuffisances des solutions proposées par la doctrine obligent-elles à formuler un nouveau critère* ". L'auteur tente de démontrer et de justifier l'existence et la pertinence du critère " décisionnel " : le juge administratif imputerait la responsabilité à la collectivité qui est intervenue dans la réalisation du dommage en ce sens qu'elle bénéficiait d'un pouvoir de décision. Il affirme ainsi qu'" *une étude attentive et sans parti pris de la jurisprudence conduit à formuler un critère différent, adapté au droit des collectivités publiques. Le juge administratif s'est en effet orienté vers un critère qui tient compte de l'originalité du droit public :* ***est responsable la collectivité publique qui détient un pouvoir de décision sur l'activité ou la chose dommageable "***[50]

C'est évidemment un critère plus large que celui de la compétence, en ce sens que ce pouvoir de décision ne résulte pas forcément d'un texte l'attribuant, comme compétence, à telle ou telle entité. C'est donc de la part de M. COUDRAY une tentative d'approche plus pragmatique de la question et il s'appuie d'ailleurs régulièrement pour justifier son travail sur la nécessité de bien connaître la " réalité administrative ".

De fait, la question permettant au juge administratif de définir le lien d'imputation serait celle de savoir qui a décidé ou, plus généralement " qui décide ". On voit immédiatement l'avantage d'un tel critère : le problème n'est plus de savoir qui est compétent dans l'absolu pour décider dans tel ou tel domaine, mais qui a effectivement mis en œuvre un pouvoir de décision[51].

---

[50] Thèse op. cit. p. 65

[51] Pour notre auteur, ainsi, " *si le pouvoir de décision que détient une collectivité publique découle souvent de l'octroi, par un texte législatif ou réglementaire, d'une compétence à un*

Une espèce relativement récente met en valeur cette argumentation et permet de comprendre cette difficulté[52] : un professeur associé demande l'annulation de la décision du président de l'Université rejetant sa requête tendant à la réparation du préjudice résultant de l'illégalité de la délibération du conseil d'administration qui a refusé de proposer le renouvellement de ses fonctions. Or, aux termes de l'article 2 du décret du 8 mars 1978, *" les personnels associés ou invités sont nommés par le ministre chargé des universités "*. C'est donc le ministre qui détient la compétence, qui est titulaire du pouvoir de décision, s'agissant de la nomination de cette catégorie de personnel.

Cependant, le Conseil d'Etat tire argument du fait que " *bien qu'il soit investi du pouvoir de nomination en vertu des dispositions susrappelées, le ministre chargé des universités n'a pas été saisi de la demande de renouvellement présentée par M. C.* "[53] pour en déduire qu'il est fondé à demander que l'université soit condamnée à réparer le préjudice résultant de cette illégalité.

Il semble ainsi qu'il faille effectivement distinguer la compétence, le pouvoir de décision dont dispose une autorité au regard des textes en vigueur, et la réalité administrative.

Cependant, là encore, cette analyse qui reste intéressante, ne peut aucunement prétendre à l'universalité et ne peut notamment pas expliquer pourquoi le juge administratif impute à la commune la responsabilité d'un dommage survenu lors de la mise en œuvre d'un plan ORSEC, alors que ce dernier est de bout en bout sous le contrôle du préfet[54]. Cette circonstance, et

---

organe de cette collectivité, il ne se réduit pas pour autant à la compétence. (...) Le critère décisionnel va bien au delà du critère fonctionnel. " idem p. 66

[52] CE 24 janvier 1996, Collins, *R.* p. 14

[53] En cette matière, c'est le principe d'autonomie des universités qui trouve à s'appliquer.

[54] CE 25 mai 1990, *M. Abadie et autres*, *AJDA* 1990 pp. 824-828, note G. DARCY, qui remarque cependant, pour le regretter, qu'il y a une véritable fiction à imputer un dommage à une personne publique dessaisie de toute maîtrise sur l'action. Les plans ORSEC nationaux ont été instaurés par la loi du 22 juillet 1987, (*JORF* du 23 juill. 1987) nationaux, son décret

d’autres que l’on étudiera ensuite, constituent d’évidentes limites aux explications fondées sur des “ critères ”.

Il semble bien en effet que chacun d’eux soient utilisés par le juge administratif, et que sa démarche participe de ces idées lorsqu’il impute la responsabilité[55], mais que cette démarche s’inscrit dans un cadre explicatif plus large. C’est du moins ce qu’il faudra vérifier ici.

---

d'application n° 88-622 du 6 mai 1988 (*JORF* du 2 juill. 1988) mettant en place des plans d'urgence.

[55] Les conclusions du commissaire du gouvernement MERIC sur l’affaire *Lastrajoli (*CE 13 juillet 1962, *RDP* 1962 p. 975), sont tout à fait symptomatiques des difficultés rencontrées par le juge administratif. En effet, pour l’auteur, le patrimoine public responsable est successivement *“ la collectivité à laquelle se rattache l’activité dommageable ”* et donc *“ celle dont **la compétence** juridique embrasse l’activité en cause ”*, mais aussi *“ celle qui exerce par l’intermédiaire de ses représentants le **pouvoir de décision** dans la matière qui fait l’objet de cette activité ”*. C’est occulter le fait qu’il existe des situations dans lesquelles des collectivités détentrices de la compétence ne détiennent pas pour autant de pouvoir de décision.

Sous-section 2 : les enjeux de la recherche

La question de la détermination du patrimoine public responsable semble *a priori* toute entière contenue dans la question de l'imputabilité : la recherche entreprise correspondrait ainsi à tenter de comprendre **la technique juridique par la mise en œuvre de laquelle le juge administratif décide des responsabilités respectives des différentes personnes publiques**. C'est dans ce sens que s'oriente toute la doctrine du " critère " évoquée plus haut.

Cependant, une telle analyse envisagée d'un point de vue purement technique et fondée sur la seule exégèse des décisions jurisprudentielles semble difficilement défendable : le droit de la responsabilité est soumis à des forces qui, du " dogme de l'irresponsabilité " à " la (relative) disparition de la faute lourde " en ont modifié, au cours de ce siècle, l'économie.

Il n'en reste pas moins, d'une part, que toute recherche sur le droit de la responsabilité met nécessairement en cause des conceptions morales, et notamment celle de savoir quelle est l'utilité sociale de la responsabilité, partagée entre la peine privée et la nécessité d'indemniser les dommages. D'autre part, toute recherche sur le droit administratif de la responsabilité, et notamment lorsqu'elle a pour objet de déterminer ce qui constitue le fondement de l'édiction par le juge administratif d'un *rapport normatif* dans le cadre de la détermination du patrimoine public responsable, conduit à s'intéresser aux fondements du rôle de l'Etat et des collectivités publiques, partagé entre police et service public qui sont aussi les deux fondements envisageables de leur responsabilité.

Par ailleurs, mener une telle recherche nécessite de choisir une *méthode* permettant à la fois de comprendre la matière de façon complète, c'est-à-dire de couvrir l'ensemble des situations dans lesquelles notre question se pose, mais aussi de réduire le phénomène en cause à son " idée " la plus fondamentale afin de l'aborder " tel qu'il est ", hors des scories qui l'entourent et qui sont notamment les incertitudes quant au sens des mots qui importent ici : compétence, causalité, imputation, responsabilité… Ainsi, puisqu'on est à la

recherche des fondements sur lesquels s'appuie la démarche du juge lors de l'édiction du rapport normatif, il faut analyser le cadre général de la recherche.

*

* *

Section 2:

le cadre général de la recherche :

la responsabilité en droit public

Des évolutions théoriques fondamentales et profondes ont affecté la matière, qu'il s'agisse du principe même de responsabilité (Sous-section 1) ou plus particulièrement de sa signification s'agissant des personnes publiques (Sous-section 2).

Sous-section 1. Les évolutions du concept de responsabilité :

" L'évolution du droit de la responsabilité emportée par le développement de l'assurance[56]*, va dans le sens de la généralisation du droit à indemnisation des victimes, quel que soit le fait générateur du dommage et son auteur. Dès lors, la question est plus que jamais de savoir, non plus qui est responsable du dommage, mais* ***quel patrimoine va assurer sa réparation ".***[57]

---

[56] Ainsi, pour J.-M. PONTIER *" Notre époque est celle de l'assurance. Le recours à celle-ci s'explique assez facilement par la multiplication des risques résultant de la vie dans les sociétés industrialisées, et par le souci des individus de se prémunir contre le plus de risques possibles. Cette tendance ne touche pas seulement les individus, mais aussi les collectivités. Les lois de décentralisation de 1983, en transférant des compétences, transfèrent également des responsabilités. Et dans ce contexte, en fonction de l'engagement de leurs nouvelles responsabilités, les communes pourront se trouver condamnées à verser à l'occasion de contentieux, des indemnités dont le montant peut parfois être assez lourd. D'où l'incitation à l'assurance. Mais si les transferts de compétence ont bien une incidence sur la responsabilité des communes, ils sont sans effet à l'égard des victimes qui, dans l'hypothèse d'une condamnation des précédentes, seront indemnisées. C'est afin d'obtenir, dans les cas où elle n'était pas possible jusque-là, une véritable indemnisation des victimes, que l'on a étendu l'assurance, cette extension de la couverture constituant la principale justification des solutions adoptées. "* : Le législateur, l'assureur et la victime, *RFDA* 1986 pp**.** 98-112

[57] M. DEGUERGE. *Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique*. *AJDA* 1995 Spécial, p. 220. Ainsi, pour l'auteur, " il est alors naturel que la conscience sociale se tourne vers l'Etat comme garant des risques sociaux engendrés non seulement par l'activité des personnes publiques, mais encore par celles des particuliers, voire par les caprices de la nature. *A la fonction sanctionnatrice du droit de la responsabilité*

On assiste ainsi à une “ prise de pouvoir ” de la notion de responsabilité au sein des discours actuels, qu’ils soient politiques, philosophiques ou juridiques[58]. L’idéologie libérale dominante en fait le pendant obligé de la liberté, alors que le besoin de trouver un responsable semble caractériser le droit contemporain, qu’il s’agisse du droit “ commun ” de la responsabilité ou du droit spécial auquel, récemment, ont été soumis certains anciens ministres[59].

Les mutations de la notion même de responsabilité (I) ne sont naturellement pas sans conséquences sur le droit administratif de la responsabilité (II).

I. Les mutations du concept de responsabilité

Paradoxalement au regard des espoirs fondés sur sa mise en œuvre, le concept même de responsabilité se caractérise par son “ manque de fermeté ” (A). Cette situation est par ailleurs renforcée par les différents mouvements qui se font jour, en faveur notamment de son objectivation, et qui en transforment encore l’économie (B).

---

se superpose une fonction de garantie, dont la charge oscille actuellement dans la législation entre l’assurance et la solidarité sociale ”.

[58] Voir, par exemple dans chacun des champs : D. LOCHAK, Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, in *Le droit administratif en mutation, CURAPP* 1993 pp.275-316 ; Y. LAMBERT-FAIVRE L’éthique de la responsabilité, *RTD civ.* 1998 n°1 pp. 2-22 ; A. GARAPON, Pour une responsabilité civique, *Esprit*, Mars-avril 1999, p. 237 ; P. RICOEUR *Le Juste*, Editions Esprit, octobre 1995 ; L. ENGEL, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine, ESPRIT* juin 1993, préc. Voir aussi la contribution de D. KESSLER et F. EWALD au *Débat*, 2000

[59] Celui prévu par les articles 68-1 et 68-2 de la Constitution du 4 octobre 1958, tels qu’ils résultent de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 instaurant la Cour de justice de la République. Cette dernière a rendu le 8 mars 1999 un arrêt reconnaissant, dans le cadre du “ volet ministériel ” de l’affaire du sang contaminé, la responsabilité d’un des trois ministres renvoyés pour “ homicide involontaire et atteinte involontaire à l’intégrité des personnes ” pour deux contaminations.

A. Le “ manque de fermeté ” apparent du concept de responsabilité:

Le concept de responsabilité peut être décrit comme imprécis (1). Il fait l’objet par ailleurs de mutations (2).

1. Un concept imprécis

Il revient notamment à Paul RICOEUR[60], laissé perplexe *“ par l’examen des emplois contextuels contemporains ”* du concept de responsabilité d’avoir tenté, à la suite des travaux de M. VILLEY[61] et sur un autre plan, une recherche de son origine[62]. Le point de départ de son analyse est, dans une démarche philosophique classique, *l’étonnement*[63] face notamment au manque de fermeté conceptuelle d’un terme dont l’usage semble si fréquent et si ferme au plan juridique. Il est même *embarrassé* face à la dispersion des usages du terme dans le langage courant.[64]

L’auteur remarque ainsi que l’origine du mot responsabilité est tout à fait récente et il se propose une double recherche : celle, en amont, d’un éventuel

---

[60] Paul RICOEUR, Le concept de responsabilité, in *Le Juste*, pp. 41-70 Ed. ESPRIT, octobre 1995.

[61] Michel VILLEY Esquisse historique sous le mot “ responsable ”. Archives de philosophie du droit , n°22 pp. 45-58. Lire aussi l’article de G. VINEY : De la responsabilité personnelle à la réparation des risques in *Archives de philosophie du droit*, 1990 n° 22 p. 5 et J.-L. GAZZANIGA, Les métamorphoses historiques de la responsabilité, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème Journées René SAVATIER, *PUF* Poitiers 1998, pp. 3-18

[62] P. RICOEUR, id, p. 43 dresse ainsi, l’état des lieux : *“ d’un côté fermeté de la définition juridique depuis le début du 19ème siècle ; de l’autre absence d’ancêtres philosophiques attestés du même nom, éclatement et déplacement du centre de gravité au plan de la philosophie morale, vive concurrence de nouveaux candidats à la fonction structurante exercée par le concept de responsabilité pris dans sa stricte définition d’obligation de réparer et d’obligation de subir la peine ”*.

[63] Sur cette question du caractère fondamental du concept d’étonnement en philosophie et son lien avec le droit, cf. P. AMSELEK, l’étonnement devant le droit, *APD* 1968, p. 163, qui rappelle que *“ s’étonner, c’est tendre vers la connaissance ”* et qui transforme de la sorte la traditionnelle interrogation heideggerienne : *“ pourquoi, somme toute, y a-t-il du droit plutôt que rien ” ?*

[64] Même remarque chez J.-L. GAZZANIGA, pour qui *“ s’agissant de l’histoire de la responsabilité (…) plus qu’en tout autre domaine, rien n’est stable et assuré, l’évolution part en tout sens ”*. Les métamorphoses historiques de la responsabilité, *op. cit.* . p. 3

“ ancêtre ” du terme, et en aval, celle de ses filiations et dérivés. Il indique ainsi que le concept fondateur se situe ainsi en amont dans le champ sémantique du verbe imputer[65], qu’il caractérise dans un double mouvement : d’une part, imputer c’est *“ mettre sur le compte de quelqu’un une action blâmable, une faute, donc une action confrontée à une obligation ”* ; d’autre part *“ il ne faut pas oublier le mouvement inverse qui fait remonter de la rétribution à l’attribution de l’action à son auteur : là réside le noyau dur de l’imputation : imputer une action à quelqu’un, c’est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l’en rendre responsable ”*.

Si KANT, dans une “ vision morale du monde ” fait de la liberté le fondement de l’imputabilité d’une action[66], pour RICOEUR, l’analyse contemporaine et le *“ redéploiement contemporain de l’idée de responsabilité hors des bornes de l’héritage kantien ”* aboutit à la dé-moralisation de la racine de l’imputation caractérisée par la restauration du concept de “ capacité ” d’agir[67]. En aval cependant, l’auteur met en exergue la crise actuelle du droit de la responsabilité qui *“ a pour point de départ un déplacement d’accent mis naguère sur l’auteur présumé du dommage et posé aujourd’hui de préférence sur la victime que le dommage subi met en position d’exiger réparation, c’est-à-dire le plus souvent indemnisation ”*[68].

---

[65] *“ Dans l’imputation réside un rapport primitif à l’obligation dont l’obligation de réparer ou de subir la peine ne constitue qu’un corollaire ou un complément que l’on peut placer sous le terme générique de rétribution. ”*

[66] Sur cette question, lire l’article de Simone GOYARD-FABRE : responsabilité morale et responsabilité juridique selon KANT, in *Archives de philosophie du droit* , pp. 113-129 : *“ La loi de la causalité par liberté engage l’agent moral , elle lui impose devoir et obligation ; en un mot, elle fait de lui une personne, donc, capable de répondre de ses actions et de s’en porter garant ”*. p.114.

[67] Au terme de cette évolution, *“ si l’entreprise réussissait, le concept de responsabilité qui avait fini par se déplacer vers celui d’imputation au point d’en devenir le synonyme et finalement de se substituer à lui dans le vocabulaire contemporain, pourrait être de nouveau disponible pour de nouvelles aventures ”*.

[68] Paul RICOEUR, *Le concept de responsabilité*, préc. p. 44

2. Des éléments de mutation :

Mise en parallèle avec l'extension, concomitante du progrès des techniques, de la sphère des risques, notamment analysée par Hans JONAS[69], cette évolution porte en elle nombre d'effets pervers dont le principal consiste en ceci que *" plus s'étend la sphère des risques, plus se fait pressante et urgente la recherche d'un responsable, c'est-à-dire de quelqu'un, personne physique ou morale, capable d'indemniser et de réparer "*[70].

Cette analyse correspond à celle de Denis SALAS, qui évoque notamment la *" criminalisation de la responsabilité "*[71] et pour qui *" tout se passe comme si la faute ayant été chassée de tous les autres domaines de la responsabilité restait fixée dans l'inéliminable moyen de la responsabilité pénale "*. De la même façon,

---

[69] JONAS H**.** *Le principe responsabilité,* Champs Flammarion, 1998. Pour une critique de cette vision de la responsabilité notamment politique au prisme du " principe de précaution ", voir D. BARANGER, Une tragédie de la responsabilité, *RDP* 1999, p. 33, pour qui à propos des ministres mis en cause dans l'affaire du sang, *" le principe responsabilité regarde la responsabilité du gouvernant depuis l'avenir…En forgeant une responsabilité qui convoque l'avenir – parce qu'elle soumet l'action présente à ce qui n'est pas encore, en arguant que cette action a ledit avenir pour enjeux – on transforme considérablement le passé "*. Ainsi, pour l'auteur, *" le principe de précaution permet de reprocher aux ministres de ne pas avoir agi, quel qu'ait été l'état des connaissances au moment où ils se sont abstenus, et sans qu'ils puissent objecter que la vérité du danger n'a été nettement définie que plus tard "*. Cependant, outre que ces affirmations sur l'ignorance du danger n'ont pas été retenues par la Cour de Justice, du moins en bloc pour l'ensemble des protagonistes, il reste que la logique du principe de précaution n'est pas juridictionnelle, mais éthique et que comme telle elle concerne l'action elle-même, et non son jugement a posteriori.

[70] Et ainsi, *" Tout se passe comme si la multiplication des occurrences de victimisation suscitait une exaltation proportionnelle de ce qu'il faut appeler une résurgence sociale de l'accusation "*.

[71] cf. notamment : D. SALAS : " Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire ", in *Métamorphoses de la responsabilité* , Droits et Cultures n° 31, 1996, L'Harmattan, p. 128 pour qui notamment, *" avec le déclin de la faute, c'est la responsabilité elle-même qui semble s'effacer derrière le besoin de réparation dont sont créditées les victimes "*. Plus récemment : Le moment pénal de notre démocratie, in *Justices* n° 2, L'Etat devant le juge pénal, *Dalloz* 2000 p. 81 ; J.-C. FROMENT, Remarques sur les enjeux et la portée d'une " criminalisation " du droit administratif, *RDP* 2001 p. 555

certains critiquent de manière virulente un système dans lequel *“ les gouvernants cherchent (…) à satisfaire les revendications d’une opinion versatile et fluctuante tout en conduisant une politique du moindre risque, ce qui consolide une démocratie d’opinion ”.*[72]

L’analyse classique de cette évolution tend à affirmer que le droit de la responsabilité s’oriente ainsi vers une *objectivation*, c’est-à-dire vers le déplacement de son centre de gravité, de l’auteur fautif et de sa sanction vers la victime du dommage et son droit à indemnisation.

B. l’objectivation de la responsabilité

Les fonctions de la responsabilité ont évolué avec l’effacement apparent de la racine morale par le biais de la remise en cause de la faute comme fondement général de sa mise en œuvre.[73] Cette analyse, qui concerne le droit de la responsabilité en général (1), est évidemment observée en droit administratif (2).

1. Une évolution fondamentale du droit de la responsabilité

Le professeur Geneviève VINEY[74] a remarquablement analysé cette évolution au terme de laquelle *“ l’effacement de la notion d’imputabilité subjective et l’évolution de la notion d’imputation objective apparaissent en réalité comme des mouvements complémentaires qui concourent par des moyens différents à émanciper la responsabilité juridique de la responsabilité morale en*

---

[72] Olivier MONGIN, De la solidarité à la sécurité ou les avatars de la responsabilité, *Esprit* mars avril 1999, p. 230 s.

[73] On peut, à la suite de C. EISENMANN, distinguer les fonctions de la responsabilité de ses fondements. Par fondement, il faut entendre la raison qui justifie la responsabilité d’un sujet, ou de la règle qui détermine une responsabilité ou encore *“ l’idée explicative du régime ”*, (J. MOREAU, La responsabilité administrative, op. cit. p. 82), alors que la fonction *“ renvoie à la question des fins, des buts poursuivis par le législateur lorsqu’il impose une obligation de réparer ”*, D. LOCHAK, *Les fonctions sociales de la responsabilité administrative*, op. cit. p. 283,

[74] Sur cette question, voir notamment G. VINEY *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2ème éd. 1995 et l’article paru dans *Archives de philosophie du droit* , vocabulaire fondamental, Dalloz 1990

atténuant tous les facteurs qui ont contribué pendant une période de son histoire à en faire la sanction d'un sentiment de culpabilité pour l'orienter dans une direction totalement nouvelle : la mise en œuvre de la réponse adéquate à une situation qui trouble l'ordre social "[75].

La base de ce raisonnement est la reconnaissance et la promotion d'un droit (objectif) des victimes à l'indemnisation de leur préjudice[76], droit qui serait largement déconnecté des problèmes techniques de reconnaissance de la responsabilité : que ce soit en raison d'un fait ou d'une faute, quelle que soit la qualité de la personne auteur du dommage, la victime disposerait d'un droit à être indemnisée.[77] Il correspond à l'affirmation de C. DEBOUY pour qui *" il paraît de plus en plus intolérable que des victimes ne reçoivent pas une juste indemnité (et) il faut alors trouver un patrimoine pour supporter la charge de l'indemnisation du préjudice "*[78].

C'est ainsi qu'on a pu affirmer que le thème des droits des victimes est à rapprocher de celui des droits de l'homme[79], autrement dit qu'on se situe bien, lorsque l'on aborde cette question, dans un domaine non pas juridique, mais tout

---

[75] Archives de philosophie du droit : vocabulaire fondamental, Dalloz 1990,op. cit. p. 287

[76] Ainsi *" la cause première de la responsabilité serait plus nettement que jamais, le dommage, un dommage de plus en plus largement entendu ; l'obligation de le réparer tiendrait à son imputabilité à une personne publique, elle-même appréciée de manière protéiforme. Dans ce système moins sophistiqué que l'actuel, le fait générateur deviendrait relativement indifférent, et le lien de causalité, non pas moins important, mais moins apparent "*, D. TRUCHET, art. Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer, *RDSS* 1993 p. 3

[77] Sur cette évolution, et son éventuelle origine dans le droit américain de la responsabilité, cf., L. ENGEL, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité : le droit français face à la dérive américaine, ESPRIT* juin 1993, n° 192 p. 5 et s. L'auteur montre qu'aux EUA, *" la volonté farouche d'assurer aux victimes une compensation monétaire estimée légitime a (...) conduit les juges à désigner comme responsable non plus celui qui l'est réellement mais celui qui a les moyens de financer cette compensation, soit directement, soit parce qu'il est assuré "*. Par ailleurs, cet état de chose peut faire l'objet de critiques (trop ?) sévères : ainsi pour A-M. LE POURHIET, *" sans éducation ni discipline, donc de sens du devoir et de la responsabilité, notre génération a perdu jusqu'à l'idée d'intérêt général fondatrice du civisme. Le culte non pas* du droit, *mais* de ses droits, *obsède l'homme post-moderne "*, Alain MINC et l'horreur juridique, *Le Débat* n° 104, mars-avril 1999, p. 13.

[78] C. DEBOUY Le droit français de la responsabilité : métamorphose ou permanence ?, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF 1998 pp. 246

à fait idéologique[80]. Il est à cet égard intéressant d'étudier, comme l'a fait C. SCHAEGIS, les apports de la théorie solidariste à la matière : à la suivre en effet, on s'aperçoit que cette théorie, basée sur le sentiment d'injustice peut en grande partie être comprise comme à l'origine de tout le système de responsabilité de la puissance publique[81].

2. Une nouvelle hiérarchie des fonctions de la responsabilité

La fonction d'un système de responsabilité correspond à l'idée de se demander *" à quelles fins, dans quelles vues le législateur impose-t-il une obligation de réparation à des sujets donnés "*, ou encore *" quel objectif poursuit-il ce faisant, quels résultats se propose-t-il d'atteindre "* ?[82]

Cette nouvelle hiérarchie des fonctions de la responsabilité, qui fait prévaloir l'indemnisation sur la sanction d'un comportement (et la prévention de son éventuel renouvellement) a ainsi, de longue date, fait l'objet d'une analyse doctrinale[83], mais il semble qu'elle gouverne récemment nombre de réflexions et notamment celles des " victimologues "[84], qui se sont exprimées à l'occasion des lois d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme[85], puis du débat relatif à l'indemnisation des victimes des transfusions.

---

[79] C. SCHAEGIS, *op. cit.* p. 83

[80] Sur l'idéologie des droits de l'homme, notamment ceux dits de la " troisième génération ", cf. B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz connaissance du droit, 1998, p. 115 et s. qui rappellent, après J. RIVERO, que le terme " droit de l'homme " n'a de sens que si quatre conditions sont réunies : un titulaire, un objet, une opposabilité et une sanction. Il semble bien cependant que le droit à l'indemnisation, progressivement, accède à cette concrétisation juridique.

[81] C. SCHAEGIS, *op. cit.* p. 40

[82] Ch. EISENMANN, sur le degré d'originalité… n° 2. Ainsi, *" incontestablement la responsabilité civile est susceptible de remplir dans le droit positif … une pluralité de fonctions "*.

[83] Déjà, pour Paul DUEZ, *" le Conseil d'Etat s'attache, en accroissant chaque jour la responsabilité, en surface, en profondeur, en densité, à fournir des solutions de plus en plus favorables aux administrés "* : *La responsabilité de la puissance publique*, p. 5

[84] Voir notamment l'article de M. NORMANDEAU, Pour une charte des droits des victimes d'actes criminels, *Rev. Science crim.* 1983 p. 209 et s.

[85] T. RENOUX : *L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme : un nouveau cas de garantie sociale*, *RFDA* 1987, p. 909 Lire aussi, T. RENOUX et André ROUX, *Responsabilité de l'Etat et droits des victimes d'actes de terrorisme*, *AJDA* 1993, p. 76

C'est là probablement, dans le cadre des dispositifs législatifs que nous envisagerons par la suite, l'un des domaines les plus significatifs[86], aboutissant, comme l'indique T. RENOUX à *" l'amorce d'un statut légal de la victime, définissant ses rapports avec l'Etat "*, la victime se voyant *" reconnaître des droits propres et cela indépendamment de toute idée de responsabilité "*[87]. Cette idée de statut protecteur est encore renforcée par, notamment, l'augmentation qualitative des obligations pesant sur l'administration, comme c'est particulièrement le cas s'agissant de l'obligation d'information pesant sur les services hospitaliers[88], ou s'agissant de l'héritier de la victime décédée qui n'a pas introduit de son vivant de demande d'indemnisation, domaines dans lesquels le Conseil d'Etat a récemment aligné ses solutions sur celles de la Cour de Cassation[89].

---

[86] Voir *infra*, le Titre 2 et les développements relatifs aux régimes législatifs de responsabilité.

[87] Article *op. cit. RFDA* 1987, p. 909. Cette idée correspond enfin à ce qu'Yves SAINT-JOURS nomme, à propos de l'indemnisation des victimes de dommages corporels, la *" systématisation de la responsabilité sociale des générateurs de risque "* dont il estime *" qu'elle prend progressivement le relais de la responsabilité civile, de manière pragmatique, désordonnée et incomplète "* : De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques, *D.* 1999, p. 211.

[88] CE, 15 mars 1996, Mlle Durand, *RFDA* 1996, p. 630 : obligation d'information du patient en matière de chirurgie esthétique ; CE Section, 14 février 1997, CHR de Nice, *DA* 1997 n°146, obs. C. ESPER, *JCP* 1997.II.22828, note J. MOREAU : faute du service hospitalier qui n'a pas informé une parturiente des risques particuliers d'erreur des résultats d'une amniocentèse. Pas de responsabilité cependant, si le patient n'avait aucune chance d'éviter le risque médical : CE 15 janvier 200, Courrech, n° 184386, *D.A.* Avril 2001 p. 39 note C. ESPER : le défaut d'information constitue effectivement une faute, mais dès lors que *" l'état de santé de M. Courrech nécessitait de manière vitale une intervention et qu'il n'y avait pas d'alternative thérapeutique moins risquée "*, la faute considérée n'a pas entraîné de perte de chance (de préjudice) et donc n'est pas indemnisée.

[89] CE 5 janvier 2000, AP-HP c/ Consorts Telle, *Gaz. Pal.* 2000, p. 480, note J. MOREAU ; *RFDA* 2000 p. 641, conclu. CHAVAUX, note P. BON ; CE 17 mai 2000, req. n° 190076 : la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation, avec la réserve posée par l'arrêt *Courrech* préc. ; CE, Section 29 mars 2000, AP-HP, *JCP* 2000.II.10360, note DERRIEN : le droit à réparation d'un dommage, quelle que soit sa nature, s'ouvre à la date à laquelle se produit le fait qui en est directement la cause. Si la victime du dommage décède avant d'avoir elle-même introduit une action en réparation, son droit, entré dans son patrimoine, est transmis à ses héritiers. Cet arrêt est rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement CHAUVAUX qui estimait que seule la victime pouvait solliciter une indemnité pour ses souffrances physiques ou morales.

II. La mise en œuvre de la responsabilité administrative au regard du mouvement général d'objectivation de la responsabilité.

Il semble bien, ce qui paraît très naturel malgré la clarté apparente des énonciations de l'arrêt Blanco, qu'aux évolutions observées dans le droit général et notamment civil de la responsabilité corresponde une certaine évolution de la jurisprudence administrative[90], que l'on peut interpréter comme toujours plus favorable aux victimes : on peut citer pêle-mêle, à la suite du passage du stade de l'irresponsabilité des personnes publiques à la quasi-disparition de ses derniers îlots, l'aménagement de la charge de la preuve au bénéfice de la victime, grâce notamment au jeu des présomptions.

En effet, la notion de présomption correspond, *" à un mode de raisonnement qui permet de tenir pour certain ce qui est probable "*[91]. Il s'agit d'un procédé qui provoque, selon la remarque de Mme LLORENS-FRAYSSE *" un déplacement de l'objet de la preuve d'un fait inconnu générateur de droit invoqué à un fait connu en général voisin ou connexe "* [92]. Ces *" techniques contentieuses développées par le juge administratif dans l'intérêt des victimes desquelles il résulte que la responsabilité de l'administration est engagée à moins*

---

[90] Ainsi, pour D. TRUCHET, *" en réalité, c'est tout le droit de la responsabilité de la puissance publique qui change. (...) Nous vivons une accélération sensible du grand mouvement historique qui, depuis l'arrêt Blanco et l'arrêt Tomaso-Greco améliore constamment la situation de la victime "*. Cf. Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer, *RDSS* 1993, p. 1 et s. La première raison de ce mouvement étant pour l'auteur, " les exigences de l'opinion publique ", les mêmes probablement qui ont fait récemment déclarer à certains membres de la Haute Cour de Justice, que *" la lecture de la presse, une plongée dans nos circonscriptions, le souvenir des victimes, surtout, nous a convaincu que l'on ne pouvait pas s'en tenir là (à une relaxe pour l'ensemble des prévenus) sans passer pour des complices de ce drame du sang contaminé "*, cf. Le Monde du mercredi 10 mars 1999, p. 6. Il semble ainsi que le risque d'un jugement *" au feeling "* pointé par A. GARAPON se soit bien réalisé : cf. A. GARAPON, Pour une responsabilité civique, *Esprit*, Mars-avril 1999, p. 237

[91] M. PAILLET, ouvrage préc. p. 103

[92] *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ 1985, p. 53. Voir aussi L. de GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, LGDJ 1991.

qu'elle ne rapporte la preuve qu'elle n'a pas commis de faute " [93] et le développement par le juge de présomptions de fautes (défaut d'entretien d'un ouvrage public, infections nosocomiales, régime des mineurs en placement) ou de responsabilité (vaccinations obligatoires, risque routier[94], risque spécial pour les tiers en matière de réinsertion des malades mentaux…) ont ainsi " *occulté l'importance du lien de causalité dans le système classique* "[95].

Il en est de même s'agissant de l'admission par le juge dans l'arrêt *Letiserand* du préjudice moral comme chef d'indemnisation[96], ou encore la tendance récente à la marginalisation de la faute lourde : telle est, tracée à grands traits, l'Histoire de cette découverte des droits des victimes ou, plus largement, des requérants[97].

Une révolution ?

Il n'est pourtant absolument pas évident que le mouvement " d'objectivation " du droit de la responsabilité administrative et l'influence d'un courant " victimologiste " ait encore modifié profondément le fondement de la responsabilité des personnes publiques[98]. L'idée d'un *renversement de tendance* a

---

[93] C. GUETTIER, *ouvrage préc*. p. 148.,

[94] C'est l'arrêt CE Ass. 6 juillet 1973, Min. équipement c/ Dalleau, *R.* p. 482, confirmé, comme juge de cassation par l'arrêt CE Section 5 juin 1992, Ministre de l'équipement et du logement c/ époux Cala, *R.* p. 225. Dans cette seconde espèce cependant, le caractère exceptionnellement dangereux du tronçon routier n'a pas été reconnu.

[95] M. DEGUERGUE, fasc. préc. au Jurisclasseur p. 23.

[96] CE 21 février 1936, Demoiselle Ducasse, *R.* p. 232 : atteinte à l'honneur ; CE section, 6 juin 1958, Commune de Grigny, *R.* p. 322 ; et surtout CE Ass. 2 novembre 1961 Letisserand, *R.* p. 661 ; *D.* 1962 p. 34, conclusions HEUMANN.

[97] Dont l'une des étapes semble être la récente loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, modifiant le code de justice administrative, même s'il est trop tôt pour juger de ses conséquences en ce domaine.

[98] Les commentateurs civilistes sont en tout cas, en ce qui les concerne, tentés d'en douter : sur ce point, voir notamment les analyses d'Y. FLOUR, faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? : *Droits*, 1987, n° 5, p. 29 et s. pour qui *" la restauration de la faute, que beaucoup croient souhaitable, est ... inséparable d'une remise en ordre plus générale de la responsabilité civile"*. De plus, la Cour de cassation s'est refusée à suivre le Conseil d'Etat

même été avancée, sous l'influence de l'idée du *principe de précaution*[99] consacré en droit français par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement et défini comme le principe selon lequel *" l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économique acceptable "* et qu'il faudrait désormais considérer comme un nouvel élément du contrôle de légalité[100]. Le principe est en effet consacré implicitement par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Association Greenpeace France*[101] : la Haute Juridiction prononce le sursis à exécution de la décision ministérielle inscrivant au catalogue des espèces et variétés de plantes cultivées en France trois variétés de maïs génétiquement

---

sur le terrain de l'indemnisation pour risque des patients victimes d'aléas thérapeutiques par le médecin : Civ. 1ère 8 novembre 2000, D. c/ T. et a., *JCP* 2001.II.10493.

[99] Sur l'ensemble de cette question, Cf. le rapport de Mme VINEY et M. KOURILSKY, *Le principe de précaution*, Odile Jacob et La documentation française, 2000 (téléchargeable sur le site Internet de la documentation française : www.documentation.gouv.fr). Pour M. REMOND-GOUILLOD, cité par G. MARTIN, Principe de précaution et responsabilités, *in Les Transformations de la régulation juridique, LGDJ 1998*,p. 418, note 16 : *" les prémisses d'un système d'indemnisation rénové se mettent en place. Celui-ci, se décantant, tend vers une distinction simple : d'un côté le risque, affaire de société, se règle à l'aide de financement collectif ; de l'autre la responsabilité, affaire d'individus, retrouve son fondement naturel, la faute "*. Sur cette notion, voir aussi *EDCE* 1998, n° 49 p. 256 ; Olivier GODARD, " De l'usage du principe de précaution en univers controversé ", *Futuribles*, Février-Mars 1999, p. 37-59 et l'étude de Corinne LEPAGE, " Que faut-il entendre par principe de précaution ", *Gaz. Pal.* n° 281 du 8 octobre 1999, p. 7-11. La *Revue juridique de l'environnement* livre un numéro spécial 2000 consacré au principe de précaution, avec notamment la contribution de M. DEGUERGUE : La responsabilité administrative et le principe de précaution, p. 105 s.

[100] Ch. CANS : Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité, *RFDA* 1999, p. 750

[101] CE sect., 25 septembre 1998, *DA* 1998 n° 310 ; *JCP* 1998.II.10216, note J. de MALAFOSSE, *RFDA* 1998, p. 1227. Pour une explicitation du principe de précaution par la CJCE s'agissant de la mise sur le marché d'un OGM et du pouvoir d'appréciation des autorités nationales au regard de la directive 90/222/CEE, voir l'arrêt du 21 mars 2000, association Greenpeace France et autres c/ ministre de l'agriculture et de la pêche, rendu dans la même affaire sur question préjudicielle du Conseil d'Etat : *AJDA* 2000 p. 448, notes H. LEGAL et R. ROMI (deux notes) et sa mise en œuvre dans le sens de la légalité de l'arrêté du 5 février 1998, hormis en ce qu'il limitait à trois ans l'inscription des variétés en cause et le refus de l'application pure et simple du principe de précaution posé par l'article L. 200-1 du code rural : CE 22 novembre 2000, Assoc. Greenpeace France et autres, *JCP* 2001.II.10530 et les conclusions TOUVET.

modifié en invoquant de façon bien peu explicite *“ la nature des conséquences que l’exécution de l’arrêté attaqué pourrait entraîner ”*.

L’application de ce principe aurait ainsi pour conséquence que la mise en œuvre de la responsabilité (et donc sa fonction) redeviendrait *“ prioritairement un outil de désignation des comportements condamnables ”*[102] : dans ce système, la victime *“ ne doit plus être indemnisée parce qu’elle est victime, mais seulement parce que son dommage a été causé par une personne qui peut être qualifiée de responsable au regard des obligations de précaution qui pesaient sur elle ”*.

Plus particulièrement, cette analyse peut être menée s’agissant d’une part de la “ disparition ” de la faute lourde (A) et d’autre part de la reconnaissance du risque comme fondement de la responsabilité (B).

A. Faute lourde[103]

Elle peut être vérifiée s’agissant tout d’abord de l’apparente remise en cause de la faute lourde comme critère de mise en œuvre de la responsabilité par le juge administratif[104] : on a certes récemment assisté à l'abandon partiel de la faute lourde en matière de responsabilité des services fiscaux[105], de responsabilité

---

[102] G. MARTIN, préc. p. 419.

[103] Sur cette question, on peut se rapporter à l’étude de J. WALINE : L’évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques *EDCE* n°45, notamment p. 464

[104] Le principe du contrôle du Conseil d’Etat, juge de cassation, sur la pertinence du principe de responsabilité retenu par les juges du fond est posé par les arrêts *D.* du 9 avril 1993, *R.* p. 110, concl. LEGAL et *Commune de Kintzheim* du 25 mars 1994, *R.* p. 162.

[105] CE Sect. 27 juillet 1990, Bourgeois, R. p. 242, *RFDA* 1990, p. 899, conclu. CHAHID-NOURAÏ; *AJDA* 1991, p. 53, note L. RICHER) : responsabilité pour faute simple dans le cadre d’une erreur dans l’établissement de l’assiette de l’impôt et dans le recouvrement. La responsabilité n’est engagée pour faute simple qu’en l’absence de “ difficultés particulières tenant à l’appréciation de la situation des contribuables ”. Les espèces CE 13 mai 1991, Commune de Garges-lès- Gonesse, *R* p. 178 (s’agissant d’une collectivité locale) et CE Sect. 29 décembre 1997, Commune d’Arcueil, *AJDA* 1998, p. 180 et la chronique (s’agissant d’un particulier), maintiennent en effet le régime de la faute lourde pour les opérations d’assiette. On assiste là à un mouvement inverse au courant général dont l’origine est probablement à trouver dans la double raison du caractère hautement symbolique du domaine considéré, au regard de la notion de souveraineté notamment, et des conséquences que pourraient induire une plus grande facilité de mise en cause des services fiscaux pour les finances publiques. La difficulté matérielle de la mise en œuvre des opérations en cause pourraient figurer un argument supplémentaire. Cette solution critiquée (cf. *AJDA* 1998 p. 112 la chronique de

dans l'ensemble du domaine médical[106], puis particulièrement de l'Etat à l'occasion de son activité de tutelle sur les centres de transfusion sanguine[107] et à l'occasion de l'activité du secours médical d'urgence par l'arrêt *Theux*[108]. Le Conseil d'Etat vient de faire de même s'agissant de l'activité de lutte contre l'incendie par un arrêt du 29 avril 1998, *Commune de Hannapes*[109], et de l'activité de " contrôle et de surveillance des activités de conception et de construction des navires "[110].

Enfin, encore en matière de police, la faute lourde n'est plus une condition d'engagement de la responsabilité à raison du dommage causé par l'abstention ou le refus d'un maire de prendre, à l'égard d'une personne affectée de troubles mentaux toutes mesures provisoires nécessaires[111]. La solution est la même s'agissant de la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité de contrôle des autorités bancaires[112].

Ainsi, au terme de cette évolution, seuls quelques domaines semblent encore soumis au régime de la faute lourde : les régimes bénéficiant d'un système

---

MM. GIRARDOT et RAYNAUD) est ainsi justifiée par le commissaire du gouvernement GOULARD, classiquement par le fait que " *l'activité des services d'assiettes et de recouvrement est difficile tant en raison de la complexité du droit applicable que de la nature des relations qui s'établissent avec les contribuables qui poursuivent souvent un but inverse de l'administration* " mais de façon plus intéressante en ce que " ***les services fiscaux sont des attributs du pouvoir régalien, ce qui dissuade de les assimiler à un service public ordinaire ".*** *RJF* 1998, n° 2 p. 81 :

[106] CE Ass. 10 avril 1992, Epx. V, *R.* p. 171; *AJDA* 1992, p. 355, conclu. LEGAL ; *RFDA* 1992, p. 571

[107] CE Ass. 9 avril 1993, G. D. B., *R.* p. 242 ; RFDA 1993 p. 583, *AJDA* 1993, p. 344 et chron.

[108] CE Sect. 20 juin 1997, Theux, *R.* p. 254 conclu. STAHL ; *RFDA* 1998, p. 82,

[109] CE 29 avril 1998, Commune de Hannapes, *R.* p. 186, *D.* 1998 p. 536, note LEBRETON ; *RDP* 1998 p. 1001, note PRETOT ; *LPA* 10 mars 1999, note PIERACCINI. Il semble à l'issue de ces jurisprudences qu'il ne soit plus possible d'affirmer que le critère d'application de la faute lourde soit celui de la difficulté de l'intervention de l'autorité administrative posé par l'arrêt d'Assemblé *Marabout*, du 20 octobre 1972, *R.* p. 664.

[110] CE Sect. 13 mars 1998, Améon et autres, *R.* p. 82. Voir aussi CAA Nantes, 4 novembre 1999, Min. équip. log. trans. c/ Mme Crochemore et autres, *JCP* éd. G. 2001.II.10466 conclusions J.-F. MILLET, Gaz. Pal. 11/13 février 2001, Panorama du droit public p. 49

[111] CE 14 avril 1999, Société AGF, *DA* 1999, n° 180.

[112] Qu'un récent arrêt de Cour d'Appel soumet au régime de la faute simple : CAA Paris, 30 mars 1999, El Shikh, n° 96PA04386, *JCP* 2000.II.10276 conclusions Mireille HEERS.

légal ou conventionnel d'irresponsabilité partielle[113], celui des activités matérielles de maintien de l'ordre[114] et une partie de la responsabilité des services fiscaux[115], le contrôle de légalité du préfet sur les actes des collectivités locales[116], ou encore la garantie de la sécurité des détenus[117]. Autrement dit, outre certains régimes spéciaux issus de dispositions conventionnelles ou légales, les activités considérées traditionnellement comme " régaliennes "[118]. Nous aurons l'occasion d'indiquer qu'il existe probablement un fondement plus complexe, dans le cadre de notre seconde partie[119].

Mais, outre le fait que le domaine d'application de la faute lourde n'a pas pour autant disparu[120], on remarque aussi que si le juge n'exige plus, dans ces

---

[113] Régimes qui correspondent à une irresponsabilité organisée de l'administration, comme c'est notamment le cas de l'article 7 du code des P. et T. concernant l'acheminement des objets de correspondance ordinaire : CE 22 janvier 1986, Mlle Grelier, *R.* tables, p. 643.

[114] Par exemple, dans le cadre de la lutte contre les activités terroristes : CAA Marseille, 4 mars 1999, C° d'assurances générales de France, n° 97MA00552, *Gaz. Pal.* 2000 n° 121 à 125, Panorama p. 20

[115] A ce titre, *" l'utilité du concept de faute lourde (…) ne se conçoit que dans un domaine d'activité où l'administration est susceptible de commettre des fautes qui ne peuvent matériellement ou ne méritent pas toutes d'être sanctionnées "*, C.J. DUCHON-DORIS, concl. préc. p. 1039

[116] CAA Marseille 15 septembre 1998, Société au service du développement, *Gaz. Pal.* 1999, p. 222, confirmé par CE Section, 21 juin 2000, Ministre de l'équipement et des transports c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin. *RDP* 2000 p. 1247 : conclusions TOUVET ; *RFDA* 2000 p. 888 et 1096 note P. BON ; *DA* août-septembre 2000, n° 195, p. 24 : " *considérant que la circonstance que le préfet des Alpes-Maritimes s'est abstenu de déférer au tribunal administratif le POS de la commune de Roquebrune-Cap-Martin sur le fondement duquel a été délivré le permis de construire litigieux, ne revêt pas le caractère d'une faute lourde, seule de nature à engager en pareil cas la responsabilité de l'Etat envers la commune "*. On se place ici d'ailleurs dans le cadre général des actions de tutelles et de contrôle : CE Ass. 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociale de Meurthe-et-Moselle, *R.* p. 100 ; *GAJA* n° 65.

[117] Voir une décision critiquée du TA de Rouen, 3 février 1999, M.C. *LPA* 18 février 2000, n° 35 p. 16

[118] Analysant les justifications de l'existence d'un régime de faute lourde en matière de responsabilité des services fiscaux, le commissaire du gouvernement CHAHID NOURAÏ indiquait ainsi dans ses conclusions sur l'arrêt Bourgeois, que *" la première est historique : le prélèvement fiscal est l'une des prérogatives les plus anciennes et les plus fortes de la puissance publique .. "* Concl. op. cit. *RFDA* 1990

[119] Voir infra, les développements relatifs à la différence entre service public et police administrative en matière de responsabilité administrative.

[120] La reconnaissance de la responsabilité administrative en raison des conséquences de l'acte administratif en cause qui doivent être alors d'une réelle gravité, ce que le juge apprécie

matières, la présence d'une faute d'une particulière gravité pour mettre en cause la responsabilité administrative, il continue de la conditionner à la présence d'une faute, dont la reconnaissance est, comme en contrepartie, de moins en moins facilement admise par la jurisprudence : certains voient ainsi dans cette évolution récente la seule volonté pour le juge de remettre en cause l'usage de la notion de faute lourde, dont l'emploi devenait politiquement problématique, au regard de l'évolution actuelle des mentalités[121].

C'est ce qu'indiquait le commissaire du gouvernement STAHL qui justifiait la nécessité d'abandonner la faute lourde dans ses conclusions sous l'arrêt *Theux*[122] au motif qu'il *" est maintenant perçu par les justiciables comme une limitation injustifiée de la responsabilité des personnes publiques "*, alors que *" le juge de la réparation ne peut durablement donner à penser à ses concitoyens qu'il ne leur rend pas justice "*.

Mais il faut encore relativiser l'importance de ces décisions. Le Professeur LEBRETON[123] fait ainsi opportunément remarquer, ce que la lecture des conclusions des commissaires sous ces deux affaires laisse d'ailleurs à penser, que l'évolution est essentiellement terminologique, puisque la jurisprudence substituerait désormais à la distinction faute lourde / faute simple une nouvelle différenciation entre *faute* et *erreur non fautive*[124] cette dernière étant définie

---

strictement ; cf., récemment, CE 14 janvier 1998, M. Dagorn, *LPA* 1998, n° 80, p. 10, conclusions BONICHOT : l'absence de motivation n'est pas une faute lourde.

[121] Pour C. SCHAEGIS, *" les opinions qui se manifestent sur la notion de faute se situent peut être d'avantage sur le terrain de l'opportunité politique que de la technique juridique "*, op. cit., p. 60

[122] CE sect. 20 juin 1997, *RFDA* 1998, p. 85 conclusions STAHL. Ainsi, selon le rapport du Conseil d'Etat pour 1998 cette espèce *" participe de l'évolution générale vers une responsabilité élargie des personnes publiques telle qu'on peut la constater aussi bien dans le contentieux administratif que dans le contentieux pénal " : EDCE* n° 49, p. 244

[123] G. LEBRETON, note sous CE Section 13 mars 1998, M. Ameon et autres, et 29 avril 1998, Commune de Hannapes, *D.* 1998, pp. 535-538.

[124] note STAHL préc. p. 87, F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, chronique *AJDA*, 1998, p. 424. De la même façon, le commissaire du gouvernement TOUVET, dans ses conclusions sur l'arrêt *Améon et autres* indiquait que le passage de la faute simple à la faute lourde n'interdisait pas au juge d'être *" plus exigeant avant de reconnaître une faute de la part d'un service soumis à des conditions d'exercice difficile "* : cité par J.C. DUCHON-DORIS,

comme *“ la maladresse légère ou l’imprudence minime explicable par une situation d’urgence ”*[125] ou comme *“ l’ensemble des erreurs qui n’ont pas un degré de gravité suffisant…ou qui s’expliquent par des situations d’urgence (ou par …) des difficultés techniques particulières ”*[126]. M. LEBRETON voit ainsi dans cette modification de pure forme une “ *opération de marketing ”*[127] qui, si elle reste sans réelle conséquence sur la situation des victimes, ce que la jurisprudence à venir pourra seule démontrer, est assez significative des pressions auxquelles le juge administratif est soumis lorsqu’il décide des conditions de mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques[128].

---

conclusions sur CAA Marseille 21 janvier 1999, Commune de Saint Florent, *RFDA* 1999. p. 1032.

[125] Conclusions LEGAL sous CE Ass. 10 avril 1992, Epx. V, *AJDA* 1992 p. 361. Cette finesse d’analyse de la notion de faute, par ailleurs, était déjà mise en évidence par le commissaire du gouvernement BARBET dans ses conclusions sur les arrêts Daramy et Lecomte au *JCP* 1949.II.5092.

[126] Conclusions STAHL préc. p. 87

[127] G. LEBRETON, note op. cit. p. 537, pour qui *“ le droit administratif verse dans l’illusion…on escamote par un tour de passe-passe la faute lourde, qu’on fait réapparaître à travers la faute , tandis que la véritable faute simple, sommée de lui céder la place, ressurgit du chapeau de l’erreur “ non fautive ”, en contradiction avec la jurisprudence selon laquelle toute illégalité est une faute ”*, tout cela ayant pour unique objectif de *“ restaurer la confiance des justiciables en la justice administrative ”*. Le trait est peut-être un peu forcé, mais cette analyse n’est probablement pas tout à fait fausse. D’ailleurs, elle confirme l’affirmation de Mme PISIER-KOUCHNER qui affirmait, en 1972 : *“ jusqu’à une époque récente, l’exigence de la faute lourde permettait de n’engager que très rarement la responsabilité de l’Etat et les arrêts de rejet se contentaient de noter que “ dans les circonstances de l’affaire ” il n’y avait pas faute lourde. Depuis un certain temps, cependant, une évolution jurisprudentielle tend à reconnaître l’existence d’une faute lourde dès qu’une insuffisance dans l’organisation ou le fonctionnement du service a pour conséquence d’aggraver l’ampleur du sinistre ”, La responsabilité de la police*, Dossiers Thémis, PUF 1972, p. 40.

[128] Cette réflexion peut d’ailleurs être intégrée dans un contexte plus large, qu’a notamment mis au jour récemment le professeur GAUDEMET. Pour l’auteur en effet, qui analyse “ les nouvelles méthodes du droit administratif français ”, *“ le fait même que la préoccupation normative se soit déplacée de la jurisprudence vers les attributions administratives du Conseil d’Etat…(a) modifié la perspective. Alors que (…)la juridiction administrative trouvait sa raison d’être et sa justification dans la qualité de sa jurisprudence, dans sa participation essentielle à l’expression de la légalité administrative, toute une série de paramètres nouveaux ont fait comprendre qu’elle devait être aujourd’hui appréciée et jugée* ***au moins autant sur la qualité de son travail proprement juridictionnel, sa crédibilité, sa prévisibilité et sa fiabilité pour les justiciables ” :*** Les nouvelles méthodes du juge

B. Théorie du risque

Dans ce cadre, la responsabilité de l'administration est mise en jeu dès lors qu'une des ses activités d'intérêt général a créé un risque spécial dont les victimes ne doivent pas seules supporter les conséquences. L'indemnisation des tiers dans le cadre des dommages de travaux publics en constitue l'archétype[129].

S'agissant ensuite du développement de cette responsabilité pour risque, on en est " réduit ", ce qui est cependant déjà une avancée, ou du moins la conséquence d'une évolution considérable, à énumérer les régimes qui en font application, sans pour autant, bien sûr, que la faute ait été détrônée de son statut de droit commun de la responsabilité administrative. Ce relatif échec du risque comme facteur explicatif de la responsabilité, tant en droit public d'ailleurs qu'en droit privé peut trouver, avec le professeur Y. FLOUR, une explication dans le fait que *" la théorie du risque.. se résume au fond à une proposition purement négative : être responsable pour risque, c'est l'être même si on a commis une faute. Mais la théorie reste assez largement impuissante à expliquer vraiment le pourquoi de cette responsabilité, et à justifier que le poids du sort soit ainsi transféré de la victime que le destin a choisie sur une autre "*. [130]

Certes, on observe une distanciation toujours plus importante entre la faute et le caractère moral de cette dernière, qui caractérise la notion d'objectivation : la faute est plus comprise aujourd'hui comme un fait défectueux, voire erroné, que comme un comportement moralement répréhensible. Mais il ne semble pas, qu'hormis cette dé-moralisation déjà évoquée, l'évolution en droit administratif soit aussi profonde qu'on l'affirme, ou du moins qu'elle ne puisse pas être relativisée[131].

---

administratif français, in *Etat, Loi, Administration,* Mélanges SPILIOTOPOULOS, éd. Sakkoulas – Bruylant, Athènes 1998 p. 153.

[129] Voir infra les développements relatifs aux régimes spéciaux de responsabilité.

[130] Y. FLOUR, Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance, op. cit. p. 29

[131] Sur ce débat ancien, voir les contributions récentes de M.-T. CALAIS - AULOY : La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute, *D.* 1998, n° 14 ; et de Ch. RADE : L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, *D.* 1998,

Pour s'en assurer, il faut voir comment, dans ces conditions, la jurisprudence administrative et la doctrine fondent la responsabilité des personnes publiques puis comment elles la mettent en œuvre.

*

* *

Rechercher comment le juge administratif détermine la personne publique responsable conduit à s'interroger sur ce qui *fonde* la jurisprudence en matière de responsabilité des personnes publiques. Bien sûr, cette question, largement traitée en doctrine, est extrêmement complexe, et il se vérifie à son propos que les tentatives visant à unifier l'ensemble de la matière autour d'un élément unique (ici, un fondement) sont également vouées à l'échec et que *" s'agissant de la responsabilité administrative, il semble bien qu'il soit impossible de ramener l'ensemble des hypothèses correspondantes à un schéma explicatif unique "*[132].

Ce qui importe, dans le cadre de notre recherche, c'est de savoir dans quelle mesure cette question du fondement a une *influence* sur la réponse à la question : qui est responsable ? Il s'agit donc moins pour nous de savoir si le juge administratif privilégie la faute ou le risque pour accepter de mettre en mouvement le droit de la responsabilité administrative. En revanche, le point de savoir à quel moment il en viendra à considérer que telle ou telle collectivité publique doit être mise en cause, que ce soit sur le terrain de la faute ou sur celui du risque nous intéressera beaucoup plus.

Or cette interrogation est évidemment primordiale s'agissant du droit de la responsabilité des personnes morales de droit public puisque l'ensemble des réflexions sur ce thème part du constat qu'il y a " quelque chose qui grince "

Chron. 301 et La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), *RTD civ*. 1987.505

[132] M. PAILLET, manuel op. cit., p. 30, pour qui *" malgré la satisfaction pour l'esprit que procure la possibilité de s'en remettre à un fondement unique, force est de constater que l'idée d'égalité devant les charges publiques ne fournit qu'artificiellement un principe explicatif commun à l'ensemble des hypothèses qui constituent la responsabilité publique "*, p. 31

(EISENMANN) lorsque l'on veut imputer la responsabilité d'un acte directement à une personne publique, alors que, nécessairement, c'est le fait ou la faute d'un agent de cette dernière qui est en cause, la personne publique apparaissant alors facilement comme un " commettant "[133].

Il faut ainsi reprendre la question de la personnalité morale, comprise comme *" un procédé en vue de la vie de relation "*[134] : c'est à une personne et plus précisément à son patrimoine que le juge administratif impute la responsabilité. Ce sont donc, fictivement, les agissements de cette personne qui sont susceptibles de mettre en cause sa responsabilité, c'est-à-dire nécessairement les agissements de ses agents.

L'analyse des éléments principaux de la théorie de la personnalité morale nous conduira donc à la question de savoir si le droit de la responsabilité administrative met en œuvre une responsabilité du fait d'autrui, et si oui, quels en sont les points saillants.

---

[133] Voir : P. DELVOLVE : La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, *Mélanges Marty*, p. 407 s.

[134] HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, p. 104. De la même façon : *" si la personnalité morale a uniquement pour base la déclaration de volonté propre en vue du droit propre dans la vie de relation, tous les éléments d'une institution qui ne se ramèneront pas à une déclaration de volonté ou qui, étant des déclarations de volonté, n'auront pas pour but la vie de relation caractérisée par l'affirmation du droit propre resteront dans la sphère objective de l'individualité "*, Précis, 6ème éd. p. 32.

Sous-section 2. La responsabilité des personnes publiques

Il faut évoquer les conditions qui permettent de reconnaître la responsabilité des personnes publiques (I), avant d'étudier ce qui semble, au regard des évolutions évoquées plus haut, en être le fondement (II), et enfin les aspects relatifs au fait générateur de la responsabilité (III).

I. Les conditions de la responsabilité[135]

On sait que la majorité de la doctrine considère, avec le Professeur P. AMSELEK[136], que c'est la notion de compétence qui permet le plus sûrement de déterminer la personne publique responsable dans les conditions suivantes est responsable la personne publique dans la compétence de laquelle s'est inscrit le dommage à l'origine du préjudice dont la réparation est en cause.

Or, c'est nécessairement l'attribution de la personnalité morale (A) qui induit l'existence de compétences et d'un patrimoine propre à la personne publique et qui donc permet la responsabilité et son imputation (B). C'est sur cette base qu'il faut tenter de déterminer, en tenant compte des éléments avancés s'agissant des fonctions de la responsabilité administrative, comment le juge administratif en détermine le fondement.

A. L'attribution de la personnalité morale[137] :

Qu'on en rattache l'existence et la justification à la théorie de la fiction[138]

---

[135] Il n'est pas question ici des conditions du droit à réparation de la victime (préjudice réparable, lien de causalité), mais des conditions même qui font qu'une personne morale de droit public est susceptible de voir sa responsabilité engagée.

[136] P. AMSELEK, la détermination de la personne publique responsable d'après la jurisprudence administrative ", in *Etudes de droit public*, 1964, p. 300

[137] Sur l'ensemble de cette question, cf. F. LINDICH, *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ 1997

[138] Sur cette question, cf. D. COSTA, *Les fictions en droit administratif*, LGDJ 2000

ou à celle de la réalité, c'est l'attribution de la personnalité morale à un groupe qui a pour conséquence de lui conférer une capacité et, éventuellement, des compétences. C'est ainsi l'attribution de cette personnalité qui conditionne l'existence d'un patrimoine propre à cette entité, de son droit de contracter, d'ester en justice et, bien sûr, **de l'obligation de répondre des conséquences dommageables de ses actes.**

Il faut ensuite indiquer que la notion de personnalité morale, si elle recouvre une réalité unique, n'obéit pas nécessairement aux mêmes règles, s'agissant notamment de sa dévolution : on voit bien par exemple que c'est un acte juridique qui a été la condition de la dévolution de la personnalité morale à la Région ou à tel ou tel établissement public. On voit mal, par contre, quelle décision précise est à l'origine de l'incontestable personnalité morale de l'Etat, condition de sa responsabilité, même si, au terme d'un siècle de jurisprudence administrative, *" le vœu de Léon MICHOUD que l'Etat soit considéré sous le rapport de sa responsabilité comme une autre personne morale de droit public, et non plus comme un souverain qui consent à indemniser dans des hypothèses déterminées par lui au cas par cas, paraît exaucé "*[139].

En ce sens, comme l'écrivait M. HAURIOU, *" la personnalité juridique s'est constituée parce qu'elle a été l'instrument perfectionné du règlement des risques et des responsabilités de chacun, règlement qui constitue la grande affaire du droit dans la série des relations avec autrui "*. [140]

L'acquisition de la personnalité morale, comme l'indique le professeur LINDITCH, *" correspond à l'édiction par l'autorité administrative d'un acte dont l'effet est de déclencher à son profit le bénéfice d'une condition juridique prédéterminée "*[141]. La thèse de la réalité de la personnalité morale, en dehors du cas spécifique de l'Etat, telle qu'elle est défendue par L. MICHOUD dans son *Traité de la personnalité morale* et qui consiste à dire que dès lors que l'on peut

---

[139] F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *LGDJ 1997,* BDP n° 176 p. 108.
[140] *Principes de Droit public* 1910, p. 101.
[141] Idem, p. 120

établir l'existence d'une volonté autonome et d'intérêts propres la constitution de la personnalité morale est acquise, est en effet démentie par l'existence d'établissements publics dont la seule spécialité est la gestion d'un service public.

C'est donc le *volontarisme* qui préside à la " dévolution " de la personnalité morale par l'Etat, qu'il s'agisse de la concession à un groupe social préexistant ou de la création d'un organe purement corporatif : on trouve ainsi toujours, quelle que soit sa forme, un acte-condition portant soit expressément mention de la dévolution de la personnalité morale à tel ou tel organe, soit, et c'est alors implicitement qu'il faut en déduire ladite dévolution, d'éléments de cette personnalité et particulièrement de l'autonomie financière. Ainsi, le Conseil constitutionnel note-t-il dans sa décision 149DC du 28 décembre 1982[142] que *" la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel crée, à Paris, Marseille et Lyon, des conseils d'arrondissement élus et des maires d'arrondissement élus dans leur sein par lesdits conseils sans pour autant ériger les arrondissements en collectivités territoriales possédant la personnalité morale et un patrimoine propre "*.

B. Les conséquences de cette attribution

Ainsi, l'attribution de la personnalité morale, telle qu'on vient de la présenter a pour conséquence immédiate de confier à la nouvelle personne une capacité : droit d'ester en justice, droit de contracter, droit de posséder et donc de détenir un patrimoine. C'est bien évidemment essentiel pour notre sujet, dans la mesure où c'est cette capacité qui rend une personne publique " répondante " et qui permet de la poursuivre " personnellement "[143].

Cependant, capacité n'est pas compétence, et dire qu'une personne

---

[142] Décision 149 DC du 28 décembre 1982, *R. conseil constit.* p. 76, *RJC* I. 138

[143] Par exemple : CAA Lyon 23 juin 1992, commune d'Aurillac *R. tables* p. 1299 : *" Les établissements publics locaux d'enseignement étant dotés en vertu de la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 de la personnalité juridique et de l'autonomie financière, les décisions prises par l'organe délibérant de ces établissements en ce qui concerne l'utilisation des ressources qu'ils reçoivent de la collectivité de rattachement ne peuvent engager la responsabilité de cette dernière à l'égard du tiers "*.

publique est susceptible d'être soumise à un procès en responsabilité[144] ne résout pas la question de savoir à quelle condition .

Capacité et compétence :

Le point de départ de cette réflexion est le terme de *capacité*, qui peut se définir comme *" une habilitation générale à être titulaire de droits et d'obligations et à les exercer "*[145]. Bien entendu, la capacité entretien avec la notion de personnalité juridique des liens intimes et complexes : la capacité est seconde et ne semble pas se concevoir s'agissant d'une entité non personnalisée.

Au fond, la seule notion véritablement juridique est celle de capacité qui découle de la reconnaissance (acte-condition), politique, de la personnalité à une entité (le plus souvent par " le pouvoir "), quelle que soit la forme que recouvre cette réalité. L'attribution de la personnalité morale à une entité fait bénéficier cette dernière, sauf disposition particulière dans l'acte de dévolution, d'une capacité de principe, c'est-à-dire de droits et d'obligations et traditionnellement, de la capacité de contracter, d'ester en justice, d'accepter des dons et legs...

Si certains auteurs semblent assimiler capacité et compétence, en indiquant notamment que *" la seconde dimension du sujet de droit est celle où il est réputé capable d'accomplir des actes de droit. Seul le sujet peut le faire, seul il possède cette puissance. Suivant les branches du droit, ladite puissance peut être différemment nommée* ***: on parlera de capacité en droit privé, ou de compétence en droit public****.* ***Mais le contenu demeure le même : il s'agit d'une sphère de pouvoir qui caractérise le sujet et qui lui permet d'accomplir des actes que le droit considère comme valides "***[146] il semble bien pourtant qu'il faille distinguer.

---

[144] C'est pour M. HAURIOU, *" c'est à cela que sert la personnalité juridique "* puisque *" dans l'exercice des droits, qui est toujours périlleux, la volonté qui prend la décision exécutoire assume la responsabilité de sa décision, c'est-à-dire la responsabilité du risque à courir ;* ***elle fait même encourir ce risque à tout le patrimoine*** *(et) par conséquent c'est la volonté seule qui met la personnalité juridique à même d'accomplir sa véritable fonction ", Précis de droit administratif*, 1907, p. 31 note 1.

[145] F. LINDITCH, *op. cit*. p. 108

[146] C. GRZEGORCZYK, Le sujet de droit : trois hypostases, *APD* 1989, *Le sujet de droit*, p. 16, dans laquelle l'auteur entend montrer la spécificité en science juridique du concept étudié, qui se décompose cependant en trois " hypostases ".

La capacité découle en effet automatiquement de la reconnaissance de la personnalité morale, alors que les compétences peuvent être soit déterminées en même temps, soit à la suite de la création de la personne morale. Mieux : elles peuvent évoluer, alors que la capacité est intangible.

La notion de compétence correspond quant à elle à la possibilité donnée à la puissance publique d'édicter des règles, possibilité enfermée et limitée par le principe de légalité.

II. Une responsabilité du fait d'autrui :

Dans ce cadre, la responsabilité administrative s'analyse-t-elle comme une responsabilité du fait d'autrui[147], ou un système de responsabilité plus spécifique, fondée sur l'égalité de tous devant les charges publiques voire devant le service public ? La notion de faute est-elle susceptible de constituer le fondement de la responsabilité d'une personne morale, ou cette dernière ne peut-elle être basée que sur le risque ?

A. Le fondement traditionnellement admis :

Les deux fondements traditionnels de la responsabilité sont la responsabilité assise sur la *faute* : on est tenu de réparer les dommages causés par nos erreurs, nos actions fautives, et la responsabilité sans faute[148], *pour risque* : on est tenu de

---

[147] Sur cette question, voir notamment la tentative de systématisation proposée par Pierre DELVOLVE : La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, *Mélanges Marty*, p. 407 s. : *" Pour parler de responsabilité du fait d'autrui au sens strict, il faut être en présence de faits dans lesquels l'agissement d'un individu apparaît distinctement, en tant que tel, et engage cependant la responsabilité d'une autre personne. Dans cette acception, la responsabilité du fait d'autrui ne recouvre donc pas toute la responsabilité, mais seulement les cas où une personne publique est reconnue responsable alors que le dommage est causé matériellement par une autre personne, que l'on détermine exactement "* (p. 408).

[148] Responsabilité comprise comme *" un moyen pour l'administration de poursuivre les activités d'intérêt général d'une façon socialement plus acceptable dès lors qu'une compensation s'avère possible quand des intérêts particuliers sont lésés de façon trop importante " :* P. FOMBEUR, Les évolutions jurisprudentielles de la responsabilité sans faute, *AJDA* 1999, n° spécial, p. 100.

réparer toutes les conséquences de nos actes, qu'ils aient pour origine une action fautive ou non.

Cependant, on peut être tout à fait convaincu par la présentation de Charles EISENMANN qui, dans une étude classique consacrée au degré d'originalité de la responsabilité administrative[149], estimait nécessaire de distinguer *le fondement immédiat* de la responsabilité d'une personne publique, comme par exemple le fait d'être **la cause** du dommage, du *fondement médiat*, norme " méta juridique ", raison d'être qui la justifie, ce qui correspond dans le cadre du système des articles 1382 et suivants du code civil au postulat que l'on doit réparer ses fautes.

On indiquerait ainsi que le débat sur la nécessité de l'existence d'une faute correspond à celui de savoir dans quelles conditions le juge administratif est susceptible de mettre en œuvre la responsabilité d'une personne publique, ce qui, là encore, n'est pas répondre à la question de savoir ce à quoi ces solutions s'ordonnent : la faute ainsi n'est qu'une variable technique correspondant à la mise en œuvre immédiate du fondement médiat résulté du compromis social compris dans les énonciations du code civil.

Plus encore, on peut s'interroger sur le point de savoir si les évolutions auxquelles on assiste actuellement s'agissant des conditions de mise en œuvre de la responsabilité n'ont pas pour fondement, au regard des évolutions idéologiques évoquées plus haut, un changement du fondement médiat de la responsabilité : si pour Charles EISENMANN, en 1949, il s'agissait du postulat de l'obligation de réparer ses fautes, n'est-on pas passé à celui de l'obligation d'indemniser tout dommage, quelle qu'en soit l'origine[150] ?

Finalement, le débat se résume à tenter d'analyser a quel fondement immédiat le juge administratif ordonne la mise en œuvre de la responsabilité administrative. Il apparaît alors qu'une personne publique peut être tenue d'indemniser les conséquences dommageables de ses actes soit parce qu'elle a

---

[149] Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectives) publiques, op. cit. n° 2

commis une faute, soit, en l'absence de faute, parce qu'elle a rompu, au détriment de la victime du dommage, le principe d'égalité devant les charges publiques. Dans cette seconde hypothèse, on peut distinguer le cas où elle a tiré profit d'une activité et celui dans lequel c'est le caractère " choquant " du préjudice causé et des conditions dans lesquelles il est survenu qui conditionnent la mise en œuvre de la responsabilité de la personne publique.

Le principe : l'administration est tenue de réparer ses fautes

On peut avancer que la notion de faute caractérise encore le droit commun de la responsabilité administrative : *" la responsabilité pour faute (comprise comme le fonctionnement défectueux du service qui s'analyse en un manquement aux obligations qui s'imposent à lui), constitue en quelque sorte le droit commun de la responsabilité administrative "*[151]. La question ne mérite pas de plus amples développements tant le consensus semble être total sur cette question, au terme d'une évolution plus que séculaire depuis la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat.

L'exception : le principe d'égalité devant les charges publiques :

Depuis l'arrêt Cames, le risque fait certainement partie des notions fondatrices de la responsabilité administrative. Mais comme l'indique le professeur PAILLET, *" il s'agit d'une notion à plusieurs facettes "*[152] qui englobe à la fois le risque-profit et le risque-créé ou encore le risque social. L'ensemble de ces composantes semblent correspondre à la nécessité de réparer un dommage considéré comme " anormal ", que ce soit en raison de la grande dangerosité de l'activité mise en œuvre par l'administration, ou en considération de la gravité des risques auxquels elle soumet ses collaborateurs, déterminée au cas par cas par le juge administratif, et donc ne pouvant faire l'objet d'une meilleure synthèse.

---

[150] Sur le degré d'originalité, *JCP* 1949.I.751.
[151] G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, préc. p. 66.
[152] M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, préc. p. 32

C'est donc le principe d'égalité devant les charges publiques qui est susceptible de justifier cette responsabilité : lorsque l'activité administrative fait subir un dommage anormal et spécial, elle engendre une rupture de l'égalité devant les charges publiques qui doit être compensée par le versement d'une indemnité. Cependant, on peut s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure l'idée de fonder la responsabilité des personnes publiques sur l'égalité devant les charges publiques ne conduit pas nécessairement à considérer que tout dommage constitue une charge et doit partant être indemnisé, l'administration étant tenue non plus à une obligation de réparer les fautes qu'elle ne pouvait pas ne pas commettre mais toutes ses activités dommageables, même les plus " difficiles " à mettre en œuvre[153]. On assisterait alors, et c'est peut-être de la sorte que doivent s'analyser les mouvements " objectifs " contemporains, à une modification du fondement médiat de la responsabilité des personnes publiques qui deviendrait une simple obligation d'assurance .

Cette imprécision[154] disqualifie semble-t-il l'usage de ce critère unique de la responsabilité administrative, et on peut probablement affirmer, avec le professeur PAILLET, que *" le recours à une analyse pluraliste paraît inévitable "*[155].

B. Une responsabilité du fait d'autrui autonome ?

Parler d'une responsabilité du fait d'autrui, c'est nécessairement constater que le droit administratif s'inspire, pour les fautes commises par les agents des collectivités publiques, des principes du droit civil, et notamment de l'article 1384 du code civil[156]. Il est d'ailleurs historiquement établi que la notion a été

---

[153] Voir infra dans le cadre des développements relatifs aux régimes législatifs de responsabilité le débat concernant le fondement de la responsabilité de l'Etat du fait des rassemblements et des attroupements.

[154] Pour reprendre les termes utilisés par T. DEBARD : " L'égalité devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative ", *D.* 1987, Chron. p. 157

[155] M. PAILLET, idem

[156] Cette similitude est particulièrement sensible dans le cadre de la recherche de la personne responsable. Ainsi, dans la 7ème édition du " Droit civil français " d'AUBRY et RAU indique-t-on que parmi les éléments qui conditionnent la responsabilité figure " *une certaine relation entre le fait défectueux et la personne que l'on entend rendre responsable. Cette*

utilisée à l'époque, antérieure à l'arrêt Blanco, où les juridictions judiciaires revendiquaient leur compétence pour le contentieux des personnes publiques.

L'affirmation, explicite en la matière dans l'arrêt *Dugave et Bransiet*[157], rendu le même jour que l'arrêt *Blanco*, de l'autonomie de la responsabilité administrative au regard des dispositions du code civil ne semble pas cependant avoir disqualifié en doctrine[158] l'influence de la catégorie de la responsabilité du fait d'autrui comme explication de la jurisprudence administrative en matière de responsabilité des personnes publiques du fait des dommages commis par leurs agents. La responsabilité administrative est certes autonome, mais cela n'empêche pas de s'inspirer des solutions plus anciennes du droit civil.

Pour LAFERRIERE cependant, cette affirmation se heurte à une difficulté majeure, puisque l'article 1384 se rapporte à une relation " d'homme à homme " alors que la relation qui unit l'Etat et ses agents est de nature spéciale. Selon l'auteur, c'est bien d'une responsabilité directe dont il s'agit, le service public devant être considéré comme l'auteur de la faute[159].

Pour une doctrine majoritaire cependant, on est en présence d'une responsabilité du fait d'autrui autonome, même si l'on peut s'interroger sur son " degré d'originalité ".

La réflexion de DUGUIT[160], pour qui l'Etat n'est qu'une pure abstraction qui ne peut commettre de faute, aboutit au rattachement de la responsabilité pour

---

relation est évidente et immédiate dans le cas particulier de la responsabilité du fait personnel, mais elle est parfois délicate à préciser pour les responsabilités du fait d'autrui ou du fait des choses ; elle n'implique d'ailleurs pas, quant à elle, une véritable causalité, mais suppose simplement l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle. " : Droit civil français, Tome 6, 7ème éd., par A PONSARD et N.-J. de la BATIE, Librairies Techniques, 1975 n°325, p. 494

[157] TC 8 février 1873, Dugave et Bransiet, *R.* 70

[158] Ainsi pour SOURDAT, les actions en dommage-intérêt dirigées contre l'Etat sont toujours fondées sur " *les principes de la responsabilité civile du fait d'autrui* " parce qu'une personne morale " *ne peut être l'auteur immédiat des faits nuisibles* " Traité général de la responsabilité, 3e éd. 1876, p. 724

[159] *Traité*, 1896, t.2, p. 189. (Idem, P. DARESTE, Les voies de recours, 1914, p. 536)

faute de service à la responsabilité du fait d'autrui, sans pour autant remettre en cause l'autonomie de la responsabilité administrative : elle se rattache au principe de **corrélation des avantages et des charges**, l'Etat n'assurant que le risque impliqué pour tous les administrés par le simple fonctionnement des services publics.

De la même façon, pour TEISSIER " *la conséquence logique et naturelle (du principe de l'égale répartition des charges entre les citoyens posé par la Constituante) était que tout dommage causé à une personne privée par le fonctionnement d'un service public devait être mis* ***à la charge de la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service avait été établi "*** [161]**.**

Cette idée est reprise par Ch. EISENMANN, pour qui la responsabilité des personnes publiques pour les fautes de leurs agents et celle des commettants pour les fautes de leurs préposés ont le même fondement et " *il est juste que celui dans l'intérêt principal duquel une autre personne agit supporte les conséquences onéreuses qui peuvent résulter des fautes éventuelles de cette personne* "[162], dans le cadre d'une responsabilité qui ne peut pas être une responsabilité pour faute, " *puisque jamais la responsabilité des fautes d'autrui ne peut être une responsabilité pour faute* "[163] mais qui repose toujours sur une obligation de garantie.

---

[160] *Les transformations du droit public*, 1925, p. 232

[161] Article au rép. Becquet, 1906, t.23, p. 104 à 107 et ouvrage à part à la librairie Dupont.

[162] Sur le degré d'originalité, JCP 1949.I.751., § 10. Pour l'auteur, l'Etat " *est responsable parce que l'auteur des dommages est un sien agent, en raison du lien qui le lie à l'auteur de la faute dommageable, c'est-à-dire exactement au même titre où le sont le maître et le commettant* ". Le fondement de la responsabilité administrative basé sur le principe de corrélation des avantages et des charges, est ainsi à ses yeux " *le plus important* ", et n'est remis en cause que dans un cas : " *celui où (les personnes publiques) doivent réparation du dommage infligé aux particuliers au titre d'une opération correspondant à la satisfaction d'un intérêt public et tenue pour régulière* ".

[163] idem, n° 8

G. CORNU reprend l'idée duguiste de l'assurance pour affirmer en 1949[164] que la responsabilité du fait d'autrui s'assimile à celle des commettants pour les fautes de leurs préposés dont le fondement ne serait ni la faute, ni la corrélation entre avantages et charges, mais le fait que *" la puissance crée une nouvelle obligation de sécurité "*.

Marcel WALINE, de la même façon, estime que les collectivités publiques agissant toujours par l'intermédiaire d'un agent, c'est une responsabilité du fait d'autrui qui joue[165], et l'ensemble des ces positions doctrinales favorables à l'assimilation seront synthétisées par R. CHAPUS dans sa thèse de doctorat[166] : la responsabilité du fait d'autrui est en droit privé comme en droit public une **responsabilité indirecte** car la personnalité juridique de l'auteur du dommage est prise en considération par le droit, la victime pouvant agir contre lui et que le répondant, s'il a dû indemniser la victime, peut exercer une action récursoire contre l'auteur réel du préjudice. Les conditions, les effets, la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui sont ainsi identiques en droit privé et en droit public. La nature de la responsabilité du fait d'autrui, en droit public comme en droit privé s'analyse en un phénomène de garantie[167], dont le fondement **est l'idée toute simple que celui à qui profite une activité doit en supporter les risques.**

Comme l'indique Maryse DEGUERGE[168], cette position ruine la thèse de la responsabilité directe des personnes publiques pour les fautes du service public **et**

---

[164] G. CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, thèse Paris 1949, éd. Matot-Braine, Reims, 1951

[165] *" Chaque collectivité est responsable du fait des personnes qui sont, vis-à-vis d'elle, dans une relation semblable à celle du préposé et du commettant " : Traité de droit administratif*, Sirey, 9ème éd. p. 786.

[166] Thèse 1952, LGDJ 1954. Voir notamment pp. 200 à 261

[167] Sur la question de la garantie comme fondement de la responsabilité, cf. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse Paris 1947 et Domaine et fondement de la responsabilité sans faute, *RTD civ*. 1958 p. 475 et s.

[168] Thèse op. cit. Cette idée correspond d'ailleurs à ce que Ch. EISENMANN nommait " fondement médiat de la responsabilité " pour risque en droit privé, qui correspondait pour lui *" à l'avantage ou " profit ", plus précisément : dans un principe de corrélation entre les avantages d'une activité ou d'un état et les charges qu'ils peuvent éventuellement entraîner.*

son autonomie : elle a en effet pour conséquence que la responsabilité du fait personnel n'existe pas en droit administratif, partagé entre responsabilité du fait d'autrui et responsabilité du fait des choses.

Enfin, allant au terme de cette logique, A. de LAUBADERE reprochera même à R. CHAPUS de ne pas être allé plus loin dans sa systématisation, estimant quant à lui que seule la responsabilité du fait d'autrui fonde la responsabilité administrative, puisqu'on doit parler, à l'occasion d'un dommage causé par une chose, de *“ responsabilité du fait d'autrui à l'occasion de l'emploi d'une chose ”*[169]

Cependant, cette assimilation de la responsabilité des personnes publiques à la responsabilité du fait d’autrui n’emporte pas la conviction de l’ensemble de la doctrine.

S’agissant cette fois de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public[170], la position du Conseil d’Etat est absolument claire. Dans une étude de 1996[171] il indique en effet que *“ telle qu’elle a été conçue par le législateur la responsabilité pénale des personnes morales suppose nécessairement l’intervention des personnes physiques qui commettent une infraction pour le compte de la personne morale. La responsabilité de la personne morale est donc “ indirecte ”*.

Le dommage a pour cause une activité qui normalement doit tourner au profit principal d’une personne, ou une chose dont elle tire avantage par les droits qu’elle a sur elle ; on estime juste que cette personne supporte la charge qu’éventuellement cette activité ou cette chose peuvent entraîner, du fait qu’il en résulte un dommage pour un tiers ”, Sur le degré d’originalité… préc. n° 5

[169] A. de LAUBADERE, "Existe-t-il une responsabilité du fait des choses..."; *Pages de doctrines* LGDJ 1980, t. 2, p. 277

[170] Cf. J. MOREAU “ La responsabilité pénale des personnes morales de droit public en droit français. ”, *LPA* n° 149 du 11 décembre 1996, p. 41. Il faut remarquer cependant que cette solution n’est pas totalement nouvelle : M. GENEVOIS cite ainsi un arrêt de 1851 qui condamne une commune pour contravention de grande voirie : L’autorité compétente pour instituer une contravention de grande voirie, *RFDA* 1988, p. 279. Il apparaît cependant que l’exemple de la commune n’est pas excellent, au regard de la spécificité de cette institution : cf. infra les développements consacrés à la spécificité communale.

Mais pour autant la responsabilité de la personne morale n'est pas une responsabilité du fait d'autrui. C'est une responsabilité du fait personnel, dans la mesure où les personnes physiques qui peuvent l'engager sont *les représentants de la personne morale* qui expriment sur le plan juridique la volonté de celle-ci. Il en résulte en particulier que les employés de la personne morale ne peuvent pas engager la responsabilité pénale de celle-ci. Ainsi, en l'état de l'article 121-2 du code pénal[172], un fonctionnaire territorial ne peut, par ses agissements délictueux, engager la responsabilité pénale de la commune, car il n'est ni un représentant, ni un organe de celle-ci[173]. En matière de police, le juge judiciaire considère que les dispositions du code pénal réservant la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales aux activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation de service public ne s'appliquent pas dès lors qu'il n'existe pas de disposition contraire spécifique[174]. Autrement dit, le champ d'application de l'article 121-2 est on ne peut plus large, puisque, notamment, aucune des dispositions du code

---

[171] *La responsabilité pénale des agents publics,* collection " les études du Conseil d'Etat ", 1996.

[172] Aux termes duquel *" les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement (…) des infractions commises,* ***pour leur compte,*** *par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public. "*

[173] idem, p. 100. Il résulte par ailleurs du *" bilan de quatre années de sanctions pénales à l'encontre des personnes morales "* (C. DUCOULOUX-FAVARD, *D.* 1998, chronique, p. 395) que d'une part que ce sont surtout des personnes morales de droit privé à but lucratif qui ont fait l'objet d'une condamnation pénale : 34 SARL, 26 SA pour 6 personnes morales de droit public dont trois communes, un syndicat professionnel et deux établissements publics, dont l'un gérant un centre hospitalier. L'analyse des décisions montre par ailleurs clairement pour l'auteur que *" la mise en cause des personnes morales, lorsque des infractions résultent de leur activité, conduit à un véritable allégement de la répression à l'encontre des personnes physiques "*.

[174] Cass. Crim, 14 mars 2000, pourvoi n° 99-82.871 ; *D.* 2000, IR, p. 154 : viole l'article 121-2 du code pénal la cour d'appel qui, sur la procédure ouverte à la suite d'une avalanche qui a enseveli des skieurs pratiquant le ski de fond, relaxe la commune, exploitant son domaine skiable en régie, poursuivie pour n'avoir pas fermé la piste malgré le risque d'avalanche existant, aux prétendus motifs que la fermeture de la piste de ski relève de pouvoir de police du maire qui ne peut faire l'objet de la part du maire d'une convention de délégation de service public**, alors que le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L. 2212-2 du CGCT n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité fixées, la responsabilité de l'exploitant à l'égard de l'usager**.

général des collectivités territoriales ne prévoit expressément, à notre connaissance, une telle impossibilité.

Dans l'affaire de la noyade d'enfants dans la Drac due à une brusque montée des eaux consécutive à un lâcher d'eau d'un barrage EDF, la Cour d'appel de Grenoble[175] avait effectivement reconnu la faute pénale de l'accompagnatrice des enfants, ainsi que du maire qui n'a pas valablement exercé son pouvoir de surveillance sur l'activité du service socio-éducatif de sa commune. Ainsi, dès lors que la Cour d'appel a estimé que l'infraction reprochée avait été commise dans le cadre d'une activité susceptible de faire l'objet d'une délégation de service public, elle constate d'une part que l'homicide par imprudence fait partie des incriminations susceptibles d'être imputées aux personnes morales en vertu des articles 221-7 et 121-1 du code pénal et qu'en n'exerçant pas une surveillance effective de l'activité de ce service, le maire, représentant de la commune avait commis une faute susceptible de mettre en jeu la responsabilité pénale de la commune.

Cet arrêt, cependant, a fait l'objet d'une censure de la Cour de cassation[176], en raison de l'intervention d'une part de la loi relative aux délits non-

---

[175] CA Grenoble, 12 juin 1998, *D.* 1999, Somm. p. 151, observations G. ROUJOU de BOUBEE ; voir aussi s'agissant de la faute commise par les représentants d'une société délégataire de service public ayant abouti au décès d'un skieur du fait d'une avalanche : cass. crim. 9 novembre 1999, *D.* 2000 IR p. 61 : la Cour d'appel a valablement déduit qu'en prenant d'un commun accord la décision fautive d'ouverture de la piste, le directeur des pistes et le chef de secteur ont, à l'égard du public *" exercé le pouvoir de décision de la société, dans le cadre du contrat de remontées mécaniques et de son obligation accessoire de sécurité et avaient la qualité de représentants de la société "*. La cour de cassation précise à cette occasion que *" le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches prévu à l'article L. 2212-2, 5° du CGCT n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité prévues par la loi, le règlement ou le contrat, la responsabilité de l'exploitant vis-à-vis de l'usager, dans le cadre d'une délégation de service public industriel et commercial relevant, sur ce point, du droit privé "*.

[176] Cass. crim. 12 décembre 2000, *AJFP* 2001 p. 30 commentaire S. PETIT. La Cour estime par ailleurs que *" l'exécution du service public communal d'animation des classes de découvertes suivies par les enfants des écoles publiques et privées pendant le temps scolaire, qui participe du service de l'enseignement public, n'est pas, par nature, susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public "*.

intentionnels[177] en ce qui concerne la responsabilité des personnes physiques (les enseignants) et d'autre part dès lors qu'était en cause un service public d'Etat qui ne saurait faire l'objet d'une délégation de la part d'une commune dont la responsabilité ne pouvait donc être recherchée[178].

III. Un système spécifique fondé sur le critère fonctionnel :

Le Professeur Paul AMSELEK établit, on l'a déjà évoqué, une construction théorique qui conduit à dire que le juge administratif a mis sur pied une responsabilité des personnes publiques autonome au regard du droit privé **et qui n'est pas une responsabilité du fait d'autrui** : le juge administratif a inventé un système permettant l'imputation des responsabilités *au regard de compétences mises en œuvre* par, donc, l'application d'un critère fonctionnel.

Il récuse ainsi l'influence de l'article 1382 du code civil sur la doctrine du droit public qui assimile le fait pour une personne publique d'être tenue pour responsable d'un dommage à celui d'en être matériellement la cause, puisque c'est à son sens **l'obligation de réparer qui est imputée à la collectivité publique** et non le dommage. C'est un critère fonctionnel qui serait appliqué puisque c'est la compétence exercée par l'agent qui fonderait l'attribution de la responsabilité à la personne publique pour le compte de laquelle cette compétence a été exercée.

Cependant, l'idée qu'une collectivité doive supporter la charge des dommages causés par une autre substituée à elle dans l'exercice de ses

---

[177] Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 modifiant l'article 121-3 du code pénal qui dispose désormais que *" la personne physique qui n'a pas causé directement le dommage ne se rend coupable d'un délit d'imprudence que s'il est constaté qu'elle a créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qu'elle n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, qu'elle a violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ou commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvait ignorer "*.

[178] L'Etat étant quant à lui, aux termes des dispositions de l'article 121-1 du code pénal, placé en dehors du champ de la responsabilité pénale des personnes morales.

compétences correspond encore au principe de la corrélation des avantages et des charges, développée notamment par Léon DUGUIT[179] pour nier l'existence d'une responsabilité pour faute de l'Etat et selon lequel l'Etat assure le risque qu'implique pour tout administré le fonctionnement des services publics, la responsabilité de l'Etat n'étant qu'une assurance contre le risque résultant du mauvais fonctionnement des services publics.

Cette présentation de l'état du droit, on l'a dit, semble intéressante en ce qu'elle pourrait permettre d'expliciter une grande partie des décisions en matière de détermination du patrimoine public responsable. Elle se heurte cependant à deux types de difficultés, s'agissant de sa mise en œuvre pratique (A) et, surtout, de son fondement théorique (B).

A. Les difficultés d'ordre pratique :

P. AMSELEK relevait lui-même la difficulté de déterminer avec précision les compétences réciproques des diverses personnes publiques. Tout a été dit sur ce thème de l'enchevêtrement des compétences, notamment au niveau local, enchevêtrement que les lois de décentralisation n'ont pas véritablement contribué à résoudre.

Les textes ne sont pas toujours clairs ; en leur absence, est-il envisageable de considérer que c'est au juge administratif, dans le cadre de la détermination de la personne publique responsable, de décider des compétences des personnes publiques ? En effet, comme l'indique J. MOREAU, *" le choix de la collectivité publique responsable est révélateur du degré d'autonomie reconnu à tel ou tel organisme public, puisque la responsabilité est le corollaire du pouvoir de décision "*[180], alors même qu'il semble bien que l'on se situe dans un système au sein duquel " *l'objectif étant d'indemniser la victime, on imagine à partir de cet objectif des régimes d'imputation adéquats "*[181].

---

[179] *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Fontemoing, 1903, p. 637 ; *Les transformations du droit public*, A. Colin, 3e éd. 1925, p. 232 et rééd. de la première édition de 1913 à la *Mémoire du droit* 1999.
[180] Article au Jurisclasseur préc. n° 2

Par ailleurs, on le verra, il est assez malaisé, dans nombre de situations, et notamment dans le cadre de la mise en œuvre d'un pouvoir de tutelle, ou de collaboration de services à une même activité, de déterminer précisément à partir de quel moment on peut considérer que tel agent agissait pour le compte de telle personne publique, dans le cadre de telle compétence.

B. Les difficultés d'ordre théorique :

Cette analyse, par ailleurs, s'appuie sur une notion assez floue, celle de compétence et se prête sur ce point à la critique : est-il question ici des compétences confiées aux personnes publiques par des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires, ou la notion de compétence est-elle plus large, prenant notamment en cause certaines " compétences naturelles ". Et, dans ce second cas, ne construit-on pas un raisonnement sur du sable, à partir du moment où l'on ne voit pas bien comment, empreinte d'incertitude, la notion de compétence pourrait être en quoi que soit utilisable dans le cadre d'une recherche de la personne répondante d'un dommage.

*

* *

[181] D. LOCHAK, Les fonctions sociales de la responsabilité administrative, in *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993, p. 278

Avant de tenter de comprendre et d'interpréter, notamment au regard de la jurisprudence, les aspects techniques de la détermination par le juge de la personne publique responsable, il sera ainsi de bonne méthode de procéder à une lente et minutieuse analyse : il faudra ainsi porter notre attention autant sur les mots du droit de la responsabilité que sur les significations diverses qu'ils ont été amenés à recouvrir selon les champs sémantiques dans lesquels s'inscrit leur conception. On s'attardera aussi sur les conditions qui permettent, en général, la mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques, et notamment la notion de patrimoine.

Tenter de résoudre la recherche c'est donc s'efforcer, d'abord, d'approcher le phénomène " détermination du patrimoine public responsable " grâce aux outils de l'analyse phénoménologique et d'obtenir ainsi sa réduction la plus précise possible **(première partie)**. On tentera sur cette base et en fonction des résultats de cette première analyse une " ontologie **"** du phénomène. **(Deuxième partie)**.

PREMIERE PARTIE :

phénoménologie de la détermination
des responsables en droit administratif

En s'efforçant de suivre pas à pas la démarche du juge administratif, l'analyse phénoménologique[182] de la " détermination du patrimoine public responsable " va nous conduire à tenter de réduire, en les définissant, chacun des concepts, chacune des notions[183] utiles, c'est-à-dire utilisées comme outils, pour imputer la responsabilité aux personnes morales de droit public.

Le juge administratif dispose, en effet, dans la mise en œuvre de la détermination du patrimoine public responsable, de normes qui, comme tout outil, se présentent comme un matériau finalisé, c'est-à-dire auquel une intention humaine sous-jacente assigne une certaine vocation instrumentale. Il faut les étudier tels que l'histoire et la doctrine les ont façonnés (Titre 1) avant de voir, en étudiant le droit positif, comment il les met en œuvre (Titre 2)

---

[182] Pour P. RICOEUR, *" la phénoménologie est née dès que, mettant entre parenthèses, provisoirement ou définitivement, la question de l'être, on traite comme un problème autonome la manière d'apparaître des choses " : A l'école de la phénoménologie*, Vrin 1986. On reprendra ici le cheminement proposé par E. PICARD dans sa thèse de doctorat relative à la notion de police administrative : *" l'analyste doit donc approcher la police avec le moins de préjugés personnels qu'il est possible, en tant que phénomène historique, doctrinal et de droit positif ; il lui faut considérer cette histoire, cette doctrine et ce droit positif comme* a priori *susceptibles de lui livrer la* ***vérité de la police*** *: il lui faut donc commencer par faire une phénoménologie de la notion de police, c'est-à-dire chercher derrière l'existence de la notion, telle qu'elle se présente sous ces divers aspects, à découvrir son essence "*. L'auteur notait cependant immédiatement que la nature même du rôle de la doctrine, dont l'objet est de *" rendre intelligible (le réel) en dégageant des notions "* a nécessairement pour conséquence que *" les notions qu'elle manie ... n'ont pas d'autre réalité que celle que la pensée juridique dominante veut bien leur accorder "*. *Thèse* op. cit., p. 49

[183] Sur la différence entre notion et concept, lire l'intéressante étude de F.P. BENOIT qui propose une analyse dialectique " hégélienne " des phénomènes juridiques : *Notions et concepts dans le cadre de la théorie du droit* , Mélanges PEISER pp 23-38. Par ailleurs, le concept est défini comme *" l'objet de pensée dont la source est le sujet épistémique aboutissant à une représentation générale d'une classe déterminée de phénomène "* Dictionnaire encyclo. de philo. et de socio. du droit, op. cit. p . 87

Titre 1 :

Les principes présidant à la mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques : imputation et causalité

“ La multiplication des cas d’indemnisation de dommages dont personne ne peut être tenu responsable, retire leur importance aux problèmes de causalité et accroît celle des problèmes d’imputabilité ”[184].

Au sein du *système intellectuel* qui caractérise le rapport de responsabilité, l’étude de l’opposition entre les deux notions de causalité et d’imputation est traditionnellement considérée comme délicate et a fait l’objet d’une large étude de la doctrine, de droit public[185] comme de droit privé[186]. Il faut dire l’essentiel sur cette question, qui se pose nécessairement dans le cadre de la détermination du patrimoine public responsable : est-ce parce qu’une collectivité est “ la cause ” d’un dommage ou son “ auteur ” que son patrimoine en supportera la réparation ? Ou existe-t-il d’autres cas, s’apparentant notamment à la responsabilité des commettants bien connue en droit civil.

Il faut d’abord définir l’ensemble de ces termes, avant d’étudier les théorisations dont leurs rapports complexes ont fait l’objet.

---

[184] P. DELVOLVE, *Le principe d’égalité devant les charges publiques,* LGDJ, 1969 p. 408.

[185] Voir notamment F.-P. BENOIT**.** Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d’imputabilité). *J.C.P.* 1957.I.1351 pour qui *“ les problèmes de causalité et d’imputabilité que soulève toute action en responsabilité ont, de tout temps, paru délicats... Mais cette difficulté ne résulterait-elle pas, pour partie, du fait que les problèmes ne sont pas posés dans leurs termes corrects ? ”*. Voir récemment, M. DEGUERGUE, Causalité et imputabilité *Jcl. droit administratif*, fasc. 830, 2000, n° 8 p. 3**.**

On s'aperçoit alors qu'il s'agit de deux notions tout à fait distinctes (Chapitre 1) même si elles interviennent concurremment dans le cadre de la recherche des responsables au cours d'un procès administratif (Chapitre 2).

[186] Voir, outre l'ouvrage classique de M. JOURDAIN, *Recherche de l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, Thèse Paris 1982**,** la thèse récente de Béatrice LAPEROU, *Responsabilité civile et imputabilité*, thèse Nancy II, 1999.

Chapitre 1 : Deux notions données pour différentes

“ A dire vrai, il faut soigneusement distinguer, semble-t-il, au sein de ce qu’on appelle la question de la causalité au sens large, la question de la causalité au sens strict, qui recouvre, dans la responsabilité pour faute, la relation préjudice - dommage - fait dommageable, et la question de l’imputabilité qui vise à rendre compte de la relation fait dommageable - auteur responsable (...)Ici, en fait, causalité et imputabilité se superposent : désigner la cause du fait dommageable, c’est en principe en désigner l’auteur sinon le responsable ”[187].

Si M. RIALS estime ainsi que les deux notions recouvrent une même réalité et ne sont, éventuellement, que deux temps successifs dans la recherche de responsabilité, la plupart des auteurs estiment au contraire qu’elles divergent largement en ce sens, pour simplifier, que la première *s’impose* au juge, dans le cadre de la théorie de la causalité adéquate[188], lorsque la seconde correspond pour lui à l’édiction d’un rapport normatif. L’idée, d’ailleurs, est simple et conduit à dire, avec le président ODENT, que de ce *“ qu’un dommage n’a qu’une seule cause, il ne s’ensuit pas nécessairement qu’il n’ait qu’un seul auteur, ni, par suite, que la victime ne puisse diriger son action devant la juridiction administrative que contre une seule personne ”*[189].

A notre sens cependant, dans les conditions qui suivent, la notion de

---

[187] S. RIALS : *Le juge administratif et la technique du standard,*, BDP n°CXXXV, 1980, p. 165: pour cet auteur, si *“ on opère parfois la distinction au sein de la relation causale au sens strict entre la ‘causalité matérielle’, selon l’expression de P.ESMEIN, qui est l’analyse du rapport fait dommageable - dommage - préjudice (est-ce que, pour anticiper sur l’arrêt Marais..., la chute d’un camion dans une tranchée a pu engendrer pour celui-ci des conséquences de l’ordre de celles qui sont constatées?), et l’étude de la relation fait dommageable - cause prétendue de ce fait dommageable, par exemple la faute de l’auteur dudit fait. Ici, en fait,* ***causalité et imputabilité se superposent : désigner la cause du fait dommageable, c’est en principe en désigner l’auteur sinon le responsable ”.***

[188] Ce qui, d’ailleurs, n’a aucun sens puisque, à notre sens, l’utilisation de la causalité adéquate correspond à un choix du juge parmi les causes de celle qui “ apparaît ” comme la plus nécessaire à la survenance du dommage.

[189] R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 1979-1980, *Les Cours de droit*, in Chapitre 2, Le débiteur de l’indemnité.

causalité n'est pas une notion juridiquement opératoire, le juge, sous couvert de la mettre en œuvre, utilisant au contraire un rapport normatif d'imputabilité.

Il faut donc définir ces deux termes (section 1) pour comprendre en quoi ils se différencient de manière fondamentale (section 2).

Section 1 : Définitions

Nous prendrons successivement en compte la causalité (I) et l'imputation(II).

I. Causalité :

A suivre le Dictionnaire d'Eguilles[190], la **causalité** correspond, en général, à une *" relation entre deux faits telle que si l'un se produit, l'autre se produit nécessairement "*[191] et en particulier dans le droit de la responsabilité à une *" relation entre un fait dommageable, ou fait générateur, et le préjudice "*.

Ainsi, le rapport causal est un rapport correspondant à la constatation de faits, une relation existante et qu'il faut recréer ou du moins dont il faut essayer de rétablir le cheminement dans la recherche de l'origine du dommage.

Bien sûr et comme dans tout système de responsabilité, l'existence de lien est une condition *sine qua non* pour que le juge administratif accepte de mettre en cause la responsabilité de l'administration. Mais comme l'indique le professeur PAILLET, *" la comparaison des solutions auxquelles parvient le juge administratif n'est pas si éclairante qu'on puisse se passer de rechercher quelle est la logique de sa démarche "*[192].

C'est ici que tout le débat sur les chaînes causales et la complexe nécessité **de faire un choix** au sein des différentes causes, et donc entre les théories de la

---

[190] Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ 1993, p. 60

[191] *Le Robert* donne : " Rapport, relation de la cause à l'effet qu'elle produit ". La définition de M. TROPER est donc plus riche et ajoute un aspect déterministe (l'effet ne peut pas ne pas se produire) alors que la définition usuelle du *Robert* est plus neutre.

causalité adéquate de la *causa proxima* ou de l'équivalence des conditions, prend son sens.

En effet, un événement déterminé, un dommage en l'occurrence, est toujours le résultat d'un ensemble de facteurs, dont chacun a contribué à le produire. La question se pose donc souvent de savoir s'il faut retenir comme cause du dommage chacun des antécédents nécessaires (tous ceux sans lesquels la victime n'aurait pas subi ce dommage), ou au contraire faire un choix parmi les antécédents nécessaires, pour n'appeler *cause* que l'un ou quelques-uns d'entre eux.

On sait que selon la **théorie de l'équivalence des conditions,** un événement est une *cause* dès lors qu'on peut dire que sans lui le dommage ne se serait pas produit, puisqu'il en est une condition *sine qua non* (*sublata causa, tollitur effectus)*, alors qu'au contraire, si l'on utilise la **théorie de la causalité adéquate** on part du principe que dans l'ensemble des antécédents nécessaires à la genèse du dommage, tous n'ont pas le même rôle. Certains " d'après le cours habituel des choses ", devaient normalement produire le dommage. Il en est d'autres, dont l'action ne s'est fait sentir que par suite d'un enchaînement exceptionnel et imprévu des circonstances. Les seconds ne sont que *l'occasion* du dommage, les premiers seuls, en sont *la cause*, ou l'une des causes.

L'idée de *causa proxima* revient quant à elle à estimer que c'est la cause immédiatement " antérieure " et " contiguë "[193] à l'effet (au dommage) qui doit, pour simplifier, être seule prise en compte. Mais on peut indiquer, avec, déjà, D. HUME, qu'un objet peut être contigu et antérieur à un autre, sans qu'on le regarde comme sa cause et que ce qui importe c'est la notion de *" connexion nécessaire "*[194] ce qui conduit non pas à déterminer ce qui fait cette nécessité, qui résulte de " l'habitude " ou de la " coutume " dans le cadre du fonctionnement de

---

[192] M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Cours Dalloz 1996, p. 43

[193] Au sens qu'emploie HUME pour qui, dans une première analyse, *" nous pouvons considérer la relation de contiguïté comme essentielle à celle de causalité "* : *L'entendement, traité de la nature humaine*, Livre 1, III, II, Garnier Flammarion 1995, p. 136

[194] idem, p. 137

l'esprit humain, mais au contraire à l'obligation de reconnaître que " toute cause est nécessaire " à la production de l'effet au sens où, sans elle, ce dernier ne pouvait exister. Retirer une seule des causes ayant produit l'effet revient à ce qu'il n'ait jamais pu exister, dès lors que, selon la théorie logiquement incontestable, mais pratiquement inutile, de l'équivalence des conditions, chacune d'entre elles le " portait en elle "[195].

La question est actuellement résolue de la façon suivante, du moins selon l'opinion dominante de la doctrine du droit public : on peut affirmer que la théorie de l'équivalence des conditions, en vertu de laquelle toutes les conditions nécessaires à la réalisation d'un dommage sont considérées comme en étant les causes, *" n'est pas celle qui inspire ou illustre l'état du droit jurisprudentiel "*[196] et que comme l'affirme le président GALMOT, *" dans le droit de la responsabilité, la notion de cause se distingue de celle de condition nécessaire du dommage : il appartient au juge* ***d'opérer un choix*** *parmi toutes ces conditions nécessaires et de ne retenir comme causes que celles qui lui paraissent liées au dommage par un* ***rapport particulier ".***[197]

Ainsi, V. PECRESSE résume-t-elle dans des conclusions récentes[198] que *" la cour a fait application implicitement de la théorie de la causalité qui inspire votre jurisprudence* : *la théorie dite des conséquences normales (...) Le dommage doit* ***apparaître*** *comme la conséquence naturelle du fait qui est en cause et en découler suivant un enchaînement normal de faits, lui-même fondé sur un comportement normal des hommes ".*

Le problème se pose donc de la manière suivante : la théorie de la *causa proxima* est aberrante : la contiguïté de la cause n'est pas le signe que seule cette

---

[195] A ce titre, seul Dieu, pour les croyants, existe sans cause. Ou encore, dans une perspective plus technique, ce qui précède le mythique " Big Bang " qui est censé avoir présidé à la " création " de l'Univers et dont l'onde de choc, paraît-il, est encore perceptible : cf. *Le Monde* du 4 mai 2001 p. 24 : Des cosmologistes décryptent l'étrange musique qui a créé l'Univers.

[196] R. CHAPUS, manuel précité, n°1218

[197] op. cit. p. 637.

dernière est porteuse de l'effet considéré ; la théorie de l'équivalence des conditions n'est en effet pas sérieusement contestable : toutes les causes sont nécessairement porteuses de l'effet, tout au long de la chaîne. Elle n'est cependant d'aucune utilité pour le juriste dans le cadre d'un droit de la responsabilité, dont l'objet est la stigmatisation d'un comportement[199] qui, seule, permet de déterminer la personne qui devra répondre, réparer. Cette situation entraîne la nécessité de " faire un choix " de celle qui " apparaît " comme la mieux à même de d'avoir engendré le dommage, ou encore comme celle qui, le plus fort, en a été à l'origine. C'est donc sur cette question des critères de " l'apparence " ou du choix que l'attention doit se porter, c'est-à-dire sur le correctif de la causalité qu'est l'imputation et qui a un caractère essentiellement normatif.

II. Imputation :

Ainsi, l'imputation correspond dans le droit de la responsabilité à *" l'attribution à un sujet de droit d'une infraction, d'une faute ou de tout fait générateur d'un dommage, dont il est alors réputé être l'auteur, de telle manière qu'il puisse être condamné soit à une peine, soit à la réparation d'un dommage. "*[200]

Le mot français provient du latin *imputare*, qui signifie " porter au compte de " et correspondant pour P. RICOEUR à cette " *aptitude à nous reconnaître comme comptables de nos propres actes à titre de leur auteur véritable "*[201].

Lorsqu'on évoque l'imputation à un patrimoine, il s'agit, toujours dans le droit de la responsabilité, d'une " *obligation de réparer un préjudice en prélevant le montant de l'indemnité à verser sur un certain patrimoine, qui peut être**, mais***

---

[198] Conclusions sur : CE Section, 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice, *R* p. 44,

[199] Que cette stigmatisation ait pour fondement la faute, dans un premier temps historique, ou, plus récemment, la nécessité de trouver une personne répondante en vue d'indemniser la victime.

[200] Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ 1993, p. 293

***pas toujours**, celui de l'auteur du dommage "*[202].

De manière encore plus précise, en théorie du droit, l'imputation est décrite comme le " *principe d'après lequel la science du droit décrit la connexion spécifique, fondamentalement différente de la causalité, que **la norme** établit entre deux faits. Par extension, cette connexion elle-même "*[203].

Il faut cependant mettre en exergue ce qui fait la spécificité de la question.

Section 2. Différences

Comme le remarque C. SCHAEGIS, " *si la distinction entre causalité et imputation est depuis longtemps connue en théorie du droit, elle reste bien souvent sans écho en pratique, et il demeure chez les juristes un attachement profond au raisonnement de type causaliste, qui apparaît comme une nécessité dans une perspective de responsabilité* ".[204]

Il est ainsi tout à fait nécessaire de bien distinguer dès l'abord ces deux notions, même si on ne reviendra pas intégralement sur l'ensemble des débats qu'ont suscités leurs oppositions réelles ou présumées.

L'opposition classique :

Dans cette perspective, l'étude du rapport de causalité correspond à la recherche du lien qui relie le dommage au fait dommageable, et participe de la recherche de la cause effective de ce dommage. C'est donc une question de fait.

L'imputation quant à elle consiste à reprocher ce fait dommageable à la personne qui est tenue d'en répondre mais qui n'est pas nécessairement celle qui

---

[201] P. RICOEUR, *Le Juste 2,* Ed. ESPRIT 2001, introduction p. 8
[202] Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, préc.
[203] idem
[204] Thèse page 290

en est matériellement l'auteur, ou la cause.[205]

Ainsi, on ne peut reprocher à un enfant un dommage dont il est l'auteur[206], ni, par définition, l'imputer à son patrimoine[207]. Ainsi encore, la technique jurisprudentielle de la " faute de service " empêche qu'on reproche à l'agent de l'administration un dommage qu'il aura causé et qui ne serait pas dépourvu de " tout lien avec le service ". Pour être encore plus précis, la causalité n'est pas très éloignée d'une recherche scientifique et ne fait pas, a priori, intervenir le juge : elle est du domaine de la constatation[208].

On l'a vu, cette vision des choses est tout à fait artificielle dans le cadre du droit de la responsabilité, ce qui correspond à l'allusion du professeur PAILLET, pour qui l'utilisation de la théorie de la causalité adéquate donne au juge administratif une *" grande liberté dans le maniement de la causalité, car l'appréciation du caractère déterminant d'un fait imputable à l'administration sur la production du préjudice dont la réparation n'a rien de mécanique "* [209].

---

[205] Ainsi pour Yves COUDRAY, thèse op. cit. p.15, *" Ou bien le lien de causalité est établi et le juge, alors s'interroge sur l'imputabilité ; ou bien le lien de causalité n'est pas prouvé, et, dans ce cas, la seconde recherche du juge - l'imputabilité - n'a pas de raison d'être. "*

[206] La " faute objective " joue cependant un rôle non négligeable, puisque l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a pu, pour limiter l'indemnisation de ses parents, considérer comme de nature à exonérer l'automobiliste de sa responsabilité, le comportement d'une fillette de cinq ans qui s'était élancée imprudemment sur la chaussée *Bull. civ. Ass. Plen.* n°1 à 4, *D.*, 1984, conclusions CABANNES. Sur la responsabilité parentale, lire la contribution de J. DESCAMPS, L'effacement de la personne dans la responsabilité parentale, *LPA* septembre 1999, n° 191, 192, 193.

[207] Au contraire, la loi du 3 janvier 1968 introduit un article 489-2 du code civil aux termes duquel *" celui qui, sous l'empire d'un trouble mental, cause à autrui un dommage, n'en est pas moins obligé à réparation "*.

[208] Ainsi, pour C. SCHAEGIS p . 292, " En droit de la responsabilité, l'on dira le plus souvent que les questions de causalité sont des questions de fait, relevant de la compétence des experts, et étrangères au raisonnement juridique qui se développera sur la base de leurs conclusions, pour s'articuler quant à lui autour de problème de l'imputation d'un dommage à une activité ... Le mécanisme juridique de responsabilité (...) repose sur une décision authentique qui crée une relation entre deux éléments et dont la logique est celle de l'imputation ".

[209] op. cit., p. 46. Ainsi, pour l'auteur *" la causalité en matière de responsabilité n'est qu'un lointain reflet de la relation de cause à effet que postulent avec un inégal succès les sciences dites exactes "*.

Bien évidemment, cette situation ne trouve à s'appliquer que lorsque, dans les circonstances de la survenance du dommage qui est à l'origine du préjudice correspondent à une chaîne causale complexe, ce qui n'est pas le cas le plus courant. Le plus souvent, le choix du juge est dicté par l'évidence et n'est donc pas explicite. On peut cependant affirmer que, dans les cas les plus complexes, l'étude du lien de causalité utilise certains des raisonnements qui, on va le voir, concernent la mise en œuvre du rapport d'imputation.

L'insuffisance du rapport de causalité

En effet, *" la causalité telle qu'elle vient d'être définie, ne saurait donc suffire pour imputer un dommage à quelqu'un "*.[210]

Au contraire, l'imputation relève d'un *choix* pour le juge, qui, parfois, devra décider, au regard d'une norme existante qu'il aura à interpréter, ou même en l'absence de toute norme, quel patrimoine devra indemniser le préjudice. Elle semble donc revêtir la même signification que la causalité prise dans le cadre de la causalité adéquate. De plus, la notion d'imputation se trouve influencée par la particularité de son application au cas des personnes morales de droit public.

L'imputabilité

En effet, on se trouve s'agissant des personnes publiques, qui sont nécessairement des personnes morales, devant une sorte de cas particulier induisant une modification, un déplacement du sens même du terme " imputation ", que nous qualifierons alors de rapport " d'imputabilité ". Ainsi, et même si, traditionnellement, le terme évoque le reproche que l'on fait à un individu de l'acte fautif qu'il a commis et si la recherche de l'imputabilité se résout toute entière dans la question de savoir s'il en était l'auteur[211], il prend, s'agissant des personnes publiques une autre coloration. Il ne s'agit pas en effet à proprement parler de savoir si la personne publique est l'auteur du dommage. En

---

[210] C. POLLMAN, op. cit., p.

[211] Et si, comme l'indique F. EWALD, *" l'article 1382 du Code civil indexe l'imputation des dommages sur le principe de causalité. Un jugement de responsabilité, au sens de l'article 1382, est d'abord un jugement sur la causalité d'un événement "*, La Faute civile, droit et philosophie, *Droits* 1987 n° 5, p.45 et s.

tout cas, il ne s'agit pas directement de cela[212].

La recherche de l'imputabilité portera en fait sur **la valeur du rapport juridique existant entre la collectivité publique et l'agent auteur de la faute qui a induit le dommage,** recherche dont le but est de savoir si la responsabilité va lui échoir toute entière, ou si la collectivité va en prendre, pour tout ou partie, la charge. On en revient nécessairement ici à l'opposition entre faute personnelle et faute de service. Comme l'indique J. WALINE *" dès lors, on doit se demander à quelles conditions un individu ou une chose engagent la responsabilité de l'administration, ou si l'on préfère quelles sont les conditions d'imputabilité de la responsabilité "*[213].

C'est de cette façon que C. SCHAEGIS distingue les deux temps de la recherche soit l'imputation qui *" consiste à affirmer un lien passé unissant préjudice et fait dommageable "* et que l'opinion commune nomme " causalité adéquate " et l'imputation (pour nous l'imputabilité) qui consiste à affirmer *" en même temps un lien à venir, entre préjudice et patrimoine désigné pour fournir une réparation "*.[214]

C'est, ainsi, dans le cadre de cette seconde recherche que la question de la détermination du patrimoine public responsable se pose, puisqu'elle correspond en dernière analyse à la détermination du lien qui unit un fait dommageable et un patrimoine tenu d'en répondre, ce lien n'étant pas nécessairement un lien de causalité. Il s'agit donc la recherche de l'imputé, ou du répondant.[215]

---

[212]AMSELEK...*Etudes de droit public*, préc.

[213] L'évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques *EDCE* n°45, pp. 459-477

[214] L'idée étant de la même façon que la responsabilité correspond en effet à une construction destinée à désigner le titulaire d'une double obligation : réparer et prévenir dorénavant les préjudices similaires. " Elle ne vise donc pas tant à établir une chronologie des faits antérieurs au préjudice qu'à instaurer un lien entre l'auteur d'une activité et d'un préjudice, dont on considère qu'il pourra à l'avenir, en empêcher la réalisation ".

[215] Même idée chez S. RIALS : *Le juge administratif et la technique du standard*, préc., spécialement p. 165, les développements relatifs au standards et à la théorie de la causalité : *" a dire vrai, il faut soigneusement distinguer, semble-t-il, au sein de ce qu'on appelle la question de la causalité au sens large, la question de la causalité au sens strict, qui recouvre,*

Cette conclusion n'est pas seulement utile en ce qu'elle permet de mieux saisir le cheminement du droit de la responsabilité, de la constatation d'un dommage à la nécessité de le réparer et de faire en ce sens le choix d'un patrimoine répondant : le droit contemporain de la responsabilité, cela a été largement étudié, fait une part toujours plus grande à cette nécessité d'indemniser la victime d'un fait dommageable. Or cette évolution, nécessairement, a ou a eu un impact sur le processus d'imputation, dont on vient justement de dire que, loin de la simple constatation des faits, il pouvait ressortir d'une création jurisprudentielle normative, sous la forme d'un choix exercé par le juge administratif.

---

dans la responsabilité pour faute, la relation préjudice - dommage - fait dommageable, ***et la question de l'imputabilité*** *qui vise à rendre compte de la relation fait dommageable - auteur responsable ".*

Chapitre 2 : Une utilité concurrente

Le juge administratif semble ainsi faire un usage indistinct des notions d'imputabilité et de causalité (section 1), même s'il n'exerce pas son contrôle de la même façon sur elles, notamment le Conseil d'Etat en cassation (section 2).

Section 1 : Un usage qui semble indistinct

Ce qui fait la complexité reconnue de la matière, c'est que l'observateur du processus présidant à la mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques peine à identifier avec précision quand intervient le rapport de causalité et quand c'est un rapport d'imputation qui s'impose à lui. La rédaction des jugements et arrêts des juridictions administratives ne sont d'ailleurs pas d'un grand secours en la matière, puisqu'il est parfois difficile de distinguer clairement les deux temps de la réflexion.

Deux raisons militent en ce sens :

I. Première raison :

C'est le cas, d'une part, parce que le juge administratif semble utiliser indifféremment les deux formules " est causé par " et " est imputable à " lorsqu'il étudie le rapport de causalité : ainsi, une contamination par le virus de l'immunodéficience humaine est *" uniquement imputable au produit vicié fourni par le centre de transfusion "*[216], alors que la défenestration accidentelle d'un pensionnaire d'un lycée est *" consécutive d'un défaut d'aménagement normal de l'ouvrage public "*[217] et que dans une même espèce, le préjudice subi par la victime a été tout à la fois *" causé par la maladresse dont a fait preuve l'agent de la commune dans le maniement de l'échelle utilisée pour accéder à l'antenne "* alors que *" l'accident est imputable à une faute commise dans le*

[216] CE Section, 26 mai 1995, *Consorts Pavan*, R. p. 222 ; *AJDA* 1995 p. 578 et la chron. ; *RFDA* 1995 p. 748 concl. S. DAËL ; *JCP* 1995.II.22468 note J. MOREAU. ; *RDP* 1995 p. 1069 note A. de LAJARTE.

maniement de l'échelle au cours d'une opération ... "[218] .

Le moins qu'on puisse dire, au regard de ces espèces, c'est que la différence de sens entre " causé par ", " imputable à " et " consécutif à " ne saute pas absolument aux yeux. Il semble même, au contraire que l'une de ces formules puisse être utilisée indifféremment à la place de l'autre, qu'elles soient interchangeables. En d'autres termes, le vocabulaire utilisé par le juge est pour le moins fragile et ne permet pas de s'y reposer sans nuances.

II. Seconde raison :

Le même problème se pose, d'autre part, dans un cas plus technique : lorsque la cause du dommage réside dans **l'inaction fautive** d'une collectivité publique qui n'est pas intervenue pour prévenir un dommage alors qu'elle était **seule compétente pour le faire**.[219] Or en l'occurrence, seul le fait que la collectivité publique détenait la compétence, ce qui est l'un des critères permettant de lui imputer une responsabilité, permet de la définir comme à

---

[217] CAA Nancy, 23 décembre 1993, Kramer, n° 92NC00749, p. 491

[218] CAA Nancy, 31 octobre 1991, *EDF*, R. tables, p. 1192. La confusion des deux termes est encore plus ... précise lorsque la Cour indique que le préjudice est causé par la maladresse de l'agent de la commune qui a donc commis une faute, alors *" qu'aucune faute ne peut être imputée au représentant d'EDF qui a participé à l'opération "*.

[219] Comme c'est probablement le cas lorsque le juge administratif procède à un partage des responsabilités entre plusieurs collectivités publiques : cf. CE 14 mars 1986, Commune de Val-d'Isère, *R.* Tables 711 : le juge procède ici à une analyse du rapport de causalité entre les fautes des différentes collectivités en cause en se fondant sur leur compétences respectives : si ces deux collectivités publiques étaient intervenues normalement, si elles n'avaient pas commis de faute dans la mise en œuvre de leurs compétences, le dommage ne se serait pas produit. **C'est ainsi leur faute dans la mise en œuvre de leurs compétences qui constitue la cause du dommage.** Une avalanche ayant dévasté un chalet de l'UCPA et entraîné la mort de 39 personnes, le juge met en œuvre la responsabilité partagée de l'Etat et de la commune dans le sinistre est en cause dès lors qu'il n'a été procédé à aucune étude approfondie des zones exposées à des risques d'avalanches, alors que dans cette même période, la commune n'avait engagé qu'une part réduite du programme de construction des ouvrages de protection nécessaires pour assurer une protection efficace contre les avalanches. Ces éléments ont constitué pour le juge administratif une faute de nature à engager sa responsabilité vis-à-vis des victimes. Par ailleurs, la circonstance que le retard apporté à la délimitation des zones exposées aux risques naturels engage la responsabilité de l'Etat auquel il incombe de prendre les mesures imposées par la législation de l'urbanisme, n'est pas de nature à exonérer la commune de la responsabilité qu'elle encourt du fait de ses obligations

l'origine du dommage.

On touche là, probablement, l'une des plus grandes difficultés de la matière, qui tient à la spécificité des personnes publiques qui ont pour spécificité *" d'exister pour "* la mise en œuvre obligatoire de compétences précises, comme c'est particulièrement vrai dans le cadre de la police de la sécurité[220], puisque c'est précisément l'interprétation normative[221] que fera le juge de l'imputation d'un acte fautif à une collectivité publique qui permettra de déterminer si celle-ci peut être considérée comme à l'origine du dommage.

Il n'en reste pas moins que le juge administratif prend en compte une différenciation fondamentale entre causalité et imputation, différenciation dont il résulte, on va le voir, que son contrôle ne s'effectuera pas de la même manière : la cause, entendue ici comme la condition nécessaire d'un dommage, selon la théorie de l'équivalence des conditions**,** étant comprise comme ne posant des problèmes de fait elle n'est ainsi normalement pas contrôlée par le juge de cassation[222], mais laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, alors que

---

en matière de police de la sécurité et l'Etat et la commune condamnés chacun à supporter 50% des conséquences dommageables du sinistre.

[220] Cette difficulté, de laquelle résulte un risque de contresens, explique probablement pourquoi certains auteurs font de la causalité l'un des éléments de l'imputabilité du dommage, alors que les deux systèmes obéissent à une logique tout à fait différente. Voir par exemple C. GUETTIER, *La responsabilité administrative,* LGDJ 1996, collection Systèmes, p. 126. A ce titre, la présentation proposée par M. PAILLET qui, dans son ouvrage précité, distingue en deux chapitres la causalité et l'imputabilité dans le cadre d'une première partie relative à la *détermination du responsable* nous paraît mieux à même de synthétiser la démarche du juge administratif.

[221] Pour M. DEGUERGUE, on peut ainsi distinguer les rapports entre causalité et imputabilité *" au regard de l'action introduite et du pouvoir d'appréciation du juge "*, les deux intervenants mettant en œuvre *" deux conceptions différentes de la causalité et de l'imputabilité " :* la victime *" invoque une causalité matérielle et en déduit une imputabilité de l'action ou de l'acte dommageable à la personne publique qui en est apparemment l'auteur et qu'elle va actionner en réparation "*, tandis que *" le juge, après instruction (…)* ***isole une ou plusieurs causes juridiques, en faisant application*** *d'une des théories de la causalité juridique, apprécie les éventuelles causes d'exonération invoquées par le défendeur, puis en déduit l'imputabilité réelle à une ou plusieurs personnes publiques, selon le critère organique, fonctionnel ou décisionnel "* : Causalité et imputabilité *Jcl. droit administratif,* fasc. 830, 2000, n° 8 p. 3

[222] Même si, comme le remarque M. PAILLET, op. cit. p. 44, *" les premiers arrêts intervenus à cet égard en 1993 paraissent relativement ambigus "*. Le principe résulte

le rapport normatif de l'imputation sera contrôlée par le Conseil d'Etat.

Section 2. Les différences dans le cadre du contrôle du juge administratif

On l'a dit, le rapport d'imputation correspond à l'édiction d'une norme permettant au juge de déterminer le patrimoine répondant, qui s'oppose au rapport de causalité qui est du domaine des faits et correspond à la tentative de re-création de la réalité.

Il est donc normal, dans cette optique, que le contrôle de cassation du Conseil d'Etat ne porte pas sur cette causalité : il ne concernera que l'imputabilité, c'est-à-dire l'opération enfermée dans des critères juridiques. La causalité relève de l'appréciation souveraine[223] des juges du fond. En revanche, l'imputabilité n'est pas un problème de qualification et tombe sous le contrôle de l'erreur de droit.

Il faut cependant relativiser cette simplicité apparente : la question de l'imputabilité pose en effet plus, comme l'indique C. POLLMAN, une difficulté relative à l'application du droit , au regard de " *la faible densité et rigueur des règles juridiques applicables* ". Observant que, progressivement, la Haute assemblée ne connaît plus des litiges sur la responsabilité civile des personnes publiques qu'en cassation, l'auteur note qu'en matière de responsabilité, le Conseil d'Etat, tout en conservant le caractère classique du contrôle de cassation, semble effectivement moduler son étendue en fonction de la portée des problèmes soulevés.

En indiquant ainsi la nécessité " *d'étudier la mise en œuvre de la*

---

cependant clairement de l'arrêt Dubouloz (CE Section, 28 juillet 1993, Consorts Dubouloz, *R.* 250 ; conclusions J-C BONICHOT *RFDA* 1994 pp. 36-42 ; *AJDA* 1993 p. 743 et la chron.) : la section du contentieux a estimé que les juges du fond avait *souverainement estimé* qu'il n'existait pas de lien entre le décès de la victime (noyade) et l'insuffisance non contestée des moyens de secours mis en place par la commune.

[223] Cf. sur ce point, C. POLLMAN, *L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques* ", *R.D.P.* 1996, pp. 1653-1714 :

responsabilité, qui est laissée à l'appréciation des juges du fait en fonction de la technicité des problèmes " il en arrive à proposer une distinction entre la causalité, non contrôlée[224], et l'imputabilité, contrôlée. La question est alors de savoir si, et dans quelle mesure, la causalité et l'imputabilité du dommage relèvent de l'appréciation souveraine, de la qualification juridique ou d'une éventuelle erreur de droit.

L'appréciation des faits qui succède à leur constatation consiste à les résumer, les peser, les interpréter et à en tirer les conclusions appartient au juge du fond. Le problème est plus complexe[225] s'agissant de la qualification juridique des faits qui donne une valeur et une place juridique aux faits ainsi appréciés, elle les désigne dans les termes prévus par les règles légales, réglementaires ou jurisprudentielles. On peut affirmer, que le contrôle de la qualification trouve à s'appliquer lorsque le seul contrôle de l'erreur de droit par le Conseil d'Etat ne permet pas d'éviter un risque de divergence dans l'utilisation de la norme par les juges du fond[226]. La Haute juridiction laisse ainsi à l'appréciation des juges du fond le défaut d'entretien normal d'un ouvrage public mais exerce son contrôle sur la qualification d'ouvrage exceptionnellement dangereux qui détermine la mise en œuvre d'un régime spécifique et qui ne fait pas l'objet d'une jurisprudence bien établie[227]. Comme le remarque H. TOURARD, ce déterminant de l'utilité est assez peu juridique. Il correspond cependant pour le Conseil d'Etat à une application fort pragmatique de son rôle de juge de cassation.

*

* *

---

[224] Voir cependant CE 26 novembre 1993, SCI " Les jardins de Bibémus ", *R.*. p. 327 ; CE 29 juillet 1994, M. le Bœuf, *R.* p. 1052 ; CE 29 décembre 1997, CHR de Montpellier, req. n° 144.579 : l'établissement du caractère direct du lien de causalité relève du contrôle de la qualification juridique des faits. Comme l'indique H. TOURARD, " *on peut s'interroger sur l'opportunité et la clarté de cette frontière entre l'existence et le caractère direct du lien de causalité " :* Quelques observations sur le Conseil d'Etat juge de cassation, *RDP* 2000 p. 487

[225] Cf. G. DARCY et M.PAILLET, *Contentieux administratif*, préc. p. 191.

[226] Cf. Conclusions HUBERT sur CE 3 juillet 1998, Mme Salva-Couderc, *RFDA* 1999 p. 112

Le décor est campé. C'est sur ce terrain, tel qu'il vient d'être décrit, que le juge administratif intervient. Telles sont, semble-t-il, les bases et les prémisses de ses interventions et de ses décisions.

[227] CE Section 5 juin 1992, Ministre de l'équipement et du logement c/ époux Cala, *R.* p. 225

Conclusion du Titre 1 :

Telle qu'elle vient d'être présentée, la démarche du juge administratif, lorsqu'il est amené à se prononcer sur la recevabilité d'une action en responsabilité, peut être synthétisée de la façon suivante :

- **La causalité** : le juge administratif est d'abord conduit à étudier l'existence d'un véritable préjudice et du lien de causalité entre ce préjudice et l'action de la personne publique. L'imputation, telle que définie ensuite, en résultera facilement.

Cependant, dans les cas complexes, lorsque cette constatation est rendue difficile, le juge, dans le cadre apparent d'un pur rapport de causalité, se penchera sur la question de l'imputabilité.

- **L'imputabilité** : il s'agira ainsi de qualifier l'intervention de la personne publique dans le dommage, afin de décider si, au regard des règles gouvernant la responsabilité administrative, elle s'intègre dans le cadre des actes susceptibles de mettre en cause la responsabilité de son auteur. C'est là qu'une véritable évolution, qu'on a analysée s'est fait jour, puisqu'on est passé de *" l'obligation pour les personnes publiques d'indemniser la victime des dommages causés par la faute d'un agent "* à *" leur obligation de couvrir un dommage qu'elles ont ou non, causé "*[228]

- **L'imputation** : le juge décide à quelle personne publique cette réparation devra être réclamée. C'est le sens que MM. RIVERO et WALINE donnent à ce terme lorsqu'ils indiquent que *" le dommage n'est réparable qu'autant qu'on peut l'imputer au fait d'une personne publique déterminée "*[229].

---

[228] D. TRUCHET, art. op. cit. à la RDSS, p. 5
[229] *Droit administratif,* 16ème éd., n° 281, p. 244

TITRE 2 :

la détermination du patrimoine public responsable :

situations simples et situations complexes

Avant d'entreprendre notre étude, il faut en circonscrire le champ : certains domaines, en effet, ne se prêtent pas à cette créativité jurisprudentielle et ne sont donc pas intéressants dans la perspective qui nous occupe. La norme, en ce qui les concerne, peut notamment avoir été posée par le législateur, ou résulter d'un régime jurisprudentiel spécifique, dont le caractère dérogatoire interdit de tenter de l'intégrer dans une construction plus vaste.

Il existe un point de départ pour mener cette réflexion : la détermination du patrimoine public responsable par le juge administratif obéit en effet à une première règle intangible : les personnes publiques **ne peuvent être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas**[230]**.** Il s'agit là d'un moyen d'ordre public : le juge refusera d'office d'indemniser un chef de préjudice qui n'est pas la conséquence directe de faits dommageables commis par la personne publique actionnée.[231] Ce principe, naturellement, ne concerne que les cas dans lesquels

---

[230] C'est le principe posé par l'arrêt Mergui : *" considérant que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas ; que cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée " :* CE 19 mars 1971, Mergui, *R.* p. 235. Voir récemment : CE 4 avril 1997, Société d'ingénierie immobilière sud, n° 127884, *R.* Tables p. 1038 : *" Considérant que les personnes morales de droit public ne pouvant être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas, il appartient au juge du fond, dans la limite des conclusions des parties, de refuser, au besoin d'office, d'indemniser un chef de préjudice qui n'est pas la conséquence directe de faits dommageables ".* Une précision cependant : CE Sect. 26 juin 1992, commune de Béthoncourt, *R.* p.268 : une commune ne peut soulever pour la première fois devant le juge de cassation un moyen d'ordre public tiré de ce qu'elle ne pouvait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas si ce moyen ne ressortait pas des pièces du dossier soumis aux juges du fond.

[231] Voir par exemple CE 14 avril 1961, Dame Rastouil, *AJDA* 1961 p. 301, conclusions HEUMANN. Le commissaire du gouvernement s'interroge, a propos d'un dommage de travail public sur le point de savoir si " la *victime n'a d'action que contre la collectivité qui détient dans son patrimoine, la propriété et la garde de la voie ".* Le principe est réaffirmé

aucun lien d'imputabilité ni d'imputation[232] ne peut être mis en avant.

On pourrait s'interroger sur l'origine de ce principe qui trouve certainement son fondement dans l'idée même de patrimoine[233] : la dette fait, dans une perspective civiliste classique, partie des éléments négatifs du patrimoine dont l'un des éléments définitionnels est bien sûr d'être *personnel* : au terme de l'analyse menée notamment par AUBRY et RAU, on peut définir le patrimoine comme l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent qui ont pour sujet actif ou passif une même personne et qui sont envisagés comme formant une universalité juridique[234]. Comme l'indique le professeur TERRE[235] *" dans la notion classique française, le patrimoine considéré comme une masse d'obligations et de droits, est indissolublement lié à la personne ".*[236] Pour J.-M. AUBY, ce principe se rattache au " statut de la personne publique "[237], l'idée de la protection des deniers publics, justifiant le caractère d'ordre public de la règle, pouvant par ailleurs être avancée

Cette remarque faite, on peut rassembler la matière autour de deux axes : cette détermination en effet, obéit, comme c'est logique, aux principes posés par le législateur, lorsqu'il est intervenu, ou par le juge administratif lorsqu'il a façonné un régime particulier. Il semble ainsi qu'elle puisse s'effectuer plus ou avec plus ou moins de facilité (Sous-titre 1), alors qu'au contraire, certaines

---

plus récemment par 1'arrêt CE, Section, 4 avril 1997, Sté d'ingénierie immobilière sud, n°127884, *R. Tables* p. 1038.

[232] Dans le sens que l'on indiquait plus haut.

[233] Sur cette question : A. SERIEUX, La notion juridique de patrimoine, RTD civ. 1994, p. 809. Voir aussi R. SEVE, article à l'APD 1979, p. 247

[234] La définition exacte donnée par AUBRY et RAU étant : *" le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et personnels proprement dits, en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent sous le rapport de leur valeur pécuniaire " :* Cours de droit civil français, Cosse, 3ème éd. 1863, § 573.

[235] F. TERRE, L'humanité, un patrimoine sans personne, Mélanges ARDANT, p. 341

[236] L'auteur revient aussi sur la notion d'origine allemande de " patrimoine d'affectation " ou de " patrimoine – but ", qui pour obvier l'inconvénient de la personnalisation du patrimoine, propose de considérer le patrimoine comme un ensemble ou un sous ensemble de biens affectés à une finalité particulière, des patrimoines spéciaux pouvant ainsi exister parallèlement au patrimoine classique.

[237] Note sous CE 11 juillet 1980, C° d'assurance La Concorde, *RDP* 1981, p. 1036.

situations sont particulièrement complexes (Sous-titre 2).

Sous - titre 1

Les cas simples de détermination du patrimoine public responsable

Le législateur est intervenu dans divers domaines pour régler la question des responsabilités des collectivités publiques. Il faut les analyser et tenter de voir s'ils obéissent à une vue théorique unique. Par ailleurs, on distingue de nombreux régimes dérogatoires au droit commun posés par le juge administratif lui-même .

Ainsi la, relative, simplicité qui peut présider à la détermination du patrimoine public responsable résulte soit de l'instauration d'un régime législatif spécifique (Chapitre 1) soit de l'existence d'un régime jurisprudentiel spécifique et dérogatoire au droit commun (Chapitre 2)[238],

[238] Cette présentation, cependant, ne se justifie pleinement que dans le cadre de la tentative, que nous menons, de proposer une présentation synthétique de l'état du droit. Il est en effet courant qu'un régime jurisprudentiel ait précédé un régime législatif. Il n'en reste pas moins, que l'existence d'un régime législatif constitue, pour le requérant, une meilleure garantie. Elle est d'abord plus facilement susceptible d'être *connue*, elle n'est ensuite, à la condition que les termes en soient clairs, pas soumises aux évolutions et fluctuations jurisprudentielles. Il est par ailleurs évident qu'en présence d'un régime législatif spécifique, le juge, qui intervient dans le cadre de sa mise en œuvre, peut enrichir le système. Pour une critique de ce type, cf. Mme DEGUERGE, *thèse* préc. p. 242. On notera cependant qu'une présentation similaire est proposée par le professeur MOREAU dans son ouvrage *La responsabilité administrative*, préc.

Chapitre 1. L'intervention législative[239]

De l'indemnisation des dommages de travaux publics à celle des victimes de transfusions sanguines ou d'actes de terrorisme, le législateur est, à de nombreuses reprises, intervenu pour mettre en place des régimes spécifiques de responsabilité, ou plus précisément, des régimes spécifiques d'indemnisation. Le développement de nombreux régimes a été analysé comme la conséquence de l'évolution de la fonction réparatrice de la responsabilité administrative.

La matière, cependant, est extrêmement compliquée pour l'analyste, du fait de la diversité même de ces régimes (section 1), dont il faut pourtant s'efforcer de proposer une présentation intelligible (section 2)

[239] Sur l'ensemble de la matière, cf. la thèse de C. BRECHON-MOULENES, *les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ 1974, BDP t. 112 ; pour une présentation synthétique, lire, aussi l'article de F. VINCENT au *JCA*, fasc. 960 : les régimes législatifs spéciaux de responsabilité.Cf. J.-C. BONICHOT, *Encyclopédie Dalloz*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, régimes spéciaux d'indemnisation **relevant de la juridiction judiciaire.**

Section 1. Les difficultés relatives à la diversité des régimes législatifs de responsabilité.

La tendance première et naturelle de l'observateur, face à la diversité des régimes législatifs, est de considérer que leur élaboration a probablement correspondu à la nécessité de répondre, comme au coup par coup, à la survenance de besoins nouveaux d'indemnisation. Ainsi, *" élaborées dans les circonstances les plus diverses, les lois organisant la responsabilité publique ont des contenus variés"*[240].

Plus encore, il apparaît que ce caractère conjoncturel qui fait dire au professeur DARCY, à propos des régimes de substitution de responsabilité, qu'ils portent profondément la marque de l'opportunité a pour conséquence immédiate *"qu'ils se prêtent mal à l'effort de systématisation "* ou qu'ils sont *" trop tributaires des circonstances de leur instauration pour se laisser enfermer dans des raisonnements incontestables"*[241]. La conséquence première de ces constatations est la tendance observée de manière générale à traiter de la matière sous la forme d'une simple énumération[242].

Peut-être est il cependant possible de tenter de voir, après avoir indiqué les éléments caractéristiques des régimes législatifs (I), si des tentatives de systématisation ont été menées, et si elles conduisent à quelque chose d'utile dans le cadre de notre réflexion (II).

I. Les éléments d'une analyse :

Pour leur part, MM. De LAUBADERE, VENEZIA et GAUDEMET[243] distinguent au sein des régimes législatifs particuliers ceux qui s'analysent

---

[240] C. BRECHON-MOULENES, thèse *préc.* p. 85. Pour l'auteur cependant, si l'on compare les différents régimes " *l'ensemble de leurs dispositions gravite autour de problèmes communs "* et " *chaque texte apparaît comme la réunion plus ou moins complète de dispositions indispensables à la solution du litige ".. idem*

[241] G. DARCY, *thèse* préc. p. 385 et art au *Jcl. Procédure pénale, op.* cit. p. *8.*

[242] Voir par exemple, J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif,* Montchrestien 1999, pp. 743-750.

[243] Traité de droit administratif, tome 1, 14ème éd. pp. 977 s.

comme des *“ régimes de responsabilité élargie ”*[244], qui correspondent à des régimes de responsabilité pour risque et les *“ régimes de substitution de responsabilité ”*[245].

Récemment, le professeur PAILLET propose de distinguer entre les régimes de *réparation* et les régimes *d'indemnisation*, les premiers se rattachant à *“ une activité publique identifiable ”* et les seconds se fondant sur *“ l'idée de risque social ou de solidarité nationale ”*.[246]

Mme BRECHON-MOULENES[247] organise quant à elle sa “ typification ” en regroupant les différents régimes autour “ d'éléments communs ”, qu'il s'agisse de la compétence juridictionnelle, du fondement de la responsabilité mise en œuvre, des règles de réparation du dommage ou enfin des “ rapports triangulaires ” qu'ils instaurent. Mais cette tentative se révèle, de l'aveu même de l'auteur, assez infructueuse : *“ c'est sur constat de demi échec que s'achève notre essai de typification des régimes législatifs de responsabilité. Il n'est pas possible de dégager des types de lois à partir des critères techniques. Par contre, certaines familles de lois caractérisées par un même objet semblent se*

---

[244] Parmi lesquels ils distinguent notamment : le régime des dommages de guerre, la responsabilité des dommages causés par les attroupements, l'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction pénale, la réparation des dommages causés par les actes de terrorisme et, en vrac, les pensions d'invalidité, la responsabilité des collectivités pour les accidents subis par les élus locaux dans l'exercice de leurs fonctions, les accidents provoqués par les vaccinations obligatoires et enfin les accidents d'origine nucléaire.

[245] L'énumération ici est naturellement plus courte : substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public, substitution de responsabilité au cas de dommages causés par les véhicules, indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus du Sida.

[246] M. PAILLET, La responsabilité administrative, *op. cit.* p. 172. L'auteur distingue au sein des régimes de réparation les hypothèses se rattachant à la santé publique et d'autres situations éparses. Au sein de ces dernières, l'auteur distingue les hypothèses liées au fonctionnement du service public judiciaire, les accidents nucléaires, les dommages subis par les élus et les dommages causés par les véhicules administratifs. Il différencie au sein des régimes d'indemnisation les dommages causés par les attroupements, les dommages subis par les victimes de certaines infractions pénales et les dommages subis par les personnes atteintes de SIDA post-transfusionnel.

[247] Thèse op. cit., notamment p. 187 et suivantes. Mais aussi, avec un titre assez clair : Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction administrative, *Ency. Dalloz, Responsabilité de la puissance publique.*

dessiner"[248].

Ce constat n'était cependant pas considéré comme autre chose qu'une simple frustration intellectuelle, puisque l'auteur terminait son propos en indiquant qu'il *" est bon que la politique législative en matière de responsabilité publique soit empirique "*[249].

Il n'est pas dans notre propos de confirmer ou d'infirmer cette conclusion. Tout juste peut on remarquer qu'elle semble, à ce jour, unanimement reçue et acceptée.

II. Tentative de synthèse :

Les différents systèmes se démarquent tout d'abord, c'est l'évidence, selon la compétence juridictionnelle qu'ils induisent. On peut affirmer qu'en principe, la compétence du juge judiciaire concerne les atteintes portées aux libertés publiques en général, soit des préjudices économiques causés par l'activité administrative. Celle du juge administratif, toujours en principe, concerne davantage les dommages causés par les activités régaliennes, qu'il s'agisse des dommages de guerre ou, plus généralement des dommages causés par l'activité des services administratifs dans le cadre de la mise en œuvre de leurs prérogatives de puissance publique.

Bien évidemment, ces constatations globalisantes encourent la critique, et des exceptions existent. Le cadre est cependant celui-là et correspond à une vision traditionnelle de la séparation des autorités administratives et judiciaires[250].

---

[248] Idem, p. 239

[249] Ibidem. On ne peut à ce titre que relever avec l'auteur ce qui constitue la raison immédiate de cette impression, à savoir que *" les parlementaires n'ont jamais eu l'intention de définir et de classer "*, p. 187.

[250] Principe, rappelons le, qui correspond pour le Conseil constitutionnel à réserver au juge administratif l'annulation et la réformation des actes pris par les personnes publiques dans le cadre de leurs prérogatives de puissance publique.

Cependant, au terme de notre analyse et de l'étude des propositions doctrinales en la matière, on peut faire la remarque suivante : lister les éléments qui caractérisent les régimes législatifs de responsabilité revient à indiquer qu'ils permettent d'indemniser les dommages causés par l'activité licite de l'administration, en dehors de toute faute (A) en désignant un débiteur solvable (B).

A. Indemniser les dommages causés par l'activité licite de l'administration[251] *:*

Selon Mme BRECHON-MOULENES[252], la législation sur l'indemnisation des dommages causés par les émeutes, les faits de guerre, les " événements " d'Algérie et la réparation des accidents du travail procéderait ainsi de la réparation par la collectivité publique du " risque social ", cette réparation constituant un " principe autonome " du droit de la responsabilité administrative.

Ainsi, analysant récemment les *métamorphoses de la responsabilité* le professeur Geneviève VINEY indiquait la nécessité d'un " changement de perspective ", consistant à substituer aux aménagements actuels de la responsabilité fondée sur la faute (obligation de sécurité, responsable du fait d'autrui et plus largement, responsabilité objective) un système dans lequel le champ de la responsabilité serait déterminé à *partir du dommage.*[253] Cette substitution aurait pour conséquence une remise au goût du jour des anciens principes du droit romain dans lequel un certain nombre de situations dommageables étaient prévues et pour chacune d'elles une sanction spécifique.

En fait, comme le remarque l'auteur, le législateur s'est déjà engagé largement dans cette voie par la création de régimes spéciaux adaptés à certains

---

[251] De la même façon, pour Ch. EISENMANN, dans les occurrences où la responsabilité s'analyse non pas comme une sanction, mais comme une obligation d'assurance, *" l'obligation de réparer, ou mieux d'indemniser - la responsabilité civile - apparaît comme le prix à payer par l'agent d'une* ***activité licite*** *pour avoir le droit de l'exercer, bien qu'elle cause à autrui un dommage "*, Du degré d'originalité…, préc. n° 22

[252] Thèse préc. p. 133-134.

[253] G. VINEY Les métamorphoses de la responsabilité, Rapport de synthèse des 6ème Journées René SAVATIER, *PUF* Poitiers 1998, pp. 322-339

dommages particuliers. Or, cette situation se vérifie aussi bien dans le cadre des régimes spécifiques de responsabilité civile que dans celui de la responsabilité administrative. Seulement il semble bien que la multiplication des régimes dérogeant à un principe général qui reste celui de la faute correspond plus aux “bricolages ” décriés par Mme VINEY qu'à une réelle tentative de modifier en profondeur les fondements de la responsabilité administrative.

On peut ainsi les distinguer selon le fondement de la responsabilité qu'ils mettent en œuvre : responsabilité pour faute ou responsabilité “ objective ”. A ce titre, il semble que ces régimes obéissent à l’une des deux propositions qui suivent :

- ils organisent l’indemnisation des dommages causés par l’activité licite de l'administration
- ils organisent un système assurantiel de garantie des risques fondé sur la solidarité nationale.

Il s’agit autrement dit de garantir l’indemnisation des victimes de dommages, d’une part dans les situations dans lesquelles aucun répondant “ fautif ” n’est susceptible d’être identifié et d’autre part, dans celles où, qui plus est, le dommage causé apparaît comme tellement grave qu’il est hors de question, même en cas d’insolvabilité où d’impossibilité d’identification du responsable, de le laisser sans réparation.

B. Trouver un débiteur solvable :

Certains régimes désignent ainsi spécifiquement la personne publique susceptible d’être actionnée. C’est évidemment le cas s’agissant des régimes de substitution de responsabilité, qu’il s’agisse des dommages causés par les véhicules administratifs, du fait des agissements des membres de l’enseignement public ou encore, plus récemment, des dommages issus de la transmission du virus du Sida.

Ainsi, pour Mme BRECHON-MOULENES “ *les régimes législatifs de*

responsabilité visent généralement à offrir à la victime un débiteur solvable. A cet effet, ils désignent soit l'Etat, soit une personne administrative autre que l'Etat, comme, débiteur primaire de l'indemnité "[254] . L'auteur fait semble-t-il de ce principe la clef de voûte de tous les systèmes législatifs de responsabilité.

On retrouve ainsi l'une des justifications la plus souvent utilisée pour justifier soit certaines solutions qui semblent imputer à une collectivité publique un dommage qui apparaît avoir été commis par une personne physique, soit les systèmes d'obligation à la dette institués au détriment de l'administration. Cette justification du " débiteur solvable " est ainsi un des lieux communs de la responsabilité administrative, peut être utilisé un peu trop largement[255].

Cependant, comme l'indiquait Maurice HAURIOU, il se vérifie que, pour l'essentiel, ces systèmes d'indemnisation *" ne sont en somme qu'une organisation de surface, un système d'obligation à la dette vis-à-vis d'un créancier privilégié, qui recouvre le système sous-jacent de la contribution à la dette sur la base fondamentale de la faute "*[256].

Il est par ailleurs utile de noter que l'évolution de la notion de régime législatif de responsabilité publique correspond, dans les conditions suivantes, à l'évolution du compromis historique de la responsabilité des personnes publiques en général : *" tant que le dogme de la souveraineté de la puissance publique s'oppose à l'élaboration d'un droit jurisprudentiel, ou tant que ce dernier n'en est encore, dans certains domaines, qu'à ses premiers balbutiements, les lois spéciales de réparation connaissent une marche dévorante. Dès lors que les lois en vigueur deviennent insuffisantes, les juridictions poussées par les besoins*

---

[254] Thèse préc. p. 164

[255] C'était l'avis du commissaire du gouvernement KAHN dans ses conclusions sur l'arrêt Jeannier pour qui l'hypothèse dans laquelle la victime d'un dommage est indemnisée par l'agent fautif *" n'a rien qui offense le bon goût, ni le bon sens, quoique l'usage se soit introduit de convenir que les fonctionnaires publics sont nécessairement insolvables :* ***c'est un de ces axiomes qui reçoivent, on ne sait pourquoi, l'adhésion unanime****, y compris – semble-t-il la vôtre, puisqu'en somme la jurisprudence Lemonnier est fondée sur l'insolvabilité présumée des agents publics " :* CE 22 mars 1957, Jeannier, *D.* 1957 p. 748, concl. KAHN

[256] M. HAURIOU, note sous CE 28 mars 1919, Regnau1t - Desroziers, *S.* 1918-19.3.25

sociaux commencent à interpréter plus librement des textes qui vieillissent déjà, sortent de l'ornière des lois spéciales "[257].

L'hétérogénéité des régimes législatifs de responsabilité est donc assez largement la conséquence de l'évolution des compromis idéologiques qui s'établissent, différemment à chaque époque, entre les notions de faute, de responsabilité et d'indemnisation, c'est-à-dire du degré d'acceptation du dommage. En ce sens, la matière est largement affectée par les évolutions analysées dans les développements précédents. Ainsi, les régimes législatifs ont tour à tour poursuivi deux objectifs : suppléer d'une part les principes généraux de la responsabilité administrative pour permettre sa mise en œuvre là où elle était impossible[258] ; aménager ces mêmes principes lorsque leur mise en œuvre apparaissait comme techniquement néfaste pour l'activité de l'administration.

L'évocation nécessaire de ces difficultés théoriques et pratiques nous conduit, dans une perspective éventuellement réductrice, à proposer une présentation des différents régimes législatifs de responsabilité.

Section 2. Les divers régimes législatifs : tentative de typologie

Plusieurs approches sont possibles pour envisager une typologie des différents régimes législatifs de responsabilité. On privilégiera, avant même de tenter, après d'autres, une systématisation[259], un classement arbitraire fondé sur le domaine concerné par ces différents régimes à une énumération pure et simple, même basée sur la chronologie. On organisera ainsi la présentation autour de

---

[257] C. BRECHON MOULENES, thèse *préc.* p. 453, qui cite F. KOECHLIN, *la responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873*, Paris, *LGDJ*, 1957, p. 143.

[258] Il s'agit alors des " *lois remédiant à l'absence de jurisprudence admettant la responsabilité* ", C. BRECHON MOULENES, p. 214.

[259] Christine BRECHON MOULENES, dans sa thèse de doctorat, préc., p. 185 utilise quant à elle le terme " typification ". Pour l'auteur " *l'idée d'un groupement systématique et d'un*

deux grandes catégories : les régimes spéciaux, d'une part, dont l'objet ou l'effet est de limiter l'indemnisation des victimes, notamment par l'instauration d'un régime forfaitaire de réparation (I) ; ceux d'autre part, dont l'objet est de rendre possible cette indemnisation, ou de la faciliter (II).

Une précision s'impose cependant dès l'abord, qui concerne les situations dans lesquelles l'existence d'un régime spécial permet à la victime de se placer sur différents terrains pour demander réparation de son préjudice, c'est-à-dire celles dans lesquelles un régime législatif se superpose à un régime jurisprudentiel : le Conseil d'Etat considère que la mise en œuvre d'un régime législatif *est d'ordre public*[260] ce qu'il confirme encore dans une récente espèce *AGF*[261].

I. Les régimes limitant l'indemnisation des victimes : la réparation forfaitaire

Ayant pour caractéristique principale d'induire une réparation qui n'est pas *" égale au préjudice subi, mais fixée par des barèmes a priori établis de façon générale "*[262], les régimes de réparation forfaitaire ont en commun de limiter l'indemnisation du préjudice subi par la victime. Certains cependant, ce qui n'est pas sans intérêt, ont pour raison d'être de permettre cette indemnisation, même

---

traitement d'ensemble (...) est fort séduisante " même si, à l'évidence, *" les parlementaires n'ont jamais eu l'occasion de définir et de classer "*.

[260] Cette solution résulte, en matière de dommages causés par les attroupements ou rassemblements de l'arrêt *Foucher* du 30 juin 1999 (*RFDA*, 1999, p.1210 et les conclusions), rendu aux conclusions conformes de Mme C. BERGEAL : *" l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, qui a implicitement mais nécessairement écarté le moyen d'ordre public tiré de l'existence d'une responsabilité sans faute sur le fondement (des dispositions de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983) a méconnu celles-ci "*. La solution, cependant n'est explicite que dans cette matière, même si le commissaire du gouvernement proposait au Conseil de *" considérer que le régime légal, lorsque les conditions d'application en sont réunies, absorbe le régime jurisprudentiel. Dès lors, le requérant n'a à invoquer ni une faute quelconque ni un dommage anormal et spécial : le juge a l'obligation de juger le litige dans le cadre du régime défini par le législateur, quels que soient les termes de la requête "*.

[261] CE Section, 29 décembre 2000, AGF, *AJDA* 2001 p. 164. Cf. infra. les développements relatifs au régime législatif relatif à la responsabilité dans le cadre des rassemblements et attroupements

s'ils la limitent en même temps. Le plus important est le régime du " forfait de pension " qui concerne l'ensemble des agents publics (A), mais d'autres situations, parfois plus dramatiques, doivent être considérées (B).

A. Le régime des pensions[263]

La théorie dite du " forfait de pension " concerne la réparation des dommages corporels subis par les agents publics dans le cadre de leur mission de service public[264] : pour le juge administratif, dont la jurisprudence est constante depuis 1905[265] jusqu'à un récent arrêt de section, il résulte de l'obligation législative faite à la collectivité employeur de verser une pension à l'agent victime d'un dommage en service[266] l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir du juge une indemnisation intégrale, de son préjudice dans la circonstance où le montant de la pension allouée ne couvrirait pas la totalité du préjudice.

Ce régime résulte des textes généraux relatifs aux pensions et notamment de la loi du 26 décembre 1964 et d'un décret du 28 octobre 1966 portant code des pensions civiles et militaires. Il correspond à la mise en œuvre d'une indemnisation forfaitaire[267] et a pour conséquence que l'agent public, victime d'un accident de service, n'a d'autre droit à indemnisation que celui prévu par la législation.

---

[262] G. BRAIBANT, le droit administratif français, Presses de Science Po et Dalloz, 4ème éd. 1997, p. 309.

[263] Sur cette question, voir essentiellement : F.-P. BENOIT, Forfait de pension et droit commun de la responsabilité administrative, *JCP* 1956.I.1290.

[264] Ce n'est pas du problème des pensions de retraite dont il est question.

[265] Cette exclusion de l'indemnisation complémentaire est posée de longue date : cf. initialement : CE Avis, 28 juin 1905, *R.* p. 13 puis : CE 12 janvier 1906, Paillotin, *R.* p. 26. Récemment : CE, 16 novembre 1988, Veuve Fratani, *R.* Tables, p. 1021 ; CAA Lyon, 10 octobre 1990, Centre hospitalier général d'Arles, *R.* p. 465 : *" le caractère forfaitaire du régime de réparation des accidents du travail fait obstacle à ce qu'un agent hospitalier, victime d'un accident du travail dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, puisse exercer contre l'établissement hospitalier qui l'emploie d'autre action que celle qui tend à obtenir les prestations réparatrices dont ledit établissement serait débiteur* ***à raison de la nature juridique des liens l'unissant à son agent ".***

[266] Le droit de la fonction publique prévoit ainsi que des " commissions de réforme " doivent statuer sur le montant de la pension d'invalidité et sur la durée de son versement.

Limites :

- Le risque anormal et spécial

Le régime de la pension ne concerne, on l'a dit, que les seuls dommages de nature corporelle : ainsi les dommages matériels survenus dans le cadre du service au détriment d'agents dont les fonctions les exposent à des " risques particuliers " font l'objet d'une indemnisation sur la base de la responsabilité sans faute[268].

Mais la solution est la même lorsque ce " risque spécial et anormal " a eu pour conséquence des dommages corporels, qu'il s'agisse d'une infirmière obligée de cesser le travail du fait d'une affection transmise dans le cadre du service[269], d'une institutrice travaillant dans une école où sévit une épidémie de rubéole et dont l'enfant souffre de graves malformations[270] ou enfin du mari d'une infirmière contaminée par le sida en service et qui lui a transmis la maladie, indemnisé sur le terrain du risque au titre des troubles dans les conditions d'existence[271].

- Les appelés du contingent[272] :

---

[267] Le contentieux des pensions relève par ailleurs de juridictions spécifiques de l'ordre administratif, les commissions de réforme, sous le contrôle de la commission spéciale de cassation des pensions, rattachée au Conseil d'Etat.

[268] C'est le cas par exemple s'agissant des agents consulaires, diplomatiques ou militaires tenus par leur hiérarchie de rester en poste lors de la survenance de troubles politiques : les dommages correspondent notamment au saccage des résidences des militaires français (lorsque, comme c'est le cas dans les conflits africains, le France et ses agents sont assimilés au régime politique en place). S'agissant du vol ou de la détérioration de biens, cf. CE, Ass. 16 octobre 1970, Epoux Martin, *R.* p. 593.

[269] CAA Nancy, 1er juin 1994, Mlle Rolande Sellier, *AJDA* 1994, p. 849.

[270] CE, Ass. 6 novembre 1968, Dame Saulze, *R.* p. 550

[271] TA Paris, 20 décembre 1990, Epoux B. , *R.* p. 514 ; *RFDA* 1992 p. 545 concl. MONCHAMBERT. Voir D. LOCHAK, Transfusion et responsabilité administrative, *Revue trimestrielle du ressort du barreau de Versailles,* 1993, n° 30, notamment p. 143 et s. les développements relatifs aux actions engagées par le personnel hospitalier.

[272] Voir récemment : CAA Nantes, 7 octobre 1999, Dame Lemarchand, n° 96NT01992 *Gaz. Pal*. 11/13 février 2001, Panorama p. 49. On notera que cette catégorie est désormais résiduelle, du fait de la réforme récente du service national. Il est assez peu probable, en

Cette remise en cause de l'indemnisation complète du préjudice tombe aussi s'agissant des appelés du contingent, puisque la loi du 8 juillet 1983 a introduit un article 62 du code du service national aux termes duquel ces derniers peuvent demander une indemnisation complémentaire, s'agissant très précisément de dommages survenus à l'occasion du service[273].

Cependant, dans deux arrêts du 15 décembre 2000, la section du contentieux vient semble-t-il de remettre en cause cette théorie, en décidant que *" la circonstance que les conséquences dommageables des soins dispensés à la suite d'un accident dans un hôpital militaire ne sont pas détachables de cet accident en ce qu'ils ouvrent droit à la pension d'invalidité prévue par les dispositions (du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre)* ***ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé, s'il estime que les soins ont été dispensés dans des conditions de nature à engager, selon les règles du droit commun, la responsabilité de l'administration, exerce à l'encontre de l'Etat une action tendant au versement d'une indemnité complémentaire assurant la réparation intégrale du préjudice "***[274]**.*

Cette jurisprudence ne marque cependant pas, ou pas encore, l'abandon pur et simple de la théorie du forfait de pension : le préjudice dont l'agent réclame réparation n'est qu'indirectement rattaché à l'accident survenu en service. Ce qui est en cause, c'est une infection nosocomiale contractée ultérieurement à l'hôpital militaire, et qui, conformément à la jurisprudence sur les présomptions de faute, engage la responsabilité de l'administration. Dans ses conclusions[275], le commissaire du gouvernement CHAUVAUX, en proposant à la section du contentieux de *" s'interroger sur le point de savoir s'il est envisageable, soit de refonder la logique (du forfait de pension), soit d'y faire une exception pour les*

---

effet, que le législateur se préoccupe de l'étendre aux " engagés volontaires " qui, pour trois ans, remplacent progressivement les soldats appelés.

[273] Et non pas, par exemple, lors de leur trajet entre leur lieu d'affectation et leur domicile : CE, Sect., 28 juillet 1993, Stefani *R.* 231 ; *AJDA* 1993 p. 685 Chron. MAUGÜE et TOUVET et p. 746 obs. J. MOREAU ; *RFDA* 1994 p. 575 note P. BON ; *D.* 1994 somm. p. 366 obs. P. BON et P. TERNEYRE : l'imputabilité au service n'est alors pas démontrée.

[274] CE Section, 15 décembre 2000 M. Castanet et Mme Bernard *AJDA* 2001 p. 158 et la chronique.

dommages causés par des soins effectués sous la responsabilité de l'employeur ”, conclut à l'impossibilité de la première alternative, la théorie en cause ne lui apparaissant plus *“ conforme à l'état actuel du droit et de la société ”*. Il propose donc, non pas encore l'abandon du forfait de pension, mais l'instauration d'une exception s'agissant des dommages résultant des soins dispensés par l'employeur.

Il ne nous apparaît cependant pas, contrairement à ce que semble estimer le commissaire CHAUVAUX[276], qu'il appartienne à la jurisprudence de revenir sur une théorie posée depuis 1905 comme conforme à l'intention du législateur, d'autant plus que l'on ne peut qu'estimer qu'en apportant une exception à la règle concernant les appelés du contingent, le législateur du 8 juillet 1983 a implicitement mais nécessairement montré son attachement à la règle elle-même. Si, ce dont nous ne doutons pas, il est souhaitable de revenir sur cette règle historiquement favorable aux agents publics, mais qui induit depuis les développements du droit commun de la responsabilité un traitement défavorable de ces derniers, il nous semble que cette évolution devrait être législative et que la récente décision de la section du contentieux doit à cet égard être interprétée comme une invitation.

B. L’indemnisation des dommages de guerre[277] :

Il peut s’agir des dommages causés lors de conflits militaires, ou plus largement découlant de l’activité de l’armée, même en temps de paix.

Divers régimes législatifs ont eu pour objet de garantir l’indemnité de ces dommages que, sous divers aspects, les conflits de nature militaire sont susceptibles d'entraîner : qu'il s'agisse des dommages causés aux combattants

---

[275] Conclusions inédites.

[276] Pour l'auteur, *“ la véritable alternative à la situation actuelle semble donc résider dans la solution plus radicale consistant à reconnaître à l'agent public la possibilité d'agir sur tout fondement autre que la jurisprudence Cames. Elle aurait pour conséquence de rendre l'initiative au législateur ; si la situation nouvelle ne lui paraissait pas opportune, il lui appartiendrait d'introduire dans les statuts des fonctionnaires des dispositions expresses, éventuellement inspirées de celles du code de la sécurité sociale qui limitent les actions contre l'employeur aux cas de faute inexcusable ou intentionnelle".*

[277] Sur l'ensemble de cette question, cf. la thèse de J.-M. BECET *: “ La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par l'armée aux particuliers ”*, LGDJ 1969, BDP t. XCI.

eux-mêmes, ou des dommages économiques induits, ou enfin des conséquences dangereuses des conflits et notamment du fait des matières explosives disséminées sur le territoire. Selon MM. de LAUBADERE,VENEZIA et GAUDEMET[278] *“ le régime des dommages de guerre constitue le type le plus caractéristique de réparation de dommage par l’Etat en dehors de toute condition de faute ”*. De fait, les auteurs notent que les faits de guerre, qui correspondent à la théorie des actes de gouvernement[279], ne donneraient pas lieu, en absence de régime législatif spécifique à une quelconque responsabilité de la puissance publique. La technique de l’indemnisation forfaitaire a volontiers été utilisée en ces matières, même si elle ne suffit pas à l’embrasser totalement.

Ainsi les lois du 7 avril 1919, puis du 28 octobre 1946, organisent-elles la *solidarité nationale* pour indemniser les victimes des deux conflits mondiaux. La seconde organise ainsi la réparation intégrale et la réparation des biens sinistrés. Le contentieux, que l’on pressent nombreux, est confié à des tribunaux spéciaux de ordre administratif, les *commissions des dommages de guerre.*

* Dommages causés par l'armée

La loi du 31 décembre 1957, en transférant à l'autorité judiciaire le contentieux des dommages causés par les véhicules administratifs conduit à confier au juge judiciaire une grande partie des dommages causés par l'armée. Ils seront traités selon le droit commun et notamment tel qu'il résulte de la loi du 5 juillet 1985.

La loi du 3 juillet 1877 prévoit des dispositions spéciales s’agissant : des dégâts occasionnés par des troupes dans leur logement ou cantonnement (article 14 modifié par la loi du 20 juillet 1918), des dégâts matériels causés aux propriétés par le passage ou le stationnement des troupes dans les marches, manœuvres (article 54, modifié par la loi du 17 avril 1901), des dommages causés soit par des dégâts matériels soit par privation de jouissance aux propriétés occupées par les troupes ou interdites aux habitants à l’occasion de tirs de

---

[278] *Traité de droit administratif* préc. p. 977, n° 1352.

campagne (article 5 modifié par la loi du 17 avril 1901).

Les victimes de dommages matériels de ce type[280], dont l'énumération est restrictive, doivent attraire l'autorité militaire (le ministère de la défense) devant le juge judiciaire.

Les autres dommages sont indemnisés selon le droit commun de la responsabilité de la puissance publique, et notamment selon la règle, évoquée, du forfait de pension, qui domine l'ensemble du droit de la fonction publique.

C. Dommages causés par utilisation de l'énergie nucléaire

Ce régime spécifique, qui découle des dispositions de diverses conventions internationales[281], est complété par deux textes législatifs : la loi n° 65-956 du 2 novembre 1965[282] concernant les dommages dus à l'exploitation des navires nucléaires et la loi n° 68-943 du 30 octobre 1968 s'agissant des dommages causés par l'exploitation des installations nucléaires.

Installations civiles

Il résulte de ces dispositions un système de responsabilité sans faute à la charge exclusive de l'exploitant des installations civiles. Cette réparation est cependant limitée à 600 millions de francs[283] pour un même accident nucléaire, ce montant pouvant être ramené à 150 millions pour des installations à risque réduit.

Au-delà de ce montant, l'Etat doit, en application de la convention de Bruxelles, prendre en charge l'indemnisation des victimes.

---

[279] Et même en l'absence de cette condition : CE 30 mars 1966 Guyot et Cie Ignazio Messina, *AJDA* 1966 chron. p. 349

[280] Qu'ils aient été commis par l'une ou l'autre des trois armes.

[281] La convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, la convention de Bruxelles du 31 janvier 1963, et, notamment, la convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires signée à Bruxelles le 25 mai 1962.

[282] Modifiée par la loi n 68-956 du 29 novembre 1968: JO du 30 novembre 1968. Un décret d'application est intervenu le 19 juin 1969.

[283] Soit environ 91 millions d'euros

Installations militaires :

L'Etat indemnise les victimes pour un même montant maximum de 600 millions de francs pour un même accident. Cependant, un décret en Conseil des ministres peut constater l'insuffisance de ce montant et décider de nouvelles indemnisations.

La loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire attribue compétence à l'ordre judiciaire pour réparer les dommages causés par les accidents nucléaires.

D. Autres cas :

Il faut enfin réserver dans cette matière les cas de responsabilité du fait des dommages causés par certaines explosions qui peuvent concerner plusieurs types de situations.

1) Les explosions " groupées "[284] :

Un régime spécifique existe s'agissant des dommages résultant d'explosions dans les dépôts de munitions, les navires de guerre, arsenaux, les manufactures de l'Etat, les usines travaillant pour la défense nationale. Il a initialement correspondu aux dispositions de la loi du 3 mai 1921, intervenue cependant pour consacrer une solution jurisprudentielle[285] en prévoyant un régime forfaitaire de réparation pour les dommages matériels et corporels intervenus dans ces circonstances correspondant largement au système d'indemnisation des dommages de guerre prévu par les lois du 17 mai 1919 s'agissant des dommages matériels ; elle est abrogée par la loi du 28 octobre 1946, mais uniquement pour les dommages résultant de faits qui se sont déroulés avant le 1er janvier 1962.

Aucune disposition légale ne semble applicable pour une période

---

[284] Cf. M. SCHNEKENBURGER, La responsabilité de l'Etat en matière de déminage, *Gaz. Pal.* 1969 2 doctrine p. 12.

[285] Celle de l'arrêt CE 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, *R.* 329 ; S. 1919.3.25, note HAURIOU, *RDP* 1919, p. 239, concl. CORNEILLE, note JEZE.

postérieure : c'est donc la jurisprudence *Regnault-Desroziers* qui joue, la victime pouvant obtenir réparation en recherchant la responsabilité de la puissance publique sur le fondement du risque exceptionnel de voisinage.

La réparation des dommages corporels s'effectue au regard des dispositions de la loi du 24 juin 1919 relative aux victimes civiles de la guerre, et donc en application du régime des pensions.

2) Les explosions “ isolées ”

Considérés à l'origine comme des dommages de travaux publics, les “ dommages causés par les opérations de déminage et de désobusage effectuées par l’Etat ” furent assimilés par la loi du 28 octobre 1946 à des dommages de guerre : la réparation était donc forfaitaire sauf pour la victime à établir l'existence d'une faute du service.

C’est désormais la loi n°66-383 du 6 juin 1966, *relative aux opérations de déminage poursuivies par l’Etat* qui règle cette question : il en résulte que les dommages survenus après le 31 décembre 1961 ont, à nouveau, le caractère de dommages de travaux publics ; cette solution est bien entendu plus favorable pour la victime qui pourra demander la réparation intégrale de son préjudice[286].

[286] CE, 26 janvier 1968, Sté Péduzzi, *R.* p. 74

II. Les régimes permettant ou facilitant l'indemnisation des victimes :

On distinguera principalement les régimes de responsabilité dérogatoires (A) et les régimes instaurant des fonds d'indemnisation là où, pour l'essentiel, le jeu normal des règles n'aurait permis aucune indemnisation. Ces derniers s'analysent donc comme de véritables régimes d'indemnisation (B).

A. Les régimes de responsabilité dérogatoires.

Il s'agit d'une part des régimes transférant la compétence juridictionnelle aux juridictions de l'ordre judiciaire (1), et d'autre part de quelques régimes particuliers dont on ne pourra que présenter une liste (2).

1. Les régimes de substitution de responsabilité :

Ces régimes législatifs ont en commun, outre de voir la responsabilité de la personne publique substituée à celle de l'agent, d'avoir pour conséquence la soumission du contentieux à la compétence du juge judiciaire. Selon C. BRECHON MOULENES[287], cette attribution de la compétence au juge judiciaire correspond d'une part à une certaine méfiance du législateur à l'égard du juge administratif, d'autre part à une volonté d'élargissement de la responsabilité publique et enfin à un aménagement de la réparation.

Sont en cause le régime des membres de l'enseignement public (1) et celui des véhicules administratifs (2).[288]

a. Le régime des membres de l'enseignement public[289]

Au terme d'une évolution législative[290], la loi du 5 avril 1937 substitue la

---

[287] C. BRECHON-MOULENES, *Répertoire Dalloz :Responsabilité de la puissance publique*, n°13, Régimes législatifs spéciaux relevant de la juridiction judiciaire.

[288] Pour une étude combinée des deux régimes, voir l'article de G. DARCY au Jcl *Procédure pénale* (art. 1 à 5) sur la " Compétence des tribunaux judiciaires pour statuer sur la réparation des dommages occasionnés par tout véhicule contre une personne morale de droit public "

[289] Sur cette question : G. DARCY, La responsabilité de l'Etat du fait des accidents scolaires, Thèse Paris II. 1976.

responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public pour les dommages causés par les élèves ou aux élèves placés sous leur surveillance. Cette substitution s'applique aux membres de l'enseignement public[291] et, en application d'un décret du 22 avril 1960, à ceux de l'enseignement privé sous contrat d'association avec l'Etat.

Cette responsabilité est mise en œuvre par *le juge judiciaire* : la victime doit attraire non pas " l'enseignant ", mais directement l'Etat devant le tribunal civil du lieu du dommage[292].

Elle devra prouver, aux termes de la jurisprudence *Gavillet*[293], l'existence d'une faute de l'agent : le droit commun de la responsabilité administrative s'appliquera *" dans le cas où le préjudice doit être regardé comme indépendant du fait de l'agent "*, notamment si le dommage est dû à un défaut d'organisation du service ou prend sa source dans une faute de l'Etat ou un défaut d'entretien d'un ouvrage public[294]. Il serait en effet illusoire de penser que l'instauration d'un

---

[290] Sur cette question, lire récemment : J. FIALAIRE : le contentieux de la responsabilité dans le domaine de l'enseignement, *JCP* 2000.I.204, p. 239.

[291] Le domaine d'application de cette substitution de responsabilité est large, puisqu'une circulaire du ministère de l'éducation nationale du 31 décembre 1968 précise que la loi s'applique a *"quiconque est chargé à titre public d'une mission d'enseignement et d'éducation quelle qu'elle soit " : AJDA* 1969, p. 408. Cette définition exclut cependant les fonctionnaires des écoles publiques de l'Etat ne remplissant qu'une fonction administrative, ainsi que les membres de l'enseignement supérieur qui n'ont pas de mission de surveillance des étudiants.

[292] Article 2, alinéa 5 de la loi de 1937

[293] TC 31 mars 1950, Mademoiselle Gavillet, *R.* p. 658 ; *JCP* 1950.II.5579 note G. VEDEL, *D.* 1950 p. 331 concl. DUPUICH ; *S.* 1950.3.85 note H. GALLAND ; *RA* 1950 note GERVAIS : *" la loi du 5 avril 1937 (…) doit être réputée avoir maintenu la règle (…) en vertu de laquelle en cette matière spéciale et par dérogation aux principes généraux qui gouvernent la séparation des compétences administratives et judiciaires, la compétence de la juridiction judiciaire s'étend à l'ensemble des cas où le dommage invoqué a sa cause dans une faute de l'instituteur, quel que soit, juridiquement, le caractère de cette faute "*.

[294] Principe rappelé explicitement par : CE 20 décembre 1985, Dlle Irissou, R. 387 ; D.A. 1986 n° 130 ; *D.* 1986, IR p. 205, *Gaz. Pal* 1986 p. 317 : *" il résulte des dispositions de la loi du 5 avril 1937 que, par dérogation aux principes généraux qui régissent la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, la compétence de la juridiction civile s'étend à l'ensemble des cas où le dommage invoqué a sa cause dans une faute d'un membre de l'enseignement, quel que soit, juridiquement, le caractère de cette faute; que les règles normales de compétence ne retrouvent leur empire dans ce domaine que dans le cas où le*

régime spécifique de responsabilité permette à coup sûr de déterminer à la fois le patrimoine responsable et le juge compétent à ce titre.

Certaines espèces sont fort complexes, dès lors qu'elles font intervenir plusieurs de ces éléments[295].

Ainsi, dans une espèce *Consorts Metnaoui*[296] le Conseil d'Etat avait décidé que le décès d'une enfant par noyade dans le cadre d'une séance de natation scolaire pouvait être imputé soit à l'Etat devant les juridictions judiciaires, dans le cadre de la loi du 5 avril 1937, soit à la commune devant le juge administratif dans le cadre d'un dommage de travaux publics ou d'une faute commise par le personnel communal[297].

---

préjudice subi doit être regardé comme indépendant du fait de l'agent; soit que ce préjudice ait son origine dans un travail public, soit qu'il provienne d'un défaut d'organisation du service public de l'enseignement ".

[295] Voir par exemple : CAA Bordeaux, 4 avril 1991, Mme Brun et consorts Latorre. Noyade d'un élève d'une section d'éducation spécialisée lors d'une séance de natation scolaire dans une piscine municipale. La commune, seule appelée en cause, ne saurait en principe s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe dans l'exercice de sa mission de surveillance de ladite piscine en invoquant les fautes commises par l'institutrice chargée de la surveillance de la victime à la responsabilité de laquelle est substituée, en vertu de la loi du 5 avril 1937, celle de l'Etat. Toutefois, s'agissant d'un accident du travail et l'art. L.451-1 CSS faisant obstacle à ce que la commune co-auteur du dommage puisse exercer une action en garantie contre l'Etat, employeur de la victime, mais également co-auteur de l'accident, la faute commise par l'employeur, dans la mesure où elle a contribué à produire le dommage a pour effet, dans la même mesure, d'atténuer la responsabilité encourue par la commune.

[296] CE 10 juin 1988, Consorts Metnaoui, *R*, p. 235 : noyade d'un enfant survenue dans une piscine municipale au cours d'une séance de natation scolaire à laquelle il participait en tant qu'élève d'un collège d'enseignement secondaire. Selon le Conseil d'Etat, un tel accident peut donner lieu à une action en responsabilité contre l'Etat, soit devant les tribunaux judiciaires en application de la loi du 5 avril 1937, lorsque le préjudice est imputé à une faute commise par un membre du personnel enseignant, soit devant la juridiction administrative, lorsque le préjudice est imputé à un défaut d'organisation du service public de l'enseignement. Toutefois, la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'Etat dans ces conditions **n'exclut pas que la responsabilité de la commune puisse être recherchée** devant le juge administratif à raison soit d'un défaut d'aménagement de l'ouvrage public constitué par la piscine municipale, soit d'une faute née d'une surveillance défectueuse ou d'une méconnaissance des exigences relatives à la sécurité, de la part du personnel communal chargé d'assurer la surveillance de la piscine.

[297] Sur le problème des actions en garanties, cf. infra. S'agissant d'un dommage résultant à la fois d'une faute de l'instituteur et d'un défaut d'entretien de l'ouvrage ou d'une mauvaise organisation du service, voir par exemple CE 26 juin 1963 Seguinot, *R.* p. 400, *AJDA* 1960

Dans une espèce *Epoux Martinez*[298], le Tribunal des conflits, s'agissant d'un accident survenu à un élève lors d'une excursion au col de la Faucille décide que *" l'accident s'est produit au cours d'une activité organisée dans le cadre de l'enseignement sous la responsabilité du directeur d'école et de l'instituteur chargé de la classe ; que la circonstance qu'il soit survenu alors que l'enfant se trouvait dans un groupe placé sous la surveillance non de l'instituteur lui-même mais d'un moniteur, agent de la commune, participant à l'encadrement de la classe, ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité de l'Etat soit recherchée sur le fondement des dispositions précitées de la loi du 5 avril 1937 ; qu'il y a lieu, par suite de renvoyer le jugement de l'affaire aux tribunaux de l'ordre judiciaire ".*

La responsabilité de la commune ne pourrait donc n'être engagée, le cas échéant, que sur la base du défaut d'entretien de l'ouvrage public[299], même si naturellement, au regard des circonstances, la jurisprudence citée ne permet pas de se prononcer définitivement sur ce point.

Il reste que dans ces situations, la victime du dommage sera placée dans une situation certes complexe, mais néanmoins favorable, puisqu'elle pourra choisir le terrain sur lequel elle entend faire prononcer la responsabilité de la puissance publique.

b. Le régime des véhicules administratifs.

On sait que, " *par dérogation à l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 ",*

---

p. 90 note H. A. : la victime peut saisir la juridiction de son choix : *" si la commune soutient que l'accident dont s'agit serait partiellement imputable à ce que les instituteurs n'auraient pas suffisamment surveillé les enfants et que ce défaut de surveillance engagerait la responsabilité de l'Etat dans les conditions fixées par la loi du 5 avril 1937, cette circonstance est sans influence sur la responsabilité encourue par la commune à l'égard de la jeune victime, et est seulement de nature à permettre à la commune d'exercer devant la juridiction compétente, une action récursoire contre l'Etat ".*

[298] TC 15 février 1999, Epoux Martinez, *R.* p. 440

[299] Cf. CAA Nantes 26 avril 2000 Commune de Saint-Branchs N° 97NT01433,

la loi du 31 décembre 1957[300] réserve au juge judiciaire la compétence s'agissant du contentieux des dommages causés par les véhicules propriété des personnes publiques ou dont elles ont la garde. On sait aussi qu'un débat complexe a porté sur la notion de véhicule[301], qui ne cesse d'ailleurs d'être précisée dans le sens, par exemple, de la reconnaissance d'une pelleteuse comme moyen de transport…[302].

Le système de responsabilité instauré par cette loi fait donc *a priori* sortir le domaine des accidents de la circulation causés par des véhicules administratifs du champ de notre étude. Ce n'est cependant pas le droit privé qui s'applique purement et simplement ici : la loi du 31 décembre 1957 institue en effet un système *de substitution de responsabilité* au profit des victimes qui ne peuvent agir qu'à l'encontre de la personne publique, qui pourra exercer une action récursoire à l'encontre de l'agent ou des agents responsables.

Cette solution vaut également et même si la loi ne le prévoit pas expressément, s'agissant des dommages pouvant êtres assimilés à des *dommages*

---

[300] Loi n° 57-1424, *JORF* 5 janvier 1958, p. 196. Sur les raisons qui ont amené le législateur à instaurer une telle compétence, puis une substitution de responsabilité, voir la thèse de J.-A. MAZERES, *" Véhicules administratifs et responsabilité publique ", LGDJ*, BDP t. XLVII, notamment p. 179, et G. DARCY, art. au Jcl. *Procédure pénale*, préc. p. 7. Pour l'essentiel, il s'agissait, d'une part de remédier à la différence de traitement des victimes d'accidents de la circulation, les indemnisations consenties par le juge administratif étant notoirement inférieures à celles offertes par le juge judiciaire et d'autre part de garantir l'agent des poursuites pécuniaires de la victime.

[301] En l'état actuel de la jurisprudence il s'agit de tout engin susceptible de se mouvoir par un dispositif propre, même si une tondeuse à gazon ou un ascenseur se sont vus dénier une telle qualification: CE 23 mars 1969, Société Otis Pifre, *R p. 231 ; CE* 14 mars 1969, 'Ville de Perpignan, *R* p. 156. Comme le remarque le professeur PAILLET, préc. p. 179, " ces *distinctions ne vont pas toujours sans quelque arbitraire "*, même si on peut indiquer avec le professeur J. MOREAU que " si *on peut apprécier diversement ces solutions, elles sont conformes aux vœux du législateur, soucieux d'uniformiser le sort des victimes d'accident "*, note sous CE, 26 juin 1986, Mme Curtol, *AJDA* 1986, p. 654.

[302] Voir récemment : CE 16 novembre 1992 SA Entreprise Razel frères C/ époux Girard, *R.* p. 407, *AJDA* 1993 p. 223, obs. P. LE MIRE : cas de dommages causés à un immeuble par les vibrations engendrées par des travaux de voirie effectués à l'aide de rouleaux compresseurs et de tirs de mines : le juge administratif ne se décide compétent que pour les dommages dus aux tirs de mines, qu'il estime (!) correspondre à 50% de l'intégralité du dommage… Comme l'indique P. LE MIRE *" le moins que l'on puisse dire est que tout ceci se révèle fort subtile et assez peu édifiant "*.

de travaux publics.[303]

Cette question avait fait l'objet de controverses et d'hésitations, sur le point de savoir notamment si la loi du 31 décembre 1957 prime sur la loi du 28 pluviôse an VIII et sur le caractère attractif de la notion de travail public. À la suite de jurisprudences contradictoires, le Tribunal des Conflits se prononce en faveur de la compétence judiciaire, même lorsque le véhicule à l'origine du dommage participait à l'exécution d'un travail public et se trouvait par exemple sur un chantier de travaux publics[304].

Pour la victime d'un accident de la circulation impliquant un véhicule administratif, le système paraît donc simple : elle devra attraire devant le juge judiciaire, qui jugera *" conformément aux règles du droit civil "*, la personne publique à laquelle l'agent conducteur ressortit [305], et elle seule. Plus exactement, l'assureur de la victime, à la suite de l'échec de la négociation précontentieuse, agira devant le tribunal compétent pour faire reconnaître ses droits, la victime n'étant finalement qu'assez peu " impliquée **"** dans cette démarche. L'administration quant à elle, pourra exercer une action récursoire à l'encontre de l'agent en cause.[306]

Cependant, cette apparente simplicité et ce caractère largement favorable aux victimes doit être relativisé : l'intégration de certaines situations spécifiques dans le cadre du système est encore parfois problématique et nécessite l'intervention du Tribunal des conflits pour départager des positions contraires du juge judiciaire et du juge administratif[307].

---

[303] Sur les difficultés rencontrées dans ce domaine pour déterminer le patrimoine public responsable, voir infra, les développements relatifs aux régimes jurisprudentiels spécifiques.

[304] TC 14 novembre 1960, C° des bateaux à vapeur du Nord, *R p.* 871 ; TC 14 novembre 1960 Allagnat C. département du Jura, *R.* p. 870; *RDP* l960 p. 190; *RTDC* 1961, p. 137 n' 44; JCP1960.II.118 74 : *AJDA* 1960 p. 186 et 355.

[305] C'est ici le lien statutaire qui sera mis en œuvre.

[306] *V. infra*, les développements relatifs à la détermination de la responsabilité, en non plus de l'imputabilité. Elle relèvera, le cas échéant, de la compétence des juridictions administratives, puisqu'elle mettra en cause une faute statutaire.

[307] Ainsi par exemple, le problème s'est posé de savoir si les dommages causés aux cultures par l'épandage de produits insecticides était consécutif de l'intervention d'un véhicule (avion

Par ailleurs, certaines situations sont *particulièrement complexes :* par exemple, dans un arrêt *Sauvi*[308] un dommage avait été causé, dans le cadre d'un incendie de forêt, à la résidence des requérants du fait du largage aérien de produits, destinés à retarder la propagation du sinistre. Les requérants ayant entendu mettre en cause la responsabilité de l'Etat sur le seul terrain de la faute commise dans l'organisation des opérations de lutte contre les feux de forêt, le juge avait, en appel, décliné sa compétence en se fondant sur les dispositions de la loi de 1957.

Au contraire, le Conseil d'Etat estima que le dommage était dû au fonctionnement défectueux des services d'incendie. Cette circonstance, on l'étudiera plus en détail[309], a pour conséquence la mise en œuvre de la responsabilité de la commune lieu du sinistre.

Les autres régimes législatifs instaurent pour essentiel des techniques d'indemnisation des victimes, sans conséquences sur la compétence juridictionnelle.

2. Autres régimes législatifs dérogatoires :

La présentation des régimes législatifs de responsabilité échappe difficilement à l'impossibilité d'inscrire leur diversité dans un plan tout à fait cohérent. Certains ne peuvent en fait qu'être " listés ", sans qu'on puisse caractériser plus précisément leurs ressemblances. Les régimes, dont la présentation suit, ont donc seulement en commun de faciliter l'indemnisation des victimes.

---

ou hélicoptère) ou au caractère nocif des produits en cause. Dans un espèce *Alban et Trouche,* le Tribunal des conflits écarte l'application de la loi de 1957 et reconnaît la compétence administrative : TC, 4 février 1974, *R.* p. 790.

[308] CE 18 novembre 1994 Marcel Sauvi, *AJDA* 1995 p. 253, note X. PRETOT.

[309] Cf. infra, les développements relatifs aux cas complexes d'imputation des dommages.

a. Responsabilité de l'Etat du fait de la justice judiciaire[310]

L'évolution vers une responsabilité dans le domaine juridictionnel a donné lieu d'abord à une série de textes particuliers remontants pour les premiers à la fin du 19ème siècle, comme l'article 626 du code d'instruction criminelle (aujourd'hui code de procédure pénale)[311] s'agissant de la réparation à la suite de la révision d'une erreur judiciaire.

Les autres textes en la matière sont plus récents, qu'il s'agisse de l'article 473 du code civil prévoyant la responsabilité de l'Etat à l'égard des pupilles (loi du 11 juillet 1966), de la réparation des dommages résultant d'une détention provisoire suivie d'une procédure se terminant par un non-lieu, un acquittement ou une relaxe définitive (loi du 17 juillet 1970), ou enfin de l'article 747-3 du code de procédure pénale et de la responsabilité de l'Etat pour les dommages causés par les personnes condamnées à un travail d'intérêt général (loi du 10 juin 1983).

Le texte le plus général est cependant celui qui résulte de la loi du 5 juillet 1972 qui consacre la possibilité de la responsabilité pour les dommages causés par le fonctionnement du service public judiciaire. Aux termes de l'article L. 78 1-1 du code de l'organisation judiciaire, " *l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde*[312] *ou par un déni de justice"*[313].

---

[310] Sur cette question, voir notamment : J. MOREAU, la responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires, *Jcl. Adm.* fasc. 900, 1993 ; Ph. ARDANT, la responsabilité de l'Etat du fait de la fonction judiciaire, *LGDJ* 1956, BDP t. 3 ; lire encore, récemment, M.-A. FRISON-ROCHE, La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée, *D.* 1999.I.174

[311] Loi du 8 juin 1895.

[312] La commission d'une faute lourde est donc une condition essentielle. Elle permet la condamnation de l'Etat, par exemple, a propos d'une visite domiciliaire effectuée par des agents des impôts qui avaient obtenu une ordonnance d'un juge en dissimulant les motifs réels de l'opération.

[313] Pour un commentaire de cette loi, cf. J.-M. AUBY, la responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire, *AJDA* 1973, p. 4. Par ailleurs, l'article 505 du code de procédure civile donne une définition du déni de justice : " Il y a *déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes en négligeant les affaires en état et en tour d'être jugées* ", alors que

La seule espèce reconnaissant l'existence d'une faute lourde avait été jugée par le TGI de Paris dans affaire *Dame La rue c/ AJT*[314] dans laquelle après six années d'instruction la chambre d'accusation s'aperçut que le juge d'instruction n'avait pas été désigné dans les formes légales, ce qui entraînait l'illégalité de tous ses actes. Il en résulte, les faits étant prescrits, le prononcé d'un non-lieu après l'intervention d'un nouveau juge d'instruction.

Récemment cependant, la Cour d'appel de Paris a fait application de ces dispositions en décidant, à propos de la décision d'un juge aux affaires familiales de confier un enfant à une mère dont l'état mental était profondément altéré, que *" si, prise isolément, aucune des négligences constatées ne s'analyse en une faute lourde, en revanche, le fonctionnement défectueux du service public de la justice, qui découle de leur réunion, revêt le caractère d'une telle faute "* [315].

Enfin, dans un arrêt rendu dans le cadre de l'interminable affaire *Grégory*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation interprète cette disposition comme suit : *" constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi "*[316].

Un débat porte actuellement sur la notion de responsabilité personnelle des magistrats[317] qui, pour l'essentiel, conduit à remettre en cause la nécessité de la

---

l'article 4 du code civil vise " le *juge qui refusera de juger sous prétexte de silence, de l'obscurité ou du silence de la loi "*.

[314] TGI Paris, 1ère section 19 septembre 1990, Mme La Rue c/ AJT, *RDP* 1990, p. 1859, note J.-M. AUBY

[315] CA Paris, 25 octobre 2000, M. X. c/ M. Y, *Gaz. Pal.* des 8 et 9 décembre 2000, n° 343/344 p. 17 note S. PETIT, *D.* 2001, p. 580 note C. LIENHARD. Voir aussi : TGI de Paris 21 février 2001, *D.* 2001 IR p. 1365 à propos de l'affaire du " tueur de l'est parisien ".

[316] Cass. ass. plén. 23 février 2001, *D.* 2001 IR p. 909 et p. 1752 note C. DEBBASH. On peut, comme le commentateur au *Dalloz* (IR), voir dans cette redécouverte de la responsabilité du service public de la justice un corollaire de " l'ascension " unanimement observé de l'autorité judiciaire, dont semble être à l'origine la volonté affichée de neutralité des gouvernants à l'égard des procédures judiciaires.

[317] Voir, outre l'article de M.A. FRISON-ROCHE, préc. : J. MOREAU, la responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice, l'apport du droit administratif, in La responsabilité

faute lourde.

b. Dommages causés par les pupilles de l'Etat:

Le statut de pupille de l'Etat s'appliquait principalement aux enfants abandonnés, ou dont la filiation était inconnue, ainsi qu'aux orphelins n'ayant pas d'ascendants pouvant subvenir à leurs besoins. La collectivité dont la responsabilité est traditionnellement susceptible d'être engagée du fait de leurs agissements fautifs est *le département*, les lois du 6 juin 1984 et du 6 janvier 1986 ayant d'ailleurs accru les attributions en la matière des présidents de conseil général. Les juridictions de l'ordre administratif sont compétentes.

Il faut évoquer désormais les régimes qui, en dehors des mécanismes classiques de la responsabilité, organisent l'indemnisation des victimes.

B. Les régimes d'indemnisation proprement dits[318] :

Un régime d'indemnisation diffère d'un régime de responsabilité, quel qu'il soit, dans la mesure où la victime n'a pas à faire la preuve du lien de causalité entre le préjudice dont elle a été victime et l'agissement dommageable de la personne publique dont il est résulté. Ainsi, le plus souvent, la seule *survenance* du préjudice se suffit à elle-même pour permettre son indemnisation.

Dans cette matière, on est, comme l'indique, notamment, le professeur DARCY, dans un cadre qui *"relève plus volontiers de la solidarité nationale que de la responsabilité"*[319].

---

des gens de justice, *Justices* n°5, 1997, p. 39-48 ; D. LUDET, Quelle responsabilité pour les magistrats, *Pouvoirs*, n° 74, 1995, p. 119-137 ; D.-N. COMMARET, La responsabilité des juges, Synthèse des travaux de l'atelier de formation continue, ENM 1998-1999, *Annonces de la Seine*, 12 août 1999, p. 22 et s.

[318] Sur la notion de fonds de garantie, cf. la thèse de Ph. CASSON, *Les fonds de garantie*, LGDJ 1999.

[319] Art. Jcl. Procédure pénale, op. cit. p. 5. Cette idée est par ailleurs confortée par l'exemple du contentieux de la transfusion sanguine et les conclusions du commissaire du gouvernement LEGAL sous l'arrêt *M.D.* du 9 avril 1993, *R.* p. 114 : *" L'indemnisation prévue par la loi de 1991 a pour fondement la solidarité et non la responsabilité. Si son dispositif avait pour objet de fixer des règles spéciales d'engagement de la responsabilité de*

Dans certaines circonstances, ou s'agissant de dommages spécifiques, c'est-à-dire intervenus dans des circonstances considérées comme exceptionnelles, dans les divers aspects que cette appellation est susceptible de recouvrir, le législateur utilise la technique de l'indemnisation par le biais d'un fonds créé à cet effet, pour " *assumer le risque dans le risque* "[320]. Cette solution garantit l'indemnisation des victimes, sans avoir de conséquence sur la détermination des responsabilités et donc, techniquement, du patrimoine public responsable[321]. On distinguera essentiellement le contentieux de la transfusion sanguine (1), l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme (2), des victimes de l'amiante (3) et le régime des dommages causés par les attroupements et rassemblements (4).

1. Le contentieux de la transfusion sanguine[322]:

L'indemnisation des victimes de dommages à la suite des transfusions sanguines, et notamment résultant de la survenance de SIDA ou d'hépatites post-transfusionnels, est organisée par l'article 47 de la loi *portant diverses dispositions d'ordre économiques et sociales* du 31 décembre 1991. Par ailleurs, les victimes bénéficient de la récente loi du 19 mai 1998 relative aux produits

---

l'Etat, de déterminer des modalités particulières de réparation d'un dommage causé par la puissance publique, vous devriez admettre conformément à une jurisprudence bien établie, que l'intervention du législateur a soustrait la matière au droit commun jurisprudentiel de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique en ne laissant place à aucune autre réparation à la charge de l'Etat que celle prévue par la loi et substituée par elle à la condamnation que vous auriez pu prononcer (CE section, 24 juillet Henriot, p. 886 ; Ass. 6 janvier 1950, Moreau-Néret, p. 8). Les lois les plus connues dans cette catégorie sont celles relatives à la réparation des dommages de guerre ou celles qui traitent de l'indemnisation forfaitaire des accidents subis par les fonctionnaires en service. ***Mais constituent une autre catégorie les lois à objet conservatoire qui visent à faire bénéficier rapidement de la solidarité nationale les victimes de certains dommages, quelle qu'en soit l'origine, mais sans décharger l'auteur du dommage (…) de sa responsabilité ".***

[320] Y. SAINT-JOURS, De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risque, *D.* 1999, p. 211.

[321] On retrouve ici les distinctions évoquées entre imputabilité et imputation, que l'on étudiera plus en détail dans les développements concernant la distinction responsabilité primaire / responsabilité secondaire. Cf. infra.

[322] Sur cette question, qui a naturellement fait l'objet d'une analyse doctrinale particulièrement riche, voir notamment le rapport du Conseil d'Etat pour 1998, sur le droit à la santé.

défectueux[323].

Au titre de la loi du 31 décembre 1991, les victimes d'une contamination *" causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang réalisée sur le territoire de la République française "*[324] peuvent saisir un fonds d'indemnisation qui a la charge de la réparation intégrale des préjudices à partir du moment où le lien de causalité entre la transfusion et le dommage a été " suffisamment établi "[325]. La loi leur permet cependant de tenter d'obtenir réparation selon les voies juridictionnelles classiques : devant le juge judiciaire, s'agissant de la responsabilité des cliniques privées et de celle des centres privés de transfusion ; devant le juge administratif pour obtenir réparation des dommages survenus dans les hôpitaux publics et dans les centres publics de transfusion[326].

Dans ce second cas, elles pourront actionner soit l'établissement public, soit directement 1'Etat, pris en tant qu'organisateur et contrôleur des centres de transfusion, en application des dispositions du décret du 16 janvier 1954 et des articles L.666 à L.673. du code de la santé publique.

Sa responsabilité sera engagée sur le terrain de la faute simple, le Conseil d'Etat ayant jugé dans l'arrêt d'Assemblée M.D. du 9 avril 1993[327] que la responsabilité de l'Etat en matière de "SIDA post-transfusionnel " peut être

---

[323] Dans ce cadre, le producteur ne pourra s'exonérer de la responsabilité de plein droit en invoquant le risque de développement de l'article 1386-11, 4° du code civil, puisque la chose est exclue par l'article 1386-12 du même code s'agissant du " dommage causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci ".

[324] Article 47-1 de la loi.

[325] Il faut cependant convenir, avec le commissaire du gouvernement LEGAL, que " *la loi du 31 décembre 1991 (…) n'est pas une mutualisation du risque* ***évacuant le recours à la notion de faute puisqu'au contraire la possibilité pour le fonds d'engager une action au titre de sa subrogation*** *dans les droits de la victime indemnisée est explicitement prévue par l'article 47-IX* 'lorsque le dommage est imputable à une faute' ", conclusions, *R.* 1993, p. 114

[326] Sur la position du Conseil d'Etat permettant à une victime d'actionner pour le tout une seule personne responsable et non l'ensemble des coauteurs, cf. infra.

[327] 26 CE Ass, 9 avril 1993, *D., G.- B... R,* p.110 concl. H. LEGAL, *AJDA 1993,* p. 344, chron. C. MAUGÜE et L. TOUVET ; D. *1993* p. 312, *JCP* 1993. 1. 22110, note C.DEBOUY, *RFDA* 1993 p. 583 et les conclusions.

engagée *“ pour toute faute ”* commise dans l'exercice de ses attributions[328].

Dans un avis récent[329], le Conseil d’Etat indique par ailleurs que les litiges relatifs à la réparation des conséquences dommageables des transfusions sanguines réalisées depuis le 1er janvier 2000 relèvent, eu égard à la nature administrative du service public transfusionnel assuré depuis cette date par l’Etablissement français du sang[330], de la compétence de la juridiction administrative, le droit à réparation des dommages causés par une transfusion sanguine s’ouvrant à la date à laquelle cette transfusion est réalisée.

2. L’indemnisation des victimes d'actes de terrorisme[331]

La loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et aux atteintes à la sûreté de l'Etat[332] organise en son article 9 une procédure spéciale d'indemnisation associant étroitement *assurance* et *solidarité nationale* en rendant d'une part obligatoire l’insertion dans les contrats d'assurance de biens d'une clause garantissant les dommages causés par les actes de terrorisme et, d'autre part en instituant un fonds de garantie s'agissant des atteintes aux personnes.

Enfin, pour prévenir les doubles indemnisations, les victimes qui saisissent

---

[328] Il faut préciser à nouveau que cette évolution vers la marginalisation de la faute qualifiée est relative, dans la mesure où “ la simplification ” menée par le Conseil d’Etat tend, selon le commissaire du gouvernement LEGAL, concl. préc. p. 118 *“ à faire dépendre l’engagement de la responsabilité publique de l’existence d’une faute, non qualifiée mais appréciée au regard des caractères spécifiques de l’activité sur laquelle elle se greffe ”*. Autrement dit, là encore, l’engagement de la responsabilité reste conditionnée à la mise en évidence d’une faute “ suffisamment fautive ” au regard de l’activité considérée.

[329] CE 20 octobre 2000, avis, Torrent, *D.* 2000, IR p. 285 ; *AJDA* 2001 p. 394, concl. D. CHAUVAUX.

[330] créé par la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire.

[331] Sur l'ensemble de cette question cf. T. RENOUX : L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme : un nouveau cas de garantie sociale, RFDA 1987, p. 909 préc. et T. RENOUX et André ROUX-.Responsabilité de l’Etat et droits des victimes d'actes de terrorisme, *AJDA* 1993, p. 76, préc.

[332] J.O. du 10 septembre 1986, modifiée par la loi n' 86-1322 du 30 décembre 1986 (*J.O.* du 31 décembre 1986).

le fonds d'indemnisation doivent informer des procédures juridictionnelles en cours et sont tenues d'une même obligation d'informer les juridictions de leur saisine du fonds qui est subrogé dans les droits de la victime contre les responsables dont la faute est à origine du dommage.

3. L'indemnisation des victimes de l'amiante[333]

La loi de financement de la sécurité sociale pour 1999[334] crée, en son article un fonds d'indemnisation chargé de réparer intégralement les préjudices subis par les victimes de l'amiante. L' article 53 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001[335] prévoit désormais qu'une offre d'indemnisation soit formulée dans les 6 mois qui suivent la présentation de la demande.

Là encore, mais cette fois de façon tout à fait claire, l'acceptation de l'offre par la victime vaut désistement des actions juridictionnelles indemnitaires en cours et rend irrecevable toute autre action future de ce type[336]. En cas de refus de l'offre d'indemnisation, ou d'absence de proposition dans le délai, la victime dispose d'une action contre le fonds d'indemnisation.

4. Le régime des dommages du fait des attroupements et rassemblement[337] :

Dans le régime tel qu'il résultait des articles L. 133-1 à 133-8 du Code des

---

[333] Sur la responsabilité de l'Etat reconnue récemment en matière de contamination par l'amiante, voir infra les développements relatifs à la détermination des responsables en matière de santé publique.

[334] Loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998.

[335] Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000.

[336] Le Conseil constitutionnel a jugé à ce propos que *" ne méconnaît pas le droit au recours juridictionnel l'impossibilité pour le requérant d'engager une autre action en indemnisation dès lors qu'il a déjà obtenu, par une des deux voies (fonds ou recours juridictionnel), une décision définitive d'indemnisation " :* C.C. 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *JORF* du 24 décembre 2000 p. 20576, *D.* 2001 p. 1766, observations D. RIBES.

[337] Sur l'ensemble de la matière, voir notamment F. VINCENT, JCA, fasc. 960, préc., R. LETTERON. Le juge administratif et la responsabilité du fait des attroupements, *RDP* 1990 pp. 489-544 , M. GUENAIRE, Le régime juridique de la responsabilité administrative du fait des actes de violence, *AJDA* 1987, p. 227 -. J.-C. MAESTRE, Les nouveaux aspects

communes les actions “ *tant principales qu'en garantie, sont portées devant les tribunaux de l'ordre judiciaire* ” contre les communes, responsables de plein droit, aux termes de l'article L. 1331-1 des “ *dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence, sur leur territoire, par des attroupements ou rassemblement, armés ou non armés, soit envers des personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées* ”.

Cette compétence judiciaire était traditionnelle et résultait notamment de la loi du 10 vendémiaire an IV instituant une responsabilité collective des citoyens de la commune du fait des attentats commis sur le territoire de cette dernière.

L’Etat était quant à lui tenu, en cas de condamnation de la commune, de contribuer par moitié au paiement des dommages - intérêts et des frais accessoires. Cette obligation était cependant tempérée par la possibilité pour l’Etat, s'il apportait la preuve d'une inertie fautive de la commune, d'exercer un recours contre cette dernière à concurrence de 60% des sommes versées par lui[338]. En revanche, si la commune n'avait pas au moment des faits “ *la disposition de la police locale ni de la force armée* ” (article L. 133 -4), l’Etat devait prendre à sa charge l'intégralité des sommes dues aux victimes, la même solution trouvant à s’appliquer si la commune avait pris toutes les mesures en son pouvoir pour prévenir ou réprimer les troubles[339].

Désormais aux termes de l'article 92 de la loi 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes[340], les départements,

---

de la responsabilité des communes du fait des dommages causés par des attroupements, *AJDA* 1976, p. 486

[338] C'est la loi du 16 avril 1914 qui initie ce système de garantie par l'Etat des dommages imputables à la commune.

[339] Cette évolution déjà remarquable de la responsabilité étatique en la matière résulte de l'article 87 de la loi de finances n°75-1278 du 30 janvier 1975, *JO*. 31 décembre 1975, p. 13564. En fait, comme l’indique R. LETTERON, préc. p. 492, le transfert de compétence au juge administratif ne fait que tirer les conséquences logiques d’une situation juridique qui faisait déjà largement peser la charge de la responsabilité sur le patrimoine de l'Etat, puisque depuis 1976, l'Etat assume l'intégralité de la réparation, lorsque la commune n'a pas eu un comportement fautif.

[340] Codifié actuellement à l'article L. 2216-3 du CGCT

les régions et l'Etat, *" l'Etat est civilement responsable des dégâts commis à force ouverte ou, par violence, par des attroupements ou rassemblements, armés ou non armés, soit contre les personnes soit contre les biens. Il conserve toutefois la faculté d'exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci est engagée ",* c'est la responsabilité primaire de l'Etat qui sera engagée devant le juge administratif[341].

Cependant la loi ne dit rien de la compétence juridictionnelle et les articles L.133-1 et suivants du code des communes ne sont pas formellement abrogés.

Alors que l'administration, par circulaire du ministère de l'intérieur penchait pour la compétence administrative en estimant que la substitution de 1'Etat à la commune comme débiteur primaire implique nécessairement la substitution de la compétence administrative à la compétence judiciaire[342], le Tribunal des conflits dans une décision importante, a pris la position exactement inverse[343].

---

[341] Mais la commune, en contrepartie, pourra bénéficier de ce régime lorsqu'elle aura subi un dommage du fait de manifestations, la circonstance que les communes aient supporté cette responsabilité jusqu'en 1983 ne pouvant les en exclure : CE 18 novembre 1998, Commune de Roscoff, n° 173183, *DA* janvier 1999 p. 28 note L. T. En l'espèce, la commune avait dû procéder à des travaux de nettoyage, de déblaiement, et de remise en état après une manifestation d'agriculteurs qui avaient déversé des tonnes de pommes de terre sur la chaussée.

[342] Ainsi, la circulaire n° 83-265 du 22novembre 1983 (BOMI 1984, p. 50) enjoint-elle aux préfets de revendiquer la compétence administrative, en élevant systématiquement le conflit dans des affaires de ce type.

[343] TC 13 février 1984, Préfet commissaire de la République de la Seine-Maritime c/ cour d'appel de Rouen *R*.445 ; *AJDA* 1984 p. 452 concl. LABETOULLE; D. 1985 p. 593, Chron. S. HUBAC et J.M. SCHOETTL; *RFDA* 1985 p. 56 note J.-C. DOUENCE; *RDP* 1984 p. 1227 étude Y. GAUDEMET ; *JCP* 1984.II.210269, note F. MODERNE. Ainsi, pour J.-C. DOUENCE " la *décision ... met fin au régime séculaire de la responsabilité des communes à raison des dommages causés par des attroupements ou rassemblements (dont le) régime se rattachait à l'idée primitive d'une sanction collective à l'encontre des habitants de la collectivité dont l'ordre a été troublé.. Il y a d'autant moins lieu d'en regretter la disparition qu'il était d'application relativement fréquente, malgré son archaïsme "*. Il faut bien remarquer que l'ensemble des commentateurs, de la même façon que les travaux préparatoires, n'envisagent à aucun moment la question de la justification théorique de la responsabilité communale initiale, se bornant à comprendre la réforme comme nécessaire au regard de " la *multiplication des actes de violence à l'époque contemporaine et la faiblesse chronique des finances communales " :* F. MODERNE, Les articles L. 133-1 à L. 133-8 du

Il y avait pourtant des arguments convaincants en faveur de la position de l'administration, le moindre n'étant pas que si la réforme avait entendu substituer la responsabilité de l'Etat à celle des communes, on ne voit pas bien pourquoi la chose aurait figuré au code des communes : c'est donc bien un régime distinct qu'on avait instauré, pour lequel le droit commun de la responsabilité administrative devait s'appliquer.

Le Président LABETOULLE, dans ses conclusions conformes, écarte cependant cette argumentation au motif un peu décevant que *" le principe de la compétence judiciaire pour connaître des actions en responsabilité pour les dommages causés par les rassemblements ou attroupements est une donnée traditionnelle du droit français "* et que par conséquent *" il ne peut être écarté que par une disposition législative expresse ou par un raisonnement implicite appuyé sur l'évidence que telle a bien été l'intention du législateur "*[344].

La loi n° 86-29 du 9 janvier 1986[345] *portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales* vient définitivement régler la question en confiant au juge administratif le contentieux en cause[346]. La difficulté, qui n'est pas nouvelle

---

code des communes sont abrogés : les nouvelles règles de compétence en matière de dommages causés par les attroupements et rassemblements, *D.* 1987, Chronique p. 110-112. Il sera pourtant nécessaire de revenir sur la 4 spécificité communale ", en matière de police administrative notamment : voir *infra.*

[344] Concl. *op. cit. AJDA* 1984 p. 453. L'idée de l'existence de " données traditionnelles " de nature quasi-législatives nous intéressera par la suite, pour comprendre notamment l'imputabilité en matière de police de la responsabilité aux communes. *Cf.* infra

[345] *J.O.* du 10 janvier 1986. Comme l'indique R. LETTERON, là encore, *" cette petite révolution juridique est passée inaperçue "*, la réforme étant issue d'un amendement parlementaire à une loi " fourre-tout " immédiatement adopté par le gouvernement alors que les justifications données par les rapporteurs du projet sont demeurées très vagues, se bornant à évoquer un *" souci de cohérence "* ou encore le fait que " cet amendement se justifie par le texte lui-même ". Comme l'indique l'auteur, *" de manière quelque peu surprenante, une réforme qui revient sur une compétence juridictionnelle solidement ancrée dans le droit depuis le 18ème siècle, est ainsi présentée comme résultant de la nature des choses "*, art. préc., p. 490.

[346] Les justifications apportées à cette modification de la personne publique répondante sont assez classiques, et assez peu satisfaisantes : ainsi, pour R. LETTERON, art. préc. p. 493, *" l'article 92 de la loi du 10 janvier 1986 a permis de rendre responsable l'autorité la plus solvable, la mieux en mesure d'indemniser convenablement la victime "*.

et qui est identique qu'on impute la responsabilité primaire du dommage à la commune ou à l'Etat, est bien sûr de déterminer les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité.

Le Conseil d'Etat est récemment intervenu pour systématiser la jurisprudence en la matière : il résulte d'un avis d'assemblée du 20 février 1998[347] rendu a propos des actions violentes commises par les transporteurs routiers lors de l'instauration du "permis à points " en 1992, que les trois éléments constitutifs d'un rassemblement ou d'un attroupement sont : un groupe agissant de manière collective et concertée, quelle que soit sa dimension, exprimant une contestation de manière collective et publique. Les trois critères sont donc le nombre, la volonté de contestation et le caractère public de cette dernière. La responsabilité du fait des attroupements ne peut trouver à s'appliquer que si, dans ce contexte, des crimes ou des délits ont été commis, aux termes de la loi, "à force ouverte ou par violence ", cette dernière caractéristique concernant le seul acte à l'origine du dommage (quel qu'il soit) et non le rassemblement qui, initialement, a bien pu être pacifique.

Quant au critère finaliste, tiré de l'intention revendicative initiale des manifestants, il a été récemment critiqué par le commissaire du gouvernement OLSON dans ses conclusions sur l'arrêt de Section *AGF* du 29 décembre 2000[348] : il estimait peu souhaitable d'ajouter à la loi pour limiter le champ des dommages indemnisables et de *" renvoyer dans le droit commun de la responsabilité la réparation des dommages causés par des rassemblements non revendicatifs "*. Un argument solide en ce sens pouvait être tiré du fondement de la responsabilité sans faute de l'Etat en la matière : s'il s'agit d'une responsabilité pour risque contrepartie de la liberté de manifester, cette responsabilité ne concernera que les dommages commis dans le cadre de la manifestation, qui aient un lien avec elle et l'on appliquerait alors le critère finaliste.

Si, au contraire, la responsabilité de l'Etat est assise sur le principe d'égalité

---

[347] Avis CE, Ass. 20 février 1998, Sté Etudes et construction de sièges pour l'automobile et autres, *AJDA* 1998, p. 1029, note I. POIROT-MAZERES.

[348] CE Section, 29 décembre 2000 AGF, *AJDA* 2001 p. 164 et la Chron. avec les citations des conclusions du commissaire.

devant les charges publiques, qui pourrait interdire de traiter différemment les victimes des troubles en fonction des intentions initiales des manifestants, le critère finaliste ne devrait pas trouver à s'appliquer.

L'arrêt rendu par la section du contentieux ne tranche pas cette question, même si la première solution, tirée du critère finaliste, nous paraît le mieux correspondre à l'intention du législateur. Reste, comme l'indiquent MM. GUYOMAR et COLIN[349] que sont exclus du régime législatif considéré les rassemblements dont le but est ouvertement la destruction de biens et qu'au contraire le Conseil d'Etat démontre ici *" sa capacité à appréhender les évolutions de la société "*[350] en prenant en considération les dommages commis à l'occasion des violences urbaines.

*

* *

On est conduit, à la suite de l'évocation de ces régimes législatifs particuliers, dont l'application aboutit, dans des conditions plus ou moins complexes, à la résolution de la question de la détermination du patrimoine public responsable, à entrer plus avant dans notre sujet : il s'agit désormais de tenter d'analyser les techniques de détermination du patrimoine public responsable mises en œuvre par le juge lorsqu'il est, pour ainsi dire, libre de ses mouvements.

---

[349] Chron. préc. à l'*AJDA*
[350] idem

Chapitre 2.
Régime jurisprudentiel :
règles générales et règles dérogatoires

Il peut paraître étrange, au sein d'un droit “ essentiellement jurisprudentiel ” de distinguer entre des régimes de droit commun et des régimes dérogatoires. Il n'en reste pas moins qu'il faut faire le départ entre certaines règles générales, qui forment les “ principes généraux du droit de la responsabilité administrative ”[351] en matière de détermination du patrimoine public responsable et divers régimes spécifiques.

Cette analyse peut s’appuyer sur une opinion autorisée, puisque pour le Président ODENT “ *conscient du caractère inéquitable de l'impossibilité où il se trouve de dégager des règles simples en raison de la complexité des situations et des rapports administratifs, le Conseil d’Etat a tenté de pallier ces inconvénients: il a admis que lorsque plusieurs personnes publiques collaborent étroitement à une activité de service public qui a causé un dommage ouvrant droit à réparation, la victime de ce dommage pouvait s'adresser à l'une quelconque de ces personnes publiques et obtenir de celle poursuivie réparation intégrale du préjudice subi par la faute de cette activité : vaccinations obligatoires, mais elle n'a pas été étendue (…) aux dommages imputables aux activités de police où pourtant il est très malaisé de déterminer la collectivité responsable* ”[352].

Ce sont ainsi des considérations pratiques qui semblent déterminer l'instauration de ces régimes dérogatoires, fondés sur la nécessité de faciliter l'indemnisation des victimes, soit en raison de la difficulté résultée de l'enchevêtrement des interventions dans la survenance d'un même dommage, soit

---

[351] Sur la reconnaissance par le juge de cette notion, voir par exemple : CE Ass. 29 décembre 1978, Darmont, *R.* p. 542 ; *AJDA* 1979 p.45, note LOMBARD ; *D.* 1979 p. 279, note VASSEUR ; *RDP* 1979 note J.-M. AUBY : “ *considérant que si, en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l’exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d’ouvrir droit à indemnisation…* ”

[352] R. ODENT, Cours de contentieux administratif 1979-80, in Chapitre 2, *Le débiteur de l’indemnité*.

encore en raison du caractère “ insupportable ” ou “ scandaleux” du dommage en cause.

Certaines règles peuvent ainsi être considérées comme “ générales ” ou comme influençant suffisamment le juge pour être décrites comme telles (section 1) . D’autres interviennent lorsque les premières ne permettent plus de garantir la réparation (section 2).

Section 1. Les règles générales de détermination du patrimoine public responsable

La détermination du patrimoine public responsable, on l'a dit, ne comporte pas nécessairement de difficultés particulières. Les principes qui la sous-tendent semblent même, dans beaucoup de cas de figure, tout à fait simples. Même si notre objectif est de discuter cette apparente simplicité, il faut indiquer quelles sont les solutions mises en œuvre par le juge, et qui s'inspirent toutes, lorsque c'est possible, du *critère fonctionnel d'imputation*, pour déterminer qui doit indemniser la victime d'un dommage.

La personne publique responsable est soit celle à laquelle appartient l'agent qui est à l'origine du dommage (I), soit celle dans les compétences de laquelle rentrait l'activité cause du dommage (II).

I. La personne publique de rattachement.

La personne publique responsable est ainsi *" celle que représente l'autorité ou dont dépend le service ou l'ouvrage à l'origine du préjudice "*[353].

Le principe est simple et correspond à l'imputation de la responsabilité à la personne publique à laquelle *ressortit*[354] l'agent qui a causé le dommage. Il s'agit simplement de mettre en œuvre le lien statutaire et les règles gouvernant la responsabilité des personnes publiques du fait des dommages causés par leurs agents, c'est-à-dire la notion de faute de service. Tout cela est connu, et notamment l'exception de la faute personnelle détachable du service, qui seule, permet de décharger du poids de l'indemnisation la personne publique ressortissante ainsi que les éléments classiques concernant le cumul de fautes et le cumul de responsabilité, sur lesquelles nous reviendrons cependant lors des développements consacrés aux actions en garantie.

---

[353] R. CHAPUS, *Droit administratif général* préc. n° 1434.
[354] On utilise ici le verbe *ressortir à* au sens de *dépendre, relever de*.

Le lien statutaire :

La victime d'un dommage devra normalement attraire pour être indemnisée la personne publique qui emploie[355] l'agent. C'est donc la responsabilité de la collectivité locale concernée qui sera en cause s'agissant des conséquences fautives des agents des communes, départements et régions. La responsabilité de l'Etat sera quant à elle engagée dans le cas d'actes préjudiciables causés soit par les agents de l'administration centrale, soit des services déconcentrés, dès lors qu'ils n'auraient pas été mis à la disposition d'une autre collectivité. Enfin, les établissements publics, dotés de la personnalité morale, doivent couvrir la responsabilité de leurs agents[356].

On retrouve ici le débat concernant la responsabilité de l'administration comme responsabilité pour autrui[357] : c'est nécessairement de l'activité de ses agents que la personne morale répond, dans le cadre d'une responsabilité indirecte[358].

---

[355] C'est-à-dire sur le budget de laquelle s'impute le paiement du service fait par l'agent : dans ses conclusions inédites sur l'arrêt CE 10 avril 1970, Société d'assurances Le sou médical et consorts Jorcin, le commissaire du gouvernement BRAIBANT indique de la sorte que *" seul ce critère suffit à caractériser la collectivité dont relève l'agent (et qu'en conséquence) l'obligation de garantie que les textes (…) mettent à la charge de l'administration doit normalement incomber à la collectivité qui emploie l'agent "*. Cf. C. LOISEAU, *Causalité et imputabilité dans le droit de la responsabilité administrative extracontractuelle du fait des vaccinations obligatoires et de la transfusion sanguine*, DEA Paris II, 1993.

[356] S'il n'est pas nécessaire de démontrer plus avant cette affirmation d'évidence que les agents des personnes publiques engagent la responsabilité des collectivités auxquelles ils appartiennent, il faut immédiatement remarquer les conséquences que cette situation entraîne s'agissant des collectivités locales. En effet, le partage des services déconcentrés du fait de la décentralisation opérée au début des années 1980 a eu pour conséquence, notamment à l'échelle départementale de multiplier les occurrences de responsabilité, par le simple fait de l'augmentation en volume du nombre d'agents. Ainsi, dans le domaine particulier de la " protection juridique ", l'article 11 de la loi du 13 juillet 1984 dispose qu'en cas de condamnation civile d'un agent pour fait de service, il revient à la collectivité de l'indemniser du préjudice subi.

[357] Voir encore Pierre DELVOLVE : La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, *Mélanges Marty*, p. 407 s., préc.

[358] Voir sur ce point les développements très clairs d'EISENMANN : *" de qui est l'acte fautif qui engage la prétendue 'responsabilité pour faute' des personnes publiques ? De ces membres de la collectivité qui vont, en définitive, supporter la charge de l'obligation de réparer (…) ? Non pas ; mais d'un ou plusieurs agents qui, par rapport à l'ensemble de ces sujets, sont des tiers, un 'autrui'. La conduite que l'on examine et juge sous le rapport de sa*

On a vu que cette position était contestée, notamment par le professeur AMSELEK[359], dont la position revient à indiquer que ce n'est pas l'appartenance de l'agent à la collectivité qui conditionne la responsabilité de cette dernière, mais le fait que l'activité dommageable ait été commise par l'agent dans le cadre des compétences de la collectivité locale considérée. C'est la mise en œuvre du critère fonctionnel d'imputation de la responsabilité.

Et, de fait, cette proposition permet d'intégrer des solutions qui étaient totalement incompréhensibles au seul regard du critère de la collectivité de rattachement, qu'il s'agisse de la responsabilité du fait des collaborateurs occasionnels de l'administration (A) ou de toute une série d'hypothèses dans lesquelles le juge administratif impute la responsabilité à une collectivité autre que celle à laquelle appartient l'agent à l'origine du dommage (B).

Il faut évoquer ces solutions pour se convaincre, dans un premier temps, de l'efficacité du critère fonctionnel d'imputation de la responsabilité.

A. La Responsabilité du fait de l'activité des collaborateurs occasionnels de l'administration[360] *:*

Le collaborateur occasionnel, est la personne qui collabore effectivement, en cas d'urgence, soit à la demande de l'administration, soit spontanément, à une mission de service public. Ainsi, s'agissant d'une victime noyée en tentant de

---

régularité ou de son irrégularité, ce n'est en aucune façon celle de la collectivité, c'est ***celle de ses agents*** *- le fait est incontestable. Ce ne peut donc pas être en raison de son fait personnel, en qualité d'auteur de l'acte fautif dommageable, que la collectivité, ensemble d'hommes, est responsable.* ***Ce ne peut être qu'en raison du lien de droit qui existe entre elle et l'auteur, ce qui est tout autre chose. "****,* Du degré d'originalité…, préc. n° 8

[359] P. AMSELEK, La détermination des personnes publiques responsables, préc. p. 313 et suivantes.

[360] Sur l'ensemble de la matière, et notamment la mise en œuvre dans ce domaine d'une responsabilité sans faute, on renverra aux manuels. Cf. notamment G. DARCY, La responsabilité de l'administration, préc. p. 106 s. Voir aussi récemment les thèses de MM. LEMAIRE : *la collaboration occasionnelle au service public*, Thèse Lille 2 1998 et YOMO : *Collaborateurs occasionnels de l'administration et responsabilité*, thèse Paris X, 1999.

porter secours à un baigneur, le Conseil d'Etat[361] considère que, puisqu' *" aux termes de l'article 97 du code de l'administration communale, ' la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre et la salubrité'... que s'agissant des communes riveraines de la mer, ces pouvoirs, qui comportent notamment la prévention des noyades et les secours à porter à leurs victimes, s'étendent à la portion du rivage faisant partie du domaine public maritime. Bien que l'accident (…) se soit produit à une époque excluant les baignades, le sieur Tesson a participé à un service public communal : que le dommage résultant pour sa famille de son décès doit dès lors être intégralement réparé par la commune "*.

De la même façon, pour imputer à une commune la responsabilité d'une blessure causée à un collaborateur occasionnel sollicité dans le cadre d'une opération de police, la Haute juridiction indique que *" l'opération était au nombre de celles qui incombent à l'autorité municipale en vertu de l'article L. 97-7 du code de l'administration communale et de l'article L. 344 du code de la santé. Dès lors, bien que les services de police soient d'Etat dans la ville en cause, la responsabilité de celle-ci est engagée. "*[362]

Ces deux exemples nous mettent immédiatement en présence des difficultés qui peuvent compliquer la détermination du patrimoine public responsable. Tout d'abord, il est évident *qu'aucun lien statutaire* ne peut être mis en évidence entre les victimes et une collectivité territoriale quelle qu'elle soit. En revanche, le juge va devoir déterminer, après avoir vérifié que les victimes pouvaient effectivement être considérées comme des collaborateurs occasionnels, à quelle collectivité les rattacher.

Cette recherche revient, au regard des décisions rendues par le juge administratif, à déterminer dans le cadre de quelle compétence le collaborateur est intervenu, autrement dit à mettre en œuvre le critère fonctionnel d'imputation

---

[361] CE 25 sept. 1970, Commune de Batz-sur-Mer c/ Dme Tesson, *R*. p. 540
En revanche, l'accident dont il s'agit *" n'est pas en mesure d'engager la responsabilité de l'Etat soit en raison des attributions qui lui sont conférées pour la conservation du domaine public maritime, soit du rôle de coordination des services de secours. "*
[362] CE 10 juin 1977, Ville de Caen, *R.* Tables, p. 965

de la responsabilité. Et, dans les deux cas, le juge décide que les tentatives de sauvetage à l'origine des dommages mettent en cause la responsabilité de la seule commune, alors que les victimes ou leur ayant droit avait demandé la condamnation conjointe (arrêt *Batz sur mer*[363]) ou exclusive (arrêt *Ville de Caen*) de l'Etat.

On mesure déjà, dans ces deux affaires, la difficulté rencontrée par le requérant. Elle est particulièrement sensible dans l'affaire *Ville de Caen*, dans la mesure où le problème de compétence est compliqué par le fait que le pouvoir de police est étatisé dans cette ville, et ne relève pas directement du maire[364]. Cette circonstance, nous l'étudierons plus en détail, n'a pas en fait de conséquence sur la détermination des responsabilités.

B. L'imputation de la responsabilité à une collectivité non ressortissante

Le critère de l'imputabilité de la responsabilité à la commune dont l'agent à l'origine du dommage dépend statutairement n'est pas non plus opératoire lorsque ce dernier engage par son agissement la responsabilité d'une autre collectivité.

---

[363] Voir de la même façon, CE, 19 mars 1982, Mme Ranchoup, *R Tables* p.746, *D.* 1983 IR p. 133 comm. MODERNE et BON : la mise en œuvre des secours aux victimes d'accidents de montagne étant, en vertu de l'article L. 131-2-6 C. communes, au nombre des attributions de police municipale qui incombent au maire, Mme R n'est pas fondée à demander à l'Etat réparation du préjudice subi par elle du fait du décès de son mari qui, participant aux opérations d'évacuation par hélicoptère d'une skieuse blessée, participait à un service public communal **bien que son concours eût été sollicité par un agent de l'Etat**. Comme l'indiquent les commentateurs au Dalloz, *" ce qui détermine la collectivité responsable, ce n'est pas la qualité de l'agent, c'est la nature de la mission à laquelle ce dernier participe "*.

[364] Une espèce encore est particulièrement exemplaire : dans le cadre de la noyade d'un collaborateur occasionnel qui tentait de repêcher un enfant tombé dans l'Hérault les parents de l'enfant, et leur assureur, avait été condamnés solidairement par le juge judiciaire à indemniser la veuve " du sauveteur " au titre du " contrat tacite d'assistance " qui se serait formé à la suite des appels au secours de la mère de l'enfant. La compagnie d'assurances s'estimait subrogée dans les droits de la veuve pour réclamer de la commune répétition des sommes versées à elle au titre de la qualité de collaborateur occasionnel de la victime et de la faute commise par la commune en négligeant de signaler le danger. Le Conseil d'Etat ne s'estima pas tenu par les constatations du juge judiciaire relatives à l'imprudence de la victime et rejeta la requête du fait de la faute de la victime : CE Section 2 juillet 1976, Cie d'assurances " La Nationale ", *R.* p. 347.

Cette situation se rencontre dans tous les cas pour lesquels un texte prévoit qu'une collectivité intervient *pour le compte* d'une autre.

Ainsi lorsqu'en vertu de l'article L. 2411-2 du CGCT[365], le conseil municipal et le maire gèrent les biens et droits d'une section de commune, ils agissent **pour le compte de cette dernière**. Par suite, les fautes qu'ils peuvent commettre à cette occasion engagent, vis à vis des membres de la section ou des tiers, la responsabilité de la seule section.[366]

De la même manière, l'arrêté interministériel du 6 septembre 1982 pris en application du règlement communautaire du 15 avril 1980 qui prévoit que l'instruction des dossiers de demande d'exonération de montants compensatoires monétaires est confié aux organismes d'intervention agricole (ONIC notamment), n'a pas pu avoir pour effet de transférer à ces organismes la compétence reconnue à l'Etat par le règlement communautaire à l'effet d'accorder une telle exonération, ces organismes **agissant pour le compte de l'Etat** et les fautes qu'ils commettent à cette occasion ne pouvant engager, à l'égard des auteurs des demandes, que la responsabilité de l'Etat.

Les conclusions tendant à la condamnation de l'ONIC à raison des fautes qu'il aurait commises lors de l'examen d'une demande d'exonération sont donc irrecevables [367].

Enfin, les autorités désignées au troisième alinéa de l'article L.480-1 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction résultant de la loi du 18 juillet 1985 sont, lorsqu'elles ont connaissance, notamment par une réclamation des tiers, d'une infraction de la nature de celles que prévoient les articles L. 160-1 et L.480-4 dudit code, tenues d'en faire dresser procès-verbal. Mais " *eu égard à* ***la nature*** *de la mission dévolue à ces autorités, cette mission doit être regardée comme remplie dans tous les cas* ***pour le compte de l'Etat.*** *Il s'ensuit que, dans les cas où l'autorisation nécessaire n'aurait pas été délivrée au nom de l'Etat, la*

---

[365] Ancien article L. 151-2 du Code des communes.
[366] TA Lyon 19 septembre 1985, Jourdan et autres, *R.* Tables p. 770

carence alléguée du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale n'est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. "[368]

Ces exemples, là encore, montrent bien à la fois la nécessité de disqualifier les critères simplistes d'imputation de la responsabilité et la conséquence qui en découle quant à l'extrême difficulté que peuvent rencontrer les justiciables dans leur recherche d'un patrimoine responsable[369].

La personne publique répondante est donc celle dont *dépend* ou *ressortit* l'agent qui a causé le dommage, cette dépendance devant être comprise aussi bien matériellement (l'agent est payé par la collectivité en cause), mais surtout fonctionnellement (l'agent ou la personne en cause a mis en œuvre des compétences appartenant à telle ou telle collectivité publique).

II. La personne publique compétente.

Ainsi, le principe général qui semble gouverner la question de la détermination du patrimoine public responsable a pour conséquence **l'imputabilité de la responsabilité à la personne publique dans le domaine de compétence de laquelle l'activité dommageable est intervenue.**

Cette circonstance, on l'a dit, rend très difficile la recherche de la victime, dans la mesure justement où rien n'est plus enchevêtré que la répartition des compétences entre les différentes collectivités locales et établissements publics de regroupement. Mais elle semble à même d'intégrer la plus grande partie des

---

[367] CE 25 février 1987, Société Louis Dreyfus, *R.* p. 71

[368] CAA Lyon, Plen. 19 nov. 1991, Agnel, *R.* p. 579

[369] Ainsi n'est-il pas d'évidence de considérer que des travaux effectués sous la conduite de la direction départementale de l'équipement mis à la disposition du conseil général en vertu des dispositions combinées des lois du 2 mars 1982 et du 7 janvier 1983 n'engagent pas la responsabilité de l'Etat, mais seulement celle du département ; le Conseil d'Etat censure sur ce point l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon : CE 14 janvier 1994, Ministre de l'équipement c/ M. SAVINE, *R* p. 13

occurrences[370].

Bien entendu, cette solution a pour conséquence la multiplication des situations complexes, qui pour certaines ont nécessité la mise au point de solutions dérogatoires.

[370] Nous verrons cependant que, s'agissant de certains cas complexes, ce critère n'est plus du tout opératoire, ce qui nous conduira a étudier, dans la seconde partie de cette thèse, les raisons qui sous-tendent cette complexité.

Section 2 : L'invention de règles spécifiques pour certains cas particuliers

La démarche du juge administratif en la matière est partagée entre la nécessité de résoudre des difficultés techniques d'imputabilité (I) et celle de remédier à la survenance de dommages excessifs auxquels l'application des règles classiques d'imputation n'apporterait pas de réponse satisfaisante (II).

I. La nécessité de résoudre des difficultés techniques d'imputabilité

Ces difficultés concernent des circonstances dans lesquelles la détermination de la personne publique qui doit être actionnée par la victime est rendue si ardue que le juge administratif a du créer des règles spécifiques.

A. La responsabilité en matière de santé publique :

La matière est gouvernée par le primat de la faute d'une part, qui a pour conséquence que traditionnellement la responsabilité du praticien ne peut être mise en cause que pour faute prouvée et le développement récent, autour des notions d'aléa thérapeutique et de " risques sériels ", d'une volonté de trouver des solutions d'indemnisation pour les victimes de dommages sans responsables clairement et facilement identifiables. Cette recherche aboutit, en droit de la responsabilité civile, à la multiplication des situations dans lesquelles l'existence d'un " contrat de soin " à conduit la cour de cassation à faire peser sur les médecins une *obligation de résultat*. Le juge administratif a quant à lui accepté d'indemniser pour faute simple le risque médical et sans faute l'aléa thérapeutique.

On distinguera la responsabilité hospitalière, dont les conditions de mise en œuvre ont récemment fait l'objet d'évolutions majeures (1) et plus particulièrement les conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat dans le cadre du contrôle des établissements chargés du service public de la transfusion sanguine (2).

1. La responsabilité hospitalière :

Elle est soumise depuis 1935[371] à un double régime, partagée entre faute simple et faute lourde selon qu'étaient en cause l'organisation du service hospitalier (faute simple) ou les actes médicaux ou chirurgicaux (faute lourde). Cette situation semblait d'ailleurs correspondre au champ naturel d'application des systèmes de faute lourde, les actes médicaux correspondant sans équivoque à ces activités administratives particulièrement délicates à accomplir et dans lesquelles la notion d'obligation de résultat semble par nature étrangère.

Cependant, comme le remarque C. DEBOUY[372], cette situation n'était pas tout à fait aussi simple, dans la mesure où la faute lourde était en fait admise assez libéralement et, surtout, parce que *" le juge utilisait fréquemment la notion de faute simple dans l'organisation ou le fonctionnement de l'hôpital pour le condamner en raison de préjudices occasionnés lors d'actes médicaux ou chirurgicaux ".*[373]

On sait que ce système, tel qu'il avait évolué, a été abandonné par l'important arrêt d'Assemblée " *époux V.* "[374]. Sans plus détailler une matière qui a fait l'objet d'un très grand nombre de synthèses et d'articles au point de faire figure désormais d'un " classique " du droit de la responsabilité, il résulte du système actuel que la victime d'un dommage résultant d'un acte médical doit en principe démontrer le caractère fautif de cet acte, sans que la faute en question

---

[371] CE 8 novembre 1935, Veuve Loiseau et dame Philipponneau, *R.* p. 1019 ; récemment : CE 16 juin 2000, Hospices civils de Lyon, req. n° 196255, *JCP* 2000.IV.2868 obs. M.C. ROUAULT.

[372] Le droit français de la responsabilité administrative, art. préc., p. 251

[373] Il est tout à fait connu par ailleurs que cette évolution participe d'un mouvement plus large en faveur de la reconnaissance de la notion de **" contrat d'hospitalisation et de soins "** mettant à la charge du médecin une véritable obligation de résultat. Une première avancée a été réalisée par la Cour de cassation, s'agissant des infections nosocomiales : *" le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé (ou un médecin) met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité et de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère " :* Cass. Civ. 1ère, 29 juin 1999, P, B, R. (3 espèces), *D.* 1999, jurisprudence p. 559, note D. THOUVENIN ; *Gaz. Pal.* 1999 n°302-303 p. 40, note J. GUIGE. Et l'étude de C. CLEMENT, La responsabilité des établissements de santé du fait des infections nosocomiales, *LPA* 2 septembre 1999, n° 175, p. 12.

soit nécessairement une faute qualifiée. Là encore, les réserves qu'on évoquait quant à l'évolution générale vers une marginalisation de la faute lourde restent pertinentes.

La responsabilité hospitalière est enfin l'un des domaines d'application d'une responsabilité pour risque, dans des conditions cependant très rigoureuses[375], s'agissant de l'aléa thérapeutique depuis l'arrêt d'Assemblée *Bianchi*[376]. On sait que la Cour de cassation épouse une solution inverse en jugeant que l'obligation de " sécurité - résultat " du médecin a un domaine limité et que *" la réparation de l'aléa thérapeutique n'entre pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient "*[377]. On sait encore que le projet de loi sur les " droits des malades " devrait être examiné dans le courant de l'année 2001 et devrait contenir un mécanisme d'indemnisation sans faute fondé sur la solidarité nationale[378]. En

---

[374] CE, Ass., 10 avril 1992, époux V. *GAJA*, 11ème éd. p. 768 avec les références.

[375] Comme le précise récemment le commissaire du gouvernement CHAVAUX, il faut que les troubles soient hors de proportion avec ceux dont le patient souffrait auparavant en ne constituent pas un développement normalement prévisible de son état antérieur : Concl. sur CE 27 octobre 2000 (2 arrêts), *D.* 2001 p. 1196.

[376] CE Ass. 9 avril 1993, *R.* p. 127, concl. S. DAËL ; *D.* 1994 Somm. p. 65, obs. BON et TERNEYRE et le considérant bien connu : *" lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de son état, et présentant un caractère d'extrême gravité ".*

[377] Cass. civ. 1ère 8 novembre 2000, M. T. c/ M. D., *JCP*. 2001.II.10493, rapport P. SARGOS note F. CHABAS ; *LPA* 4 décembre 2000 n° 241 p. 14 note S. PRIEUR.

[378] Cf. Les Echos du 17 avril 2001 p. 2 : " L'Etat a décidé d'indemniser les victimes d'accidents médicaux ". La proposition de loi " relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale " a été adoptée par le sénat en première lecture le 26 avril 2001. Elle prévoit l'insertion d'un article L. 321-4 du code de la sécurité sociale aux termes duquel *" l'assurance maladie prend en charge la réparation de l'intégralité du dommage subi par un patient, ou par ses ayants droits en cas de décès, à l'occasion d'un acte ou de soins médicaux dès lors que la juridiction compétente aura établi que :*

1. *aucune faute n'a été commise à l'occasion de l'acte ou de soins médicaux ;*
2. *le dommage est sans lien avec l'état du patient ou son évolution prévisible ;*
3. *que ce dommage est grave et anormal.*

Le montant du préjudice est fixé par la juridiction compétente " : proposition de loi n° 79 publiée sur le site Internet du sénat : www.senat.fr

l'état actuel de la proposition de loi, l'indemnisation serait le fait du régime d'assurance maladie[379], alors que les débats relatifs à la nécessité d'unifier la compétence juridictionnelle[380] ne semblent pas avoir été pris en compte.

Ce type de technique d'indemnisation, fondée sur la solidarité nationale, avait déjà été utilisé à l'occasion de la survenance de nouveaux risques dits " sériels ", à l'occasion notamment du drame du sang contaminé.

2. La responsabilité dans le cadre du service public de la transfusion sanguine :

En dehors du champ d'application du régime législatif dont il a été question plus haut, la responsabilité de l'administration, et ici de l'Etat pris en tant que gestionnaire du service public de l'assistance publique, reste susceptible d'être engagée dans le cadre de ses rapports avec les centres de transfusion, qui sont des rapports de mise en œuvre de son pouvoir de police sanitaire.

Ainsi, la responsabilité de l'Etat pour carence dans l'utilisation de ses pouvoirs de police sanitaire est retenue pour faute simple commise dans le contrôle des établissements de transfusion sanguine et l'édiction de la réglementation destinée à assurer la qualité du sang humain[381]. Cette responsabilité joue même en cas de faute commise par le centre de transfusion, du fait, d'après le Conseil d'Etat *" de l'étroite collaboration et de la répartition des*

---

[379] Sur le choix de l'assurance maladie au détriment d'un nouveau fonds d'indemnisation, cf. le rapport du sénateur C. HURIET, n° 277, téléchargeable sur le site Internet du Sénat, pour qui l'instauration d'un tel fonds est une *" fausse bonne idée qui ne constitue que sur le papier une réponse appropriée aux difficultés rencontrées par les victimes "* dont la mise en œuvre ralentirait le règlement des litiges

[380] Cf. le rapport de la mission IGAS-IGSJ, *Rapport sur la responsabilité et l'indemnisation de l'aléa thérapeutique*, septembre 1999.

[381] CE Ass, 9 avril 1993, M. D., *R.* p. 110, concl. H. LEGAL ; CE Ass. 9 avril 1993, M.G., *AJDA* 1993, p. 881 : *" considérant qu'eu égard tant à l'étendue des pouvoirs que (le décret du 16 janvier 1954) confère aux services de l'Etat en ce qui concerne l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édiction des règles propres à assurer la qualité du sang humain, (…) qu'aux buts dans lesquels* ***ces pouvoirs leur ont été attribués****, la responsabilité de l'Etat peut être engagée par toute faute commise dans l'exercice desdites attributions ".*

compétences instituées entre les services de l'Etat et les établissements de transfusion sanguine ".[382]

Cette jurisprudence a connu une application récente s'agissant de ce que la presse nomme déjà le " scandale de l'air contaminé "[383], puisque le tribunal administratif de Marseille, dans un jugement en date du 30 mai 2000 a déclaré l'Etat responsable des conséquences du décès de quatre personnes en raison du *" retard fautif pour édicter des normes plus sévères quant à l'inhalation de fibres d'amiante en milieu professionnel (…) malgré de nombreuses informations de milieux scientifiques "*[384].

On remarquera cependant que ce n'est pas ici le principe de précaution qui trouve à s'appliquer, puisque ce qui est reproché à l'administration c'est d'avoir tardé à agir alors que les connaissances scientifiques permettaient avec certitude de pronostiquer le risque, en quoi le retard à agir est considéré comme fautif : la toxicité potentielle de l'inhalation de la fibre d'amiante était connue depuis les années 60 et un premier texte directement relatif à la dangerosité de cette fibre a été publié en 1977[385].

Il semble enfin qu'après le sang et l'air ce soit désormais l'eau qui soit en cause : dans un jugement du 2 mai 2001[386] le tribunal administratif de Rennes condamne l'Etat à couvrir la société Suez - Lyonnaise des eaux des condamnations prononcées à son encontre au bénéfice de ses clients pour avoir fournit une eau chargée en nitrates. Une fois encore, c'est la carence de l'Etat dans son pouvoir de police, des installations classées, qui constitue une " faute de

---

[382] idem

[383] En parallèle avec celui du " sang contaminé ".

[384] TA Marseille 30 mai 2000, *Bourdignon, Thomas, Xueref, Botella* (4 jugements), *Gaz. Pal.* 2001 n° 40-41, note B. PAUVERT ; *DA* 2001 n° 50 note C. ESPER. Voir C. GUETTIER, L'Etat face aux contaminations liées à l'amiante, *AJDA* 2001 pp. 529 - 537.

[385] Arrêté du 29 juin 1977 relatif à l'interdiction du flocage dans les locaux d'habitation. Déjà, une ordonnance n° 1724 du 3 août 1945 (JO du 3 août 1945 et rectificatif JO du 18 août 1945) portait intégration de la fibrose pulmonaire provoquée par l'amiante au tableau n° 25 des maladies professionnelles.
Pour une présentation générale de la question, voir les informations collectées par le Comité anti-amiante Jussieu à l'adresse suivante : http://www.logique.jussieu.fr

[386] TA Rennes 2 mai 2001, Sté Suez - Lyonnaise des eaux, *AJDA* 2001 p. 593, conclusions

nature à ” engager sa responsabilité.

B. La responsabilité en matière de travaux publics[387] *:*

Le régime de responsabilité pour dommages de travaux publics a évidemment pour fondement un texte législatif, la loi du 28 pluviôse an VIII. Mais ce texte se borne à définir une compétence, et la jurisprudence a dégagé, autour de cette disposition dérogatoire, un véritable régime.

Ce domaine est l'un des seuls à avoir fait l'objet d'une étude approfondie concernant la détermination du patrimoine public responsable[388] et, avant de voir dans quelle mesure *“ la recherche du débiteur de l'indemnité en matière de dommages de travaux publics se heurte à des difficultés spécifiques”*[389](2), il faut évoquer rapidement le droit commun de la matière (1).

J.-F. COËNT.

[387] Sur l'ensemble de la matière, on citera naturellement l'ouvrage de Jean DUFAU, *Le droit des travaux publics*, PUF collection droit fondamental, 1998, spécialement pp. 625 s. le chapitre sur “ la détermination de la personne responsable ”. L'obligation de police et l'obligation d'entretien de l'ouvrage public juridiquement différentes reposent sur des causes juridiques distinctes (CE, 7 nov. 1969, Agussol, *R.* p. 482). Mais comme l'a relevé fort justement E. PICARD (t. 1 de sa thèse, p. 394 s.) le juge administratif assimile fréquemment ces deux obligations : l'assimilation la plus courante consistant à considérer comme un dommage de travaux publics, un dommage qui s'analyse en une carence des services de police (CE, 8 mai 1936, Commune de Signy-Signet, *R.* p. 415), ce qui constitue une nouvelle manifestation de caractère attractif de la notion de dommage de travaux publics. A l'inverse, le défaut d'entretien d'un ouvrage public engage parfois la seule responsabilité de l'autorité de police. Sur la distinction de la faute de police et du défaut d'entretien normal d'un ouvrage public, concl. S. Lamy-Rested sur TA Versailles, 8 novembre 1985, Sté Uni-Air , *RFDA* 1986, p. 637.

[388] F. MODERNE - La détermination du patrimoine public responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics, C.J.E.G. 1966/1967, n°l96 p. 475. Pour l'auteur cependant, aux deux points de vue de la détermination de la responsabilité primaire et de la responsabilité secondaire, *“ le droit des travaux publics offre un modèle susceptible de servir en d'autres chapitres du contentieux de la responsabilité.* p. 483. Cf. Aussi, de façon très technique, La détermination des responsables dans le contentieux de la construction, actes du colloque des 5 et 6 octobre 1976, *Droit et ville* 1976, n° 3

[389] Idem, p. 475

1. Eléments fondamentaux :

La *notion* de travail public, tout d'abord, ne se heurte pas à un véritable problème de définition, même s'il peut alternativement s'agir d'un travail immobilier effectué soit pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général[390], soit par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public lui incombant[391]. Il faut cependant indiquer immédiatement que la notion de dommage de travail public englobe à la fois les dommages résultant des travaux publics proprement dit, mais encore tous les dommages induits du fait de la présence ou du fonctionnement d'un ouvrage public.

Jurisprudence et doctrine dominante proposent de distinguer selon la situation de la victime au regard du travail public, selon, on l'a vu, qu'elle est usager, tiers ou participant. Cette question cependant, fait l'objet de débats doctrinaux sur lesquels ce n'est pas le lieu de revenir[392]. M. CHAPUS, notamment propose une distinction selon que le dommage causé à la victime est accidentel ou permanent. On se contentera ici d'étudier les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques dans le cadre des dommages de travaux publics. Elle s'organise autour d'une responsabilité pour faute s'agissant des usagers (a) et d'une responsabilité sans faute s'agissant des tiers (b), le premier tirant, à l'inverse du second, un bénéfice de l'ouvrage.

---

[390] CE, 10 juin 1921, Commune de Montségur, R. p. 573

[391] TC, 28 mars 1955, Effimief, *R*, p. 616

[392] Cf. l'article du professeur CHAPUS : la structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics, Mélanges WALINE, *LGDJ* 1974, p. 307. Il faut cependant indiquer que les deux manuels les plus récents en matière de responsabilité administrative, celui du professeur DARCY et celui du professeur PAILLET redonnent une certaine vigueur à ce débat déjà ancien puisque si, pour le premier, " il *semble que depuis la seconde moitié du 20ème siècle, la jurisprudence administrative opère une distinction fondée sur la situation de la victime " (manuel* préc., p. 48). le second auteur, tout en affirmant la difficulté de trancher entre les deux propositions, préfère utiliser la présentation " chapusienne " qui " rend *compte de la différence de traitement juridictionnel des dommages inévitables et de ceux qui auraient pu*

a. Le domaine de la responsabilité sans faute : les dommages subis par les tiers

Le tiers, à l'égard du travail public ou de l'ouvrage public est celui qui n'est ni usager ni participant du travail public ou de l'ouvrage public. Il appartient donc à la catégorie résiduelle correspondant à *“ la personne victime d’un dommage qui ne trouve pas son origine dans l'utilisation effective de l’ouvrage public cause du dommage(...) il est totalement étranger au travail public ou à l'ouvrage public ”* en ce qu’il n'y participe pas et qu'il n'en tire aucun profit. C’est le cas, par exemple, du propriétaire d'une voiture en stationnement endommagée par la chute de neige depuis le toit d'un immeuble administratif[393], dès lors que la victime, justement, n’avait pas garé son véhicule à cet endroit en tant qu’usager de cette administration. C’est aussi le cas, dans la fameuse affaire de *Malpasset,* des victimes de la rupture d’un barrage qui n’étaient pas utilisatrices de l’eau retenue[394].

Dans ce domaine, la jurisprudence, constante sur ce point depuis un arrêt Grau[395], pose en principe que *“ même sans faute, l'administration est responsable des dommages causés aux tiers par l'exécution ou l’inexécution de travaux publics, à moins que ces dommages ne soient imputables à une faute de la victime ou à un cas de force majeure ”*.

La victime, cependant, doit faire la démonstration d'une part de la réalité du dommage, qui doit être spécial et direct, et d'autre part du lien de causalité entre le dommage et le travail public.

Surtout, elle ne pourra obtenir réparation que si le dommage qu'elle a subi présente un caractère anormal, c’est-à-dire *qui excède par son importance les simples gènes et inconvénients de voisinage que chacun est tenu de supporter*

être évités, sans, s'agissant de ces derniers, passer sous silence la qualité des victimes ” (manuel préc., n° 286, p. 137).

[393] CE 23 février 1973 “. Ville de Chamonix ”. R. 170

[394] CE Ass. 28 mai 1971, département du Var c/ entreprise Bec frères, *R.* p. 419 ; *AJDA* 1972, p. 359 et p . 316 J. LAMARQUE et F. MODERNE, L’affaire de Malpasset devant la juridiction administrative ; *CJEG* 1971 p. 235 concl. THERY

[395] CE, 7 novembre 1952, Grau, *R*. p. 503 ; *AJDA* 1953 p. 108 ; *JCP* 1953.II.448, note P. L.

sans indemnité : s'il s'agit de dommages résultant par exemple de la proximité d'un ouvrage public, le juge n'indemnisera pas ce qu'il analysera comme une "sujétion normale de voisinage ". Par ailleurs, la victime ne peut prétendre à une indemnité qu'autant que le dommage aura porté atteinte à un droit. L'occupant sans titre du domaine public, par exemple, ne sera pas indemnisé.

b. Responsabilité pour faute : l'usager de l'ouvrage public et participant

L'usager tire des avantages de l'ouvrage public, puisqu'il est *celui qui utilise effectivement l'ouvrage qui est à l'origine du dommage*. Il devait initialement en faire un usage normal et régulier sans quoi il était assimilé à un tiers[396]. Mais la jurisprudence a évolué, et cette solution qui avait l'inconvénient d'accorder un meilleur traitement à la victime en infraction est abandonnée : il résulte d'un arrêt du 30 octobre 1964[397] que l'usager anormal est désormais traité comme celui qui utilise ouvrage conformément à sa destination, mais sa faute pourra exonérer l'administration de sa responsabilité ou l'atténuer.

Tirant des avantages de l'ouvrage, on déduit que l'usager doit en subir les éventuelles conséquences négatives: pourtant, si le juge exige bien une faute de l'administration pour les indemniser, celle-ci est présumée. Il suffira à l'usager de démontrer le lien de causalité pour que " défaut d'entretien normal " de l'ouvrage public soit présumé.

L'existence de ce défaut d'entretien normal est reconnue de façon extensive par la jurisprudence et peut concerner non seulement les véritables défauts d'entretien, mais aussi les vices de conception, voire des carences telles que les défauts de signalisation[398].

Mais toute défectuosité dans un travail public ou un ouvrage public n'est pas constitutive d'un défaut d'entretien normal à la fois pour des raisons

---

[396] CE sect. 3 février 1956. *dame veuve Durand R.* 61.
[397] CE sect. 30 oct. 1964 *Min. Transport c/ Picquet, R.* 505, ccl FOURNIER
[398]Par exemple, cas d'un feu de signalisation ambigu pouvant induire l'usager en erreur: CE 13 janvier 1989 époux *Berthelot*, req n° 71884).

objectives et subjectives : objectives, d'une part, s'agissant par exemple des défauts qui sont correctement signalés ou qui sont apparents ou prévisibles (comme l'est par exemple la présence de plaques de verglas sur la chaussée en hiver). Subjectives, d'autre part, s'agissant des défauts que 1'administration ne pouvait prévoir[399] (défectuosité se produisant soudainement, le dommage survenant avant que l'administration n'ait eu matériellement le temps de prendre les mesures nécessaires) ou des défauts connus par la victime.

Il reste donc que l'administration pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'elle a correctement entretenu l'ouvrage ou qu'elle a convenablement signalé les dangers que l'ouvrage ou le travail faisaient courir à l'usager, autrement dit, l'absence de faute.

La distinction entre le tiers et l'usager est en effet assez difficile à mettre en œuvre. Les difficultés se rencontrent particulièrement[400] à propos de dommages aux personnes se produisant à l'occasion de l'utilisation de la voie publique, et imputables à un ouvrage public autre que celle-ci. Le Conseil d'Etat considère que la victime se trouve dans la position de tiers si l'ouvrage cause du dommage ne constitue pas une *dépendance nécessaire de la voie*[401].

Par ailleurs, une personne peut à la fois avoir la qualité d'usager et de tiers à la suite d'un même fait générateur de dommages de travaux publics, suivant la nature du dommage : suite à la rupture du barrage de Malpasset, la ville de Fréjus a la qualité d'usager en ce qui concerne les dommages subis par son réseau de distribution d'eau (qui était alimenté par les eaux du barrage), mais celle de tiers

---

[399] Par exemple chute de pierres sur une route d'une paroi rocheuse que rien ne laissait prévoir et que l'administration n'a pas eu le temps de signaler ou de dégager : CE 12 juin 1970, Min. équipement c/ Chevallier, *R.* p. 407)

[400] Dans un autre domaine : CE 9 février 2000, Commune de Fresnes, *RFDA* 2000 p. 459 : une société raccordée au réseau communal d'assainissement, victime d'une inondation du fait de la mise en charge du réseau départemental et du refoulement dans le réseau communal, a la qualité de tiers par rapport aux ouvrages publics de ces deux réseaux.

[401] Exemple : l'automobiliste victime d'un accident dû à une nappe de verglas provenant du débordement d'une rigole d'arrosage faisant partie du réseau d'exploitation concédé à une compagnie de distribution d'eau : CE sect. 26 mars 1965 Sté des Eaux de Marseille *AJDA* 1965 1 p.226.

pour tous les autres dommages.[402]

Le participant au travail public c'est-à-dire *celui qui d'une manière ou d'une autre exécute le travail* (entrepreneur concessionnaire, ouvrier...) devra quant à lui prouver à la fois l'existence du dommage, le lien de causalité et le comportement fautif du maître d'ouvrage. La réparation ne concerne que les dommages physiques à l'exception des dommages matériels et la situation du participant est donc bien moins favorable que celle de l'usager et du tiers. Cependant, cette difficulté est en partie théorique, dans la mesure où le participant bénéficie de la législation sur les pensions s'il a la qualité d'agent public, (ce qui a pour effet de limiter son indemnisation) et de celle relative aux accidents du travail dans le cas contraire.

Enfin, le juge administratif reconnaît que la personne qui concourt de manière bénévole à l'exécution d'un travail public est soumise non pas au statut de participant, mais à celui de collaborateur occasionnel et donc est indemnisée sans faute[403].

2. Difficultés particulières à la matière s'agissant de la détermination du patrimoine public responsable.

Il est assez évident que l'on se heurte d'abord, s'agissant des dommages de travaux publics, à un problème tenant à la pluralité des répondants potentiels : comme l'indiquait le professeur MODERNE, *" pour un même préjudice, on peut concevoir que la charge de la réparation incombera soit au constructeur de l'ouvrage, soit au propriétaire, soit au gardien non propriétaire, soit à l'utilisateur, soit à la personne chargée de l'entretien "*[404].

La juridiction administrative conduit ainsi en la matière une démarche obéissant à une double inspiration : favoriser d'une part l'action de la victime

[402] CE, 22 octobre 1971, Ville de Fréjus, *R.* p. 630
[403] CE Section, 15 juillet 1959 Dame veuve Cornut, *Revue pratique de droit administratif*, 1959 n° 289 p. 139.
[404] Etude préc., *C.J.E.G.* 1966/1967, n° 196, p. 51

“ grâce à un éventail d’options assez largement ouvert ”[405] ; permettre d’autre part l’imputation de la responsabilité à la seule personne responsable par le biais des actions récursoires, même s’il va sans dire que *“ l’éventail des options dont dispose la victime d’un dommage de travail public n’est ouvert que dans l’hypothèse d’une pluralité de débiteurs possibles ”*[406].

Cette situation, particulièrement caractéristique ici du fait de la complexité des règles mises en œuvre, n’est d’ailleurs pas fondamentalement originale, cette démarche “ d’équité ”[407] étant largement systématisable à l’ensemble de la matière.

Ainsi, ces difficultés sont doubles et concernent d’une part le nombre d’intervenants dans le cadre d’une opération de travail public (a), et d’autre part la distinction qui doit être faite entre les dommages dus à la seule présence des ouvrages publics et ceux résultant de leur fonctionnement (b).

a. Difficultés tenant à la multiplicité des intervenants dans une opération de travaux publics

Le principe est que le maître de l’ouvrage[408] est toujours responsable à l’égard de la victime des dommages causés par l’ouvrage, alors même que d’autres personnes, publiques ou privées, seraient en tout ou partie à l’origine de ces dommages[409].

Mais ce principe rencontre une première limite dans la mesure où il ne peut être mis en œuvre que lorsque le maître de l’ouvrage peut exercer une action récursoire contre les autres “ responsables ”. La réalisation des travaux, à ce titre,

---

[405] idem p. 482
[406] ibidem.
[407] La notion d’équité en droit administratif a fait l’objet de nombreux commentaires, notamment à l’occasion de la reconnaissance de la responsabilité objective dans le contentieux hospitalier. Cf. par exemple *Egalité et équité*, colloque de l’Université Paris 13, Economica 1997.
[408] C’est-à-dire, aux termes l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 : “ la personne morale pour le compte de laquelle l’ouvrage est construit ”

peut avoir été effectuée par la collectivité publique bénéficiaire elle-même, soit confiée à un délégataire.

i. Travaux effectués en régie :

Dans cette situation, la victime d'un dommage doit assigner directement la collectivité publique, et ce même si les travaux en cause étaient effectués sur un ouvrage public appartenant à une autre collectivité.[410]

Cette solution, cependant, ne s'applique pas dès lors que la collectivité publique maître de l'ouvrage est intervenue pour le compte d'une autre collectivité, comme c'est le cas dans le cadre de *collaborations obligatoires* entre les services techniques de l'Etat et les collectivités locales. Il résulte notamment de l'arrêt " commune de La Ricamarie "[411] que dans cette situation, seule la collectivité pour le compte de laquelle les travaux ont été réalisés sera considérée comme responsable.

Cette solution, cependant, ne vaut que dans la mesure où le dommage, dans ce cadre, n'a pas été commis par un agent de la collectivité qui a agi pour le compte d'une autre. Ce serait notamment le cas si cet agent avait volontairement refusé d'exécuter un ordre donné par le représentant de la collectivité bénéficiaire[412].

S'agissant maintenant des *collaborations facultatives* résultant notamment de la **contractualisation**, phénomène aujourd'hui très développé[413], les dommages sont susceptibles de mettre en cause la responsabilité de l'un ou de

---

[409] J. DUFAU, *Le droit des travaux publics*, op. cit. p. 471.

[410] On peut citer : CE 6 octobre 1964, Ministre des travaux publics, *R.* p. 263

[411] CE Sect. 28 oct. 1960, Min. trav. pub. et transport c/ Commune de la Ricamarie, *R.* 576 : l'action en indemnité doit être dirigée exclusivement contre la commune bénéficiaire des travaux et non contre l'Etat. ; voir aussi CE sect. 29 janv. 1971, Assoc. " Jeunesse et reconstruction ", *R.* 81

[412] CE 28 mai 1971, Ville de Saint-Jean-de-Maurienne, *R.* p. 403

[413] Elles sont organisées par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Sur le thème de la contractualisation dans le cadre de la gestion publique, voir notamment : J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Presses de Sce Po, 1999 ; Sylvie TROSA, *Quand l'Etat s'engage : la démarche contractuelle*, Ed. d'organisations 1999, préface M. CROZIER.

l'autre des intervenants[414].

ii. Travaux réalisés à l'entreprise :

C'est le domaine de l'option généralisée : la victime peut attraire toute personne ayant participé à la réalisation de son dommage dans le cadre de l'opération de travail public, qu'il s'agisse de l'entrepreneur qui a réalisé les travaux[415], de la collectivité publique maître de l'ouvrage[416], ou des deux solidairement[417]. Par ailleurs, le sous-traitant, le préposé de l'entrepreneur, l'architecte et le bureau d'études techniques peuvent de la même façon faire l'objet d'une action directe de la victime.

iii. Travaux faisant l'objet d'une concession :

Si un dommage est imputable à des travaux exécutés pour le compte d'un concessionnaire ou à un ouvrage exploité par un concessionnaire, la responsabilité du concédant ne peut pas être mise en cause à partir du moment où les travaux ont été reçus par le concessionnaire[418]. Mais la victime peut attaquer à la fois l'entrepreneur ou le concessionnaire ou l'un des deux seulement. Quant à la responsabilité du concédant elle pourra tout de même être mise en cause **dans le cas où le concessionnaire serait insolvable[419]** ou en cas de défaut de contrôle

---

[414] Ainsi, aux termes de l'arrêt CE, 29 juin 1973, Ministre de l'équipement c/ Sté parisienne pour l'industrie électrique, *R.* p. 456 : *" lorsqu'un syndicat de communes et l'Etat conviennent de confier au service des Ponts et Chaussées des travaux de direction et de surveillance de projets intercommunaux pour lesquels l'intervention de ce service n'est pas obligatoire, l'Etat est, même en l'absence de faute, responsable solidairement avec le syndicat de communes et l'entrepreneur des dommages causés aux tiers par l'exécution du travail public, à moins que ces dommages ne soient imputables à un cas de force majeure ou à une faute de la victime.* L'Etat, indique F. MODERNE, *" est donc considéré comme un constructeur comme les autres ". cf. :* Les conventions de prestations de service entre l'Etat et les collectivités locales, *EFE*, 1996

[415] CE, 7 nov. 1952, Grau, *R.* p. 503, op. cit.

[416] CE, 12 juin 1970, Roba, *R.* p. 394

[417] Récemment : CE, 31 octobre 1986, Sté entreprise Magny, *RDP* 1987, p. 473.

[418] CE, 17 janvier 1908, Chemin de fer d'Orléans, *R.* p. 66 ; CE, 9 juin 1967, Sté des eaux de Marseille, p. 41, *AJDA* 1968, p. 1985, note LAPORTE, *CJEG* 1968, p. 105.

[419] CE, 7 mars 1934, C° Le Phénix, *R.* p. 311 ; CE 10 février 1961, Ville de Béziers, *R.* p. 113 ; CE 19 novembre 1975, Ministre de l'équipement c/ Eblinger, *R.* p. 1257 ; CE 6 décembre 1985, Rampal, *DA* 1986, n° 68.

sur l'exécutant[420].

b. La distinction entre présence et utilisation de l'ouvrage public.

Cette distinction, *" plus théorique que réelle "*[421] dans la mesure où *" l'ouvrage n'existe que pour fonctionner "*[422] conduit à indiquer que le dommage dû à la seule **présence** de l'ouvrage public ne met en cause que la seule responsabilité du maître de l'ouvrage, sauf si cet ouvrage public a été donné en concession auquel cas le concessionnaire est seul responsable. Au contraire, dans le cas d'un dommage résultant **de l'utilisation ou du fonctionnement** d'un ouvrage public, la victime pourra attraire soit le maître de l'ouvrage, soit le constructeur[423], c'est-à-dire l'entrepreneur ou l'architecte.

*

* *

Pour l'essentiel, il faut donc se ranger à l'opinion du Président ODENT, qui indiquait que *" l'étude de la détermination du patrimoine responsable dans les contentieux des dommages de travaux publics fait apparaître la double inspiration qui anime la jurisprudence administrative : elle s'efforce d'abord de favoriser l'action de la victime grâce à un éventail d'options assez largement ouvert ; elle s'efforce ensuite, grâce au jeu des actions récursoires et des appels en garantie, de faire en sorte que les diverses personnes éventuellement mises en cause dans un premier stade de la procédure, ne supportent en définitive que la part de responsabilité qui leur incombe normalement "*[424] .

En ce sens, l'affirmation du professeur MODERNE au sujet du caractère paradigmatique du contentieux des travaux publics semble largement vérifiée. Il

---

[420] CE, Sect. 13 novembre 1970, Ville de Royan, *R.* p. 683.
[421] J. DUFAU, manuel op. cit. n° 350, p. 632
[422] Concl. GUILLAUME sur CE 6 févr. 1987, Cie nationale Air France, *R.* p. 38.
[423] L'action de la victime se fonde alors sur la théorie du défaut d'entretien normal : voir sur ce point CE 13 novembre 1987, Sté provençale d'équipement, *R.* p. 384 ; *RFDA* 1988, p. 384, concl. FORNACIARRI, *AJDA* 1987 p. 716, Chr. Azibert de BOISDEFRE.
[424] R. ODENT, *Cours de contentieux administratif*, 1979-1980 Les cours de droit. cf MODERNE, art. préc. p. 310

n'en reste pas moins, à notre sens, que la matière, au mieux, ne peut être considérée que comme un " banc d'essai " des techniques d'imputation mises en œuvre par le juge administratif[425]. Il faut lui réserver, dans ce cadre, une place particulière, en raison notamment de la trop grande complexité des règles qui la gouvernent, et du nombre important des acteurs et des rationalités concernés[426].

II. Les dommages causés par *l'étroite collaboration* de plusieurs services publics :

Dans certaines circonstances particulières, lorsque la multiplicité des acteurs susceptibles d'avoir collaborés à la réalisation du dommage et la gravité des dommages considérés l'y ont conduit, le juge administratif a dégagé des solutions spécifiques dont le but est de faciliter l'indemnisation des victimes dans ce type de dommages où les responsabilités sont particulièrement imbriquées.

Dans ces situations, les recours peuvent être dirigés contre plusieurs coresponsables et, en principe, lorsque le dommage est le résultat de fautes distinctes ou de faits imputables à plusieurs collectivités publiques, le juge statue par une décision unique qui fixe la part respective des dommages-intérêts, due à la victime par chaque responsable.

---

[425] C'est l'avis du Professeur J. MOREAU pour qui " *il y a un demi siècle, quand on voulait citer à l'intérieur de la responsabilité administrative un contentieux exemplaire, qui résumait à lui seul les principaux progrès de cette branche, la réponse ne faisait guère de doute : c'était le contentieux des dommages de travaux publics. En effet, il formait depuis le XIXe siècle une sorte de laboratoire dans lequel le Conseil d'Etat élaborait les innovations les plus marquantes qui étaient ensuite - mais avec prudence - généralisées à l'ensemble du droit de la responsabilité* ", La responsabilité hospitalière, matrice du droit contemporain de la responsabilité administrative in *Etudes en l'honneur de Pierre SANDEVOIR*, L'Harmattan 2000, p. 133

[426] La matière, en effet, s'éloigne assez de la question pure de la détermination du patrimoine public responsable et donc de l'imputation, ou plus précisément est trop au cœur de la notion de puissance publique, ce dont la notion de l'intangibilité des ouvrages publics est la caricature, pour que les règles d'imputation puissent trouver à s'appliquer " naturellement ". Elle partage d'ailleurs cette spécificité avec la police administrative. Cf. infra. S'agissant de l'intangibilité des ouvrages publics, cf. une des rares études sur la question qui recherche le fondement de la règle : L. DI QUAL : Une manifestation de la désagrégation du droit de propriété : la règle 'ouvrage public mal planté ne se détruit pas, *JCP* 1964.I.1852. CF articles à la RFDA 1998.

Cette solution, cependant, peut trouver une limite dans “ l’indivisibilité du pouvoir de police ”[427] qui conduira le juge, comme en matière de prévention des inondations, à ne reconnaître que la responsabilité de la commune (B), soit plus généralement par la volonté du juge de faciliter l’indemnisation des requérants (A).

A. Faciliter l’indemnisation des victimes

On distinguera essentiellement les solutions consacrées par le juge administratif s’agissant de l’indemnisation des dommages survenus du fait du service public de la vaccination obligatoire (1), et étendues aux accidents de transports scolaires (2). Ces techniques, enfin, ont été utilisées pour indemniser dans certains cas les victimes des transfusions sanguines (3).

1. Le service public de la vaccination obligatoire

Ici, la remarque liminaire concernant la difficulté de séparer hermétiquement régime législatif et régime jurisprudentiel prend tout son sens : la solution consacrée s'agissant des accidents causés par des vaccinations obligatoires, avant la loi du 1er juillet 1964, résultait des jurisprudences *Dejous*[428] et *Lastrajoli*[429], consistant effectivement à considérer que les accidents survenus à la suite des séances publiques de vaccination révélaient “ un fonctionnement défectueux du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration ”. Le but de ce régime de présomption de responsabilité est naturellement de faciliter l’indemnisation des victimes dans ce type de dommages où les responsabilités sont particulièrement imbriquées, en lui permettant par ailleurs d’actionner l'une au choix des collectivités ayant participé à la mise en place du service public.

---

[427] Nous reviendrons sur cette question fondamentale dans notre seconde partie. Il ne s’agit pour l’instant que d’en présenter les conséquences.

[428] CE, Ass. 7 mars 1958, Secrétaire d’Etat à la Santé publique c/ sieur Dejous, *R.* p. 153

Le Conseil d'Etat juge ainsi que la victime pouvait demander réparation aussi bien à l'Etat qu'au département étant donné *“ l'étroite collaboration existant entre eux pour l'exercice du service correspondant ”*[430], une action récursoire pouvant rétablir ensuite les responsabilités respectives.

Cette solution est rendue caduque par la loi de 1964 sur les vaccinations obligatoires[431], qui dispose cependant désormais que la personne répondante dispose à l’égard du coauteur non plus d’une action récursoire, mais d’une action subrogatoire[432]. Elle connaîtra cependant un prolongement, d’abord du fait de la jurisprudence s'agissant des transports scolaires et de façon spectaculaire à propos des dommages consécutifs à la transmission du virus de SIDA post-transfusionnel lorsque la responsabilité de l'Etat est recherchée pour carence dans l’exercice de ses pouvoirs de contrôle et de police sanitaire.

---

[429] CE Ass. 13 juillet 1962, Ministre de la santé c/ sieur Lastrajoli, *R.* p. 506 ; *D.* 1962 p. 727, note LEMASURIER ; *RDP* 1962 p. 965, concl. MERIC ; *AJDA* 1962 p. 553, obs. GALABERT et GENTOT.

[430] Lire sur ce point les conclusions MERIC, préc. pour qui cette imbrication de l’intervention de l’Etat et du département devait permettre à la victime d’imputer pour le tout l’indemnisation de leurs préjudices à l’une de ces personnes publiques. L’arrêt est ainsi rédigé : *“ en raison de l’étroite collaboration instituée par le législateur en la matière entre deux collectivités publiques et notamment du partage du pouvoir de décision opéré entre elles, la réparation de l’intégralité des conséquences dommageables des accidents survenus au cours des séances de vaccination peut être poursuivie par les victimes à l’encontre soit de l’Etat, soit du département, sans préjudice du droit pour la collectivité publique ainsi poursuivie et condamnée à verser une indemnité aux victimes ou à leur ayants droits, d’exercer, si elle s’y croit fondée, une action récursoire à l’encontre de l’autre collectivité publique sur la base des fautes imputables à celle-ci et ayant concouru à la réalisation du dommage ”.*

[431] Loi n° 64-643 du 1er juillet 1964, insérant un article 10-1 du Code de la santé publique. Pour G. DARCY, manuel *préc.* p. 59 cette solution s'explique de la manière suivante: *“ l’inoculation du vaccin comporte un aléa scientifique. Pour des raisons inconnues, elle pourra être mal supportée par des personnes qu'en l'état de la science il est impossible de déterminer à l'avance. À partir du moment où la vaccination est obligatoire, il est normal que l’Etat en supporte les conséquences et qu'il prenne en charge tous les dommages quelle qu 'en soit la cause, car en toute hypothèse, il sera difficile pour la victime de prouver la faute du praticien. La loi du 1er juillet 1964 a instauré une responsabilité automatique de l’Etat sans faute, pour les dommages résultant des vaccinations obligatoires ”.*

[432] Sur la distinction entre action récursoire et action subrogatoire, cf. chapitre 2.

2. La responsabilité en matière de ramassage scolaire:

Le système a été étendu à **l'indemnisation des accidents de ramassage scolaire**, contentieux dans lequel le Conseil d'Etat prononce parfois la condamnation solidaire et conjointe des personnes publiques responsables[433] ou la condamnation pour le tout de l'unique collectivité publique actionnée par la victime[434] .

La difficulté en la matière pour le justiciable est de déterminer s'il doit attraire le service public de ramassage scolaire pour " organisation défectueuse " ou la commune au titre des pouvoirs de police générale du maire. Il est bien évident que l'imputation par le juge de la responsabilité au maire dans l'arrêt *Chevrier* correspond à une simplification tout à fait bénéfique aux victimes.

3. La responsabilité de l'Etat en matière de transfusion sanguine :

En la matière, une difficulté survient notamment lorsqu'il est difficile ou impossible de déterminer avec précision l'origine du lot sanguin incriminé, qui peut soit provenir d'un centre privé, soit d'un centre public de transfusion sanguine.

Il résulte de l'arrêt D..G..B…[435]que l'étroite collaboration entre l'Etat et les centres de transfusion sanguine permet à la victime d'actionner l'Etat qui devra répondre pour le tout de *" l'exercice dommageable de ses attributions de réglementation et de contrôle, sans pouvoir être exonéré par les fautes imputables aux centres de transfusion "*, la possibilité d'une action récursoire ultérieure restant ouverte.

De la même manière, le juge est récemment intervenu pour faciliter le choix de la personne responsable pour la victime en précisant que *" dans le cas où les produits sanguins à l'origine d'une contamination ont été élaborés par plusieurs centres de transfusion ayant des personnalités juridiques distinctes, la personne*

---

[433] CE 24 mars 1978, Laporta, *R.*, p. 159

[434] CE 4 juillet 1980, Chevrier *R.* 309 ; *D.* 1980 IR p. 502, comm. Moderne et Bon: CE 30 mai 1986, épx. Faix *R.* tables 710, *D.* 1987 IR p. 118, comm. Moderne et Bon, *LPA* 6 juin 1987, conclu E. Guillaume.

[435] CE Ass. 9 avril 1993, D…, G…, B…., p. 110, concl. LEGAL

publique mise en cause devant le juge administratif doit être tenue pour responsable de l'ensemble des dommages subis par la victime et condamnée à les réparer si elle n'établit pas l'innocuité des produits qu'elle a elle-même élaborés "[436]. Naturellement, la personne publique pourra ultérieurement se retourner, dans le cadre d'une action en garantie, contre la personne publique ou privée qu'elle considèrerait comme coauteur de la contamination[437]. Cette solution est naturellement tout à fait décisive s'agissant des victimes transfusées et contaminées avant le 1er janvier 2000, c'est-à-dire avant la création de l'Etablissement français du sang, dont on a vu que le contentieux relevait par nature du juge administratif[438].

B. L'indivisibilité du pouvoir de police :

Il faut évoquer ici notamment le cas de la prévention des inondations (1), les hypothèses déjà étudiées de lutte contre l'incendie (2) et la responsabilité dans le cadre de la police de la circulation (3).

1. La responsabilité en matière de prévention des inondations :

Ici, la difficulté résultait pour le requérant de l'existence concomitante d'un " service d'annonce des crues " sous la responsabilité de l'Etat et de la compétence des maires, au titre de leur pouvoir de police général, pour préserver la sécurité sur le territoire de leurs communes.

Dans une espèce *Ville de Rennes*[439], le Conseil d'Etat règle cette question

---

[436] CE 15 janvier 2001, AP-HP, n° 208958, *D*. 2001 IR. p. 597, *RFDA* 2001 p. 536. Avant la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire, créant l'Etablissement français du sang qui regroupe l'ensemble des centres et relève du juge administratif pour son contentieux, les centres de transfusion sanguine pouvaient effectivement avoir un statut de droit public ou de droit privé.

[437] Sur les actions en garantie, voit infra.

[438] CE Avis, 20 octobre 2000, Torrent, préc.

[439] CE, 22 juin 1987, Ville de Rennes, *R.* p. 223, *AJDA* 1988 p. 65, obs. MOREAU. Par ailleurs, le fait du tiers n'est même pas exonératoire puisque pour le Conseil d'Etat, *" la ville de Rennes ne saurait s'exonérer de la responsabilité qu'elle a encourue dans l'exercice de la mission de prévention des inondations qui lui incombe en vertu du code des communes en*

en décidant que c'est le patrimoine communal qui doit être mis en cause systématiquement, même lorsque le service étatique est susceptible d'avoir commis une faute : la requête visant à engager la responsabilité de l'Etat est rejetée au motif qu'" *il appartenait uniquement au service d'annonce des crues mis en place par l'Etat de communi quer aux communes toutes informations sur la montée des eaux en vue de faciliter l'exercice par lesdites communes de leur mission de police ; par suite, la carence dont ce service aurait fait preuve dans l'accomplissement de ses obligations envers les communes ne peut pas engager la responsabilité de l'Etat envers les victimes* ".

2. La primauté de la police en matière de lutte contre l'incendie :

On a déjà eu l'occasion d'indiquer que dans le cadre de la lutte contre l'incendie, la responsabilité de la commune lieu du sinistre est traditionnellement retenue, même lorsqu'en pratique le maire n'a eu aucune prise sur le déroulement des événements, comme c'est le cas dans le cadre des plans ORSEC[440]. De la même façon, la responsabilité de la ville de Paris put être recherchée à raison des fautes lourdes qu'auraient commises les services de lutte contre l'incendie de la préfecture de police dans la mesure où elle est intervenue dans le cadre de compétences communales[441]. Mais cette solution s'intègre dans le cadre plus large de la jurisprudence relative aux responsabilités respectives de la commune et de l'Etat dans le cadre de la police étatisée[442].

3. Dans le cadre de la police de la circulation :

On se trouve là encore dans le cadre du principe de l'imputation fonctionnelle de la responsabilité puisque, par exemple, le juge administratif[443] estime que " *le dérèglement d'un feu de signalisation dont la commune a la charge de l'entretien engage sa responsabilité en cas d'accident* " et que " *c'est*

---

invoquant les fautes qu'aurait commises le service d'annonce des crues mis en place par l'Etat en tardant à informer les services municipaux de la montée des eaux. "

[440] cf. supra.

[441] CE, 26 juillet 1985, Sté Sommer-Allibert, *R. Tables*, 770.

[442] Cf., infra, les développements relatifs à cette question.

[443] CE, 22 juin 1987, Min. déf. C/ Bouesnard, D. 1988, somm. p. 165

à tort que le tribunal administratif condamne l'Etat à garantir la commune des condamnations encourues par elle alors que, si l'accident est survenu à un moment où la surveillance des feux de croisement était assurée par des personnels de gendarmerie, ces personnels exerçaient leur mission de surveillance à la demande du maire de la commune et qu'il n'est pas établi qu'ils aient transgressé ou méconnu aucun ordre donné par le maire ".

La responsabilité est identique dans le cadre d'une police étatisée[444].

En la matière, là encore, la tâche est donc grandement facilitée pour les victimes, au détriment une fois de plus du patrimoine communal, au nom du primat de la responsabilité issue du pouvoir de police générale du maire.

Il nous faut cependant étudier d'autres occurrences dans lesquelles le sort des justiciables est nettement moins favorable.

*

* *

[444] CE, 3 avril 1981, Ville de Bayonne, *R. Tables*, p. 902 ; *D.* 1982 IR p. 57, obs. MODERNE et BON.

Sous - Titre 2 :

Les cas complexes de détermination du patrimoine public responsable

Déjà, la mise en œuvre des dispositions législatives spécifiques et des régimes jurisprudentiels particuliers nous a mis en présence de solutions apparemment éparses. Cette situation est amplifiée s'agissant des cas complexes dans lesquels la jurisprudence administrative semble, comme au coup par coup, tenter de remédier à des problèmes de détermination du patrimoine public responsable assez insondables en raison, d'une part, du silence des textes ou au contraire de leur incohérence et, d'autre part, de l'intervention concomitante dans la réalisation d'un dommage de plusieurs personnes publiques.

Un point cependant est sûr, et résulte de la méthode même adoptée par le juge administratif[445] : cette recherche doit s'effectuer en deux temps. Il s'agit d'abord de déterminer la personne publique, si elle existe, chargée d'indemniser la victime. Ce n'est que dans un second temps qu'il faudra s'interroger sur la réalité des responsabilités respectives des différents intervenants[446].

Ainsi, la recherche concernera-t-elle d'abord, chronologiquement, la personne répondante : il faudra alors déterminer la responsabilité primaire (chapitre 1). Ne viendra que dans un deuxième temps la question de la personne responsable, dans la détermination de la responsabilité secondaire (chapitre 2).

---

[445] Et qui correspond par ailleurs à la justification du système de la responsabilité administrative qui, on l'a vu, emprunte moins à une éthique de la faute et de sa sanction qu'à l'impératif catégorique victimologiste de réparer.

[446] Ce qui fera, une nouvelle fois, intervenir le rapport de causalité.

Chapitre 1. Détermination de la responsabilité primaire : la personne répondante

On se place ici dans le cadre de la mise en œuvre du rapport d'imputabilité qui correspond, on l'a vu, à la tentative de qualifier l'intervention de la personne publique dans le dommage, afin de décider si, au regard des règles gouvernant la responsabilité administrative, elle s'intègre dans le cadre des actes susceptibles de mettre en cause la responsabilité de son auteur.

Or, dans nombre de situations, qui seules permettent de matérialiser la différence entre imputabilité et imputation de la responsabilité, l'analyse du rapport d'imputabilité est compliquée, soit par l'action concurrente de plusieurs intervenants dans la survenance d'un dommage, soit par l'intervention pour le compte d'une autre d'une personne qui ne détient pas en propre la compétence pour agir dans le domaine considéré. Il devient difficile alors, pour le requérant, de connaître la personne publique à qui il devra adresser sa demande de réparation.

Ainsi, les cas complexes identifiés dans le cadre de la détermination du patrimoine public responsable concernent les situations dans lesquelles l'agent d'une collectivité est amené à intervenir aux lieu et place de celui d'une autre personne publique. Cette " interférence des compétences "[447] est classiquement analysée autour des notions de " dédoublement fonctionnel " et d'" interférence fonctionnelle "[448].

Cependant, ce découpage permet pas d'appréhender aisément la matière, dans la mesure où la seconde catégorie nous paraît englober la première : il est

---

[447] M. PAILLET, manuel préc. p. 77

[448] C'est le plan suivi, à la suite du professeur AMSELEK, par R. DENOIX de SAINT MARC, article préc. Encycl. Dalloz, p. 5, T. MACRA Imputabilité de la responsabilité aux personnes publiques, *R.R.J.* 1996, n°3 pp. 971. Y. COUDRAY, thèse préc. distingue quant à lui les dédoublements fonctionnels occasionnels et les dédoublements fonctionnels permanents, au même titre que M. AMSELEK, mais sans évoquer la notion d'interférence fonctionnelle, cette dernière correspondant en fait à la première branche de l'opposition.

toujours question, en ces matières, **d'interférences fonctionnelles**. La notion de dédoublement fonctionnel ne correspond en fait qu'au " dédoublement fonctionnel de structure ", prévu et organisé par une réglementation juridique précise, c'est-à-dire qu'au seul cas du maire, agent de l'Etat et du préfet agissant par substitution[449].

Il nous est donc plus utile de distinguer les interférences fonctionnelles de structure (section 1) et les interférences fonctionnelles occasionnelles (section 2)[450].

---

[449] Pour E. PICARD, dans le domaine voisin des concours de police, la distinction traditionnelle entre les actes de police " juxtaposés " ou " superposés ", *" n'a aucune valeur, ni conceptuelle ni technique. Son seul objet est simplement de répartir les divers types de combinaisons en deux groupes constitués chacun de situations très hétéroclites : la seule caractéristique commune au situations relevant de la notion de " juxtaposition " est de ne pas poser de difficultés théoriques ou pratiques particulières ; celles des combinaisons regroupées sous la notion de " superposition " est au contraire de soulever des difficultés, mais de nature très différentes "*. Thèse, op. cit. p. 686.

[450] Quoi qu'il en soit cette classification, comme celle proposée par le professeur AMSELEK, fait, comme les mots mêmes le montrent assez, largement appel au critère fonctionnel d'imputabilité de la responsabilité.

Section 1. Interférences fonctionnelles structurelles :

Il s'agit des circonstances dans lesquelles il résulte d'une réglementation juridique qu'une collectivité ou une autorité administrative exerce à titre permanent ou dans certaines situations définies des compétences au nom d'une autre collectivité ou autorité. Plus précisément encore, c'est, selon P. AMSELEK le " cas où un agent public est amené, en vertu d'une réglementation juridique, à exercer de façon permanente, régulière, les compétences de plusieurs personnes publiques "[451].

Le cas le plus connu est celui du maire, qui, outre les compétences qu'il met en œuvre dans le cadre communal, est aussi agent de police judiciaire et autorité d'état civil, autant d'activités qu'il exerce au nom de l'Etat.

Ces interférences fonctionnelles structurelles peuvent concerner les rapports entretenus entre différents types de collectivités. Il faudra voir de quelle manière le juge administratif résout des difficultés parfois assez inextricables.

Le principe : l'idée générale qui préside la matière, en application du critère fonctionnel d'imputabilité, est la suivante *: " la réparation du préjudice doit être demandée à la collectivité pour le compte de laquelle est intervenu ledit acte dommageable "*[452].

Ce n'est donc pas la collectivité dont l'action est effectivement l'origine, la cause, du dommage considéré qui devra être actionnée : l'indemnisation devra être au contraire demandée à la personne publique " bénéficiaire "[453] de l'activité

---

[451] P. AMSELEK, étude au *CJEG* préc. p. 337, à propos des " dédoublements fonctionnels de structure ".

[452] R. DENOIX de SAINT MARC, *Encyclopédie Dalloz* art. préc., n° 38

[453] Il faut revenir sur le sens du mot " bénéficiaire " : le bénéfice en cause est compris provisoirement comme le fait que l'activité en cause entrait statutairement dans le cadre des compétences de la personne publique " bénéficiaire ", et ce même si la collectivité intervenue matériellement pourrait être, dans une autre acception du terme, considérée comme ayant tiré un bénéfice de l'activité en cause.

dommageable.[454] Pourtant, et même si un auteur a récemment fait du critère de l'intérêt une alternative au critère fonctionnel d'imputation des dommages[455], il ne nous apparaît pas d'évidence qu'il permette d'éclairer la matière : il est assez difficile de définir notamment ce que pourrait recouvrir la notion *" d'intérêt "*, s'agissant d'une personne publique, sans recourir au concept de compétence, et le raisonnement tend alors à la tautologie. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la lutte contre l'incendie sous la direction du préfet dans le cadre d'un plan ORSEC, dire que les moyens de lutte sont intervenus pour le compte de la commune lieu du sinistre est exactement la même chose qu'affirmer que cette activité dommageable s'est inscrite dans le cadre des compétences du maire en matière de police de la sécurité[456].

Dès lors, le critère tiré de l'intérêt ne semble ni pertinent, ni surtout opératoire, dans la mesure où il aboutit nécessairement à des interrogations insondables comme celle formulée par H. BARTHELEMY : *" quel intérêt l'Etat*

---

[454] Ce qui n'est pas dire, avec T. MACRA Imputabilité de la responsabilité aux personnes publiques, *R.R.J.* 1996, n°3 p. 971 : *" dans tous les cas où l'auteur du fait dommageable est l'agent de plusieurs personnes publiques, agissant tantôt pour l'une tantôt pour l'autre, la solution de fond reste la même : est déclarée responsable la personne publique aux compétences de laquelle on peut rattacher l'activité dommageable. La principe demeure invariable aussi bien dans les hypothèses que l'on pourrait qualifier de dédoublements fonctionnels occasionnels.* ***".*** On ne résout pas sûrement la question en rattachant l'activité à la compétence d'une personne publique, lorsque, justement, elle est susceptible de se rattacher à plusieurs compétences concurrentes.

[455] Pour le professeur DEGUERGUE, *" le critère de la compétence n'est guère opérationnel en cas de dédoublement fonctionnel, puisque l'autorité administrative détient une double compétence, l'une en son nom, l'autre au nom de l'Etat.* ***C'est donc logiquement le critère de l'intérêt de la personne pour laquelle elle agit*** *qui va résoudre le problème de l'imputabilité des dommages engendrés par l'activité, exercée par l'une et assumée par l'autre " :* Causalité et imputabilité *Jcl. droit administratif*, fasc. 830, 2000, n° 88 p. 15

[456] De la même manière, le commissaire du gouvernement MERIC dans ses conclusions précitées sur l'affaire *Lastrajoli,* indiquait que *" dans tous les cas où les textes n'ont pas fixé d'attribution de compétence précise, c'est l'intérêt de la collectivité qui est la mesure de sa compétence et, par suite, le critère de sa responsabilité "* et pensait pouvoir poser en principe que *" la collectivité dans l'intérêt de laquelle a fonctionné l'activité dommageable est celle dont le budget supporte les dépenses entraînées par cette activité "*. Mais, là encore, on ne rend pas compte de l'ensemble des situations, même si, effectivement l'argument tiré du fait que c'est, dans le cas très particulier des accidents vaccinatoires, ***dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité nationale "*** que le législateur a confié au gouvernement le pouvoir de déterminer les conditions dans lesquelles sont pratiquées les vaccinations obligatoires, est évoqué par le juge dans l'arrêt *Lastrajoli.*

français a-t-il à ce que la commune de Pont-à-Mousson, par exemple, ait ses rues proprement entretenues et convenablement éclairées ; à ce que le sommeil de ses habitants ne soit pas troublé par des tapages nocturnes ? "[457].

Ces situations d'interférences fonctionnelles peuvent être rencontrées s'agissant de rapports soit entre l'Etat et la commune (I), soit entre l'Etat et le département (II)[458].

I. Interférences fonctionnelles structurelles dans le cadre des rapports Etat - commune[459]

Il faut considérer d'abord les compétences du maire pris comme agent de l'Etat (A), puis les interventions du préfet dans le cadre des compétences communales, qui correspondent à la mise en œuvre du pouvoir de tutelle (B).

A. Le maire, agent de l'Etat :

Le maire est investi par le code général des collectivités territoriales[460] de nombreuses compétences au sein desquelles certaines sont exercées au nom de l'Etat : il est ainsi, au titre de l'article L. 2122-27, *" chargé sous l'autorité du représentant de l'Etat dans les département de la publication et de l'exécution*

---

[457] *Traité élémentaire*, préc. M. WALINE, dans sa note sous l'arrêt Lecomte à propos de la responsabilité des services de police à Paris indiquait que *" la seule indication que l'on puisse trouver dans cette jurisprudence est celle-ci : pour déterminer la collectivité responsable d'un service, il ne faut s'attacher ni à la personnalité de ceux qui dirigent ce service (puisque les actes d'un maire peuvent engager la responsabilité de l'Etat à l'exception de celle de la commune), ni de la charge financière du service (car c'est dès avant 1936, à une époque où de tels services fonctionnaient aux frais de la commune, que la jurisprudence en déclarait l'Etat seul responsable, et les réformes ultérieures ont été sans influence sur elle) ;* ***ce qui déterminait le Conseil d'Etat à imputer à l'Etat la responsabilité de tels services, c'est uniquement le fait que ces services n'étaient pas d'intérêt communal mais d'intérêt national ".*** Mais il reconnaissait immédiatement après que la transposition de cette règle à la police parisienne n'allait pas " sans difficulté : *car il est évident que la police est à Paris d'intérêt à la fois municipal et national "*.

[458] Découpage emprunté à J. MOREAU, *JCA*. Fasc. 836, p. 5

[459] Cf. V. COTTERET, Le dédoublement fonctionnel dans l'administration locale, *Revue juridique et économique du Sud-Ouest*, 1962, p. 1

[460] Ces compétences sont décrites aux articles L. 2122-27 à L. 2122-34 du CGCT.

des lois et règlements, de l'exécution des mesures de sûreté générale, des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois ".

Il est par ailleurs, au titre de l'article L. 2122-32 du même code, officier de police judiciaire et officier d'état civil. L'exercice de ces compétences s'exerce cependant sous le contrôle du préfet qui " dans le cas où le maire en tant qu'agent de l'Etat refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi (…) peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial "[461].

En ces matières, le principe est que **lorsqu'il intervient comme agent de l'Etat, le maire n'engage pas la responsabilité de la commune.**

Ainsi, avant l'intervention de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 dans le cadre des autorisations d'urbanisme, le refus illégal par le maire d'un permis de construire engageait la responsabilité de l'Etat[462]. Le principe continue de s'appliquer notamment dans le cadre des infractions aux règles d'urbanisme[463], et

---

[461] Article L. 2122-34

[462] Voir par exemple, CE 10 janvier 1958 époux Roulière, *R.* p. 28. De la même façon, CE 8 janv. 1959 SCI Gérard de Nerval, *R.* Tables 1103 : faute qu'aurait commise le préfet de la Seine en décidant le sursis à statuer sur une demande de permis de construire ne pouvant engager ni la responsabilité du département de la Seine, ni celle de la ville de Paris, " *car il résulte des dispositions de l'ordonnance du 27 octobre 1945 que le maire ou le cas échéant le préfet agit en qualité de représentant de l'Etat lorsqu'il se prononce sur une demande de permis de construire* ". Le principe continue de s'appliquer s'agissant de la délivrance des permis de construire et des autorisations d'occupation du sol lorsque la commune n'a pas de plan d'occupation des sols (avant la récente loi SRU) approuvé.

[463] CE 10 mai 1996, Agnel et autres, *R.* Tables, p. 1157 : " *lorsqu'il exerce le pouvoir de faire dresser procès-verbal des infractions à certaines dispositions du code de l'urbanisme qui lui est confié par l'article L. 480-1 de ce code,* ***le maire agit comme autorité de l'Etat****. Par suite les fautes qu'il viendrait à commettre dans l'exercice de ces attributions ne sauraient engager la responsabilité de la commune* ". La Cour administrative d'appel avait apporté une justification assez claire à ce principe : " *considérant qu'il résulte (de l'article L. 480-1 du code de l'urbanisme) qu'eu égard à la nature de la mission dévolue aux autorités qu'elles désignent, cette mission doit être regardée comme remplie dans tous les cas pour le compte de l'Etat ; qu'ainsi les fautes éventuellement commises par un maire dans l'accomplissement de cette mission ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de la commune " :* CAA Lyon plén. 19 novembre 1991, MM. André et Jean Agnel, n° 89LY01433.

entre autres, de la publication et de l'exécution des lois[464], de l'exécution de mesures de sûreté générale[465] ou encore dans certains domaines spécifiques[466]. La jurisprudence est constante sur ce point[467].

Cette situation peut s'expliquer simplement en indiquant que, dans le cadre de ces activités, le maire prend ses directives de l'Etat dont il ne serait, agissant pour son compte, que l'exécutant[468]. Elle ne vaut cependant que dans les situations où un texte spécifique prévoit expressément que la compétence est mise en œuvre par le maire pour le compte de l'Etat.

En effet, l'argument tiré de la subordination à l'Etat n'est pas universellement le critère opératoire, puisqu'il existe des situations dans

---

[464] CE 26 octobre 1956, Association des combattants de la paix et de la liberté, *R.* p. 391

[465] CE 19 janvier 1951, Ville de Menton, *R.* p. 35

[466] Ainsi, seule peut-être recherchée la responsabilité de l'Etat à raison du préjudice causé par l'intervention du maire sur les vannes de décharges ou autres ouvrages de production d'énergie hydraulique en application du règlement d'eau, cette autorité n'exerçant pas les pouvoirs qu'elle tire de ce règlement au nom de la commune : CAA Nancy, 31 décembre 1992, Julien, n° 91NC00616 : *" Il résulte de la législation relative à la police et à la conservation des eaux et notamment de l'article 111 du code rural que lorsque le maire fait usage des pouvoirs que lui confèrent les dispositions sus-rappelées, il intervient comme agent de l'Etat ; que par suite, seule la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée en raison des manœuvres des vannes ordonnées par le maire… "*. Solution confirmée par CE 10 février 1997, Julien, *R. Tables* p. 1069 : " *La décision du maire de procéder à l'ouverture des vannes du déversoir, aux lieu et place du permissionnaire, aux fins et dans les circonstances prévues par les dispositions susmentionnées de l'arrêté d'autorisation, a été* ***prise au nom de l'Etat, et non au titre des pouvoirs de police générale conférés au maire****, au nom de la commune. Seule la responsabilité de l'Etat est donc susceptible d'être engagée, à l'égard du permissionnaire. "*

[467] Par exemple s'agissant du contentieux du permis de construire : le pouvoir attribué au maire par les articles 161 et suivants du Code de l'urbanisme et de l'habilitation de faire constater les infractions à la législation et à la réglementation du permis de construire, de saisir l'autorité judiciaire et de faire interrompre les travaux lui ont été conférés en sa qualité d'agent de l'Etat, et non d'autorité communale. " *Par suite, en s'abstenant d'exercer ce pouvoir, le maire ne saurait, en tout état de cause, engager la responsabilité de la commune "* : CE 23 juin 1976, Latty, Commune de Vaux-sur-mer, *R.* p. 329. Même solution s'agissant d'un préjudice résultant d'un défaut d'autorisation opposé par un maire à une demande de transfert de débit de boisson. " *Les maires agissant en qualité d'agents de l'Etat, le requérant est mal fondé à réclamer la réparation à la commune "* : CE, 24 octobre 1941, Bienco-Dolino, *R.* p. 178

[468] C'est ce qu'indique J. MOREAU, La détermination du patrimoine public responsable, *JCA*, préc. n°40 p. 5.

lesquelles le maire subordonné aux ordres du préfet, engage la responsabilité de la commune. Dans ces situations, on devra considérer que la compétence communale prime, dans le cadre de la jurisprudence administrative, celle du préfet, dans les cas d'interférences fonctionnelles structurelles.

Il résulte d'une jurisprudence constante[469] qu'**alors même** que les opérations d'alerte et de secours auraient été menées **sous la direction du préfet**, assisté du directeur de la protection civile, dans le cadre d'un plan général d'organisation des secours (plan ORSEC), le Conseil d'Etat décide que *" les fautes commises par le service de lutte contre les inondations ne peuvent, en vertu de l'article 97 du code de l'administration communale,* ***engager que la responsabilité de la commune et non de l'Etat ou du département "***[470].

Dans un avis du 3 novembre 1988, le Conseil précise, à propos du problème de la charge de l'indemnisation des personnes requises au sens de l'article 11 de la loi du 22 juillet 1987 sur la sécurité civile, qu'elle incombe à la commune et non à l'Etat : *" les sommes dues aux personnes requises ou à leurs ayants droit, à titre de rémunération ou d'indemnité incombent à la commune qui a bénéficié des secours, pour le compte de laquelle la réquisition a été faite. Le déclenchement du plan ORSEC a seulement pour effet (…) de dispenser la commune bénéficiaire des secours du remboursement des dépenses engagées par l'Etat ou par des collectivités territoriales ou établissements publics. Il reste donc sans influence sur le remboursement des charges supportées par les personnes privées, notamment sur la rémunération ou l'indemnisation des personnes requises, qui, même dans ce cas, incombent à la commune ".*[471]

---

[469] CE 10 décembre 1969 Simon, Quarteron et Visserias, *R.* p. 567 ; *D.* 1970 p. 447 note BLAVOET ; *CJEG* 1970 p. 214 : les dommages subis par des collaborateurs occasionnels d'un service public communal de lutte contre les inondations du fait de la lutte contre ce sinistre, engagent la responsabilité de la commune, alors même que la réquisition dont ils ont fait l'objet aurait émané d'une autre autorité que le maire de la commune et serait intervenue en exécution d'un plan général d'organisation des secours (plan ORSEC) mis en œuvre par le préfet. De la même façon : CE 23 février 1973 Min. Eq. Et logement c/ Sté Tomine, *R.* p. 168.

[470] CE 23 février 1973 Min. Eq. Et logement c/ Sté Tomine, *préc.*

[471] Avis n° 344.742 du 3 novembre 1988, *EDCE* 1989 n° 40 p. 297.

La Haute juridiction confirme récemment encore sa position dans un arrêt *Abadie et autres*[472] aux termes duquel *" les fautes qu'auraient pu commettre le service de lutte contre l'incendie contre les inondations ne peuvent, en application de l'article L. 131-2-6 du code des communes, engager que la responsabilité des communes et non la responsabilité de l'Etat**, alors même que les opérations d'alerte et de secours ont été menées sous la direction du préfet du Gers assisté du directeur départemental de la protection civile dans le cadre d'un plan général d'organisation des secours "***[473]**.*

A l'inverse, dans une décision " Cenpa "[474], la Haute juridiction avait décidé que dans le cadre de la mise en œuvre d'un même plan ORSEC le collaborateur occasionnel[475] d'un service dans l'exercice de ses pouvoirs de tutelle et de police des eaux non domaniales, exercés **au nom de l'Etat**, ne peut engager la responsabilité du département. Mais il faut y voir une simple

---

[472] CE 25 mai 1990, *M. Abadie et autres, AJDA* 1990 pp. 824-828, note G. DARCY ; *D.* 1991, sommaire p. 232, obs. BON et TERNEYRE, pour qui *" une telle analyse est évidemment quasi unanimement critiquée par les élus locaux car elle a pour conséquence qu'une commune peut voir sa responsabilité engagée envers les tiers alors même qu'elle ne fait qu'exécuter les instructions de l'autorité supérieure "* mais qui remarquaient cependant qu'injuste *" pour les communes, ce type de jurisprudence présente un incontestable avantage pour le justiciable : ce dernier sait qu'il peut toujours actionner la commune, même si une autorité, un service ou un agent de l'Etat a concouru à la réalisation du dommage ;* ***or l'intérêt des victimes doit passer avant celui des communes. "***

[473] Et donc alors même que l'Etat *" est seul maître du déclenchement du plan et de la mise en œuvre des secours "* et que *" le domaine d'application des plans Orsec recoupant entièrement celui de la police municipale(…) le maire est exceptionnellement privé de tout pouvoir "* : G. DARCY, idem, p. 827. En effet, aux termes de l'article 101 de la loi du 2 mars 1982, *" lorsqu'il déclenche le plan ORSEC ou tout autre plan d'urgence, le représentant de l'Etat dans le département a autorité sur l'ensemble des moyens des régions, des départements et des communes qui concourent à la mise en œuvre de ces plans "*. Il semble donc que les prévisions de M. PRIEUR, reprises récemment par M. SOUSSE, pour lequel les dispositions de 1982 conduisaient à *" un véritable transfert légal des pouvoirs en matière de police municipale "* devant aboutir à *" un transfert de responsabilité (…) l'Etat (devant) désormais être seul responsable des dommages causés par la mise en œuvre des plans ORSEC sous réserve d'une action récursoire contre une collectivité locale ayant contribué au dommage "*, n'aient été bien optimistes : M. PRIEUR, Les plans ORSEC, *Droit et ville*, 1985 n° 20 p. 201, repris un peu imprudemment par M. SOUSSE, *La notion de réparation des dommages en droit administratif français*, LGDJ 1994, p. 297 et s.

[474] CE 18 avril 1969, Sté, " agence française de papeterie Cenpa " et Sté " La Rochette Cenpa ", *R. Tables* p. 957

application du principe posé par l'arrêt *Pinguet*[476] s'agissant de la collectivité responsable du fait des collaborateurs bénévoles : la collectivité à laquelle incombe le financement du service est responsable.

Ainsi, il apparaît que le critère tiré de la direction du service, ou encore du pouvoir de décision, se heurte à une véritable contradiction, que ne résout pas cependant de façon satisfaisante le critère fonctionnel d'imputation des dommages : il y a semble-t-il de la part du juge administratif quelque arbitraire dans l'imputation des dommages causés notamment dans le cadre d'un plan ORSEC aux compétences de la seule commune, alors qu'une compétence particulière est prévue par les textes au profit du préfet et que c'est dans le cadre de l'exercice de cette dernière que le dommage est survenu.

Elle revient à affirmer que la compétence de principe, celle du maire en matière de police de l'ordre public sur le territoire de la commune, prime sur la compétence exceptionnelle prévue par un texte dérogatoire. La seule exception à ce principe résultant des quelques textes prévoyant expressément la compétence et donc la responsabilité de l'Etat.

Cette situation, qui pourrait s'analyser comme une tentative du juge administratif de simplifier des situations complexes, aboutit quoi qu'il en soit à des solutions tout à fait contestables du point de vue de l'équité, au détriment des patrimoines communaux[477]. On tentera, dans le cadre de notre seconde partie, d'analyser plus avant ce type de solutions.

Il faut indiquer que des interférences fonctionnelles de ce type existent dans

---

[475] Indemnisé sans faute au titre du régime posé par l'arrêt CE Ass. 22 novembre 1946, Commune de Saint-Priest-la-plaine, *GAJA* n° 66

[476] CE 17 avril 1953, Pinguet, *R.* p. 177 ; *S.* 1954.3.69 note G. ROBERT ; *D.* 1954., Jurisprudence p. 7 note MORANGE.

[477] Comme l'indique le professeur DARCY, cette solution est d'autant plus contestable que répondant sur ce point lors de la discussion de la loi du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques, le ministre de l'intérieur avait fait savoir que *" le bon sens commande que l'autorité qui décide soit responsable des dommages entraînés par ses propres décisions "* : *JO déb. AN.* 8 juillet 1987, p. 3876.

d'autres domaines : c'est le cas par exemple du chef d'établissement d'un lycée qui, aux termes des dispositions réglementaires en vigueur[478] doit garantir la sécurité des personnes et des biens dans l'établissement *" en sa qualité de représentant de l'Etat "*. Les fautes qu'il est amené à commettre dans l'exercice de cette mission entraînent la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, et non celle de l'établissement public[479].

C'est le cas encore, dans une espèce plus ancienne, s'agissant de la décision de libérer un aliéné : elle est prise, en vertu de l'article 16 de la loi du 30 juin 1838, par le préfet agissant en qualité de représentant de l'Etat et engage éventuellement la responsabilité de l'Etat. Mais pour le Conseil d'Etat, *" les conditions dans lesquelles les services d'un asile psychiatrique départemental ont amené le préfet à prendre ces mesures peuvent, lorsqu'elles relèvent une faute lourde de leur part, engager la responsabilité du département, les demandes d'indemnité devant, pour la responsabilité de département, être portées en première instance devant le Conseil de Préfecture et relevant directement du Conseil d'Etat pour la responsabilité de l'Etat "*.[481]

Cette situation obsolète illustre de façon caricaturale les difficultés posées pour la victime du dommage par le critère fonctionnel d'imputation : elle est tenue, alors d'attraire les deux personnes publiques en cause et ce devant deux juridictions différentes puisqu'il n'y a pas ici de responsabilité solidaire entre les deux.

Du fait des rapports de subordination établis entre deux ou plusieurs personnes publiques on retrouve les mêmes difficultés relatives à l'imputabilité de la responsabilité aux personnes publiques. En effet, lorsque la personne publique X a compétence pour faire fonctionner un tel service et que la personne publique Y a compétence pour veiller à ce que ce service public fonctionne

---

[478] Article 8 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement.

[479] CAA Nancy, 10 juillet 1990, Lycée d'Etat Jean Monnet, *R.* p. 461

[481] CE 21 janvier 1953, Consorts Stain, *R.* p. 29

correctement, ce service entre par là dans le champ de deux compétences superposées : une compétence contrôlée et une compétence de contrôle. Les rapports de tutelle nous mettent ainsi en présence d'interférences fonctionnelles.

B. Intervention du préfet dans les compétences décentralisées : la tutelle

Il faut ici faire le départ entre le pouvoir de tutelle par substitution que conserve le représentant de l'Etat à l'issue du processus de décentralisation (1), et le cas particulier des communes à police d'Etat (2).

1. la tutelle par substitution[482] :

La notion (a) est connue, mais les conditions de mise en œuvre de la responsabilité dans ce cadre (b) ont donné lieu à une décision récente du Conseil d'Etat.

a. La notion

La suppression de la tutelle a priori[483] par les lois de décentralisation n'a pas, on le sait, fait disparaître toute sujétion. Outre la résurgence de nombreuses tutelles dites " techniques ", toujours aussi pesantes semble-t-il[484], le représentant de l'Etat dans le département conserve, au terme même des lois de décentralisation, compétence pour se substituer aux collectivités défaillantes.

Ce type d'interventions correspond à la mise en œuvre de la tutelle par substitution : ainsi, l'article 2.V. de la loi du 2 mars 1982 modifié dispose-t-il que **le préfet peut se substituer au maire, après mise en demeure, lorsque celui-ci**

---

[482] Cf. A. BOCKEL, la responsabilité des collectivités locales du fait des actes des autorités de tutelle, *Revue administrative* 1966, p. 139

[483] Sur l'ensemble de cette question, cf. J. MOREAU, Responsabilité du fait d'actes de tutelle et de contrôle, *Jcl. Administratif* fasc. 918. La matière est, d'après l'auteur *" sans doute un des chapitres du droit de la responsabilité qui a subi les changements les plus profonds depuis une dizaine d'années "*.

[484] Voir récemment, F. BOUYSSOU : Le retour des tutelles techniques, *RFDA* 1999, p. 590 : *" 15 ans ont passé. Les illusions sont perdues. Le rêve tourne au cauchemar. Les élus locaux témoignent de manière presque unanime, des grandes collectivités au plus modeste village et d'un bout à l'autre de l'échiquier : jamais peut-être la tutelle n' a été aussi pesante "*. Pour une étude plus large et une critique du système du contrôle de légalité, lire

refuse ou s'abstient de prendre les mesures nécessaires pour faire face à un danger grave et imminent.

Lorsque la tutelle s'exerce par un pouvoir de substitution, le Conseil d'Etat considère que l'autorité de tutelle agit non comme représentant de l'Etat mais comme représentant de la commune ou de l'établissement public intéressé[485] ; par suite, si les décisions prises par le préfet dans ces conditions causent des dommages ouvrant droit à réparation, cette dernière incombe aux personnes morales à l'égard desquelles s'exerce le pouvoir de substitution[486]. Mais cette situation peut aussi s'analyser comme la sanction de la carence de la collectivité à mettre en œuvre le pouvoir de police dont elle dispose.[487]

La jurisprudence pose par ailleurs de la même manière que la responsabilité de la commune n'est remise en cause que dans les situations dans lesquelles l'autorité de tutelle a commis une faute dans l'exercice de son pouvoir[488] ou dans les cas où le dommage trouverait sa source dans la carence à exercer ce pouvoir de substitution[489].

J.C. HELIN, Le contrôle de légalité des actes locaux en France, *AJDA* 1999, p. 767 et notamment le développement sur " la tutelle, archétype du contrôle de légalité ".

[485] CE, Ass. 1er avril 1938, Sous-préfet de Pontoise, *R.* p. 338

[486] R. CHAPUS, DAG, p. 793. Voir CE 24 juin 1949, Commune de St Servan, *R.* p. 310, *R.A.* 1949, p. 345, note LIET-VEAUX : l'exercice du pouvoir disciplinaire à l'égard du personnel des services et établissements communaux que la loi du 29 juillet 1940 conférait aux préfets de la zone occupée, ou de celui que l'article 2 de la loi du 16 novembre 1940 conférait aux préfets pour accomplir les mesures d'intérêt général que le maire refuse ou néglige de prendre. " *Le Préfet agit comme représentant de la commune ou de l'établissement public communal et ses actes engagent la responsabilité de la commune ou de l'établissement public communal à l'exclusion de celle de l'Etat* ".

[487] C'est ce qu'indique P. BON : les autorités de police ayant une obligation d'agir, " *en s'abstenant de ce faire, elles commettent une faute qu'il s'agit de sanctionner en faisant peser sur elles le poids d'une éventuelle responsabilité du fait de la substitution. Il serait, de plus, paradoxal que cette carence fautive ait pour conséquence directe de décharger de sa responsabilité une personne normalement responsable pour rejeter cette responsabilité sur la personne administrative qui a tenté de pallier cette carence* " : théorie générale de la police municipale, in *Encycl. Dalloz, Collectivités locales,* p. 2223-12, n° 57.

[488] CE 5 décembre 1958, commune de Dourgne, *R.* p. 606, concl. GULDNER ; *RDP* 1959, p. 990, note M. WALINE, *AJDA* 1959, Chronique COMBARNOUS et GALABERT p. 40 ; CE 10 décembre 1962, Bouali-Salah, *R.* p. 674 ;

Le principe est donc que le préfet, lorsqu'il intervient comme autorité de tutelle par substitution n'engage que la responsabilité de la commune, à moins, au titre de l'article L. 2216-1 du Code général des collectivités territoriales[490], que cette intervention n'ait été *effectuée " dans des hypothèses et selon des modalités non prévues par la loi "*. Enfin, le défaut d'exercice, l'inaction ou l'inertie de l'autorité de tutelle n'engage que la responsabilité de cette dernière[491].

b. Les conditions de la responsabilité :

En matière de mise en œuvre de la responsabilité du fait de l'exercice du pouvoir de tutelle, et particulièrement s'agissant du contentieux relatif aux dommages causés par la carence du préfet de déférer au juge administratif les actes illégaux des collectivités locales, l'état du droit est aujourd'hui précisément fixé par la jurisprudence du Conseil d'Etat autour de la nécessité de la **présence d'une faute lourde**.

Dans une espèce récente *Commune de Saint Florent*, la Cour administrative d'appel de Marseille[492] avait estimé que la responsabilité de l'Etat devait désormais être engagée sur le seul terrain de la faute simple[493], la négligence du

---

[489] CE 29 avril 1987 Ministre de l'intérieur c/ Ecole Notre-Dame de Kernitron, *R.* p. 161

[490] Issu l'article 16 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983, modifié par la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 : *" la commune voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'Etat s'est substituée, dans des hypothèses ou des modalités non prévues par la loi, au maire pour mettre en œuvre les mesures de police "*.

[491] CE Sect. 14 décembre 1962, *Doublet, R.* p. 680; *D.* 1963 p. 117, concl. COMBARNOUS; *AJDA* 1963 p. 85 et la chronique.

[492] CAA Marseille, plen., 21 janvier 1999, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres, req. n° 97MA05173, *RFDA* 1999, p. 1032 et s. conclusions DUCHON-DORIS., préc.. Cette espèce consacrait ainsi l'abandon de la jurisprudence *Notre Dame de Kernitron*, (CE, 29 avril 1987, *R.* p. 161). Elle résultait d'une action récursoire de communes réunies au sein d'un SIVOM pour la réalisation d'une opération d'aménagement qui s'était soldée par un déficit financier conséquent s'élevant à 14 millions de francs. Les douze communes demandaient au juge administratif de les indemniser du préjudice constitué par l'imputation du préjudice financier sur leurs patrimoines.

[493] Le commissaire du gouvernement indiquait à cette occasion que le régime de la faute lourde ne trouvait de justification que dans les domaines d'activité où l'administration est susceptible de commettre des fautes qui ne peuvent ou ne méritent pas toutes d'être sanctionnées, comme celui de l'exécution des opérations d'établissement de l'impôt. Voir *supra* les développements sur cette question.

préfet, qui n'a pas déféré au juge administratif les décisions illégales, s'analysant en une " abstention prolongée " constituant une faute " de nature à " engager la responsabilité de l'Etat[494]. Cette position a été rejetée par la section du contentieux du Conseil d'Etat qui, dans un arrêt *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, et conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement TOUVET[495], a récemment " répondu à la CAA de Marseille "[496] en disant pour droit que ***" la circonstance que le préfet des Alpes-Maritimes s'est abstenu de déférer au tribunal administratif le POS de la commune de Roquebrune-cap-Martin sur le fondement duquel a été délivré le permis de construire litigieux, ne revêt pas le caractère d'une faute lourde, seule de nature à engager en pareil cas la responsabilité de l'Etat envers la commune ".*** C'est donc sans surprise que les juges du Palais Royal ont confirmé en cassation cette jurisprudence dans l'affaire Commune de Saint-Florent[497].

La jurisprudence antérieure, assise sur le critère de la " séparation des

---

[494] Cette question avait été évoquée par le commissaire du gouvernement LEGAL dans ses conclusions précitées sur l'affaire des hémophiles contaminés par le virus du sida. Il estimait alors que la seule raison justifiant en cette matière la nécessité d'une faute lourde *" c'est la tutelle (…) qui est sans doute une des activités administratives dans lesquelles la décision est le plus entourée d'incertitudes et d'aléas "*. Mais le Conseil avait déjà jugé qu'en cas de coexistence de pouvoir de tutelle et de pouvoir propre dans un même domaine, l'exercice de ceux-ci n'est pas soumis à un régime de faute lourde : CE, Ass. 31 mai 1957, Balpêtré, *R.* p. 362.

[495] CE Section, 21 juin 2000, Ministre de l'équipement et des transports c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin. *RDP* 2000 p. 1247 : conclusions TOUVET ; *RFDA* 2000 p. 888 et p. 1096 note P. BON, *DA* août-septembre 2000, n° 195, p. 24

[496] Le Commissaire du gouvernement TOUVET, dans des conclusions relativement sommairement développées au regard de l'importance de la question entendait explicitement que la Haute juridiction *" réponde ainsi à la CAA de Marseille qui a tenté le passage à la faute simple "*. Les motifs d'une telle décision tiennent à son sens, et fort classiquement, dans les éléments suivants : le déféré préfectoral résulte d'un pouvoir discrétionnaire et non d'une compétence liée ; il intervient dans une matière délicate pour laquelle ne dispose pas de moyens suffisants ; enfin, *" le préfet est l'arbitre des intérêts généraux et peut estimer que l'intérêt général sera mieux préservé en fermant les yeux sur une illégalité minime ou sans conséquences plutôt que de provoquer des tensions, des coûts ou des retards en recherchant "*. Conclusions préc. p. 1263.

[497] CE 6 octobre 2000, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint-Florent et autres, *RFDA* 2001 p. 152 note P. BON ; *AJDA* 2001 p. 201 note M. CLIQUENNOIS : *" considérant que les carences de l'Etat dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités locales prévu par les dispositions précitées de la loi du 2 mars 1982 ne sont susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat que si elles constituent une faute lourde "*.

patrimoines ” au terme duquel *“ il faut laisser à chaque collectivité secondaire sa responsabilité, corollaire de son autonomie (et) à tout prix éviter un transfert trop facile à l’Etat tuteur de ce qui doit demeurer la sanction des initiatives ou des carences locales ”*[498] et qui exigeait la présence d’une faute qualifiée est donc confirmée.

Cependant, le régime de la faute lourde ne peut être considéré comme applicable à l’ensemble des actes pris dans le cadre du pouvoir de tutelle considéré en général : il résulte de l’arrêt *Société de gestion du port de Campoloro*[499] que s’agissant de la mise en œuvre par l’autorité de tutelle des pouvoirs qu’elle détient pour obtenir l’exécution par les collectivités publiques des décisions de justice les condamnant à payer une somme d’argent, le juge administratif se contente d’une faute simple pour engager sa responsabilité.

Ainsi, il faut distinguer, pour déterminer si l’on se trouve dans un régime de faute lourde ou simple, selon que l’autorité de tutelle a ou non disposé d’un pouvoir discrétionnaire pour intervenir. C’est le cas s’agissant de la mise en œuvre du contrôle de légalité et la faute lourde est partant nécessaire ; ce n’est pas le cas s’agissant du mandatement d’office par le préfet des sommes au paiement desquelles les collectivités dont il a la charge ont été condamnées et dont elles ne se sont pas acquittées, dans le cadre de la loi du 16 juillet 1980, et le régime de la faute simple doit trouver à s’appliquer[500].

2. Les communes à police d’Etat :

La solution de principe (a) ne trouve de limite que dans le cas particulier des dommages causés par les collaborateurs occasionnels de l'administration (b).

---

[498] Conclusions J. GUIONI sous CE, Ass. 27 décembre 1948, commune de Champigny-sur-Yonne, *R.* p. 493 ; D. 1949, p. 408.

[499] CE 10 novembre 1999, Société de gestion du port de Campoloro, *R.* p. 348 ; *RFDA* 2000, p. 1107 et la note de P. BON p. 1096 : les considérants sont clairs : *“ il résulte des diligences ainsi accomplies (…) que le préfet n’a commis aucune faute dans l’exercice des pouvoirs dévolus par la loi du 16 juill. 1980 ; que par suite, la responsabilité de l’Etat ne saurait être regardée comme engagée à raison d’une telle faute ”*.

[500] Cf. P. BON, note préc. p. 1102

a. La solution de principe :

Dans les communes de la Région parisienne, la loi du 10 juin 1853 avait dépossédé le maire des pouvoirs de police municipale, qui avaient déjà été attribués dans Paris au préfet de police par un arrêté des Consuls du 12 messidor an VIII. Le Conseil d'Etat décide là encore *que " l'arrêté des consuls qui donne compétence au préfet de police en matière de lutte contre l'incendie n'a pas pour objet de rendre l'Etat responsable "*[501] et que *" la ville de Paris est responsable des fautes (lourdes) commises par les services de lutte contre l'incendie de la préfecture de police "*[502].

Ce système de police d'Etat est étendu par la loi du 23 avril 1941 à toutes les communes de plus de 10 000 habitants et résulte aujourd'hui des articles L.2214-1 et suivants du CGCT aux termes desquels il est institué dans toutes les communes chefs-lieux de département et, le cas échéant, dans les communes dont le nombre d'habitants dépasse 20 000 habitants et où les caractéristiques de la délinquance sont celles des zones urbaines. Dans ces communes, les autorités de police sont un personnel d'Etat, dont la discipline n'est pas assurée par le maire, qui reste cependant investi d'une importante partie des pouvoirs de police municipale. Les agents de police d'Etat sont mis à sa disposition pour l'accomplissement de ces prérogatives.

En ces matières, l'Etat est seul responsable des dommages causés par les activités de police sur le territoire des communes à police étatisée[503].

Pourtant, la reconnaissance de ce principe a fait l'objet d'hésitations de la

---

[501] CE, 10 décembre 1986, Robert, *R. Tables* p. 711

[502] CE, 26 juillet 1985, SA Sommer-Allibert, *R. Tables* p. 770

[503] Conclusions DAYRAS sous CE Ass. 3 juin 1938, société des établissements H. Pellet, *R.* p. 521, *RDP* 1938, p. 375 note J. APPLETON, *D.* 1938.3.65 Comm. JEZE : *" Le principe est de demander réparation du dommage causé par l'action ou l'inaction de la police à l'autorité chargée d'assurer l'ordre dans la circonscription... Le régime de la police d'Etat s'applique à Oullins et à Marseille...la commune du Kremlin-Bicêtre se trouvant dans le*

part des commissaires de gouvernement dans le cadre d'une interrogation plus large sur le problème de savoir si l'imputabilité doit se fonder sur le critère de la nature du service en cause ou sur le lien hiérarchique existant entre l'agent cause du dommage et l'autorité de laquelle il dépend. Ce débat ayant pour conclusion que si le juge administratif privilégiait en règle générale le critère tiré de la nature du service, il dérogeait à ce principe s'agissant des communes à police étatisée, et qu'il le faisait pour des questions de pure équité.[504]

Ainsi pour BARBET[505], dans le domaine des compétences confiées au préfet *" vous avez jugé que les agents de police agissaient comme les préposés de l'autorité préfectorale et qu'ils engageaient la responsabilité de l'Etat.* ***Notons que si, pour des raisons très compréhensibles d'équité, il vous a paru nécessaire de décharger dans les cas ainsi définis les communes de toute responsabilité, une telle solution ne s'imposait pas du point de vue juridique ",*** les pouvoirs en cause étant des pouvoirs de police municipale, et *" dès lors le*

---

département de la Seine, est dans la même situation ; c'est avec raison que l'Etat a été mis en cause."

[504] *" Opposant deux points de vue, celui d'après lequel la police est en principe matière municipale par nature et doit normalement entraîner la responsabilité de la commune en raison de son mauvais fonctionnement, et celui d'après lequel l'étatisation de la police municipale ayant pour effet de placer les agents sous le contrôle de l'Etat, BARBET estimait que votre jurisprudence pouvait s'offrir deux solutions différentes, d'après le critère retenu pour déterminer la collectivité publique responsable : 1) Le* ***critère tiré de l'organisation du service*** *conduirait à rechercher sous l'autorité de qui se trouvent placés les agents, tant par leur statut que dans le fonctionnement du service et à en tirer une conséquence directe quant au choix de la collectivité responsable. 2) Le* ***critère tiré d'une analyse de la nature du service****, indépendamment de la qualité de l'agent, est beaucoup plus nuancé, inspiré du principe d'après lequel il existe,* ***par nature****, des services publics nationaux, départementaux ou communaux, et fondé sur l'idée que la police est, par essence, affaire municipale, sauf exception, votre jurisprudence serait amenée à analyser la nature de l'activité de police. Dans les cas où il apparaîtrait que cette activité est demeurée municipale, seule la responsabilité de la commune pourrait être engagée, alors même que les agents d'exécution eussent été statutairement des agents de l'Etat (…) Néanmoins, l'adoption par votre jurisprudence du critère tiré de la nature des attributions de police exercées, est aujourd'hui constant. Cette jurisprudence en matière de police a le premier mérite de s'aligner sur celle qui est applicable à la responsabilité des divers services publics. Il n'en est pas moins vrai que le critère considéré est* ***d'un maniement assez délicat*** *en présence d'activités de police qui ne procèdent pas toutes de la même nature, certaines demeurant dans le cadre des affaires municipales, d'autres étant passées dans le domaine des attributions de l'Etat. " :* LAURENT : conclusions sur CE 1er Octobre 1954, Sieur Bernard, *R.* p. 505

[505] Conclusions sur CE 23 février 1951, Desgranges, *R.* p 112 :

préfet, lorsqu'il agit en ces matières, le fait comme agent désigné de la police municipale et nullement en vertu de ses pouvoirs de police générale... "

De la même façon, pour LAURENT[506], si la loi de 1941 a dessaisi le maire d'une partie de ses pouvoirs de police *" on aurait pu normalement concevoir que le transfert au préfet de ces attributions n'en altérât pas la nature et que, par voie de conséquence, la collectivité responsable des agissements de cette " police municipale étatisée " demeurait la commune. Si vous avez adopté une solution différente[507], c'est uniquement semble-t-il, en fonction de considérations d'équité à l'égard des petites communes ".*

Quoi qu'il en soit, le juge administratif applique strictement les dispositions des articles L.2214-1 et suivants du code des collectivités territoriales confiant à l'Etat la compétence en matière de police dans les villes de plus de 100 000 habitants, en reconnaissant la responsabilité de la commune à chaque fois que le dommage résulte d'une activité qui n'entre pas dans le cadre des compétences de l'Etat, et qui reste donc de la compétence communale[508].

L'article L. 2214-4 du même code dispose d'ailleurs clairement que *" tous les autres pouvoirs de police énumérés aux articles L. 2212-2, L. 2212-3 et L. 2213-9 sont exercés par le maire y compris le maintien du bon ordre dans les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics ".* Seuls restent donc susceptibles de mettre en cause la responsabilité de l'Etat les pouvoirs de police *" mis à la charge de l'Etat "*, c'est-à-dire ceux prévus au 2° l'article L. 2212-2.

Ce qui correspond à l'énumération suivante : d'une part, *" le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique telles que les rixes et disputes*

---

[506] Conclusions préc, *R.* p. 505

[507] Dans l'arrêt Desgranges

[508] Voir, par exemple, TA Rouen 2 avril 1971, Diverres, *R.* 845 : dans le cadre de violences policières, l'agent agissant en vertu du pouvoir de police conféré aux autorités municipales par l'article 97-1 du code de l'administration communale, en accomplissant des missions qui ne sont pas au nombre de celles transférées à l'Etat dans les communes à police étatisées, l'action dirigée contre l'Etat est mal dirigée.

accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements, les bruits, y compris les bruits du voisinage, les rassemblements nocturnes qui troublent le repos des habitants et tous actes de nature à compromettre la tranquillité publique " alors que d'autre part *" l'Etat a la charge du bon ordre quand il se fait occasionnellement de grands rassemblements d'hommes "*.

Il n'en reste pas moins, malgré le charme désuet de ces dispositions, qu'il peut paraître surprenant de fonder la détermination du patrimoine public responsable en matière de police étatisée sur les seules énumérations de l'article L.2212-2 qui prévoit pourtant expressément que *" la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique. Elle comprend* ***notamment… ".***

b. L'exception : les collaborateurs occasionnels

Il faut cependant réserver, dans le sens d'une application rigoureuse, voire rigoriste mais beaucoup plus cohérente, du principe fonctionnel d'imputation de la responsabilité le cas de l'imputation à la commune des conséquences dommageables de l'intervention d'un collaborateur occasionnel. Le **Conseil** d'Etat, dans un arrêt *Ville de Caen*[509], impute la responsabilité d'un dommage survenu à une personne qui est intervenue dans le cadre du pouvoir de police générale du maire, alors même que la police de la ville est une police d'Etat. C'est, là encore, une application de la jurisprudence *Pinguet*[510].

II. Interférences fonctionnelles dans le cadre des rapports Etat - département

Avant 1982, le préfet est l'exécutif du département ou agent de l'Etat, la distinction commandant la détermination du patrimoine responsable. Il résulte de la jurisprudence en la matière que l'exercice par le préfet de ses pouvoirs de

[509] CE 10 juin 1977, Ville de Caen, *R. T.* p. 730..
[510] CE 17 avril 1953, Pinguet, préc.

police engage la responsabilité de l'Etat.

Désormais seulement représentant de l'Etat, le préfet, au titre l'article L. 3221-5 du CGCT, peut se substituer au président du conseil général en matière de police du domaine départemental. Dans ce cadre, il met en œuvre un pouvoir de substitution correspondant à une carence de l'autorité départementale qui demeure responsable des dommages éventuels.

Le principe est donc le suivant, en réservant cependant le cas de la *tutelle par substitution* : le préfet, lorsqu'il commet un acte dommageable, n'engage que la responsabilité de l'Etat.

Par ailleurs, certaines interférences fonctionnelles ne sont qu'occasionnelles.

Section 2. Interférences fonctionnelles occasionnelles

La notion d'interférence occasionnelle correspond aux cas dans lesquels plusieurs collectivités participent à une même tâche, dans la mesure où elles ont concurremment compétence pour intervenir dans le type d'activité considéré, sans que leur collaboration ait été organisée par une quelconque réglementation juridique.

Lorsqu'un dommage est résulté de la mise en œuvre conjointe de ces compétences le problème se pose naturellement de la détermination de la personne publique responsable.

L'arrêt Doublet de 1962[511], rendu en matière de concours de police, fournit une assez bonne illustration de la problématique : le requérant, qui se plaignait des conditions de fonctionnement d'un camping municipal, saisit le juge administratif d'une action tendant à la réparation par une commune du préjudice résultant de la carence du préfet et du maire à faire respecter la réglementation concernant les campings sur le territoire de cette commune.

Le Conseil d'Etat rejette partiellement sa requête[512], au motif que *" s'il appartenait au préfet d'assurer le respect de ladite réglementation, soit en mettant le maire en demeure de prendre toutes mesures utiles à cet effet et éventuellement en se substituant à lui, soit en retirant l'autorisation qu'il avait accordée au Syndicat d'Initiatives de la commune,* ***son inaction ne pouvait en tout état de cause engager que la responsabilité de l'Etat*** *et la demande de l'intéressé uniquement dirigée contre la commune ne pouvait être que rejetée en tant qu'elle était fondée sur la faute du préfet ".*

Par ailleurs, selon la Haute juridiction, *" il incombait au maire, en vertu de l'article 91 de la loi de 1884, d'assurer sur le territoire de la commune l'observation de la réglementation du camping et, dès lors qu'il n'a pris aucune mesure pour mettre un terme aux infractions à ladite réglementation, cette*

[511] CE Section 14 décembre 1962, Doublet, *R.* p. 680

carence systématique présente, dans les circonstances de l'affaire, les caractéristiques d'une faute lourde de nature à engager la responsabilité de la commune ".

On a déjà indiqué que la dispersion des compétences par les lois de décentralisation laissait place à des risques de recoupement, et nombreux sont les observateurs à critiquer cette " déresponsabilisation " des acteurs locaux qui ignorent largement leurs compétences pour laisser d'autres la prendre en charge. Les difficultés évoquées sont naturellement amplifiées par le développement de la coopération intercommunale : la multiplication des établissements publics de coopération intercommunale, dont la formule permet de contourner le problème technique posé par l'éclatement local dans la France des quelques 36 000 communes, et les transferts de compétences qu'ils induisent[513].

La question, en la matière, est assez simple : faut-il mettre en œuvre le critère fonctionnel d'imputation de la responsabilité et imputer dès lors aux établissements publics de coopération intercommunale la responsabilité des dommages survenus dans le cadre de leurs compétences, ou doit-on considérer à l'inverse que l'imputation doit être faite au détriment des communes ?

Là encore, c'est dans le domaine de la mise en œuvre des pouvoirs de police que la question prend tout son sens**.** Elle correspond notamment à la

---

[512] On mesure la difficulté pour le requérant, qui n'obtiendra du fait de ces subtilités qu'une partie de l'indemnité recherchée.

[513] Mouvement dont la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF* 13 juillet 1999, p. 10361, qui crée une nouvelle catégorie d'établissement public, la communauté d'agglomération, est une nouvelle illustration. Selon M. DEGOFFE l'accumulation de textes relatifs à la question *" reflète la volonté de l'Etat d'accentuer toujours plus la coopération intercommunale, dès lors que la fusion pure et simple ne recueille pas l'assentiment "*, *AJDA* 1999, Chronique p. 911. L'objectif, puisqu'il s'agit de simplifier, étant de la même manière de remédier à ce second écueil rencontré par l'intercommunalité qui *" instituée pour lutter contre l'émiettement communal s'est traduite aussi par un éparpillement des catégories d'établissements publics intercommunaux et une excessive diversité des règles applicables "*, idem, p. 913. Il se traduit par la suppression des districts et des communautés de ville, appelés sous certaines conditions à se fondre dans une communauté de communes ou d'agglomération.

problématique des centres départementaux de secours, ou encore aux circonstances dans lesquelles, par exemple, une communauté de communes s'est vue confier des compétences en matière de police. On va le voir, c'est le terrain sur lequel la question de la détermination du patrimoine public responsable rencontre les mutations les plus importantes. Cette situation est par ailleurs voisine de celle de l'intervention occasionnelle de services d'une collectivité au bénéfice d'une autre, dont l'archétype est l'intervention des services déconcentrés de l'Etat au bénéfice de la commune.

Ainsi, les agents d'une collectivité locale peuvent être amenés à intervenir pour le compte d'une autre dans le cadre d'une " réglementation juridique ", sans pour autant que les compétences de la première aient été transférées à la seconde[514]. C'est généralement le cas lorsque les services ou les agents d'une personne publique considérée sont amenés à intervenir *pour le compte*, c'est-à-dire *au bénéfice* d'une autre (I). Cette intervention peut aussi résulter d'un véritable transfert de compétence, comme c'est le cas s'agissant des regroupements de communes au sein d'établissements publics de coopération (II).

[514] CE 11 mai 1977, Ville de Lyon, *R.* p. 211, à propos de la compétence d'une communauté de communes en matière d'autorisation de voiries.

I. La responsabilité en matière de mise à disposition de services

Les collectivités décentralisées, et d'abord, mais pas seulement, les petites communes rurales, continuent de faire largement appel aux " services déconcentrés " de l'Etat : des conventions organisent des mises à disposition à la fois de matériels et de personnels.

Les lois de décentralisation prévoient les cas de " mises à disposition " d'agents ou de services de l'Etat qui collaborent avec les départements[515] ou les Régions[516]. Les communes sont elles aussi concernées : l'article 12 de la loi du 7 janvier 1983 prévoit que les services du département peuvent accorder leur concours aux communes dans des conditions définies par une convention entre le président du conseil général et le maire de la commune concernée. L'article 6 de la même loi prévoit quant à lui que " *les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'entre elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité des services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences* ".

Un récent rapport sénatorial[517] rappelait ainsi que " *la fonction des services déconcentrés est désormais marquée par une très grande ambiguïté. Bien que la décentralisation ait fait évoluer leurs missions vers le contrôle et la régulation, ces services continuent à mener des actions dans un grand nombre de domaines et exercent une fonction de conseil souvent demandée par les collectivités de petite taille* ", ce brouillage étant " *renforcé par le foisonnement des procédures contractuelles* "

---

[515] Ces relations conventionnelles sont régies par l'article L. 3141-1 du CGCT : " *Pour la préparation et l'exécution des délibérations du conseil général, son président peut disposer, en tant que de besoin, de services déconcentrés de l'Etat. Le président du conseil général adresse directement aux chefs de service toutes instructions nécessaires pour l'exécution des tâches qu'il confie aux dits services. Il contrôle l'exécution de ces tâches* ".

[516] L'article L. 3141-1 du CGCT évoque plutôt la notion de " *coordination entre les services de l'Etat et du département* ".

[517] Rapport du sénateur MERCIER sur la sécurité juridique des actes des collectivités locales et les conditions d'exercice des mandats locaux - mission commune d'information du Sénat (rapport d'information 166, 1999-2000), téléchargeable sur le site Internet du Sénat (www.senat.fr).

En matière de responsabilité pour les dommages résultant de cette coopération du fait de la mise en œuvre d'une mesure **de police**, il faut appliquer les dispositions des articles L. 2216-1[518] pour la commune et L. 3143-1[519] pour le département : les collectivités pour le compte desquelles les services sont intervenus sont responsables des dommages éventuels, hormis le cas de la substitution illégale de l'Etat.

Mais excepté le cas précis de la mise en œuvre du pouvoir de tutelle par substitution en matière de police administrative, il semble que les textes soient largement muets.

En ces matières, faut-il estimer, avec le professeur MOREAU, qu'à la suite des lois de décentralisation et *" en l'absence de jurisprudence récente sur ce point, il convient de rappeler le principe selon lequel les agents publics et fonctionnaires sont susceptibles d'engager la responsabilité de la collectivité ou de l'établissement public pour le compte duquel ils exercent leurs fonctions, quel que soit par ailleurs leur statut personnel "*[520] ? Ou, au contraire, la jurisprudence a-t-elle déterminé un régime différent pour l'occasion, en tenant compte du fait que *" les corps techniques de l'Etat jouent aussi un rôle d'impulsion, d'orientation et de contrôle "*[521].

Il semble que les principes antérieurs aient été conservés : la commune ou le département ne pourront en ces matières s'exonérer de leur responsabilité

---

[518] Déjà évoqué, cet article dispose que *" la commune voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'Etat s'est substituée, dans des hypothèses ou selon des modalités non prévues par la loi, au maire pour mettre en œuvre des mesures de police "*.

[519] *" Le département voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'Etat s'est substituée dans des hypothèses ou selon des modalités non prévues par la loi, au président du conseil général pour mettre en œuvre des pouvoirs de police "*.

[520] Article au jurisclasseur administratif précité, n° 33. De la même façon, pour le président ODENT : *" la personne responsable est celle pour le compte de laquelle l'auteur du dommage agissait ou sous l'autorité de laquelle il se trouvait au moment où le dommage s'est produit "*.

[521] J. MOREAU, idem n° 34 p. 4

qu'en faisant la démonstration que leurs directives n'ont pas été appliquées par les services mis à leur disposition et qui seront alors considérés comme étant intervenus pour leur propre compte, et non pour celui de la commune ou du département.

C'est classiquement par exemple le cas des agents des services des ponts et chaussées en matière de travaux publics qui, dans la mesure où ils respectent les directives du maire, engagent la responsabilité de la commune pour le compte de laquelle ils agissent[522]. C'est la solution de l'arrêt *Commune de la Ricamarie*[523] : *" la responsabilité de l'Etat ne saurait être engagée envers une commune, en raison de la gestion des services vicinaux de celle-ci, que dans le cas où le préjudice subi par ladite commune est imputable à une faute commise par un agent du service ordinaire des Ponts et Chaussées en refusant ou en négligeant d'exécuter un ordre donné par le maire "*. La solution est la même pour les

---

[522]Au sein d'une jurisprudence nombreuse tout à fait explicitement : CE Sect. 19 janvier 1962, Min. agriculture c/ Commune de Vernet-les-Bains, *R.* p. 52 : *" si une commune est responsable en l'absence de toute faute de sa part à l'égard d'une personne requise pour lutter contre un incendie et blessée dans un accident survenu à cette occasion,* ***elle est fondée à appeler en garantie toute personne publique qui, par sa faute, aurait aggravé les dommages subis par la victime "***. En l'espèce, condamnation de l'Etat à garantir intégralement la commune, dès lors que l'accident est **uniquement imputable** à un préposé des Eaux et Forêts qui, agissant en la circonstance pour sa propre initiative **et non pour le compte et au nom de la commune**, a invité le requis à prendre place dans un véhicule déjà surchargé.

[523] CE Section 21 octobre 1960, Ministre des travaux publics c/ commune de la Ricamarie, *R.* p. 576 ; voir plus récemment en matière d'urbanisme : CAA Bordeaux, plen. 8 avril. 1993, Mme Desfougères, *R. Tables* p. 1026 : *" en vertu de l'article L.421-6 C.urba dans sa rédaction issue de la loi du 7 janvier 1983, le maire peut disposer gratuitement et en tant que de besoin des services extérieurs de l'Etat pour instruire les demandes de permis de construire sur lesquelles il a compétence pour statuer. Pendant la durée de cette mise à disposition, les services et les personnels agissent en concertation permanente avec le maire qui leur adresse toute instruction nécessaire pour l'exécution des tâches qu'il leur confie. Il s'en suit que la commune condamnée au profit d'un tiers pour la délivrance d'un permis de construire illégal, ne peut appeler l'Etat en garantie que lorsqu'un agent de l'Etat mis à sa disposition dans ce cadre, a commis une faute en refusant ou en négligeant d'exécuter un ordre ou une instruction du maire. En l'espèce, le maire avait demandé à l'agent de vérifier le caractère inondable de la zone en cause. Le service a commis une faute envers la commune et doit être condamné à la garantir des condamnations prononcées contre elle à raison des dommages causés par une inondation à la construction autorisée. "* De la même façon : CAA Marseille, 15 septembre 1998, Société au service du développement, n° 96MA00910, *Gaz. Pal.* 1998, p. 222

départements[524].

Même si cette situation paraît logique et correspond à l'idée d'une maîtrise du maire et du président du conseil général sur l'intervention des services de l'Etat, on ne peut, avec le commissaire du gouvernement ROUX dans ses conclusions sur l'affaire *Sté SAPI*[525], que remarquer qu'il y a une *" part de fiction (…) à supposer que le maire de la plus petite commune est en situation d'imposer ses vues à d'importants services techniques "*[526] et conclure que malgré sa virulence, l'apostrophe de M. HAURIOU pour qui il était déjà *" inadmissible que les communes paient les fautes des agents départementaux : cette situation inique n'a déjà que trop duré "*[527] n'a pas convaincu.

Il reste que lorsqu'un dommage est causé par un service étant intervenu pour le compte d'une commune, et hormis les cas dans lesquels elle arriverait à faire la démonstration que ses directives n'ont pas été suivies d'effet, la responsabilité en est toujours imputée au patrimoine de cette dernière. Cette situation a deux conséquences : d'une part la commune ne peut appeler en garantie les personnes publiques dont relèvent ces services ; d'autre part, les

---

[524] CE Ass. 24 novembre 1961 Ministre des travaux publics c/ Letisserand, *D.* 1962, concl. HEUMANN, à propos d'un accident causé sur une route départementale par un camion transportant des ouvriers du Service des Ponts et chaussées : *" l'accident se rattachant à l'exécution de travaux publics engage la responsabilité du département pour le compte de qui lesdits travaux étaient exécutés "*. Cf. Récemment : CE 14 janv. 1994, Ministre de l'équipement c/ Savine, *R.* p. 13 : Les dommages imputables à des travaux exécutés sur une route départementale pour le compte du département alors même qu'ils sont réalisés sous la conduite des services de la DDE mis par l'Etat à la disposition du président du conseil général, n'engagent pas la responsabilité de l'Etat, mais seulement celle du département.

[525]CE Section 14 mars 1986 Communauté Urbaine de Lyon C. Sté SAPI *RFDA* 1986 p. 922, conclusions M. ROUX, note X. PRETOT ; *AJDA* 1986, chronique p. 298

[526] Conclusions M. ROUX, *RFDA* 1986, p. 924 pour qui la jurisprudence du Conseil d'Etat en la matière *" entend moins constater ce qui est qu'affirmer ce qui doit être "*.

[527] Commentaire sous CE 13 mai 1907, Département de la Dordogne c/ Malleville, *S.* 1908.3.121. L'espèce concernait les travaux exécutés sur les chemins vicinaux dits " de grande communication " pour lesquels la responsabilité des seules communes était susceptible d'être mise en cause, même lorsque les travaux litigieux avait été réalisés par le service vicinal départemental. M. HAURIOU proposait de distinguer les dommages résultant directement des travaux exécutés par les services départementaux et les dommages imputables à la seule présence de la voie publique, pour lesquels les communes pourraient être poursuivies.

victimes n'ont pas en principe d'action directe contre la personne publique dont relèvent lesdits services et doivent nécessairement attraire la collectivité compétente.

Cette application automatique du principe fonctionnel d'imputation de la responsabilité semble, en revanche, avoir récemment été remise en cause dans le cadre des transferts induits par le développement de l'intercommunalité.

II. La responsabilité en matière de coopération intercommunale

Qu'en est-il lorsque les compétences d'une commune sont démembrées : comment se répartissent les responsabilités[528] ? Et ce notamment en matière de police : doit-on considérer, au regard de la jurisprudence sur les plans ORSEC, que la simplification au profit de la victime conduit nécessairement à imputer la responsabilité aux communes ? Cette même victime peut elle actionner l'une ou l'autre des personnes en cause, ou seulement l'établissement public détenteur de la compétence transférée ?

Toute une série d'espèces récentes apportent des éléments de réponse assez novateurs, dans une matière qui semblait pourtant fixement établie. Il est à noter cependant qu'elles sont toutes intervenues dans le cadre de la mise en œuvre de pouvoirs de police administrative. De récentes décisions (B) sont venues remettre en cause le principe initial (A).

A. Le principe initial

En application du principe fonctionnel, une jurisprudence traditionnelle imputait de façon systématique la responsabilité des dommages causés dans le cadre d'opérations se rattachant à la police générale au patrimoine communal.

Dans le domaine particulier de la lutte contre l'incendie, cette situation se caractérisait par l'application du principe dit de la responsabilité de la

[528] Conclusions ROUX, préc. p. 923

“ commune lieu du sinistre ”[529] : en cas de dommage survenu dans ce cadre, la victime devait attraire la commune sur le territoire de laquelle l’accident était survenu, quelle qu’ait été l’appartenance statutaire des personnels engagés, qui, le plus souvent, relèvent d’une autre personne publique que la commune. L’explication est toujours la même : intervenant dans le cadre de la police générale, et donc des compétences du maire, ils interviennent *pour le compte* de la commune. C’est donc à cette dernière que la responsabilité primaire devait être imputée.

Cette responsabilité primaire de la commune laissait ouverte l’éventualité d’une action de la commune envers la collectivité d’appartenance des agents à l’origine du dommage, notamment dans l’occurrence d’une faute de ces derniers, ou si le maire pouvait faire la démonstration qu’ils ne s’étaient pas conformés à ses directives[530].

Le principe est désormais posé par l'article 91 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983[531] codifié à l'article L.2216-2 du CGCT qui est sans ambiguïté sur ce point : *“ (…) les communes sont civilement responsables des dommages qui résultent de l’exercice des attributions de police municipale, quel que soit le statut des agents qui y concourent. Toutefois, au cas où le dommage résulterait, en tout ou partie,*

---

[529] Par exemple, explicitement : CE, 13 mars 1963, Service départemental de lutte contre l’incendie de l’Aisne, *R.* p. 159 : *les dispositions du décret du 20 mai 1955, qui ont érigés en établissements publics les services départementaux de protection contre l’incendie, n’ont pas modifié les pouvoirs de police que les autorités municipales tiennent de l'article 97-6 du code de l'administration communale et n’ont pas eu pour effet d’engager directement la responsabilité desdits services à l’égard des victimes d’incendie lorsque ces services prêtent leur concours à une commune : la commune reste seule responsable des dommages imputés à des fautes lourdes commises par le service de lutte contre l’incendie ” ;* CE Section, 13 juillet 1965, Arbetz-Gindre, *R.* p. 442 ; CE 21 février 1964, Compagnie d’assurances La Paternelle, *R.* p. 52 ; voir aussi, plus récemment, dans une hypothèse de non application de l'article 91 de la loi de 1983 : CAA Paris 4 juin 1992, Commune de Capesterre Belle-eau c/ Mme Romuald, *R.* p. 530 : *DA* 1992, n° 441. La commune n’apportant pas la preuve que les services départementaux aient commis une faute dans la “ conduite opérationnelle des secours ”, la victime est fondée à rechercher l’entière responsabilité de la commune ”. L’arrêt, cependant, ne dit rien de l’éventualité d’une action directe de la victime contre le service départemental de lutte contre l’incendie.

[530] CE Sect. 19 janvier 1962, Min. agriculture c/ Commune de Vernet-les-Bains, *R.* p. 52 préc.

de la faute d'un agent ou du mauvais fonctionnement d'un service ne relevant pas de la commune, la responsabilité de celle-ci est atténuée à due concurrence ".[532] Cet article a fait l'objet d'une application particulièrement claire dans une espèce récente concernant un service départemental d'incendie et de secours[533].

Cette mise en cause de la responsabilité d'une autre personne publique n'est cependant possible, aux termes de l'alinéa 3 du même article, que " *si cette personne morale a été mise en cause, soit par la commune, soit par la victime du dommage* ", sans quoi, " *la commune demeure seule et définitivement responsable du dommage* ".[534]

Par ailleurs, ces dispositions ne prévoyant l'atténuation de la responsabilité de la commune qu'au cas où le dommage résulte en tout ou partie " *du mauvais fonctionnement d'un service public ne relevant pas de la commune* ", il a été jugé que " *la commune dont la responsabilité est recherchée par la victime d'un incendie ne saurait prétendre à l'atténuation de sa responsabilité par celle du département dès lors qu'elle s'est bornée à mettre en cause l'insuffisance des moyens et effectifs placés à sa disposition par celui-ci sans se prévaloir de la manière défectueuse dont ces moyens ont été mis en œuvre* "[535].

---

[531] Codifié à l'article L.2216-2 du CGCT

[532] Voir récemment, s'agissant d'une erreur colorée commise par les services de la protection civile lors du largage d'un produit destiné à freiner la progression d'un incendie de forêt : CE 18 novembre 1994, M. et Mme Sauvi, *R.* p. 503 ; *AJDA* 1995, p. 253, note X. PRETOT. Cet arrêt est par ailleurs intéressant, on va le voir, dans la mesure où il ouvre à la victime la possibilité **d'agir directement** et exclusivement à l'encontre de l'Etat.

[533] CAA Nantes Plén., Commune de Saint-Ivy, 1er juillet 1997, *R. Tables* p. 1069 ; *DA* 1997, comm. 360 : " *Il résulte des dispositions de l'article 91 de la loi du 7 janvier 1983 qu'une commune peut demander à être garantie des condamnations mises à sa charge en conséquence d'agissements fautifs commis par les agents du service départemental d'incendie et de secours à l'occasion d'une intervention qui relève de la police municipale et qui a été sollicitée par la commune,* ***alors même que ces agents sont intervenus rapidement et avec des moyens adaptés, sans transgresser ou méconnaître les instructions éventuellement données par le maire.*** **"**

[534] Voir récemment : CE 29 avril 1998, Commune de Hannapes, *D.* 1998 p. 536, note LEBRETON ; *RDP* 1998 p. 1001, note PRETOT ; *LPA* 10 mars 1999, note PIERACCINI : la commune demeure seule responsable du dommage lorsque ni elle-même ni les victimes du dommage n'ont présenté de conclusions tendant à ce que le service départemental d'incendie et de secours la garantisse des condamnations prononcées contre elle.

[535] CAA Paris 4 juin 1992, Commune de Capesterre Belle-eau c/ Mme Romuald, *R.* p. 531.

Le principe exposé trouve cependant sa limite s'agissant des transferts de compétence organisés par la loi au profit, notamment, des communautés urbaines.

B. De nouveaux éléments

Dans diverses affaires[536], la jurisprudence administrative a depuis longtemps posé la responsabilité de la seule communauté urbaine dans le cadre des compétences transférées. Ces décisions, cependant, avaient été considérées comme des " espèces isolées "[537], et la remise en cause claire des principes antérieurs n'a été que récemment admise.

Les décisions en cause concernent principalement les communautés urbaines et la lutte contre l'incendie. Un arrêt récent concernant un district vient renforcer cette solution[538] : même s'il a déjà été jugé que le transfert de compétence implique le transfert de responsabilité au district dans le cadre des compétences transférées[539], aucune de ces espèces ne concerne le transfert d'un

---

[536] CE 4 février 1976, Communauté urbaine de Lille, *R.* p. 82 : *" Il ressort* (des dispositions de la loi du 31 décembre 1966) *qu'une communauté urbaine ne peut, à compter de la date du transfert des compétences, appeler une collectivité ou un établissement public auquel elle est substituée en garantie des condamnations prononcées contre elle pour des dommages causés dans le cadre des compétences transférées, avant ou après la date du transfert " ;* CE 14 mars 1980, communauté urbaine de Bordeaux, *R.* 151, *D.* 1980 IR p. 249, obs. MODERNE ; CE, 13 novembre 1981, Noton, *R.* p. 422 ; *D.* 1982, IR, p. 375, obs. MODERNE et BON : Le syndic d'un immeuble ayant fait une chute mortelle, en procédant accompagné d'un sapeur-pompier alors qu'il tentait de se dégager d'un ascenseur en panne. Le sapeur-pompier n'ayant commis aucune faute lourde à l'occasion de l'opération de sauvetage entreprise à la suite de l'arrêt de l'ascenseur, absence de responsabilité de la communauté urbaine de B. qui pouvait seule être engagée, à l'exclusion de celle de l'Etat.

[537] Ainsi, pour MM. MODERNE et BON, dans leur commentaire sous l'arrêt Consorts Noton, préc. *: " Il n'est pas impossible d'admettre que les communes sur le territoire desquelles se produit un incendie demeurent responsables des fautes commises par les services de lutte contre l'incendie de la communauté urbaine. Rien ne dit, d'ailleurs, qu'elles ne le seront pas, l'arrêt Consorts Noton faisant alors figure d'espèce isolée, à moins que le Conseil d'Etat n'ait entendu, par sa décision du 13 novembre 1981, rompre avec trente années de jurisprudence constante des questions, semble-t-il, similaires, auquel cas il aurait pu le faire avec plus de solennité et de netteté ".*

[538] CAA Nancy 4 décembre 1997, District urbain de Toul, req. n° 94NC00119, *AJDA* 1998 p. 216, note B.S : voir infra.

[539] CE Section 15 octobre 1976, District urbain de Reims, *R.* p. 420 : *" les désordres causés par cette pollution, ainsi que l'a à bon droit décidé le tribunal administratif, de nature à*

pouvoir de police et il nous semble ainsi possible[540] de considérer qu'elles concernent l'ensemble des difficultés rencontrées, dans le domaine de la police administrative, du fait de la coopération entre collectivités.

1. Le principe de la responsabilité

Une évolution jurisprudentielle a été initiée par l'affaire *Communauté Urbaine de Lyon c/ Sté SAPI* [541]: indiquant que le code général des collectivités territoriales[542] dispose expressément que les compétences de la commune en matière de lutte contre l'incendie sont transférées à la communauté urbaine qui est *" substituée de plein droit, pour l'exercice de ses compétences, aux communes, syndicats ou districts préexistants "* et enfin que *" le transfert des compétences emporte transfert au président et au conseil de communauté de toutes les attributions conférées respectivement au maire et au conseil municipal "*, le Conseil tire fort logiquement de ces dispositions, il est vrai très précises, la conclusion suivante : *" il résulte de ces dispositions que les dommages imputables à des défauts d'organisation ou de fonctionnement des services de secours et de lutte contre l'incendie (…) engagent la responsabilité de la communauté urbaine "*.

Le principe de la responsabilité de la commune lieu du sinistre est donc

---

engager la responsabilité du district de Reims du fait de l'exécution des ouvrages publics d'assainissement " ; CE 6 avril 1979, Sté La plage de la forêt, *AJDA* 1979, n°12, p. 29 : *" la construction et la gestion d'établissements à usage de piscine sont au nombre des attributions qui (…) ont été transférées au district urbain de l'agglomération de Fontainebleau-Avon (…) ; qu'ainsi, seule la responsabilité du district urbain peut être recherchée par la société requérante (…) ; que dès lors (…) les conclusions de la requête dirigées contre la ville de Fontainebleau ne sauraient être accueillies "*.

[540] voir infra.

[541] CE Section 14 mars 1986 Communauté Urbaine de Lyon c/ Sté SAPI *RFDA* 1986 p. 922, conclusions M. ROUX, note X. PRETOT ; *AJDA* 1986, chronique p. 298

[542] Alors que le transfert de compétence en matière de lutte contre l'incendie résulte de l'article L. 5215-20, du CGCT l'article 5215-22 dispose en effet que *" pour l'exercice de ses compétences, la communauté urbaine est substituée de plein droit aux communes, syndicats ou district préexistants (…) "*. La nouvelle rédaction de l'article L. 5215-20 issue de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement de la coopération intercommunale, ne fait plus référence à la lutte contre l'incendie, ce qui est logique au regard de la loi du 13 mai 1996 sur le service départemental d'incendie et de secours, mais l'article L. 5215-20-I du

remis en cause, s'agissant des communautés urbaines comme le confirment récemment les sous-sections réunies du Conseil d'Etat dans une espèce *Communauté urbaine de Lille*[543].

2. Une responsabilité directe

Tirant les conséquences de cette affirmation le Conseil d'Etat ouvre la possibilité pour la victime du dommage d'agir directement contre la communauté urbaine. C'est le second aspect essentiel de la jurisprudence SAPI : en décidant que *" la communauté urbaine de Lyon (…)n'est pas fondée à soutenir (…) que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Lyon a ordonné une expertise aux fins de rechercher si sa responsabilité est engagée à l'égard de la société SAPI "*, la Haute assemblée reconnaît à la fois le principe de la responsabilité de la communauté urbaine et la validité de l'action directe de la société SAPI à son encontre[544].

CGCT prévoit que les communautés urbaines créées avant la nouvelle loi continuent de mettre en œuvre cette compétence.

[543] CE 29 décembre 1999, Communauté urbaine de Lille, *R.* p. 436 ; *D.* 2000 Somm. p. 247 obs. P. BON et D. de BECHILLON, *RFDA* 2000 p. 222, *JCP* 2000 p. 1049, obs. ROUAULT : il résulte des dispositions de l'article 5215-20 du CGCT, aux termes desquelles *" sont transférées à la communauté urbaine les compétences attribuées aux communes dans les domaines suivants : (5°) Services d'incendie et de secours "* ; qu'aux termes de l'article L. 5215-22 du même code : *" Pour l'exercice de ses compétences, la communauté urbaine est substituée de plein droit aux communes "*, qu'aux termes de l'article L. 5215-24 de ce code : *" Le transfert de compétences à la communauté urbaine emporte transfert au président et au conseil de la communauté de toutes les attributions conférées ou imposées par les lois ou règlements, respectivement au maire et au conseil municipal. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que les dommages imputables* ***à des défauts d'organisation ou de fonctionnement*** *des services de secours engagent la responsabilité de la communauté urbaine à l'exclusion de celle de la commune sur le territoire de laquelle est survenu le sinistre "*. Voir aussi CAA Nancy 5 mai 1998, Merlot, req. n° 94NC01554.

[544] La communauté urbaine de Lyon avait d'ailleurs demandé sa mise hors de cause. X. PRETOT, dans sa note sous l'arrêt SAPI préc. p. 932, indique que cette décision *" n'opéra pas seulement en admettant la responsabilité de la communauté urbaine de Lyon du fait du service public d'incendie et de secours un premier revirement dans une jurisprudence que l'on pouvait penser définitivement établie (mais)* ***laisse présager, pour autant que l'art divinatoire soit applicable au droit administratif, l'évolution à attendre de l'application des lois de décentralisation en matière de responsabilité, s'agissant tout particulièrement du domaine de la police administrative ".*** Pour l'auteur, *" la solution retenue le 14 mars 1986 n'est pas sans laisser présager quelque peu l'interprétation que la Haute Assemblée pourrait réserver, demain, à certaines dispositions des lois de décentralisation, qui tranchent sur ce point avec l'état du droit antérieur "*.

Or, la jurisprudence antérieure posait toujours en principe que la victime ne pouvait agir directement contre les services coauteurs du dommage mais devait diriger son action contre la commune, à charge pour celle-ci d'exercer des actions en garantie contre les collectivités en cause[545]. Cette situation constituait d'ailleurs une exception notable au régime de responsabilité pour faute où, normalement, chaque coauteur du dommage répond directement devant la victime de son fait ou de sa faute.

3. Conséquences de cette évolution sur la détermination du patrimoine public responsable en matière de lutte contre l'incendie

Cette modification de l'état de la jurisprudence est confirmé dans d'autres cas d'interférences fonctionnelles.

Dans l'arrêt *époux SAUVI*[546] *:* alors qu'il concluait auparavant au rejet des requêtes tendant à la condamnation de l'Etat du fait des dommages causés par les services de la sécurité civile[547], le Conseil d'Etat décide que la victime d'un dommage causé dans le cadre d'une opération de lutte contre l'incendie par la faute des services de la sécurité civile peut directement attraire l'Etat en responsabilité. Cette espèce est particulièrement intéressante, dans la mesure où elle intervient dans un domaine assez similaire à la jurisprudence sur les plans ORSEC.

---

[545] Voir par exemple, CE 5 mars 1943 Chavat, *R.* p. 62; CE Section 12 juin 1953, Ville de Toulouse, *R.* p. 284 : la ville de Toulouse *" en prêtant son concours à la commune de Montastruc en vertu du règlement (du service départemental de lutte contre l'incendie) qui avait pour seul objet d'organiser entre les communes adhérentes un système de défense contre l'incendie et d'assurance contre les responsabilités qu'elles peuvent encourir à l'occasion d'un incendie sur leur territoire, n'a pas engagé directement sa responsabilité à l'égard des consorts de Batz ".*

[546] CE 18 novembre 1994, M. et Mme Sauvi, préc.

[547] Voir, dans le domaine particulier des collaborateurs occasionnels : CE 19 mars 1982, Mme Ranchoup, *R. Tables*, p. 746, préc.

La Cour administrative d'appel de Bordeaux s'était prononcée tout à fait explicitement en ce sens dans un arrêt *M. Henri Jouannem*[548], en estimant qu'il résulte des dispositions de l'article 91 de la loi de 1983 *" que, si elle s'y estime fondée, la victime d'un dommage peut* ***rechercher directement*** *devant la juridiction compétente la responsabilité de la personne morale dont les agents ont prêté leur concours à l'autorité municipale dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de lutte contre l'incendie qu'elle tient du code des communes "*.

La Cour estimait dès lors *" qu'en tout état de cause le service départemental d'incendie et de secours de la Dordogne n'est ainsi pas fondé à demander sa mise hors de cause en tant que seule la responsabilité de la commune (…) pourrait être engagée à raison des dommages imputés à des fautes lourdes commises par le service de lutte contre l'incendie "*.

De la même façon, la Cour administrative d'appel de Nancy, dans un arrêt *communauté urbaine de Lille*[549], après avoir clairement posé que les dispositions de l'article L.131-2-6° du code des communes confient aux communes le soin de prévenir et de combattre les incendies et *" qu'en principe,* ***lorsque les compétences que celles-ci détiennent en la matière n'ont pas été transférées à un établissement public de coopération intercommunale,*** *seule leur responsabilité est susceptible d'être engagée directement à l'égard des victimes "* reprend le considérant de l'arrêt SAPI, en précisant cependant que la communauté urbaine est la seule collectivité susceptible d'être actionnée *directement* par la victime.

Enfin, récemment, la même Cour administrative d'appel de Nancy, dans une espèce *District urbain de Toul*[550] condamne un district urbain à payer les

---

[548] CAA Bordeaux 18 décembre 1990, M. Henri Jouannem, *R. Tables* p. 927

[549] CAA Nancy 7 novembre 1991, Communauté urbaine de Lille et Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord (SIDEN), *R. Tables* p. 1191 : en cas d'incendie dont les conséquences ont été aggravées par une pression ou un débit insuffisant aux bornes d'incendie, la communauté urbaine, à qui la loi du 31 décembre 1966 a transféré de plein droit les compétences des communes en matière de services de secours et de lutte contre l'incendie, est seule responsable **envers les victimes du sinistre**.

[550] CAA Nancy 4 décembre 1997, District urbain de Toul, req. n° 94NC00119, *AJDA* 1998 p. 216, note B.S. Voir aussi : CAA Nantes, 20 juin 1990, District urbain de l'agglomération de Saint-Lo c/ AGF et institut médico-pédagogique d'Agneaux, req. n° 89NT00692 : " *les*

deux tiers des conséquences dommageables d'un incendie, les sapeurs-pompiers du district urbain de Toul s'étant rendus coupables d'une faute lourde dans l'exécution du service. Mais surtout, la cour reconnaît implicitement à la victime la possibilité de rechercher sur le fondement de l'article 91 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 (art L.2216-2 CGCT) la responsabilité d'un district pris en tant que gestionnaire des moyens de lutte contre l'incendie et non pas, comme traditionnellement, la seule responsabilité de la commune lieu du sinistre, solution découlant des dispositions du code des communes attribuant au maire la compétence ou les pouvoirs en matière de lutte contre l'incendie.

Or, à la différence de la communauté urbaine concernée par la jurisprudence SAPI, la loi ne réalise aucun transfert en matière de police au bénéfice des districts urbains : l'article L. 5213-15 du CGCT (abrogé depuis) se borne en effet à disposer que *" le district exerce de plein droit et aux lieu et place des communes membres la gestion (…) 2° : des centres de secours contre l'incendie "*.

La Cour administrative d'appel de Nancy se base donc, pour imputer la responsabilité de l'incendie dû à la faute lourde commise par le service d'incendie et de secours au district urbain, **sur le seul article 91 de la loi du 7 janvier 1983 qui pourtant reconnaît bien la responsabilité de la commune lieu du sinistre qui n'est qu'atténuée lorsque le dommage provient en tout ou partie du mauvais fonctionnement d'un service extérieur à la commune.**

Il faut considérer que les communautés de communes ou d'agglomération, héritières des districts depuis l'intervention de la loi du 12 Juillet 1999[551], se verront appliquer des solutions semblables.

Cependant, ces questions relatives à la détermination du patrimoine public

---

défaillances dans la lutte contre un incendie résultant d'une panne mécanique du groupe motopompe et du retard dans la mise en service d'une seconde motopompe sont constitutifs d'une faute lourde dans l'organisation et le fonctionnement du service de lutte contre l'incendie de nature à engager la responsabilité du district urbain. "

responsable en matière de lutte contre l'incendie, si elles sont tout à fait pertinentes dans l'objectif de les systématiser à l'ensemble de la police administrative, sont désormais réglées par la loi du 3 mai 1996[552] qui crée dans chaque département un établissement public désigné " service départemental d'incendie et de secours " et qui insère au code général des collectivités territoriales un article L. 1424-8 aux termes duquel : " *sans préjudice des dispositions de l'article L. 2216-2, le transfert des compétences de gestion prévu par le présent chapitre au profit du service départemental d'incendie et de secours emporte transfert de la responsabilité civile des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale au titre des dommages résultant de l'exercice de ces compétences.* "

C. Tentative de systématisation

On peut valablement s'interroger sur les conséquences d'une telle évolution et indiquer avec le professeur MOREAU, que " *ces solutions sont logiques mais peut-être inutilement compliquées* "[553].

La matière peut cependant être synthétisée de la façon suivante : dans le cadre de lutte contre l'incendie, le principe de la responsabilité de la commune lieu du sinistre laisse la place à la responsabilité de principe du service

---

[551] Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale, *JORF* du 13 juillet 1999.

[552] Loi n°96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours, *JO* 4 mai 1996 p. 6728. Pour un commentaire de cette loi et un aperçu synthétique de l'évolution depuis 1955 du service départemental d'incendie et de secours : A. LINARES, commentaire de la loi n°96-369 relative aux services d'incendie et de secours, *AJDA* 1997, p. 168 ; J.M. PONTIER, La réforme des services d'incendie et de secours, *RA* 1995, p. 279. En matière de réforme des services d'incendie et de secours, c'est comme l'indique J. MOREAU dans l'édition 1999 du CGCT Dalloz, " *la quatrième fois depuis 1982* ".

[553] *JCA. art. préc.*

départemental d'incendie et de secours[554]. Dans l'occurrence où la victime actionnerait la commune, la rédaction de l'article L. 1424-8 du CGCT, qui prévoit le transfert de la responsabilité civile au service départemental d'incendie et de *secours " sans préjudice des dispositions de l'article L. 2216-2 du CGCT "*, et donc des pouvoirs de police du maire, combinée à la rédaction L. 1424-3 aux termes duquel *" les services d'incendie et de secours sont placés pour emploi sous l'autorité du maire ou du préfet, agissant dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs de police… "* laisse à penser que le juge administratif ne rejetterait pas l'action comme mal dirigée. On serait alors placé sur le terrain de l'atténuation de la responsabilité prévue par cet article[555]. Ce n'est pas moins à une inversion totale des perspectives que cette évolution conduit.

Il ne semble pas, ainsi, que l'on puisse ériger **en principe de distinction** l'opposition entre organisation du service et pouvoir de police[556]. L'arrêt SAPI et certaines des décisions qui l'ont suivies avaient en effet largement été interprétées comme mettant en cause la communauté urbaine prise en tant que gestionnaire du service *sur la base du défaut d'organisation du service*, en l'occurrence le mauvais fonctionnement des bouches d'incendie. Autrement dit, en dehors de tout défaut d'organisation du service, le dommage éventuel ne pourrait être imputé qu'à la seule commune, au titre du pouvoir de police du maire[557].

---

[554] Ce qui, comme l'indique M. PRETOT, correspond à la consécration de la jurisprudence SAPI : La responsabilité des services d'incendie et de secours, note sous l'arrêt Commune de Hannapes, préc. *RDP* 1998, p. 1007

[555] C'est ce qu'indique M. PRETOT, préc. p. 1007 : *" la loi du 3 mai 1996 plaçant le service départemental d'incendie et de secours sous l'autorité, selon le cas, du préfet ou du maire pour l'exercice de leurs pouvoirs de police, il est peu probable, en définitive, que la responsabilité de la commune lieu du sinistre disparaisse purement et simplement du chef de l'intervention du SDIS, sauf à la victime ou à la commune de mettre en cause la responsabilité de celui-ci sur le fondement des dispositions de l'article L. 2216-2 du CGCT "*.

[556] Pour J. MOREAU, en 1994, la jurisprudence sur les communautés urbaines conduit à penser que si le dommage subi *" est dû à un défaut d'organisation du service, (la victime) doit engager la responsabilité de la communauté urbaine ; si au contraire il convient d'imputer le préjudice à une insuffisance des mesures de police, les conclusions en indemnité doivent êtres dirigées contre la commune lieu du sinistre "*. Art. *JCP* préc.

[557] Pour les chroniqueurs à l'*AJDA*, cette solution correspond à une *" volonté de sauvegarder les pouvoirs et donc les devoirs des maires dans l'exercice de leurs compétences de police générale "* p. 300

Ainsi le commissaire du gouvernement ROUX, en concluant sur cette affaire proposait-il, au regard des dispositions de la loi de 1966 instaurant les communautés de communes, de distinguer les responsabilités selon qu'elles concernaient l'organisation des services de lutte contre l'incendie, dont la communauté resterait responsable, et la lutte elle-même, de la responsabilité de la commune au titre de la police générale. Il appuyait son argumentation sur les éléments suivants : " *ce que nous venons de dire des particularités de la matière permet de penser que votre décision n'aura pas en elle-même de conséquences sur l'ensemble du régime de responsabilité des communes. D'une part, l'analyse est pour partie commandée par* ***vos principes quant à la police*** *et elle ne saurait donc les remettre en cause ; d'autre part, la dérogation qu'elle comporte à ces principes est commandée par la loi de 1966 et doit, pour ce motif, y être cantonnée ".*[558]

A notre sens, cette position peut certainement constituer une explication théorique de la matière ; elle ne saurait en revanche permettre utilement au justiciable de connaître le patrimoine public responsable.

Au fond, le débat sur la question de savoir si en transférant des " compétences " à la communauté urbaine, la loi l'a investi du pouvoir de police n'a que peu d'incidences pour la victime. La jurisprudence lui permet en effet désormais d'attraire indifféremment l'une ou l'autre des personnes publiques " impliquées ", la commune pouvant ensuite, sur le fondement des dispositions du Code général des collectivités territoriales, exercer un appel en garantie. La question de la détermination du patrimoine public responsable est ainsi, dans ces situations complexes au même titre que dans le cas classique de la vaccination, déconnectée du principe fonctionnel d'imputation, au bénéfice évident de la victime[559].

---

[558] Conclusions ROUX préc. p. 928.

[559] Au contraire, pour M. PRETOT, dans sa note préc. sous l'arrêt SAPI , p. 933 : " *la jurisprudence antérieure présentait l'avantage de déterminer clairement le patrimoine responsable en cas de dommage imputable à l'exercice de la police administrative ; la solution nouvelle, si elle est confirmée et étendue, contraindra le plaideur à peser avec soin les responsabilités en jeu avant d'engager son recours, sauf à imaginer(...)la jurisprudence admettant la faculté pour la victime d'agir pour le tout contre l'un quelconque des coauteurs*

*

* *

La détermination du patrimoine public responsable apparaît donc complexifiée lorsque plusieurs collectivités disposent de compétences concurrentes dans un domaine particulier et contribuent ainsi ensemble à la réalisation du dommage. Il semble cependant que, pour des raisons qui pourraient tenir essentiellement à une volonté de faciliter l'indemnisation des victimes, la responsabilité de la collectivité titulaire de la compétence de principe est toujours susceptible d'être mise en œuvre. Quant à la collectivité qui, en application de textes particuliers est amenée à intervenir, il semble que la jurisprudence soit favorable à la possibilité pour la victime de l'actionner directement. Le partage des différentes responsabilités s'effectuant alors, une fois la victime indemnisée, dans le cadre de la recherche de la responsabilité secondaire[560].

Il apparaît ainsi qu'il faille, dans ces matières particulièrement, convenir avec le professeur MOREAU de ce que *" l'analyse du droit positif révèle donc le caractère très empirique des solutions dégagées par le juge administratif "* et que les critères doctrinaux, qui tendent à expliquer ces solutions en les attachant à une

---

sauf à celui-ci à se retourner, à due concurrence, contre les autres, selon la formule appliquée au contentieux des dommages de travaux publics , mais difficilement transposable à la police administrative, dont la responsabilité demeure, sauf exception, subordonnée à l'existence d'une faute, voire d'une faute lourde …Le partage entre le pouvoir de police et la gestion des moyens de secours semble constituer la ligne de partage des compétences et, partant des responsabilités ...ce principe est parfaitement clair et fondé sur le plan théorique ; il paraît pouvoir s'appliquer à des situations ordinaires justiciables d'une appréciation raisonnée des choses.. ; s'agissant en revanche des services appelés à intervenir dans des situations d'urgence, il n'est pas sûr que la multiplication des distinctions, fussent-elles subtiles, constitue la meilleure garantie de l'efficacité et, partant, la meilleure expression de la responsabilité ".

[560] En ces matières, on peut ainsi adhérer à l'opinion du Président R. DENOIX De SAINT-MARC pour qui *" à ces questions difficiles, le juge administratif, qui n'est pas un faiseur de systèmes a tenté d'apporter des réponses réalistes, fondées non sur une analyse juridique abstraite, mais sur les circonstances de fait propre à chaque type d'affaires. Ce qui ne facilite pas un exposé synthétique de la question " :* imputabilité du dommage, article préc. à l'encyclopédie Dalloz responsabilité de la puissance publique.

seule idée directrice, ne paraissent pas pouvoir, *“ malgré leur ingéniosité, correspondre à l’ensemble des cas étudiés ci-dessus ”*.[561]

A la question de la personne répondante, toute entière tournée vers l’indemnisation de la victime, peut succéder celle de la personne responsable.

[561] Article au *J.C.A.* préc.

Chapitre 2.
Détermination de la responsabilité secondaire : la personne responsable

Ce second chapitre sera consacré à l'étude des techniques mises en œuvre par le juge administratif lorsqu'il cherche à imputer la responsabilité du dommage survenu à la personne publique qui, en dehors des rapports d'imputabilité divers découlant soit de dispositions législatives soit de régimes jurisprudentiels dérogatoires, doit être considérée non plus seulement comme *répondante*, mais cette fois comme *responsable* du dommage.

Il ne concerne donc naturellement pas, une fois encore, toutes les situations dans lesquelles plusieurs patrimoines publics doivent répondre d'un dommage, mais seulement celles, courantes on l'a vu, dans lesquelles l'un de ces patrimoines a été tenu d'indemniser la victime alors même qu'il n'était pas, ou pas entièrement responsable dudit dommage[562].

Bien évidemment, on assiste dans ce second temps de la détermination du patrimoine public responsable au retour de la nécessité d'analyser le rapport de causalité, de laquelle la recherche de la personne répondante avait parfois pu nous éloigner.

Pour l'essentiel, cette seconde phase correspond à la mise en œuvre par la personne répondante d'une *action* à l'encontre du responsable ou du coresponsable, pour obtenir de ce dernier le remboursement des sommes qu'elle a été tenue de débourser[563] : l'obligée à la dette a dû dans un premier temps

---

[562] Et là encore, dès lors qu'il *" ne s'agit plus d'indemniser la victime, mais de déterminer définitivement le ou les patrimoines qui devra ou qui devront supporter la charge de l'indemnisation… l'exposé des solutions retenues par le juge est assez complexe. "* : J. MOREAU, art. au Jurisclasseur op. cit.

[563] La formulation d'Y. WEBER est éclairante : *" les actions en garantie dans le droit de la responsabilité de la puissance publique naissent fondamentalement de la prise en compte privilégiée du sort de la victime effectuée dans certains cas. Dans un premier temps, priorité est donnée à son indemnisation par un débiteur unique et solvable qui peut ne pas être le*

indemniser la victime aux lieu et place du véritable “ auteur ” du dommage ou indemniser intégralement la victime d’un dommage qu’elle n’avait pas causé seule.

À ce titre, la matière est largement symptomatique des hésitations entre fondement moral et fonction réparatrice de la responsabilité qu’on évoquait dès l’introduction : après avoir réglé la question *prioritaire* de l’indemnisation de la victime, ce n’est que dans un deuxième temps qu’une analyse juridique de la causalité et des responsabilités retrouve droit de cité. Ce n’est plus seulement alors une fonction moralisatrice qui est affectée au droit de la responsabilité, mais une fonction prioritairement indemnisatrice, la responsabilité secondaire et les actions en garantie n’intervenant ensuite que pour garantir un minimum d’équité et pour remettre en cause les atteintes par trop insupportables à la raison juridique[564].

On mesure l’importance de ces techniques, au sein d’un système dans lequel, on l’a vu, la personne publique déclarée répondante dans le cadre des interférences fonctionnelles n’est pas celle qui est directement intervenue dans la commission du dommage[565].

La véritable étude de responsabilité n’intervient que dans cette seconde étape et correspond à la mise en œuvre de techniques différentes. Le rapport de responsabilité qui est mis en œuvre dans ce cadre apparaît donc comme une “ responsabilité pure ”, débarrassée des scories résultant de la nécessité

---

responsable véritable ou entier, étant tenu pour d’autres ou avec d’autres selon qu’il y a substitution de responsabilité ou coresponsabilité. Ce n’est qu’après avoir réglé le problème de l’obligation à la dette que sera résolu, dans un second temps, et dans l’intérêt du garant cette fois, devenu en quelque sorte victime à son tour, celui de la contribution finale de la dette en la personne du responsable véritable, conformément aux principes du droit de la responsabilité ”, répertoire responsabilité Dalloz : actions en garantie, p. 2.

[564] Ainsi *“ les actions ne sont qu’un moyen donné à la victime pour se faire indemniser. Lorsqu’elle dispose de plusieurs actions, c’est qu’on a voulu lui accorder une réparation plus facile et plus sûre, car, socialement, c’est l’intérêt de la victime qui doit l’emporter ” :* concl. KAHN sur CE 22 mars 1957, Jeannier, *D.* 1957 p. 750,

[565] Plus précisément dont les agents sont intervenus dans cette commission. Voir plus haut les développements relatifs à ces notions.

d'indemniser la victime : " *une fois la victime indemnisée, la responsabilité civile a joué le rôle social qui lui incombe (la fonction complémentaire de sanction d'un coupable étant par ailleurs l'objet de poursuites pénales). Reste à imputer éventuellement la charge définitive de l'indemnisation en cas de pluralité de coauteurs et de solvens : c'est la question difficile des recours contributifs dans l'imbroglio desquels il semble que l'on puisse discerner la résurgence d'une causalité plus adéquate et d'une imputabilité des dommages plus rigoureuse* "[566].

Ces techniques, regroupées sous le vocable des *actions en garantie*, se regroupent en deux types : les actions subrogatoires (section 1) d'une part, les actions récursoires d'autre part (section 2).

*

* *

[566] Y. LAMBERT-FAIVRE De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité, *D.* 1992 p. 311 :

Section préliminaire : précisions

Avant d'étudier plus en détail le fonctionnement de ces actions, il faut préciser quatre points :

1. Il n'y a pas en principe d'obligation *in solidum*[567] en droit administratif, c'est-à-dire qu'il n'existe pas, sauf texte contraire, d'obligation pour la personne répondante attraite devant le juge d'indemniser l'intégralité du préjudice[568]. Les coauteurs du dommage ne sont tenus que pour leur part dans la réalisation de ce dommage. Ce principe tombe cependant en matière de responsabilité sans faute[569] et de dommages de travaux publics et, plus largement, dans les hypothèses que l'on a évoquées de collaboration entre les personnes publiques aboutissant à une impossibilité de mettre en œuvre le critère fonctionnel d'imputation[570]. Enfin, la reconnaissance concomitante de la responsabilité de la commune et de l'Etat dans un dommage et leur condamnation solidaire peut avoir pour conséquence d'instaurer une façon de solidarité passive, puisqu'il est fort probable que la victime se retourne exclusivement vers l'Etat[571].

---

[567] Selon M. CHABAS, l'obligation in solidum *est " une faveur faite à la victime à laquelle on permet d'agir en une seule fois, au lieu de diviser ses recours, alors que chaque coauteur n'est en réalité responsable que de la part du dommage qu'il a vraiment causé " : Guide juridique Dalloz*, " responsabilité civ. spé. " p. 447-28 *:* causalité adéquate.

[568] Ainsi, en vertu d'un *" principe général de droit, les collectivités publiques ne peuvent être condamnées à payer ce qu'elles ne doivent pas, il en résulte qu'il n'existe pas en droit administratif une règle de solidarité passive en vertu de laquelle chaque coauteur devrait indemniser la victime en totalité et se retourner ensuite contre les autres coauteurs du même dommage " :* J. MOREAU, étude préc. au *JCA,*

[569] CE 14 novembre 1956, Commune de Crotoy, p. 431 ; CE section, 19 janvier 1962, Barcons et commune de Vernet-les-bains, p. 52, s'agissant d'un collaborateur occasionnel.

[570] Cf. F. ROQUES, op. cit. p. 79 : *" les hypothèses de solidarité effective s'établissent lors de la collaboration des personnes publiques et/ou lors de l'interférence de leurs actions conduisant à la production d'un dommage "*. Le professeur MOREAU est récemment revenu mais en des termes moins définitifs, sur la question de l'existence d'une solidarité passive en droit administratif et ce à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon dans l'affaire du Grand Bornand (CAA Lyon, 13 mai 1997, *M. Balusson et autres, Mutuelles du Mans Assurances et autres, R. Tables* p. 1072 ; *D.* 1998, jurisprudence p. 11, note C. SCHAEGIS) : *" sauf erreur – et il faudrait ici une vérification approfondie – la solidarité passive n'a pas cours en droit administratif de la responsabilité, sauf dans l'hypothèse où compétences et services, relevant de collectivités différentes, sont tellement imbriqués les uns dans les autres que cette faveur exceptionnelle est faite aux victimes "*. *AJDA* 1999, n° spécial p. 97.

[571] C'était le cas dans l'affaire de l'inondation du Grand-Bornand où, comme le remarque J. MOREAU, la condamnation solidaire signifie *" implicitement mais nécessairement que c'est*

2. Les actions en garantie ne sont pas toujours *nécessaires* : il peut se trouver que la question du partage de responsabilité ait été déjà réglée dans le cadre du procès initial en responsabilité, et ce même lorsque qu'une personne répondante avait seule été actionnée par la victime.

Elle aura pu, en effet, par le biais de *l'appel en garantie*, demander que la collectivité ou l'agent responsable soit condamné à répondre de la part du préjudice qui lui revient. Le juge prononcera alors, le cas échéant, le partage de responsabilité[572]. Par la technique de *l'appel en cause*, le demandeur peut cette fois obtenir, s'il s'aperçoit à temps que ses conclusions initiales étaient mal dirigées ou qu'une autre personne publique peut être considérée comme responsable du dommage qu'il a subi, de l'intégrer au procès engagé[573].

L'action récursoire dont il sera question dans les lignes suivantes, de même que l'action subrogatoire, sera donc celle mise en œuvre dans le cadre d'un second procès, et ce même si la rédaction des arrêts du Conseil laisse parfois planer un doute sur le point de savoir face à quel type d'action on se situe[574].

3. Ensuite, il faut dès l'abord indiquer en quoi ces deux techniques diffèrent

---

l'Etat seul qui va régler aux victimes ou à leur compagnie d'assurances la totalité des dommages-intérêts fixés par le juge ", art. préc. p. 97. Si le professeur MOREAU s'interroge sur l'opportunité de cette solution, C. SCHAEGIS estime quant à elle qu'on *" ne peut que l'approuver "* dans la mesure où l'on s'oriente dès lors *" dans la direction d'un renforcement de la responsabilité des personnes publiques, et non vers la prise en charge exclusive des conséquences des catastrophes naturelles par l'assurance "* ce qui garantit pour l'auteur à la fois l'indemnisation des victimes et la prévention des risques *:* note, préc. p. 14.

[572] Cet appel en garantie permet au juge de régler les questions d'imputabilité et d'imputation par un seul jugement et évite à la personne répondante de saisir à nouveau le juge d'une action en garantie. Voir R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 6ème éd. n° 680.

[573] Cette technique évite ainsi *" l'exercice de l'action récursoire que le coauteur formerait contre l'autre, dans le cas où il aurait été condamné pour le tout "*, R. CHAPUS, préc. n° 679.

[574] Voir par exemple la rédaction de l'arrêt " Ville de Wattrelos " : *" Considérant que la ville de Wattrelos a appelé le département du Nord en garantie de la condamnation prononcée contre elle (…) qu'il suit de là que l'action récursoire engagée par la ville de Wattrelos contre le département du Nord est mal dirigée et doit être rejetée. "* Ce qui était un appel en garantie devant le tribunal administratif est devenu une action récursoire devant le Conseil d'Etat : CE 21 février 1964, C° d'assurances " La paternelle et autres ", ville de Wattrelos, ville de Roubaix et département du Nord, *R.* p. 118.

fondamentalement :

- l’action récursoire correspond à l’exercice d’un droit propre reconnu au débiteur primaire, dans la mesure où l’obligation dans laquelle il s’est trouvé d’indemniser la victime du dommage lui a causé un préjudice personnel ;
- l’action subrogatoire, quant à elle, est conditionnée par le droit du subrogeant victime.

4. Enfin, l’exercice de ces deux actions n’est pas spécifique au droit administratif : elles sont communes aux deux ordres de juridiction. Plus encore, dans certaines situations, les actions récursoire et subrogatoire pourront être exercées devant un juge différent de celui devant lequel l’action primaire avait été portée, ce qui n’est pas naturellement sans poser certaines difficultés quant à l’homogénéité des règles appliquées.

*

* *

Section 1 : l'action subrogatoire

La technique de la subrogation en droit administratif est naturellement issue du " paiement avec subrogation " prévu aux articles 1249 et suivants du code civil et plus particulièrement de la subrogation légale de " plein droit " de l'article 1251, aux termes duquel *" la subrogation a lieu de plein droit : 3° au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter*[575]*. "*

L'action subrogatoire peut se définir comme *" l'action par laquelle une créance éteinte au regard du créancier (c'est-à-dire la victime, le subrogeant) par un débiteur primaire (le subrogé), est transférée sur le chef de ce débiteur qui peut récupérer, sur le tiers responsable, l'indemnité versée à la victime "*[576].

Nous étudierons successivement le fondement de cette action (I), le principe qu'il s'agit d'appliquer (II) et sa mise en œuvre (III).

I. Fondement :

La question du fondement de l'action subrogatoire conduit à s'interroger sur la base juridique qui la sous-tend. Il semble qu'on puisse indiquer que la subrogation se fonde à la fois sur cette notion " d'appauvrissement sans cause ", mais plus encore sur l'idée que la victime ne doit pas être en mesure d'obtenir une indemnisation supérieure au montant réel de son préjudice.

Les considérants de l'arrêt Lemonnier[577] sont particulièrement clairs à cet égard : *" il appartient au juge administratif, s'il estime qu'il y a faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures*

---

[575] Cette subrogation légale s'oppose à la subrogation conventionnelle de l'article 1250 du Code qui doit *" être expresse et faite en même temps que le paiement "*.

[576] Y. MADIOT, la subrogation en droit administratif, *D.* 1971 doctrine p. 325.

[577] CE 26 juillet 1918, époux Lemonnier, *S.* 1918-1919, concl. BLUM, note A. HAURIOU : la commune est condamnée à réparer intégralement le préjudice mais *" sous réserve, toutefois, que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune par les époux Lemonnier, jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des*

nécessaires en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions, à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur du préjudice subi ".

II. Principe :

Il s'agit donc d'une action radicalement différente, on le verra, de l'action récursoire, puisque par la subrogation le subrogé ne peut faire valoir que les actions que le subrogeant aurait pu exercer lui-même. La créance du subrogeant est transférée dans le patrimoine du subrogé, avec tous ses droits et sûretés. En revanche, dans l'action récursoire, le *solvens* exerce un droit propre, dont le fondement pourrait se trouver dans ce que nous comprenons comme la traduction publiciste de l'enrichissement sans cause[578], c'est-à-dire le principe au terme duquel les collectivités publiques ne peuvent être condamnées à payer ce qu'elles ne doivent pas.

Dans le cadre de l'action subrogatoire, le demandeur est donc substitué à la victime qui a obtenu réparation. Cette situation a pour conséquences que l'action subrogatoire est irrecevable contre un tiers que la victime directe n'avait aucun droit à poursuivre, que les exceptions qui pouvaient être opposées à la victime directe de l'accident peuvent aussi l'être à l'encontre du subrogé et qu'enfin le titulaire de l'action subrogatoire ne peut obtenir l'indemnisation que sur la base des conditions de responsabilité qui étaient applicables à la victime[579].

III. Mise en œuvre :

La subrogation peut résulter d'un texte et de nombreuses dispositions prévoient effectivement la possibilité pour les collectivités publiques ou leurs

---

condamnations qui auraient été prononcées à leur profit contre le maire personnellement à raison du même accident, par l'autorité judiciaire ".

[578] De l'article 1370 du code civil.

[579] Cf. J. MOREAU, article au Jurisclasseur op. cit., notamment les développements concernant la contribution à la dette.

établissements publics d'exercer une telle action. Il apparaît par ailleurs que le juge administratif n'a jamais fait application directe des dispositions du code civil en la matière[580].

C'est le cas par exemple de l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991 qui a subrogé le fonds d'indemnisation des personnes transfusées ou hémophiles *" à due concurrence des sommes versées dans les droits que possède la victime contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes. Toutefois, le fonds ne peut engager d'action au titre de cette subrogation que lorsque le dommage est imputable à une faute "*[581].

Elle peut être décidée par le juge administratif, ce qui correspond pour MADIOT à la catégorie de la subrogation conventionnelle[582].

La loi du 31 décembre 1966 relative aux communautés urbaines leur interdit tout recours contre des communes membres, à l'occasion des dommages rattachables aux compétences transférées[583].

Il en est ainsi car elles s'attachent à résoudre des problèmes différents nés des relations triangulaires.

---

[580] J. WALINE : *Recherche sur l'application du droit privé par le juge administratif*, th. Dactyl. 1962, p. 63

[581] Le Conseil d'Etat a été récemment conduit à réaffirmer l'exigence d'une faute, préalable à l'action subrogatoire : CE 23 septembre 1998, Assistance publique – Hôpitaux de Paris, R. p. 338

[582] Y. MADIOT, la subrogation en droit administratif, préc. p. 328

[583] CE 4 février 1976, communauté urbaine de Lille, R. p. 82 : le texte dispose en effet que *" la communauté urbaine est substituée de plein droit, pour l'exercice de ses compétences aux communes…les obligations auxquelles peuvent être engagées ces collectivités pour ce qui concerne les compétences transférées, sont prises en charge par la communauté à compter de la date du transfert. "* Pour le Conseil, *" il résulte de ces dispositions qu'une communauté urbaine ne peut, à compter de la date du transfert des compétences, appeler une collectivité ou un établissement public auquel elle s'est substituée en garantie des condamnations prononcées contre elle pour des dommages causés dans le cadre des compétences transférées "*.

Le principe, tel qu'il résulte de l'arrêt " Demoiselle Mimeur " de 1949[584], est qu'en cas de dommage causé par un agent à un tiers qu'elle a dû indemniser, l'administration est subrogée dans les droits de la victime contre son agent tiers responsable. Elle est ainsi subrogée dans les droits reconnus à la victime par le juge judiciaire, qui ne sont qu'éventuels, et dans tous les *" droits qui peuvent être nés au profit de l'intéressé, à l'encontre du responsable, en raison de cet accident "*.

Cependant, cette coloration potentiellement disciplinaire de l'action subrogatoire n'est pas véritablement mise en œuvre, l'administration utilisant semble-t-il plus volontiers l'action directe subrogatoire, comme le montre encore le récent arrêt *Moine*[585] *:* alors que l'action récursoire vise surtout à répartir la responsabilité entre les coauteurs, l'action subrogatoire a pour but essentiel d'empêcher un cumul d'indemnités en la personne de la victime au détriment du débiteur primaire garant.

- L'Etat, les collectivités locales, les établissements publics administratifs, la Caisse des Dépôts et des Consignations sont subrogés, en matière de pensions civiles et militaires, dans les droits de leurs agents contre le tiers responsable des dommages qu'ils ont subi[586].

- L'Etat et les collectivités locales sont subrogés contre les responsables de menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages à l'encontre des fonctionnaires[587].

- En matière d'allocations d'aide sociale, les collectivités publiques sont

---

[584] CE Ass. 18 novembre 1949, Dlle Mimeur, *R.* p. 492 ; *GAJA* n° 73 p. 422

[585] CE Section 17 décembre 1999, Moine, *R.* p. 425, *JCP* 2001.II.10508 note R. PIASTRA : cf. infra les développements relatifs aux actions récursoires.

[586] Ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959, D. 1959 p.219, complétée par la loi n° 68-2 du 2 janvier 1968, D. 1968 p. 72.

[587] ordonnance du 4 février 1959, article 12, loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, article 11, D. 1983, p. 366. Idem pour les militaires.

subrogées dans certains droits de l'allocataire[588].

- En matière d'aide judiciaire l'Etat est subrogé dans les droits et actions que le bénéficiaire possède envers son adversaire[589].

- La loi n° 77-5 du 3 janvier 1977[590] garantissant l'indemnisation des victimes de dommages corporels résultant d'une infraction subroge l'Etat dans les droits de la victime contre les personnes responsables du dommage causé par l'infraction.

- L'article 10-1 du code de la santé publique subroge l'Etat dans les droits et actions de la victime d'une vaccination obligatoire.

- La subrogation s'exerce de la même façon sur le fonds de garantie automobile dans les conditions de l'article 420-1 du code des assurances c'est à dire dans le cas d'un assureur insolvable ou d'un responsable non assuré ou introuvable.

Il faut désormais s'intéresser à l'action récursoire.

---

[588] Article 149 du code de la famille et de l'aide sociale
[589] Loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 (*D*. 1972 p. 69)
[590] *D*. 1977 p. 76

Section 2. L'action récursoire[591].

Il faut revenir sur la définition de cette technique juridique (I) et sur la base théorique sur laquelle elle s'appuie (II), avant de voir comment le juge administratif la met en œuvre (III). Il faudra alors se demander si ce dernier adopte alors une démarche originale par rapport au juge judiciaire.

I. Principe

Il n'y a d'action récursoire envisageable que dans deux types de circonstances : soit un dommage a été causé par plusieurs intervenants, l'un d'entre eux ayant été condamné à indemniser seul la victime ; soit une personne a été condamnée à indemniser la victime, au titre de la responsabilité du fait d'autrui, d'un dommage auquel elle est étrangère, ce qui correspond au cas de l'administration qui se retourne contre son agent coupable d'une faute personnelle.

Ainsi, d'après le Professeur G. CORNU[592], l'action récursoire peut se définir comme le *" recours en justice de la personne qui a dû exécuter une obligation dont une autre était tenue, contre le véritable débiteur de l'obligation pour obtenir sa condamnation. "*

Si, pour le professeur CHEVALLIER, le choix d'imputabilité mis en œuvre dans le cadre de la responsabilité primaire s'analyse comme *" mettant évidemment au premier plan l'idée de garantie "* et dès lors *" l'analyse de la causalité passe au second plan : la faute perd tout aspect moral et tend à s'objectiver sous la forme d'une condition de l'exercice de l'action et d'une limite de la réparation "*,[593] pour Mme ROQUES *" l'action récursoire permet de détacher le processus de réparation de celui de l'imputabilité, et réalise ainsi une balance entre la garantie de la victime et le maintien de la responsabilité*

---

[591] Sur cette question : J. CHEVALLIER, la technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative, JCP 1970.I.2323 ; F. ROQUES. L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité, *AJDA* 1991, p.75.

[592] Vocabulaire juridique G. CORNU (dir), 3e éd. 1992, p. 21

effective de l'auteur du dommage "[594].

II. Fondement :

Le fondement auquel obéit l'instauration des actions récursoires apparaît de la sorte assez clairement : il s'agit de rétablir une iniquité et, idéalement, de faire supporter la charge des dommages sur le véritable responsable. Cette opération s'effectue à une époque où la victime a, quant à elle, déjà été indemnisée. La mise en œuvre de ces actions peut, ou non, avoir été prévue par le texte instituant un débiteur primaire de l'indemnité, ou résulter des principes posés par le juge administratif.

Une conséquence de cette définition est ensuite que cette recherche se fonde nécessairement sur la notion de **faute**, et ce même si la recherche de la personne publique répondante s'était, quant à elle, fondée sur une responsabilité sans faute[595]. Autrement dit, les techniques et les catégories juridiques utilisées pour déterminer la personne répondante ne sont pas nécessairement les mêmes que celles mises en œuvre pour caractériser la personne responsable[596].

---

[593] J. CHEVALLIER : la technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative, JCP 1970.I.2323

[594] F. ROQUES. L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité, préc., p.75.

[595] C'est ce qu'indique le professeur J. MOREAU pour qui " le régime de l'action récursoire obéit par définition à des règles propres, distinctes de celles mises en œuvre par la victime pour obtenir réparation. **Elle est ainsi fondée sur la faute**, même lorsque le recours initial, intenté (par exemple) par un tiers vis-à-vis de l'ouvrage public, a conduit à une indemnisation sur la base de la responsabilité sans faute. ", article préc. *Jurisclasseur*

[596] Dans le cadre de la responsabilité civile, un exemple tout à fait significatif de cette situation est fourni par la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. En effet, même si cette dernière est muette sur le problème des recours entre coresponsables, la Cour de cassation a jugé que : *" la condamnation* in solidum *de deux conducteurs, dont les véhicules sont impliqués dans un accident, à indemniser la victime n'interdit pas l'action récursoire d'un conducteur contre l'autre à raison* ***de ses fautes***, ***suivant les règles du droit commun "*** *:* Civ. 2ème, 14 février 1990, *Resp. civ. et assur.,* mai 1990, p. 7, n° 153. Sur l'ensemble de la question des recours en garantie en droit civil, voir la thèse de P. CANIN *: Les actions récursoires entre coresponsables*, Litec janvier 1996.

L'objet de ce type d'action, sans discussion possible, est bien cette volonté de rétablir le rapport de responsabilité et d'imputer cette dernière aux véritables responsables, à chacun selon ce qu'il doit[597]. Et c'est la recherche du caractère causal des fautes commises par le ou les responsables qui permettra en définitive au juge de prononcer cette condamnation.

Mais plus largement, il nous paraît que le fondement des actions en garantie, c'est-à-dire tant des actions récursoires que des actions subrogatoires est à trouver dans le principe que les collectivités publiques *ne peuvent être condamnées à payer une somme dont elles ne sont pas redevables* (principe posé expressément par l'arrêt *Mergui*[598]). Plus précisément, si une telle condamnation peut intervenir dans le cadre de la responsabilité primaire, c'est justement elle, et la violation qu'elle implique du principe en question, qui fonde l'action en garantie[599].

Sur cette question, les précisions suivantes, faites par le doyen AUBY[600] sur un arrêt *C° d'assurances La Concorde* sont assez éclairantes : *" il convient de remarquer tout de suite que la 'dette' dont l'absence interdit la condamnation de l'administration, n'échappe aucunement à la volonté du juge et en cela le*

---

[597] Il faut cependant nuancer cette affirmation s'agissant des dommages entraînant, à la suite des arrêts *Lemonnier* et *Laruelle*, un cumul de responsabilité : c'est une faute disciplinaire qui est alors imputée à l'agent comme en témoigne la solution de l'arrêt *Jeannier* , en l'absence de faute personnelle ayant concrètement entraîné le dommage : le sieur Jeannier n'avait fait que prendre place dans le véhicule cause de l'accident.

[598] CE 19 mars 1971, Mergui, *R.* p. 235, conclusions ROUGEVIN-BAVILLE, *AJDA* 1971 p. 274, obs. LABETOULLE et CABANES ; *CJEG* 1972, p. 35, *RDP* 1972, p. 234, note WALINE. Voir récemment : CE Section 1er décembre 1999, n° 163347, Maison de retraite publique du canton de Villefranche-Sur-Mer et la précision intéressante de la CAA de Marseille : *" dès lors qu'une personne publique* ***ou privée*** *ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, c'est à bon droit que le TA a soulevé d'office le moyen tiré de ce que n'était pas établie l'existence d'un lien de causalité entre le défaut de signalisation et les dommages dont il est demandé réparation " :* CAA Marseille, 31 mai 2000 Sté la Kenia, n° 97MA05079. s

[599] Dans le même sens : C. GUETTIER, pour qui *" considérant que les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer des sommes dont elles ne sont pas redevables, le juge administratif invite le demandeur à ne pas commettre d'erreur sur le choix du responsable. "*, manuel préc. p. 148

[600] J.-M. AUBY, note sous CE 11 juillet 1980, C° d'assurances La et M. Guy Fourrel de Frettes, *RDP* 1981, p. 1083

principe ne le lie pas totalement (…). Par exemple, rien n'empêche le juge de mettre à la charge de l'administration des cas dans lesquels elle doit garantir un risque alors que la réalisation de ce risque résulte d'un acte qui ne lui est pas imputable. Par exemple, sans qu'il soit besoin d'un texte, le juge met à la charge de l'administration le dommage causé par un tiers au collaborateur bénévole du service public. On ne peut dire évidemment qu'elle condamne l'administration à payer une somme qu'elle ne doit pas puisque le juge lui-même a posé le principe de la dette. ***Il faut donc supposer à la base du principe une absence de dette au regard de la règle de droit, écrite, non écrite ou jurisprudentielle ".***

Ainsi, il ne nous semble pas en effet entièrement satisfaisant de fonder ces actions, et notamment les actions récursoires sur un prétendu dommage personnel qu'aurait subi la victime du fait du tiers responsable : comme le fait remarquer M. CANIN[601], faire reposer ces actions sur la responsabilité civile est difficile dans la mesure où il n'y a, à proprement parler, ni dommage réel, ni lien de causalité.

L'obligation légale ou jurisprudentielle de payer la totalité du dommage, donc le fait de remplir une telle obligation ne peut être considéré comme une atteinte à un droit juridiquement protégé, qui définit le dommage.

Par ailleurs, le lien de causalité entre le fait générateur du dommage subi par la victime et le prétendu préjudice subi par le solvens est pour le moins distendu.

---

[601] P. CANIN : Les actions récursoires entre coresponsables, *Litec* janvier 1996 et la préface du Professeur DEJEAN de la BATIE p. IX : il y a un paradoxe *" qui fait que, quand on passe de la poursuite à la contribution, les règles de la responsabilité civile semblent, bizarrement, ne plus être les mêmes. Alors qu'initialement tous les coobligés étaient semblablement tenus, on remarque au contraire que dans ma contribution certains apparaissent souvent plus responsables que d'autres (…)".*

III. Mise en œuvre

L'action récursoire est une technique juridique commune aux deux ordres de juridiction[602]. Mieux encore, les juges civils et administratifs peuvent être amenés à intervenir simultanément dans la résolution d'une même affaire (A). Cependant le droit administratif de l'action récursoire fait apparaître que la mise en œuvre de l'action récursoire diffère selon la qualité des auteurs (B).

A. Juge judiciaire et juge administratif

Il est intéressant de vérifier que lorsqu'un dommage a plusieurs coauteurs, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat mettent en œuvre des techniques similaires pour rétablir la réalité des responsabilités (1). Certaines situations échappent par ailleurs à la compétence du juge administratif (2).

1. Des techniques similaires :

La comparaison entre les techniques du juge administratif et celles du juge judiciaire n'est naturellement envisageable que dans la mesure où elles ont la même fonction dans les deux ordres de juridictions. L'intérêt de cette étude est d'une part purement comparativiste et d'autre part opératoire : une action récursoire peut en effet intervenir pour déterminer les responsabilités à la suite de la désignation de la personne répondante par le juge administratif ou par le juge judiciaire.

Un premier point doit être indiqué : le juge administratif, lorsque les tribunaux de l'autre ordre ont été amenés à se prononcer sur l'étendue des réparations dues à la victime, ne s'estime en aucune façon lié par l'estimation qui a été faite[603].

---

[602] Sur cette question voir la thèse précitée de M. CANIN, notamment pp. 202 et s. les développements relatifs à la " répartition des recours entre les deux ordres de juridictions ".

[603] CE 22 décembre 1967, Min. des Armées c/ C° New Hampshire, R. p. 521 : " *considérant que la nature et l'étendue des réparations incombant à l'Etat du chef d'un accident dont la responsabilité lui est imputée ne dépend pas de l'évaluation du dommage faite par l'autorité judiciaire dans un litige où il n'a pas été partie et n'aurait pu l'être, mais doit être faite par le juge administratif, compte tenu des règles afférentes à la responsabilité de la puissance publique* ".

Par ailleurs, et plus fondamentalement, il apparaît que la séparation faite par les administrativistes entre action récursoire et action subrogatoire échappe assez largement à la doctrine civiliste. Pour cette dernière, les deux types d'action apparaissent confondus.

Cette confusion apparaît cependant parfois dans la jurisprudence administrative : comme le remarque M. PICARD[604], alors que les considérants de l'arrêt d'assemblée *D…, G…, B…* de 1993[605] font apparaître que, si l'Etat peut, après avoir indemnisé la victime d'une transfusion sanguine, exercer s'il s'y croit fondé une action récursoire à l'encontre d'un éventuel coauteur, le dispositif prévoit que *" l'Etat est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre de toute personne reconnue coauteur du dommage "*.

Cependant l'existence d'un droit propre, qui pourrait être assimilé à la notion publiciste d'action récursoire, au bénéfice du coresponsable semble avoir été reconnue par la première chambre civile de la Cour de cassation. Dans un arrêt de 1977[606], elle reconnaît en effet, sur le fondement de l'article 1214 du code civil[607], que *" le codébiteur d'une obligation* in solidum *qui l'a payée en entier peut, comme celui d'une obligation solidaire, répéter contre les autres la part et portion de chacun d'eux ; attendu que l'arrêt a refusé à dame L. et à la Maaf tout recours contre la Dlle E., la SNECMA et la C° La Concorde au motif que celui qui a réparé intégralement le dommage ne peut exercer l'action récursoire contre un coauteur qu'en vertu d'une subrogation qui ne peut se produire lorsque la victime a renoncé à ses droits contre son coauteur ; qu'en statuant ainsi, alors que le coauteur qui a payé l'intégralité de l'indemnité* ***dispose aussi d'une action personnelle contre son coauteur ".***

On peut donc légitimement tirer de cette jurisprudence que *" pour la Cour de cassation le coresponsable aurait à sa disposition une double action, l'une*

---

[604] Dans sa chronique du droit administratif, *JCP* 1993.I.3700, n° 22
[605] préc.
[606] Cass. 1ère, 7 juin 1977 : *JCP* 1978.II.19003, note DEJEAN de la BATIE ; *RTDCiv.* 1978 p. 364, obs. G. DURRY ; *Gaz. Pal.* 1978.I.131 note PLANQUEL.

fondée sur la subrogation, l'autre fondée sur l'article 1214 du code civil " et que ces actions *" peuvent être exercées de manière concurrente "*[608], le verbe " subsister " utilisé par le Haute juridiction ne pouvant signifier autre chose qu'une existence *ab initio* de l'action personnelle envisagée.

Comme l'indique J. CHEVALLIER[609], *la règle traditionnelle du droit civil (qui) veut que chacun des coauteurs soit tenu pour le tout, la victime pouvant réclamer à un seul des responsables la totalité de la réparation "* s'applique aussi en droit administratif *" à condition cependant qu'il ne soit pas possible de déterminer exactement l'étendue des responsabilités "*[610].

2. La compétence judiciaire :

La compétence judiciaire, à la suite des arrêts *Laruelle*[611] du Conseil d'Etat et *Moritz*[612] du Tribunal des conflits, ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des rapports entre les agents et la collectivité publique qui les emploie, et ce même en cas de faute détachable du service.

Les juges judiciaires sont cependant compétents dans certains cas, du fait d'une disposition législative spécifique.

a) Les recours de l'Etat contre les " instituteurs " :

C'est le recours prévu par l'article 2 alinéa 4 de la loi du 5 avril 1937 : *" l'action récursoire pourra être exercée par l'Etat soit contre l'instituteur, soit contre le tiers,* ***conformément au droit commun "***. La compétence judiciaire en la matière résulte notamment d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 25 mars 1954. Elle fait cependant l'objet de critiques, dans la

---

[607] Aux termes duquel : *" le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux "*.
[608] P. CANIN, op. cit., p. 130.
[609] La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative, *JCP* 1970.I.2323
[610] CE 13 déc. 1940, Isselée : S. 1945.3.21
[611] préc.
[612] TC 26 mai 1954, Moritz c/ Ministre de le défense, *S.* 1954.3.85 concl. LETOURNEUR ; *JCP* 1954.II.8334, note G. VEDEL ; *D.* 1955 p. 386, note R. CHAPUS. Cf. infra, les développements relatifs à l'action récursoire des personnes publiques contre leur agent.

mesure où elle résulte d'une application extensive de l'alinéa 5 de l'article précité, qui ne prévoit expressément cette compétence que s'agissant de l'action principale, application qui s'appuie sur la notion de " droit commun " qui ne signifie pas grand chose. On pourrait en effet facilement considérer que le " droit commun " de la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat est le droit administratif. MM. VEDEL et DELVOLVE considèrent ainsi qu'il faudrait *" appliquer aux recours les règles de droit commun, règles d'ailleurs discutées, qui donnent compétence aux juridictions administratives pour les recours contre les agents de l'Etat et aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour les recours contre les tiers "*[613]. La compétence du juge judiciaire apparaît cependant exclusive en cette matière.

b) Recours de l'Etat contre les magistrats :

C'est le recours prévu par l'article 1er de la loi du 18 janvier 1978 et inséré à l'article 11-1 de la loi organique relative au statut de la magistrature[614] : *" cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation "* et qui donne donc compétence au juge judiciaire pour connaître des actions secondaires de l'Etat déclaré responsable du fait d'un magistrat. Le principe de cette compétence apparaît évidemment[615] au regard du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.

c) Recours contre les condamnés soumis à un TIG :

C'est le recours prévu notamment par l'article 131-24 du Code pénal : *" l'Etat répond du dommage ou de la part du dommage qui est causé à autrui par un condamné et qui résulte directement de l'application d'une décision comportant l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général. L'Etat est subrogé de plein droit dans les droits de la victime. L'action en responsabilité et l'action récursoire sont portées devant les juridictions de l'ordre judiciaire.*

---

[613] G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, PUF 10ème éd. 1988, p. 543

[614] Ordonnance n° 58-1271 du 22 décembre 1958 portant loi organique.

[615] Elle subsiste probablement dans le cadre de la " prise à partie ", s'agissant des membres des juridictions spécialisées (notamment les tribunaux consulaires). Sur l'ensemble de cette

B. La nécessité de distinguer selon la qualité des auteurs

Les conditions dans lesquelles la responsabilité des coauteurs sera envisagée diffèrent fondamentalement selon la situation juridique qui préside à leurs rapports. Il faut soigneusement distinguer les actions récursoires selon qu'elles mettent en cause des coauteurs personnes morales, ou selon qu'elles s'intègrent dans le cadre des rapports que l'administration entretien avec ses agents[616], cadre dans lequel l'action récursoire peut se voir affecter une vocation disciplinaire.

Il s'agit là simplement d'indiquer qu'à la différence du droit de la responsabilité civile, il n'est pas question des rapports du commettant et du préposé d'une part et de personnes physiques d'autre part. Dans ce que certains auteurs nomment " rapports horizontaux " ou " rapports verticaux "[617], la matière concerne en droit administratif les relations de responsabilité qu'entretiennent les coauteurs selon qu'ils sont placés sur un " pied " juridique d'égalité, ce qui correspond aux rapports des personnes publiques entre elles (1), ou selon que l'un des auteurs est placé dans une situation légale et réglementaire, ce qui correspond à la situation de l'agent d'une personne publique (2).

---

question, cf. S. PETIT, *L'administration devant le juge judiciaire,* PUF Que sais-je ? n° 3286, spéc. pp. 95 s.

[616] Nous empruntons, pour l'essentiel, ce plan à F. ROQUES, étude préc.

[617] Ainsi, pour P. CANIN *: Les actions récursoires entre coresponsables,* préc., p. 14 : *" par recours 'horizontaux', il faut entendre recours dirigés par un responsable contre un autre, lorsque ces responsables ne sont pas placés de quelque manière que ce soit en état de subordination ou de dépendance de droit ou de fait ou soumis à un quelconque contrôle. Cependant, il est possible que les coresponsables ne soient pas tous placés sur un même plan. On peut très bien être en présence d'un responsable de plein droit qui agit contre un responsable pour faute, par exemple* (et) *par recours 'verticaux', il convient de comprendre inversement, les recours exercés par une personne civilement responsable contre celui dont elle doit répondre. Le recours du commettant à l'égard du préposé est l'exemple type de ces recours ".*

1. L'action récursoire dans le cadre des rapports entre personnes morales :

On est ici au cœur de la question qui fait l'objet de cette recherche : les dommages causés par l'action commune de plusieurs collectivités, ou ressortissant de leurs compétences respectives, entraînent souvent la mise en œuvre du système indemnisation primaire – responsabilité secondaire.

Le principe en la matière, qui fait le départ des relations de l'administration avec ses agents notamment, est que les rapports de responsabilité mettent en présence des personnes placées juridiquement sur le même plan. On est donc dans un domaine très proche, quant à son principe, des relations qui s'instaurent en droit civil. Comme l'indique F. ROQUES[618], c'est sur la base de cette égalité fondamentale que s'exerce cette responsabilité interchangeable et réversible.

On remarquera dès maintenant que cette situation n'est pas celle des personnes publiques placées dans un rapport de tutelle avec une autre, cas dans lequel, dans les limites que l'on a étudiées, il n'y a pas réversibilité des responsabilités mais responsabilité de la seule autorité de tutelle. Ce n'est pas plus la situation de " l'intervention pour ", d'une collectivité pour le compte d'une autre, cadre dans lequel, en principe, seule la personne dans les compétences desquelles le dommage a été causé est susceptible d'être actionnée[619].

Il faut, enfin, isoler la situation qui prévaut en matière de délégation de

---

[618] *" L'évolution de l'Etat de droit a fait croître les interventions conjuguées des pouvoirs publics(...) Dans le droit de la responsabilité publique, on peut ainsi appréhender l'existence d'une véritable solidarité juridique liant les différents auteurs (...)Cette solidarité se manifeste par ce que l'on peut appeler une* ***interchangeabilité des responsabilités,*** *en ce sens que l'un ou l'autre des auteurs, indifféremment ou de manière indéfinie, peut voir sa responsabilité mise en cause. Puis cette interchangeabilité se prolonge par un* ***phénomène de réversibilité*** *dans la mesure où n'importe lequel des coauteurs doit réparer le préjudice et ne peut se soustraire à cette obligation de réparation ".* Etude préc.

[619] Voir par exemple : CE 19 janv. 1962, min. de l'agri. c/ Barcons et commune de Vernet les Bains *préc* : si une commune est responsable en l'absence de toute faute de sa part à l'égard d'une personne requise pour lutter contre un incendie et blessée dans un accident survenu à

services publics[620]. Le principe ici est le suivant : lorsqu'une personne publique confie à une personne privée (ou publique d'ailleurs) le soin de faire fonctionner un service public, le délégataire est responsable des dommages éventuels[621], la responsabilité de la collectivité ne pouvant être recherchée par la victime qu'en cas d'insolvabilité de l'exécutant du service[622] : il y aura lieu éventuellement à une action récursoire ultérieure. La situation est différente dans le cadre du *mandat*, : en application du " principe de représentation "[623], l'administration mandante est responsable envers les personnes qui ont contracté avec le mandataire[624].

Si, sur le terrain des principes, les choses sont clairement posées, il reste que l'on peut légitimement s'interroger sur la question de savoir *" si les autorités de l'Etat utilisent en pratique la faculté qui leur est offerte "* d'exercer une action récursoire à l'encontre des communes, le professeur MOREAU indiquant ne pas trouver de précédents jurisprudentiels publiés s'agissant particulièrement de

---

cette occasion, **elle est fondée à appeler en garantie toute personne publique qui, par sa faute, aurait aggravé les dommages subis par la victime**

[620] Cf., infra, deuxième partie, les développements relatifs à la responsabilité en matière de services publics.

[621] CE, 7 mars 1934, Compagnie le Phénix, *R.* p. 311. A la condition cependant que la personne gestionnaire du service ne puisse pas s'analyser comme " transparente " par rapport à la collectivité, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est qu'un démembrement fictif, comme c'est parfois le cas s'agissant des associations : CE, Sect. 17 avril 1964, Commune d'Arcueil, *R.* p. 230 ; CE Sect. 2 février 1979, Gauthier, *R.* p. 39.

[622] CE, Sect. 13 novembre 1970, Ville de Royan, *R.* p. 683. Le défaut de contrôle exercé par la collectivité délégante sur l'exécutant permet aussi d'engager sa responsabilité.

[623] CE, avis, 22 janvier 1998, EDCE 1999 n° 50 p. 226 : il ressort des dispositions de la loi n° 85-704 du 12 janvier 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique que *" le législateur a entendu faire produire au mandat ainsi institué et réglementé tous les effets du principe de représentation du mandant par le mandataire, dans l'exercice et dans la limite des attributions confiées à ce dernier par la convention de mandat "*. Sur l'ensemble de la question, voir la récente thèse de M. CANEDO, *Le mandat en droit administratif*, LGDJ 2001, BDP n° 216.

[624] CE 20 janvier 1931, Sté Brossette *R.* p. 124 ; CE 2 février 1940 Min éd. nat. C/ sté coop. de reconstruction du diocèse d'Amiens, *R.* p. 44 ; CE 25 juin 1975, Ville de Joigny, *R.* p. 389. Cette situation est fondée *" tant sur le principe de représentation du mandant par le mandataire à l'égard des tiers que sur la nécessité de faire respecter, même en cas de mandat , les règles de contrôle normalement applicables au maître de l'ouvrage : elles postulent donc, en principe, que le mandant reste soumis, à travers les actes de son mandataire, aux contrôles qui s'exerceraient normalement sur ses propres actes en l'absence de mandat "*, CE, Avis préc. EDCE n° 50 p. 229.

l'action récursoire prévue par l'article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales en matière de dommages causés par les attroupements[625].

2. L'action récursoire dans les rapports personnes publiques - personnes privées :

La personne privée, ici, c'est l'agent contre lequel la collectivité publique se retourne. Ici, l'égalité qui prévalait dans la situation décrite plus haut laisse la place à un rapport inégalitaire, qui nous intéresse moins dans le cadre de la recherche de la détermination du patrimoine public responsable. Le fondement de l'action récursoire, tel que le comprend le juge administratif, est cependant assez original.

Action récursoire de l'administration contre son agent :

Le principe posé par les arrêts *Delville et Laruelle* est connu[626] : la personne publique dont l'agent a commis une faute personnelle cumulée avec une faute de service ou non dépourvue de tout lien avec le service peut voir sa responsabilité engagée par la victime en vue de la réparation de l'intégralité de son préjudice[627]. En contrepartie, l'administration peut exercer une action récursoire à l'encontre de son agent, sous la forme concrète d'un état exécutoire.

Aux termes de l'arrêt *Moritz*[628], cette action récursoire de la personne publique contre son agent, personne privée, est portée devant le juge administratif, *" le litige né des rapports d'une personne publique avec ses agents ne pouvant trouver sa solution que dans les principes de droit public "* : le contentieux de l'état exécutoire émis par le ministre de la Guerre, au titre de la

---

[625] J. MOREAU, Responsabilité administrative et sécurité publique, *AJDA* 1999, n° spécial p. 98.

[626] Nous réserverons les principes spécifiques, évoqués par ailleurs, posés par les régimes spécifiques de responsabilité, tel notamment la loi du 5 avril 1937 relative aux accidents scolaires.

[627] CE Ass. 28 juillet 1951, Delville et Laruelle, *R.* p. 464 ; *GAJA* n° 79 p. 461 ;*D.* 1951.620 note NGUYEN-DO ; *JCP* 1952.II.6734 note Ch. EISENMANN ; *RDP* 1951 p. 1087, note WALINE.

[628] TC 26 mai 1954, Moritz c/ Ministre de le défense, préc. Même solution pour la Cour de Cassation : Civ. 21 octobre 1957, AJT c/ Siles, *AJDA* 1958 p. 45.

règle posée par l'arrêt *Laruelle*[629], à l'encontre du sieur MORITZ, à la suite d'une faute personnelle, s'être trouvé illégalement dans un véhicule militaire ayant causé un accident de la circulation qui avait causé la mort d'un cycliste et obligé l'Etat à indemniser les ayants droit de la victime, est de la seule compétence du juge administratif. Le droit administratif trouvant à s'appliquer dans le cadre des rapports entre l'administration et son agent, en application du principe de la liaison de la compétence et du fond posé par l'arrêt *Blanco*, la compétence du juge administratif s'impose.

La solution est, fort logiquement, la même lorsque l'action récursoire est exercée par l'assureur d'une collectivité publique à l'encontre d'un fonctionnaire[630].

Ce qui est en cause, et qui explique la compétence administrative, *c'est la responsabilité de l'agent à l'égard de l'administration* et non pas la responsabilité de l'agent à l'égard de la victime dans les droits de laquelle l'Etat serait subrogé[631]. On se situe bien dans le cadre d'une action récursoire, action " personnelle " de l'administration qui, comme telle, relève de la compétence du juge administratif[632]. Et dès lors, cette jurisprudence tend à affecter à la technique de l'action récursoire une *vocation quasi - disciplinaire*, ", en opposition totale avec l'ancienne solution de l'arrêt *Poursines*[633] qui mettait l'administration dans l'impossibilité de se retourner contre l'agent fautif, faisant des agents publics des " intouchables ".

La distinction, cependant, entre action récursoire et action subrogatoire est

---

[629] préc.

[630] TC 26 novembre Cie d'assurances GAN Incendie Accidents c/ Plassart, *R.* p. 401.

[631] Ce qui correspond pour R. CHAPUS à une *" différence fictive dans la qualité du demandeur qui va provoquer la variation d'une compétence d'ordre public, alors que d'ailleurs la situation à examiner reste dans les faits exactement la même "*, note au *D.* 1955 préc. p. 388.

[632] Cette action directe peut d'ailleurs coexister avec une action subrogatoire : CE 25 novembre 1955, Dame veuve Paumier, *R.* p. 564. Sur le débat théorique relatif à la validité de la reconnaissance d'une action récursoire au bénéfice de l'administration en l'absence de préjudice direct, voir notamment MADIOT, La subrogation en droit administratif, *préc.* n° 72 s.

souvent difficile à faire, du fait de l'imprécision rédactionnelle des décisions du juge administratif : dans l'arrêt *Moine*[634], les sous-sections réunies du Conseil d'Etat valident un titre de perception exécutoire délivré par le Ministre de la défense à l'encontre d'un ancien officier responsable, à la suite d'une faute de service, du décès d'un appelé du contingent, la somme revendiquée correspondant au montant de l'indemnisation versée aux ayants droit de la victime. Est-ce sur la base d'une subrogation de l'administration dans les droits de la victime, ou sur la base d'un préjudice spécifique que l'administration fonde son recours ? Après avoir intégralement repris le considérant de l'arrêt *Laruelle*, le Conseil décide que le ministre de la défense avait *" la possibilité d'engager une action récursoire à l'encontre de cet agent en se fondant sur le fait que la faute commise avait le caractère d'une faute détachable "* et *" qu'en raison de son extrême gravité cette faute justifie qu'ait été mis à la charge du requérant la totalité des conséquences dommageables qui en sont résultées "*.

La rédaction de ce dernier considérant est, pour le moins, ambiguë : pour qui la faute a-t-elle été dommageable ? Pour la victime (!) ? Pour l'administration ? La somme exigée de l'agent est-elle destinée à réparer les conséquences du dommage subi par la victime initiale, et l'administration serait alors subrogée dans ses droits ? Ou correspond-elle à la réparation du préjudice subi par l'Etat qui a dû indemniser la victime ? Le considérant en cause n'avait probablement pour objet que de signifier qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce à un partage de responsabilité et il s'agit ici certainement d'une véritable action récursoire. Mais là encore, il y a un certain flou regrettable dans les arrêts[635].

---

[633] CE 28 mars 1924, Poursines, *R.* p. 357 ; *S.* 1926.3.17 note HAURIOU ; *D.* 1924.3.49 note APPLETON, *RDP* 1924 p. 601 note JEZE

[634] CE Section 17 décembre 1999, Moine, *préc.*

[635] Flou qui correspond à la remarque de M. MADIOT pour qui, en 1971, le juge ne tirait pas " loin s'en faut (…) les conséquences de la distinction entre l'action récursoire et l'action subrogatoire ", la jurisprudence tendant *" de plus en plus, à rapprocher le régime de ces deux recours "*, La subrogation en droit administratif, préc. p. 344 n° 127.

Action récursoire de l'agent contre l'administration :

Cette circonstance correspond au cas, assez rare, de la mise en œuvre de la jurisprudence *Delville* et du cumul de faute [636], au détriment de l'agent : dans le cadre d'un dommage résulté du concours d'une faute de service et d'une faute personnelle, la victime a saisi le juge judiciaire d'une demande d'indemnisation de la totalité du préjudice et l'agent se retourne contre l'administration pour qu'elle contribue à la dette.

Elle peut intervenir encore si l'agent a été à tort condamné par le juge judiciaire pour une faute de service et que le conflit n'a pas fait l'objet d'une élévation[637]. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs considéré que constitue un principe général du droit la règle selon laquelle *" lorsqu'un agent public a été poursuivi par un tiers pour faute de service, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à cet agent, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui "*[638].

---

[636] CE 28 juillet 1951 Delville, préc. : *" si, au cas où un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute du service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité de son préjudice subi, soit à l'administration devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable devant les tribunaux judiciaires, la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif, compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées "*.

[637] Cf. : G. VEDEL, L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour faute de service, *Mélanges SAVATIER*, 1965, Dalloz p. 921

[638] CE 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, *R.* p. 242, concl. CHARDEAU. Par contre, la Cour administrative d'Appel de Paris considère que *" lorsque le responsable d'un dommage, condamné par l'autorité judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire fondée, conformément au principe posé par l'article 1251 du code civil, sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité ; qu'ainsi subrogé, il ne saurait avoir, vis-à-vis de la personne publique, plus de droits que la victime "* : CAA Paris 18 avril 1989, Commune de Dourdan, *R.* p. 307 ; *AJDA* 1989 p. 551 obs. J. ROUVIERE. La commune n'avait pas été reconnue responsable primaire dans une autre instance introduite par les parents de la victime. Cf. : Contra : CE 8 décembre 1965, Sté Ets Guillaumet, *R.* p. 667 : entreprise condamnée par le juge judiciaire à indemniser la victime d'une électrocution. EDF n'était pas partie à la première instance. Dans ces conditions, l'entreprise n'est pas fondée à soutenir qu'elle a acquitté une dette à laquelle EDF

Une difficulté résulte de la possibilité que les tribunaux judiciaires et administratifs aient à se prononcer successivement, l'un sur la faute personnelle et l'autre sur la faute de service, ce qui ne remet cependant pas en cause l'autorité de la chose jugée : l'action de l'agent devant le juge administratif est dirigée contre la personne publique qui n'était pas partie devant le juge judiciaire ; elle porte sur la réparation de préjudice subi par l'agent et non par la victime ; elle est fondée sur la faute de service et non sur la faute personnelle[639].

Il faut, enfin, réserver le cas complexe des actions en garantie mises en œuvre dans le cadre des dommages de travaux publics.

C. Les actions en garantie dans le cadre des dommages de travaux publics :

Le premier problème en la matière est celui de la compétence juridictionnelle, dès lors que l'action en garantie est susceptible, au sein des multiples intervenants concernés, d'intéresser seulement des personnes privées. Le principe posé par le Tribunal des conflits[640] est le suivant : le juge administratif est compétent tant que l'une des parties est une personne publique ou une personne privée liée par un contrat administratif à une personne publique. Dans le cas contraire, l'action relève de la compétence du juge judiciaire.

Par ailleurs, en ces matières, le juge s'efforcera de trouver dans les stipulations contractuelles (clauses de décharge ou de transfert de responsabilité notamment) les éléments lui permettant de déterminer les responsabilités, particulièrement dans le cadre des rapports entre le maître de l'ouvrage et les

---

était tenue solidairement avec elle : action récursoire seule possible ; CE Section, 23 novembre 1966, Houillères du bassin des Cévennes ; *AJDA* 1967 p. 306 note J. MOREAU ; CE 15 mars 1967, Cie d'assurances La Lutèce, *R. Tables* p. 927 : le solvens ne possède pas le choix de l'action qu'il désire entreprendre contre la personne qu'il estime être le véritable responsable. L'assureur des victimes d'un dommage de travaux publics mettant en cause devant la juridiction administrative la responsabilité de la ville, qui ne les aurait pas mis en demeure de se conformer à la réglementation en vigueur, exerce une action récursoire et non une action subrogatoire pour le compte de la victime.

[639] Cf. les commentaires sous les arrêt s et Delville au *GAJA* p. 466 et s.

[640] TC 20 novembre 1961 Garreau et Elkouken, *R.* p. 882.

architectes, constructeurs et bureaux d'études[641]. En l'absence de telles stipulations, le juge se prononcera en fonction des fautes respectives éventuelles des coauteurs pour prononcer le cas échéant un partage de responsabilité[642].

Enfin, la solution peut être dictée par la mise en œuvre d'une disposition de nature générale[643].

---

[641] CE 10 février 1961, Ville de Béziers, *R.* p. 113.
[642] CE 7 décembre 1966 Duval, *RT*. p. 1128.
[643] CE 18 mars 1963, Ministre de la justice c/ Dame Martin, *R.* p. 180 s'agissant de l'obligation faite aux collectivités locales d'entretenir les bâtiments mis à la disposition de l'Etat pour le fonctionnement des services publics.

Conclusion de la première partie :

Au terme de ces développements, deux types de commentaires sont possibles :

1. S'agissant du requérant, on ne peut nier que, malgré les nombreux systèmes inventés pour faciliter son indemnisation, sa démarche contentieuse reste particulièrement complexe en matière de dommages causés par l'activité de plusieurs personnes publiques. Outre les divers cas particuliers issus des régimes législatifs de responsabilité, il devra, pour l'essentiel, ne pas adopter une démarche intuitive tendant à demander réparation de son préjudice à la personne qui l'a commis, mais s'efforcer de déterminer dans quelle compétence l'action dommageable s'est inscrite. La conclusion de la première partie de cette étude est donc le constat de l'amélioration de la situation du requérant, particulièrement dans certaines circonstances difficiles (dommages sériels notamment), la complexité persistant pour le reste.

Un dernier commentaire sur ce thème consisterait enfin à signaler un paradoxe : toute l'évolution du droit de la responsabilité civile de l'administration tend, du moins en apparence, à la facilitation de l'indemnisation des victimes. Or, il apparaît que cette seule indemnisation ne soit plus considérée comme une réparation suffisante par lesdites victimes, le " prix de la douleur " se négociant de plus en plus fréquemment devant le juge pénal[644]. De fait, le déclin de la faute individuelle au profit d'une " socialisation " des risques ne répond pas à la demande des victimes : *"désormais l'indemnisation n'éteint plus la plainte "*[645].

2. S'agissant ensuite du fondement théorique mis en œuvre par le juge

---

[644] Voir l'interview du préfet THORAVAL, pour qui *" on constate un effacement sensible du juge administratif au profit du juge pénal "* et qui cite notamment *" l'abandon du dépaysement, l'apparition d'infractions pénales propres aux responsables publics, l'intervention croissante des fautes non intentionnelles "*, Le juge et le Préfet, in *Justices* n° 2, L'Etat devant le juge pénal, *Dalloz* 2000.

[645] D. SALAS, Le moment pénal de notre démocratie, , in *Justices* n° 2, L'Etat devant le juge pénal, *Dalloz* 2000 p. 81, pour qui, ainsi, dans bien des cas *" les victimes ne se satisfont plus*

administratif pour déterminer les responsabilités primaires et secondaires des personnes publiques, qui détermine le choix de la personne répondante et, le cas échéant si elle diffère de la première, celui de la personne responsable, on se heurte à une difficulté. Il semble que la démarche soit *le plus souvent* fondée sur la mise en œuvre du critère fonctionnel, mais, et c'est particulièrement le cas dans le domaine de la police administrative, lorsque les compétences sont partagées, le choix qu'il est amené à effectuer pour déterminer le patrimoine public responsable, conduit à des situations qui apparaissent à la fois illogiques et inéquitables.

*

* *

---

des réparations forfaitaires et transactionnelles " le centre de gravité de la responsabilité se déplaçant dès lors *" en amont de la décision vers l'origine du mal "*.

DEUXIEME PARTIE :

tentative d'ontologie de la détermination des responsables en droit administratif

“ Ce sont avant tout des considérations sur la réalité du droit et des personnes juridiques qui ont mené à l’institutionnalisme classique de M. HAURIOU. (…) Toute doctrine du droit s’efforce d’être réaliste et s’efforce de décrire cette réalité comme elle est, ou plutôt comme elle se représente dans la vue de cette théorie ”.

(O WEINBERGER)[646].

L’analyse du phénomène de la “ détermination du patrimoine public responsable ” a fait apparaître l’hétérogénéité de la matière, de laquelle on a peine à faire ressortir un droit commun. On l’a dit, cette hétérogénéité apparaît comme la conséquence directe des *fonctions* qu’aux diverses phases de l’évolution de la conception de la responsabilité, on a attaché à la mise en œuvre de la responsabilité, qu’il s’agisse, essentiellement, d’une fonction moralisatrice ou réparatrice.

Mais plus profondément peut-être, et parallèlement, la difficulté de faire une présentation univoque de la question tient, en droit administratif, non seulement aux fonctions affectées à la responsabilité elle-même, mais aussi peut-être au type d’intervention publique considéré. Ainsi dans une première analyse, et comme intuitivement, il semble qu’il soit possible de distinguer la détermination du patrimoine public responsable selon que c’est la personne publique prise en tant *qu’autorité de police* ou en tant que *gestionnaire d’un service public* responsable du dommage, de la même façon que l’on peut distinguer en ces matières, les conditions d’engagement de la responsabilité[647].

---

[646] WEINBERGER O., Les théories institutionnalistes du droit, in *Controverses autour de l’ontologie du droit*, PUF 1989, p. 70 pour qui *“ l’ontologie n’est pas une image d’une réalité objective, mais plutôt une construction conceptuelle d’un système fondamental pour toute connaissance possible ”*.

[647] Cf. les développements relatifs à la prétendue disparition de la faute lourde en matière d’activité de police. C’est de *“ l’existence d’une différence irréductible entre ces deux modalités essentielles de l’action administrative que sont le procédé de police et le procédé*

Cette opposition[648] s'appuie sur le constat de la relative simplicité de la détermination du patrimoine public responsable s'agissant des dommages causés par l'activité des services publics, dont les modalités d'engagement, c'est-à-dire l'identification d'une *faute*, seules varient en fonction de paramètres non juridiques et pour tout dire politiques[649], et au contraire sur l'apparente complexité de cette détermination dès lors notamment qu'on aborde le terrain de la police et plus particulièrement de la police générale confiée au maire.

Parce que la *légitimité* de l'action dommageable n'est pas la même ou parce que les personnes qui sont à l'origine du dommage sont traditionnellement conçues comme détentrices d'une compétence propre, les responsabilités semblent différemment mises en œuvre. Il existerait donc, dans la prise en compte que fait le juge administratif de la responsabilité des personnes publiques, *une différence fondamentale de nature* selon les procédés d'action qu'elle met en œuvre. Nous proposerons ici de tenter de comprendre cette situation, cette différence en en inscrivant l'étude dans le cadre d'une analyse institutionnelle.

Nous nous proposons de montrer que c'est à l'aune de ce que Maurice HAURIOU nomme *" l'idée d'œuvre ou d'entreprise "* qui gouverne l'action de l'institution, quelle qu'elle soit, publique ou privée, qu'une recherche peut

---

du service public ", marquée en 1965 par J. MOREAU dont il est question ici, opposition *" d'autant plus opportune à souligner que la distinction police - service public fort nette à l'époque de l'Etat-gendarme, s'est quelque peu obscurcie dans l'Etat Providence "*, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, *AJDA* 1965, p. 7.

[648] Qu'il faudra préciser, en tant qu'elle est ainsi simplifiée à l'extrême pour les besoins de la présentation, en tenant compte de la remarque d'HAURIOU pour qui : " si donc on pose la question de savoir si les pouvoirs de la puissance publique employés dans l'administration intérieure sont ou non des droits subjectifs de l'Etat, par exemple les pouvoirs de police, il faut répondre : c'est selon. En tant que le pouvoir de police s'exerce par un ordre pur et simple, un appel à la discipline institutionnelle, un règlement, il n'apparaît pas comme un droit subjectif ; en tant que la police constitue un service organisé dont la gestion peut être bonne ou mauvaise et occasionner des préjudices, le droit de la police apparaît comme un droit subjectif dont l'exercice entraîne une responsabilité, parce que toute gestion de service est une opération de commerce juridique ", Précis de droit administratif, 1910 op. cit., p. 34

[649] Les régimes dérogatoires d'indemnisation notamment, et de façon caricaturale le système mis en place pour les victimes du sang contaminé.

s'orienter. Il faudra ainsi déterminer pourquoi les outils de la théorie de l'institution sont utiles pour comprendre comment le juge administratif, dans une démarche peut-être implicite, détermine les responsabilités.

C'est donc dans cette direction que nous entendons mener notre recherche d'une ontologie[650] de la matière.

Méthode :

Il va s'agir ici de différencier les techniques et les solutions retenues par le juge en matière d'imputation de la responsabilité notamment selon le type d'activité mis en œuvre par les personnes publiques. Cette analyse s'appuiera donc sur une tentative d'explication *institutionnelle* du caractère apparemment hétérogène des règles qui s'appliquent ou du moins de certains décalages entre la règle explicitement mise en œuvre par le juge administratif, celle du critère matériel d'imputation de la responsabilité, avec certaines situations analysées qui concernent le plus souvent la commune dans la mise en œuvre de son pouvoir de police.

Le postulat de cette recherche étant qu'il est possible d'interpréter ces solutions comme correspondant à la mise en œuvre par le juge administratif d'une démarche s'appuyant sur " l'idée de l'œuvre " associée à la collectivité publique, cette problématique l'emportant dans certains cas sur le simple respect de la logique voire des textes qui confient la compétence et donc, normalement, la responsabilité.

---

[650] D'après la définition qu'en donne le dictionnaire Robert, l'ontologie est *" la partie de la métaphysique qui s'applique à l'être en tant qu'être, indépendamment de ses déterminations particulières "* et s'oppose en cela à l'axiologie *" science des valeurs "*. La réflexion s'efforcera de prendre ici un chemin inverse à celui emprunté dans la première partie : c'est un cadre général d'explication " en soi " du phénomène qui nous intéresse qui sera recherché. Cette proposition ayant pour conséquence première, mieux vaut l'indiquer dès l'abord, l'impossibilité probable de faire entrer tous les éléments observés dans le cadre qui sera décrit, à moins de " tordre " exagérément le droit. Il n'en reste pas moins, à notre sens, que cette difficulté pressentie ne disqualifie pas cette étude, dont l'objet n'est pas de tout expliquer mais de mieux comprendre.

Le caractère spécifique de la responsabilité communale :

Le cadre d'étude privilégié sera le territoire communal. Et de fait c'est déjà s'agissant des compétences de principes confiées au maire que les exemples les plus intéressants de difficultés concernant la détermination du patrimoine public responsable ont été rencontrés.

Mais, plus fondamentalement, la commune fait ici figure de paradigme, puisqu'elle peut être considérée au moins historiquement comme étant " avant l'Etat " et qu'elle constitue en ce sens un sujet d'étude complet des diverses légitimités dont la puissance publique a pu se parer, au cours du temps, pour justifier les dommages causés aux citoyens et des techniques concomitamment utilisées par son juge pour réparer ces dommages et décider du patrimoine responsable pour ce faire.

Il apparaît par ailleurs que cette spécificité pourrait être dictée par l'idéologie qui fonde le système politico-juridique français depuis la fin de l'ancien Régime, c'est-à-dire le libéralisme politique[651].

Le caractère libéral du système juridico-politique

On peut en effet estimer que le caractère libéral du substrat sur lequel se fondent les différentes fonctions affectées ou concédées aux collectivités publiques induit comme une " nécessité ", celle de garantir l'exercice des libertés, de rendre la commune responsable des dommages résultant des activités de police.

Il apparaît, en effet, que " *pour déterminer l'étendue d'un pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble des libertés des citoyens, que la Déclaration des droits de l'homme est, implicitement ou explicitement, au*

[651] En mettant de côté, sans les oublier, les principes sociaux issus notamment du Préambule de la constitution de 1946, dont l'avènement correspond cependant à un moment historique très spécifique et de la conjonction du succès philosophique des théories internationalistes et du succès militaire puis politique du parti communiste français.

frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception "[652].

L'activité de police mise en œuvre sur le territoire communal va dès lors continuer de retenir notre attention. Ainsi, elle est effectivement spécifique, dans le cadre de l'analyse du contentieux de la détermination du patrimoine public responsable, en tant qu'elle obéit à une rationalité distincte qui est celle de la préservation de l'ordre public, et qu'en ce sens elle peut être considérée comme constituant, dans une perspective institutionnaliste et à la suite notamment de M. HAURIOU, de G. BURDEAU et d'E. PICARD, la mise en œuvre du *droit disciplinaire de l'institution* Etat (ou puissance publique) *en France, organisée autour de l'idée d'œuvre " Etat de droit ", dans le cadre de la notion d'Etat libéral.*

A ce titre, et dans le cadre du respect de la *liberté*, qui pour l'essentiel fonde l'idée de l'Etat de droit, elle est mise en œuvre dans le cadre territorial qui comporte le double avantage d'être le plus *restreint* pour limiter la liberté[653] et le plus fondamental dans le cadre *historique* de l'édification de l'Etat, c'est-à-dire la

---

[652] Conclusions CORNEILLE sur CE 10 août 1917, Baldy, R. p. 640. Voir de la même façon les développements qu'E. PICARD consacre à la question de la réception par l'idéologie libérale de la théorie de la police comprise comme " un mode d'intervention subsidiaire de la puissance publique, essentiellement local, circonstanciel, une activité administrative prétendument subordonnée à la loi, respectueuse des libertés, limitant les exigences au strict minimum vital, ne prononçant pas d'interdictions générales et absolues, fixant seulement des buts à atteindre et non les moyens… ", thèse préc. p. 460.

[653] Ainsi, pour R. DRAGO, *" la maire est l'autorité de police de droit commun. La raison en est simple. S'agissant de libertés publiques et parce que les risques d'atteintes à ces libertés sont grands, le maire est le mieux placé pour exercer cette attribution, d'abord parce qu'il est élu, ensuite parce qu'il n'a compétence qu'à l'intérieur de sa commune. En effet, la tradition libérale est hostile à la police générale, car une autorité ayant le pouvoir de police sur l'ensemble du territoire risquerait d'annihiler complètement les libertés publiques sous le prétexte du maintien de l'ordre public "* : Les atteintes à l'ordre public, in L'ordre public, R. POLIN (dir.), PUF collection Politique d'aujourd'hui, 1996, p. 47 s. Et ce même si, au-delà du territoire communal, la jurisprudence a admis que l'autorité exécutive pouvait prendre des mesures de police pour l'ensemble du territoire comme c'est le cas dans le célèbre arrêt Labonne du 8 août 1919.

commune[654]. En ce sens, les pouvoirs de police généraux conférés aux préfets sur le territoire départemental apparaissent comme supplétifs, ce que confirme la jurisprudence, notamment concernant les plans ORSEC.

On voudrait donc montrer ici que, s'il existe bien dans la démarche du juge une volonté de faire correspondre la faculté de répondre d'un préjudice à la compétence de la personne qui en est à l'origine, et donc de mettre en œuvre *le critère fonctionnel d'imputation du dommage*, cette volonté ou ce standard **trouve sa limite** dans certains cas, et notamment lorsqu'il se heurte dans le cadre de cette recherche de la personne répondante à ce que le professeur Etienne PICARD[655] nomme un *" présupposé intellectuel "* ou, plus précisément, lorsque entre en jeu ce qui fait le fondement intériorisé de la construction de l'Etat en France dans le cadre de l'idée d'œuvre libérale.

Il y aurait donc, dans le cadre de notre étude du droit administratif de la recherche des responsables, non plus deux mais *trois* strates à mettre en évidence, correspondant, de la plus immédiate à la plus profonde à la présentation suivante :

La recherche des responsables correspond à imputer la responsabilité d'un dommage à la personne qui peut le mieux et le plus facilement indemniser la victime (personne *répondante*) puis à la personne qui en est effectivement *responsable* dans un souci de moralisation de l'action publique et par le biais des actions récursoires et subrogatoires, mais dans la mesure seulement où cette imputation à la personne responsable *correspond aux présupposés idéologiques*

---

[654] Cf. Infra, les développements relatifs à la spécificité de la commune. En ce sens encore, cf. E. PICARD qui indique que *" l'institution privilégie l'exercice de sa fonction de police par ceux de ses organes les plus proches des circonstances dans lesquelles son intervention se révèle indispensable : ainsi, plus ces circonstances sont concrètes et précises, plus la restriction de la liberté à des chances d'être à la fois efficace et limitée parce qu'elle est a priori mieux adaptée aux circonstances qui la motivent (…).* ***Par là s'explique la préférence de l'institution libérale pour la forme administrative et même municipale de la police ".*** *Thèse*, préc. p. 513.

[655] E. PICARD op. cit., à propos de l'imputation par le juge administratif à la commune de la responsabilité en matière de police administrative : *" cette attitude est dictée par une conviction tellement ancrée au fond même de ses présupposés intellectuels qu'elle prend*

qui prévalent dans la démarche effectivement responsable est concevable dans le cadre de l'institution libérale, ce que nous nommions précédemment sous l'appellation " *imputabilité* ".

*

* *

Cette seconde partie consistera ainsi en un approfondissement de l'analyse du phénomène de la détermination du patrimoine public responsable, à l'aide des outils fournis notamment par l'analyse institutionnelle (Titre 1), et en une systématisation des types de détermination du patrimoine public responsable appliqués aux différentes fonctions institutionnelles considérées (Titre 2). Un Titre préliminaire permettra de rappeler les grandes lignes et l'histoire de la théorie institutionnelle, et de montrer qu'elle fait l'objet récemment d'un renouveau d'attention de la part de la doctrine publiciste.

---

quelquefois les allures d'un réflexe parfaitement irraisonné. ". Cf. infra les développements relatifs à la distinction en service public et police administrative.

TITRE PRELIMINAIRE :

Actualité de la théorie de l'institution

Avant de rentrer plus avant dans l'analyse de cette théorie (chapitre 2), qui fait l'objet récemment de nombreuses tentatives de modernisations, il faut s'interroger sur l'utilité même de ces théories dans le cadre de la recherche juridique (chapitre 1).

Chapitre 1 : Des théories en général et de la recherche juridique

Il faut revenir en quelques mots sur la notion de théorie (I) et sur son utilité dans le cadre de la recherche juridique (II).

I. De l'utilité des théories :

Il apparaît nécessaire, puisqu'on a fait le choix d'un outil de recherche, de bien cerner la signification que la notion de *" théorie "*[656] peut recouvrir dans le cadre de la recherche juridique, ou du moins de déterminer le sens que l'on entend faire recouvrir à la notion.

Le professeur Y. GAUDEMET, dans son analyse des méthodes du juge administratif[657], reprend pour sa part la définition donnée par Claude BERNARD, pour qui *" les théories représentent l'ensemble de nos idées scientifiques (…) et*

---

[656] Définition du *Petit Robert* : Construction intellectuelle méthodique et organisée, de caractère hypothétique (au moins en certaines de ses parties) et synthétique. Quant à la théorie générale du droit, le *dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* donne deux acceptions : 1. analyse des instruments logiques dont se sert le raisonnement juridique ; 2. Branche de la science du droit qui a pour objet l'analyse critique de cette discipline à partir d'une perspective interdisciplinaire des divers aspects du droit et des phénomènes juridiques.

[657] Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, BDP n° 108, 1972

sont ainsi indispensables pour présenter la science "[658] pour en déduire, à titre provisoire, que *" serait à ranger sous l'étiquette de théorie toute explication – ou toute tentative d'explication – de l'ensemble d'une discipline, bénéficiant d'une cohérence interne et ayant une portée explicative universelle à l'intérieur de cette discipline "*.

Mais l'auteur distingue, à côté de cette définition large, une autre plus étroite, ce à la suite de R. LATOURNERIE, pour qui *" quand un principe atteint assez d'ampleur pour être promu à un grade suffisamment élevé dans l'ensemble des principes généraux, cette dignité se traduit souvent par le terme de théorie "*[659].

En ce sens, en insistant cette fois non pas sur le caractère compréhensif de la théorie, sa capacité à prendre ou non en compte la totalité du droit administratif, mais sur le problème de la cohésion interne et sur l'articulation logique des règles que comprend la théorie, *" serait alors baptisé théorie un ensemble logique autonome dans lequel les règles secondes se déduisent immédiatement des règles premières, lesquelles se regroupent elles-mêmes autour d'une donnée unique "*.[660]

Ce n'est pas cette définition de la notion de théorie que, pour notre part, nous retiendrons ici. Nous verrons pourquoi la théorie de l'institution peut tout au plus être considérée comme une **méthode** qui comme telle *" n'est jamais qu'un instrument, contingent et partiel, visant à dévoiler certains pans cachés du réel : dépourvue de portée universelle et vouée, par essence, à être dépassée, elle ne saurait être utilisée en toutes hypothèses et avec un égal bonheur ; il appartient au chercheur d'essayer successivement, à l'instar d'un mécanicien ou d'un*

---

[658] Cl. BERNARD, Introduction à la science expérimentale, p. 70. L'auteur indique par ailleurs que *" la théorie n'est que l'idée scientifique contrôlée par l'expérience "*.

[659] R. LATOURNERIE, Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat, Livre jubilaire du Conseil d'Etat, Sirey 1952, p. 209

[660] Y. GAUDEMET, thèse préc. L'auteur précise un peu plus loin sa pensée en indiquant qu'une théorie consiste en " l'exposition d'un système, exposition abstraite, qui se justifie par elle-même et par la lumière qu'elle apporte à un domaine entier du droit ".

serrurier, les différents outils ou clés disponibles, et de choisir ceux qui se révèlent les mieux adaptés au problème particulier qu'il a à résoudre " [661].

La nécessité de la théorisation correspond à la difficulté rencontrée par l'esprit pour comprendre l'ensemble des données observables, et à la tentation de les systématiser. Particulièrement en droit, et plus encore en droit administratif, la doctrine a utilisé de nombreuses théories censées décrire la réalité du phénomène embrassé par cette branche du droit, c'est-à-dire l'existence et l'activité de la puissance publique. Naturellement, ces théories prennent pour base les théories de l'Etat, du Léviathan au contrat social jusqu'à l'analyse marxiste .

II. La théorie de l'institution au sein des théories de l'Etat

La théorie de l'institution s'analyse quant à elle en une théorie idéaliste (A) largement tributaire en ce sens de " l'esprit du temps " ou plus, précisément de l'évolution des conceptions politiques aux différents moments de l'histoire (B) telles qu'elles sont, pour reprendre les termes d'HAURIOU données à être découvertes au " trouvère "[662].

A. Une théorie idéaliste

Les définitions de l'institution données par M. HAURIOU font toutes référence à " l'idée " comme moteur et origine de l'institution, sans cependant rentrer dans une explication qui relève plus de la métaphysique que de la théorie du droit. Ce point est cependant regrettable même si la recherche d'HAURIOU s'insère indubitablement dans un système de pensée emprunt de religiosité : pour E. MILLARD, *" HAURIOU est profondément catholique : il est profondément*

---

[661] J. CHEVALLIER, L'analyse institutionnelle, in L'institution, CURAPP PUF, Paris 1981 p. 6

[662] *" En réalité, il n'y a pas de créateur d'idée, il y a seulement des trouveurs. Un trouvère, un poète inspiré rencontre une idée à la façon dont un mineur rencontre un diamant : les idées objectives existent d'avance dans le vaste monde, incorporées aux choses qui nous entourent ; dans des moments d'inspiration, nous les trouvons et les débarrassons de leur gangue "* : La théorie de l'institution et de la fondation, 1925, préc. p. 15 et 16

attaché à la tradition de l'Eglise et à la philosophe thomiste et (…) si l'on a pas cela constamment à l'esprit, on ne peut pas comprendre tout à fait ce qu'il présente (…).Il ne parviendra jamais à se départir d'un idéalisme reposant aussi bien sur la force des consciences individuelles que sur la conscience supérieure, qui n'est finalement que l'idée de Dieu, sous la référence d'une conscience qui est alors plus commune que collective "[663] .

De fait, comme l'indique le professeur MAZERES, " *les sources de l'institution, ses déterminants, ses déterminations ne se trouvent pas recherchées dans la réalité sociale concrète, celle des hommes " vivants et agissant " (MARX, idéologie allemande). Comme l'idée hégélienne*[664]*, l'institution est un universel indéterminé, oubliant les situations diversifiées d'inégalité, de puissance et de sujétions qui la conditionnent à l'intérieur et à l'extérieur. "*[665]

Ainsi, si le début du 20ème siècle est marqué par la doctrine marxiste, on peut affirmer que la théorie de l'institution lui semble radicalement contraire, puisqu'à suivre G. BURDEAU, si *" le système institutionnel renvoie à l'autorité et l'autorité au pouvoir en tant que garantie de l'institution (…), l'erreur est de considérer que le pouvoir préexisterait à l'institution qui n'interviendrait que pour le consacrer "*[666]. En effet, " l'injection " de la notion d'institution dans le cadre de l'analyse traditionnelle de l'Etat de droit comme antinomique avec la

---

[663] E. MILLARD Hauriou et la théorie de l'institution, Droit et société 1995 p. 384

[664] Sur cette comparaison, cf. infra, les développements relatifs aux *Principes de la philosophie du droit* de HEGEL.

[665] Préface à la thèse de MILLARD, *op. cit.* p. XXII.

[666] op. cit. Il semble cependant que la pensée matérialiste n'ait pas échappé à HAURIOU ; Ainsi pour J.-A. MAZERES, dans le cadre d'une analyse de la théorie de l'institution telle qu'elle résulte non pas de l'article de 1925, mais des écrits antérieurs d'HAURIOU, le doyen de Toulouse n'est pas si éloigné des conceptions marxistes, lorsqu'il indique notamment dans ses *Principes de droit public* (1910, p. 78) qu'il faut remarquer que *" les états de fait qui se maintiennent à l'intérieur d'un pays, d'une nation, d'une institution politique quelconque, ne se maintiennent que par l'action d'un pouvoir et, d'un autre côté, que les états de fait maintenus constituent toujours une situation avantageuse pour quelque bénéficiaire ; c'est une situation de propriétaire, de possesseur, de détenteur… Toute l'organisation sociale d'un pays, aussi bien économique que politique, peut se ramener à un ensemble de situations établies, maintenues par un pouvoir de domination " :* cité par J.-A. MAZERES, La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques MOURGEON*, Bruylant 1998 p. 262.

conception d'un pouvoir fondé sur la seule force, permet de " compléter le puzzle " par une " *pièce centrale qui va en modifier complètement le destin : cette pièce qui va faire que le droit n'est pas le simple produit de rapports de force, c'est l'institution (…), médiatrice instituante du droit et de l'Etat à partir du social "*[667].

Cette conception " idéale " est ainsi tout à fait antinomique avec le concept marxiste d'idéologie comprise comme l'ensemble des représentations cohérentes dans lesquelles une classe sociale se reconnaît et dont elle se sert dans sa lutte contre une autre classe pour imposer sa domination.

Par ailleurs, naturellement, la théorie du doyen HAURIOU s'insère dans une théorie de l'Etat.

B. Différentes étapes :

On peut repérer aisément, en passant rapidement sur les origines théologiques et médiévales de la notion d'Etat, à travers notamment le concept des deux corps du Christ puis du Roi, analysées notamment par E. KANTOROWICZ[668], différentes étapes et différentes théories qui, tour à tour, ont prévalu dans l'analyse juridique en droit administratif.

L'avènement d'un droit administratif[669] autonome, identifié

---

[667] J.-A. MAZERES, idem, p. 262.

[668] E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du Roi*, in *Œuvres* Gallimard 2000 coll. Quarto : il est cependant intéressant de noter que cette théorie d'origine médiévale, celle de la *persona mixta*, a constitué une soubassement théorique de choix pour les juristes et parlementaires anglais dans la lutte pour, au fond, le pouvoir aboutissant au jugement puis à l'exécution de Charles STUART. A ce titre, la théorie des deux corps du Roi, comme KANTOROWICZ le note lui même, permet la continuation de l'autorité du corps céleste royal et, si l'on voulait faire un raccourci historique, celle de la monarchie anglaise. La " décollation " française, à ce titre, est beaucoup plus révolutionnaire : voir notamment la conclusion du I), p. 672.

[669] Droit qui, pour reprendre les termes du professeur CHAPUS, a " *la particularité d'être à la recherche d'une définition* ", Droit administratif général, 11ème éd. Montchrestien 1997 n° 43, p. 3. L'éminent auteur propose cependant, on le sait, la définition suivante : le droit administratif est " *le régime juridique qui s'appliquant aux activités du gouvernement et des autorités décentralisées, tend, par la mise en œuvre de la puissance publique, à des buts de service public* ".

symboliquement par les arrêts rendus le 8 février 1873 par le Tribunal des conflits[670], sera suivi de la classique dispute autour des notions permettant de fonder théoriquement, ou de justifier politiquement, l'instauration ou l'existence de règles juridiques spécifiques au bénéfice des personnes publiques, dispute qui classiquement, depuis l'abandon de la théorie des actes d'autorité et de gestion[671], tourne autour des notions de service public et de puissance publique.

Dans ce cadre, l'effort théorique, après avoir porté sur l'existence même d'une personne publique, Roi ou Etat, fondée soit sur la volonté divine soit sur la volonté du peuple souverain à partir du 18ème siècle et de l'avènement du " mythe " du contrat social, s'est concentré sur la justification de l'instauration de règles spécifiques qui, en France, ont donné lieu à l'avènement d'un droit administratif autonome.

Partant, mettre l'accent dans le cadre de sa théorie de l'institution sur le consentement des membres de l'institution au pouvoir de cette dernière, *" permet à HAURIOU de rechercher autrement qu'au travers du contrat social, mythe fondateur, l'explication de l'Etat, aussi bien quant à sa fondation par la puissance, que quant à son acceptation par les citoyens. "*[672]

Mise en œuvre par le professeur BURDEAU s'agissant de l'institution étatique[673], cette construction aboutit de la sorte à considérer que *" le souverain,*

---

[670] Sur cette question, voir *" les mythes fondateurs du droit administratif "*, G. BIGOT, *RFDA* 2000 p. 527.

[671] Abandon d'ailleurs tout relatif, puisque comme l'indiquent MM. LAUBADERE, VENEZIA et GAUDEMET, à propose de la théorie des actes de gestion, *" la démarche de pensée à laquelle elle correspond, qui consiste à attacher une importance première sinon exclusive aux caractéristiques de l'acte, s'est certainement perpétuée "*, Traité de droit administratif, op. cit. n° 34 p. 40, malgré les conclusions du commissaire du gouvernement TEISSIER dans l'affaire Feutry en 1908 pour qui " la police et la gestion ne sauraient être ventilées, elles se pénètrent sans cesse " : conclusions sous T.C. 28 février 1908, Feutry, S. 1908 p. 97, note HAURIOU.

[672] E. MILLARD, art. préc. p. 391

[673] " L'institution est, avons-nous dit, une entreprise au service d'une idée et organisée de telle sorte que l'idée étant incorporée dans l'entreprise, celle-ci dispose d'une durée et d'une puissance supérieures à celles des individus par lesquels elle agit. Or, il est clair que, dans

c'est celui qui décide quelle est l'idée de droit valable dans la collectivité. (…) son caractère souverain consiste en ceci qu'il est le maître absolu de l'idée de droit agissant dans le groupe politique "[674]. La théorie institutionnelle permettant ainsi de fonder l'existence de l'Etat comme institution personnifiant l'idée de droit, qu'il définit comme *" la représentation de l'ordre désirable qui, dans une société donnée, constitue une ligne de force de la mentalité collective où elle cristallise le consensus dominant. Idée de droit cela veut dire idée d'un certain type d'aménagement de la vie commune selon des règles préétablies ; idée d'un système de droits et d'obligations qui confère son style aux rapports sociaux ; idée de la structure familiale aussi bien que des modalités des échanges commerciaux (…) bref, idée de ce réseau d'interdépendances et d'autonomies relatives dont l'agencement donne au groupe sa physionomie propre "*[675].

Dès lors considérée comme un outil pouvant fournir une explication ou comme un *ensemble logique autonome*, pour paraphraser R. LATOURNERIE, la théorie de l'institution mérite-t-elle qu'on lui consacre de plus amples développements.

---

l'Etat, nous retrouvons tous les élément que l'analyse discerne dans l'institution ". BURDEAU, op. cit. p. 71

[674] BURDEAU, L'Etat op. cit. p. 63

[675] BURDEAU, idem p. 58

Chapitre 2. La théorie de l'institution :

Les définitions formulées par M. HAURIOU forment le point de départ de cette étude (Section 1), avant de voir dans quelle mesure cette théorie influence la recherche et présente un intérêt épistémologique (Section 2).

Section 1. L'originalité du concept d'institution chez HAURIOU

Nous étudierons dans un premier temps la notion sociologique classique d'institution (I) avant de voir dans quelle mesure elle diffère de la théorie de l'institution telle qu'elle résulte des travaux du doyen de Toulouse[676] (II).

I. L'institution : sens commun

Nous proposerons des définitions (A), puis une synthèse (B).

A. Définitions :

1. Selon la définition qu'en donne le dictionnaire *Le Robert,* une institution correspond à *" l'ensemble des formes ou structures sociales, telles qu'elles sont établies par la loi ou la coutume, et spécialement celles qui relèvent du droit public ".*

2. On trouve dans l'article de FAUCONNET et MAUSS sur l'institution dans la *" Grande Encyclopédie "*, la définition suivante : l'institution est un modèle positif d'action ; est institutionnelle toute réalité objective que l'individu trouve devant lui. L'institution est un phénomène social et *" sont sociales toutes les manières d'agir et de penser que l'individu trouve* ***préétablies*** *et dont la transmission se fait le plus généralement par la voie de l'éducation "*[677].

---

[676] La théorie de l'institution fait l'objet de développements nombreux dans les ouvrages d'HAURIOU. Outre le texte fondamental de 1925, La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social), in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Université de Caen 1986 p. 89, on peut citer les Principes de droit public de 1910, *Sirey* et les différentes éditions du Traité de droit administratif et notamment la 6ème édition de 1907, Sirey.

[677] La grande Encyclopédie française, 1901

3. Le dictionnaire d'Eguilles propose quant à lui, après avoir repris la définition de DABIN d'un *" ensemble de règles juridiques concourant à un but commun "*, de définir l'institution en sociologie juridique comme *" l'ensemble des pratiques sociales organisées d'une manière stable autour d'une pluralité de facteurs symboliques et matériels et souvent consacrés officiellement, qui, dans son rapport à certaines caractéristiques structurales de la société, exprime ou tend à réaliser des fonctions sociales "*.[678] Dans une acception plus classique, le même dictionnaire donne : *" ensemble de normes et de comportements généralement suivis et spontanément respectés par les membres d'une collectivité, qui acquièrent ainsi un caractère de stabilité, indépendamment de toute obligation juridique explicitement énoncée "*.

B. Synthèse

Autrement dit, le sens commun de la notion d'institution correspond à un sens sociologique, se rapportant aux normes que l'individu trouve préétablies et auxquels il se plie de manière volontaire, comme à des maximes indiscutables. On se situe dans le même type de problématique que celle de la coutume, de la tradition ou du langage : l'individu n'a pas en la matière de véritable choix, puisque ce donné correspond à *" certaines caractéristiques structurales de la société "*.

Ainsi pour MAUSS, en 1901, l'institution est *" l'ensemble des actes et des idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'imposent plus ou moins à eux "*[679], DURCKHEIM complétant cette définition en appelant institution *" toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité "*[680], en considérant que fondamentalement un fait social se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus.

Cette définition sociologique n'est pas, on va le voir, celle à laquelle se

---

[678] Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ 1993, article " Institution (sociologie juridique), p. 303

[679] M. MAUSS, article sociologie à La grande Encyclopédie française, 1901

[680] Règles de la méthode sociologique, 2ème édition.

rapporte HAURIOU dans le cadre de la théorie nouvelle qu'il souhaite établir[681], qui notamment réfute l'existence d'une " conscience collective " au sens de DURCKHEIM. Pour lui, ce qui est primordial c'est l'idée d'œuvre.

Sens juridique :

Elle ne correspond pas non plus au sens juridique du terme, désignant *" tout phénomène envisagé sur le plan du droit en vue de sa soumission à un régime juridique "*[682], qui ne recouvre que les phénomènes pris en considération par le droit et n'est qu'un *" outil des juristes "* correspondant à des notions qui, parce qu'elles sont établies en fonction d'apparences immédiatement perceptibles, *" restent toujours quelque peu superficielles "* et se révèlent dès lors être *" des outils de connaissance insuffisants "*[683].

II. L'institution dans la théorie du doyen HAURIOU :

" Les institutions représentent dans le droit, comme dans l'histoire, la catégorie de la durée, de la continuité et du réel ; l'opération de leur fondation constitue le fondement juridique de la société et de l'Etat ".[684]

---

[681] Cette remarque rejoint celle de BURDEAU, qui indiquait que " le terme institution a acquis une célébrité d'où sa signification a soudain retiré je ne sais quelle mystérieuse densité qui en rend l'emploi singulièrement délicat. On a élaboré une théorie de l'institution dont les mérites sont incontestables (…) mais je ne puis m'interdire de trouver tout à fait fâcheux le fait, pour une doctrine, d'annexer un mot banal, commode…et indispensable, de l'emplir d'explosif et de le remettre, ainsi transformé, en circulation (…) Certains mots devraient conserver leur honnête et tranquille neutralité pour servir un commerce intellectuel ouvert et non exclusivement la thèse d'une école particulière. ", Traité de science politique, T. 2, n° 170

[682] F.-P. BENOIT, Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, *préc.* p. 27.

[683] idem, p. 28.

[684] M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation : essai de vitalisme social*, p. 89. Il précise que *" la naissance des institutions corporatives se produit dans une opération de fondation "* distinguant les fondations par *" opération formelle "* et celles réalisées par *" opérations coutumières "* pour ne s'attacher qu'aux premières au sein desquelles il distingue deux modalités, *" celle de la volonté isolée d'un seul individu et celle par volonté commune de plusieurs individus "*, la première engendrant *" des institutions de la catégorie des établissements (hôpitaux, hospices…) dans lesquelles il n'y a point de groupe permanent de membres qui puissent perpétuer la fondation, et où cet élément est remplacé par un patrimoine affecté "*, la seconde engendrant quant à elle *" d'ordinaire des institutions de la*

Dans la seconde édition de *son Précis de droit constitutionnel* le doyen de Toulouse définit ainsi l'institution :

*" Une organisation sociale devient **durable**, c'est-à-dire qu'elle conserve sa forme spécifique, malgré le renouvellement continuel de la matière humaine qu'elle contient lorsqu'elle **est instituée**, c'est-à-dire lorsque, d'une part, l'idée directrice, qui est en elle dès le moment de sa fondation a pu se subordonner le pouvoir du gouvernement grâce à des équilibres d'organes et de pouvoir, et lorsque, d'autre part, ce système d'idées et d'équilibre de pouvoir a été consacré, dans sa forme, par le consentement des membres de l'institution aussi bien que du milieu social. En somme, la forme de l'institution qui est son élément durable, consiste en un système d'équilibres de pouvoir et de consentements construits autour d'une idée "*[685].

Mais la définition la plus souvent reprise est celle figurant dans *l'essai de vitalisme social* publié en 1925 dans le 4ème *Cahier de la nouvelle journée*[686] :

" Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se matérialise et dure juridiquement dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures "[687].

---

catégorie des corporations ou universitates, dans lesquelles subsiste un groupe permanent de membre perpétuant la fondation " : idem ; p. 119.

[685] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., p. 73

[686] *La théorie de l'institution et de la fondation : essai de vitalisme social*, préc.

[687] Pour G. BURDEAU, l'institution est *" une idée dans la mesure où elle agit ; l'entreprise qui la concrétise n'est que la forme extérieure de sa puissance agissante ; l'entreprise ne fait que donner à l'idée une individualité sociale. Tandis que le but d'un organisme reste extérieur à lui et évoque l'idée d'un résultat lointain, l'idée d'œuvre est incorporée à l'institution de sorte qu'elle se trouve déjà réalisée partiellement… En bref, dans l'institution, c'est l'idée qui agit à travers l'entreprise, alors que dans les groupements, sociétés ou corps non institutionnalisés, c'est le groupe ou l'organisme qui agit en vue d'une fin qui, atteinte, sera l'idée réalisée. L'idée existe dans l'institution, partout ailleurs elle ne*

La première réaction à la lecture de ces définitions est probablement de “ *n'y voir que des mots* ”[688] et, pour le moins, de s'interroger sur l'efficience juridique d'une telle définition : à quoi peut-elle servir, que permet-elle concrètement d'expliciter ?

Il est facile cependant, comme cela a été fait ailleurs[689], d'indiquer que l'institution correspond pour HAURIOU à l'existence de ces trois éléments : *une idée d'œuvre, un pouvoir organisé et le consentement des membres de l'institution*. Ce qui est naturellement fondamental, c'est l'idée d'œuvre, ce par quoi l'institution existe et ce sans quoi aucun pouvoir ne pourrait durablement s'organiser et fédérer le consentement des “ membres ” de l'institution. A la différence d'un organisme “ existant pour ” la réalisation d'un objectif, l'institution correspond à *“ une idée dans la mesure où elle agit, l'entreprise qui la concrétise n'est que la forme extérieure de sa puissance agissante ”*[690].

Pourtant, comme l'indique E. MILLARD, il s'agit peut être moins, en 1925, dans l'esprit du doyen HAURIOU de donner une définition proprement dite de l'institution qu'une *“ pseudo-définition (…) par énumération d'éléments constitutifs ”*, l'auteur notant qu'HAURIOU ne parle d'ailleurs lui même à propos de la formulation de 1925 qui est incontestablement la plus généralement

---

fait que justifier, motiver ou diriger l'entreprise ”, Traité de science politique, T. 2, LGDJ 1980 n° 171, p. 255-256 ; pour G. RENARD, l'institution est *“ la forme des idées pour le commerce juridique ”*, ou encore *“ le sujet de droit formé par l'incorporation d'une idée dans une économie de voies et de moyens propres à lui assurer la durée ”*, La théorie de l'institution, 1930, p. 431 et préface p. XIII.

[688] les développements qu'HAURIOU consacre à la matière peuvent effectivement faire pencher le lecteur dans ce sens, puisque, comme l'indique E. MILLARD, *“ les exposés de théorie du droit sont rédigés en termes qui peuvent nous apparaître souvent confus, avec de multiples références à d'autres sciences ou doctrines que le juriste de la fin du XXe siècle ne possède pas nécessairement (cela va de la théologie à la thermodynamique en passant, notamment, par la psychologie, la philosophie ou la théorie de la relativité) ”* : Hauriou et la théorie de l'institution, Droit et société 1995 p. 384.

[689] Voir par exemple M. DOAT, qui évoque pour sa part *“ trois éléments qui peuvent être dégagés de cette définition : l'élément idéal, l'élément coercitif, l'élément consensuel ”* : M.DOAT**,** *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Thèse Toulouse I, 1994 p. 192

[690] BURDEAU, *Traité* préc. n° 170

reçue que des “ grandes lignes ” de la théorie de l’institution et non d’une définition[691].

Il faut voir plus précisément à quoi se rattachent les trois éléments de cette définition ou ces grandes lignes de l’institution, idée d’œuvre (A), pouvoir (B) et consentement (C). Nous verrons enfin que pour garantir sa durée, l’institution se caractérise par une production normative (D).

A. l’idée d’œuvre :

“ Tout corps constitué est pour la réalisation d’une œuvre ou d’une entreprise ”[692].

Tout d’abord, le concept d’*“ idée d’œuvre ou d’entreprise ”* ne peut être compris comme correspondant à *“ ensemble de normes et de comportements généralement suivis ”*. Il s’agit en effet de *l’objet* de l’institution qu’est “ l’idée directrice de l’entreprise ” qui ne doit pas être confondue avec la fonction ou le but de l’institution. Le but demeure extérieur à l’entreprise, or l’idée directrice est *intérieure* à celle-ci[693]. Il y a entre les deux, pour HAURIOU la même différence que celle qui existe entre un programme d’action et un simple résultat.

L’idée d’œuvre ne doit pas davantage être confondue avec la *fonction* de l’institution *“ qui n’est que la part déjà réalisée ou du moins déjà déterminée de l’entreprise ; il subsiste dans l’idée directrice de celle-ci une part d’indéterminé et de virtuel qui porte au-delà de la fonction ”*, alors que l’idée d’œuvre

---

[691] Ce qui pour M. MILLARD a pour conséquence première que ladite formulation est *“ pour le moins complexe et obscure (et) qu’il ne peut s’agir que d’un éventuel point de départ pour (la) réflexion) ”* : E. MILLARD, Hauriou et la théorie de l’institution, *Droit et société* 1995 p. 392.

[692] M. HAURIOU, *Essai de vitalisme* préc. p. 98

[693] E. MILLARD illustre cette idée de la façon suivante : *“ protéger les libertés publiques n’est pas le but de la démocratie, mais bien l’idée d’œuvre de l’Etat démocratique : c’est à la fois un objectif à atteindre, et un moyen pour atteindre les objectifs de cet Etat. C’est dire alors que tous les moyens ne sont pas bons pour protéger les libertés, notamment parce qu’ils porteraient atteinte à ces mêmes libertés (…). Dans l’énoncé du but (élément extérieur), il y a aussi l’énoncé des moyens (élément intérieur qui constitue l’Etat parce qu’il donne les moyens d’agir ”*, art. préc., p. 395

correspond à un idéal à venir vers lequel elle tend alors que la notion de fonction correspond à la mise en œuvre ou à la perpétuation d'une situation existante.

En définitive *" l'idée directrice de l'œuvre, qui dépasse ainsi les notions de but et de fonction, serait plus justement identifiée avec la notion d'objet. L'idée de l'entreprise est l'objet de l'entreprise, car l'entreprise a pour objet de réaliser l'idée "*[694]. Elle possède enfin la particularité essentielle d'être *objective* c'est-à-dire de ne pas correspondre à une individualité subjective. Elle apparaît donc, malgré *" la glose subjective dont l'enveloppent les concepts de chacun des adhérents (…) une idée d'œuvre qui se propage dans le milieu social possède une existence objective et c'est d'ailleurs cette réalité-là qui lui permet de passer d'un esprit à un autre et de se réfracter différemment dans chacun sans cependant se dissoudre et s'évanouir "*[695].

C'est pour sa réalisation qu'un pouvoir " s'organise ".

B. Le pouvoir :

" Il s'agit de savoir où se trouve dans la société le pouvoir créateur ; si ce sont des règles de droit qui créent les institutions ou si ce ne sont pas plutôt les institutions qui engendrent les règles de droit, grâce au pouvoir de gouvernement qu'elles contiennent "[696]

Dans le cadre de la théorie institutionnelle, un pouvoir existe et s'organise " pour la réalisation de l'idée de l'entreprise et à son service ", sous la forme d'un

---

[694] Idem, p. 100. Ce que M. DOAT traduit de la façon suivante : *" l'idée d'œuvre s'identifie avec l'objet du groupe ; il nous amène à réfléchir à la relation du groupe avec sa finalité. Si tout groupe engage une finalité, l'idée n'est pas un but extérieur à l'entreprise mais elle implique au contraire un sentiment d'intimité ", thèse* préc. p. 193

[695] Une formulation de 1923, qui fait le lien avec la notion de personne morale est plus claire : *" je me suis occupé bien des fois déjà de la personnalité morale ; la conception à laquelle je suis arrivé progressivement est celle d'un groupe social dans lequel une idée directrice, telle, par exemple, l'idée de l'Etat sert de cadre dans toutes les consciences, aussi bien dans celle des membres du groupe que dans celle des organes dirigeants, à des phénomènes moraux que l'on peut intérioriser dans l'idée même du groupement. C'est cette idée directrice, ainsi animée par des faits moraux intériorisés, qui devient le substratum de la personnalité morale ", RTDciv.* 1923, p. 331 :

“ pouvoir de gouvernement organisé ”[697]. C’est la réaction subjective de certains individus à l’idée objective qui doit lui permettre de se réaliser[698].

La théorie institutionnelle correspond ainsi à une conception *spontanéiste*[699] du pouvoir et notamment du pouvoir réglementaire : pour le doyen de Toulouse, en effet, toute production normative, qu’elle soit publique ou privée, est d’origine institutionnelle, l’institution développant *“ donc un pouvoir naturel, nécessaire à sa mission, à l’organisation et à la vie du groupe ”*[700]

Cherchant à analyser le mécanisme de l’avènement de ce pouvoir, M. HAURIOU fait un certain nombre de propositions, qui sont exprimées en termes assez peu utiles pour l’analyse des phénomènes juridiques et qui participent d’une approche sociologique pure du phénomène du pouvoir. En ce sens, ces propositions ne seront pas discutées ici mais simplement présentées.

L’auteur insiste sur l’équilibre réalisé au sein de l’institution par la “ séparation des pouvoirs ”[701], l’ensemble des idées présentées paraissant assez abscons mais devenant plus intelligibles si l’on garde à l’esprit, par exemple, le cheminement qui aboutit à la création par quelques individus d’une quelconque association.

Une première idée correspond à “ la compétence intuitive de la décision exécutoire ” d’une minorité qui a pris (intuitivement) conscience de l’idée objective et dont les décisions auront, puisqu’elles vont dans le sens de l’idée, vocation à entrer en application (décision exécutoire) ; une seconde idée à “ la

---

[696] *Théorie de l’institution et de la fondation*, Aux sources du droit , p. 89
[697] idem. p. 104
[698] E. MILLARD, art. préc. p. 388
[699] Terme emprunté à B. FAURE : Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, LGDJ, BDP n° 200, 1998, p. 127, pour qui *“ pour HAURIOU, le pouvoir réglementaire se passe d’habilitation pour exister parce qu’il est spontané et inhérent à l’organisation sociale ”*.
[700] B. FAURE, idem
[701] *“ Toute séparation des pouvoirs est une séparation des compétences, choses spirituelles ; dans la séparation de l’Etat moderne, le pouvoir exécutif a la compétence intuitive de la décision exécutoire, le pouvoir délibérant la compétence discursive de la délibération et le pouvoir de suffrage celui de l’assentiment ”*, Essai de vitalisme, préc. p. 103

compétence discursive du pouvoir délibérant ” c'est-à-dire au fait que les décisions du pouvoir exécutif font l'objet d'un débat au sein des membres qui ont pris conscience de l'idée.

Enfin, une troisième idée s'applique à la “ compétence de l'assentiment du pouvoir de suffrage ” et c'est dans ce cadre que la “ masse ” peut le cas échéant agir sur les décisions prises, ce qui, comme l'indique E. MILLARD n'est finalement pas totalement étranger au fonctionnement réel de la démocratie représentative[702].

Elle est d'ailleurs la marque de la manifestation de communion qui préside nécessairement au fonctionnement de l'institution.

C. La manifestation de communion :

HAURIOU indique qu'elle ne peut être étudiée que dans sa “ réalité phénoménale ”, et il ne donne que des exemples de *“grands mouvements populaires qui accompagnent la fondation d'institutions politiques et sociales nouvelles ”*, au sein desquels nous mettrons naturellement en exergue *“ la fondation des communes au moyen âge (qui) a été accompagnée de grandes crises morales qui soulevaient les populations au cri de 'communion, communion' ”*[703]. Ainsi, lors du processus d'institutionnalisation, l'idée s'est

---

[702] *“ Ceux qui se sont un tant soit peu interrogés sur la démocratie et (…) le fonctionnement des régimes politiques (…) devraient convenir que, même si cela nous gêne intimement parce que cela bouscule quelque peu certaines idées reçues, cette analyse du rôle du peuple n'est pas totalement fantaisiste ”*

[703] idem, p. 105. Sur cette “ vision romantique de l'histoire ”, cf. J.-L. HAROUEL et alii, *Histoires des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF 7ème éd. 1996 p. 173 qui note que cette référence correspond au cri des bourgeois des basses villes révoltés contre leur seigneur évêque. On peut d'ailleurs indiquer que M. HAURIOU avait à l'esprit cette conception médiévale de la commune en rédigeant sa note sous l'arrêt Lemonnier, lorsque pour justifier la reconnaissance pour la victime, dans le cadre du cumul de responsabilités de poursuivre non seulement l'agent fautif, mais aussi la commune, il écrivait : *“ il y a bien un secrétaire de mairie, il y a bien un adjoint, des conseillers municipaux, il y a bien des citoyens qui assistent à cette fête et qui sont témoins des fautes commises. Comment ! il ne se trouve personne pour ramener le maire au sentiment des réalités (…) Si le maire a commis un fait personnel, lui à qui incombaient les initiatives, les autres ont engagé la responsabilité*

lentement insérée *“ par un triple mouvement d’intériorisation, d’incorporation et de personnification ”*[704] dans le “ subconscient ” des individus.

L’auteur refuse cependant tout à fait de faire de cette communion la preuve de l’existence d’une quelconque “ conscience collective ”[705], s’opposant expressément aux idées de DURCKHEIM, au motif un peu inquiétant qu’il y aurait *“ entre les deux analyses la différence qui sépare l’explication des progrès de la civilisation par l’action des élites et l’explication par la seule évolution du milieu ”*. Il oppose ainsi, ce qui a pu donner lieu à des interprétations tout à fait néfastes, “ la masse des esprits ” et “ le rôle dirigeant des consciences les plus hautes ” c'est-à-dire l’existence d’“ un chef ” dirigeant cette masse communiant avec lui en direction de l’idée d’œuvre. Cette affirmation correspondant à ce que nous indiquions plus haut concernant la “ prise de conscience ” ou l’intuition de l’idée par certains individus correspondant en ce sens seulement à une “ élite ” [706].

---

de la commune et commis une faute de service parce que le service est la chose de tous… Il y a des cas où l’apathie d’une population la rend complice. ” : *S.* 1918-1919.3.41 et la note.

[704] M. HAURIOU, essai de vitalisme, 1925, préc. p. 107

[705] Il indique que “ ces mouvements de communion ne s’analysent pas du tout en des manifestations d’une conscience collective ; ce sont des consciences individuelles qui s’émeuvent au contact d’une idée commune et qui, par un phénomène d’interpsychologie, ont le sentiment de leur émotion commune ”., idem p. 106. Ainsi, pour E. MILLARD, “ toute l’analyse d’HAURIOU va se développer (…) dans un sens très clair : remettre en cause l’idée de conscience collective, point nodal de la théorie de DURCKHEIM, en révélant la nature toute objectiviste, et qu’HAURIOU n’accepte pas. Voulant redonner sa place au subjectif, il doit intégrer une idée qui semble absente chez DURCKHEIM pour lui faire jouer le rôle que la conscience collective ne joue plus : l’idée de puissance ”, art. préc. p. 388.

[706] Sur cette question, ainsi que sur l’ensemble des critiques formulées à l’encontre de la théorie de l'institution, cf. infra. Voir aussi les analyses de Ch. EISENMANN, *Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou,* in Archives de philosophie du droit et de sociologie politique : *“ au fond, il apparaît bien que cette théorie des grands hommes est dominée par une doctrine (…) du droit de supériorité de l’élite ”*. Au terme d’une analyse profondément critique de l’œuvre d’HAURIOU, l’éminent auteur indique sous forme de mise en garde : *“ quant au fond, une conclusion nous paraît se dégager de notre exposé : c’est qu’il est nécessaire d’exclure de l’étude et de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale. Joindre les deux systèmes de connaissance, aboutit toujours et nécessairement à subordonner le premier au second ; or, cette subordination se heurte au fait de l’autonomie du droit positif, qui fonde celle de la science du droit. Elle ne peut qu’altérer la vraie figure des problèmes théoriques, en conduisant à sacrifier la poursuite de la vérité juridique, sans avancer pour autant la solution des problèmes pratiques ”*. Deux théoriciens du droit, Duguit et Hauriou, préc. p. 279

Il en résulte cependant que *“ toute prise en compte des oppositions, des conflits, des luttes, voire même toute manifestation des différences se trouvent dès lors écartées, faisant de l’institution un univers unanimitaire et intégré profondément artificiel ”*[707] et qu’HAURIOU lui même tempère la vision idéaliste du consentement qu’il avait d’abord avancée en indiquant assez explicitement qu’il *“ faut tirer cette conclusion que la communion fondative est une opération de pouvoir autant qu’une opération consensuelle, et que les fondateurs exercent un pouvoir ”*[708].

Plus précisément enfin, l’institution, pour pouvoir durer, est le lieu d’une production juridique, afin *“ qu’une conduite d’ensemble soit observée par tous les hommes englobés dans l’institution ”*[709].

D. Une production normative :

L’organe institutionnel est rendu titulaire d’un pouvoir dont la double fonction, disciplinaire et statutaire, a pour objet l’inscription de l’institution dans la durée. Et ainsi, le droit institutionnel se dédouble en un droit statutaire d’une part, qui fixe la situation juridique des organes et des membres, en un droit disciplinaire d’autre part, qui permet la coercition nécessaire[710].

En ce sens, comme l’indique M. MOURGEON, s’interroger sur la normativité dans l’institution *“ c’est par là même chercher le fondement de la réglementation ”* condition de la réalisation de l’objet que s’est fixé le groupe qui *“ apparaît avec l’institution ”*. Que cette réglementation résulte de l’intériorisation individuelle par les membres de l’institution de l’idée d’œuvre ou du phénomène de socialisation du groupe, *“ quelle que soit l’opinion à laquelle on se réfère une constante se dégage* ***: toute réglementation émane de l’institution ”*** [711]**.**

---

[707] J.-A. MAZERES, L’oscillation entre l’instituant et l’institué, préc. p. 278
[708] M. HAURIOU, essai de vitalisme… p. 122
[709] L. SFEZ, thèse préc. p. 90
[710] E. MILLARD, thèse préc. p. 383
[711] MOURGEON, *La répression administrative*, B.D.P. tome 75, L.G.D.J. 1967 p. 130

Cette production normative, à suivre le doyen HAURIOU, se subdivise donc en un droit disciplinaire (1) et un droit statutaire (2)[712], en ce sens que *" l'idée directrice de toute entreprise tend à s'exprimer subjectivement ; elle s'exprime d'abord dans toute institution par des règles de droit disciplinaire ou statutaire que, pour ainsi dire, elle secrète "*[713].

1. Droit disciplinaire :

M. HAURIOU définit le droit disciplinaire comme étant *" constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose ".*[714]

Plus récemment, pour E. PICARD[715], le droit disciplinaire est *" l'ensemble des actes juridiques émanant de l'autorité sociale instituée ou qui ont pour objet d'imposer aux individus des mesures de conduite, le tout dans l'intérêt de l'institution (…) de garantir la cohésion du groupe et la bonne réalisation de la*

---

[712] M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 6ème éd. préc. p. 19 : *" il faut distinguer deux espèces de règles d'origine institutionnelle, le droit disciplinaire et le droit statutaire qui sont, dans une certaine mesure, la contre-partie et le correctif l'un de l'autre "*. le droit disciplinaire est l'ensemble des règles qui admettent le point de vue de l'intérêt du groupe et qui ont pour objet les pouvoirs disciplinaires exercés au nom du groupe. Il est de nature pénale, mais il se distingue du droit pénal proprement dit en ce qu'il ne détient pas la détermination précise de la faute… l'inculpation reste discrétionnaire.
p. 20 : la police dans son essence de mesure discrétionnaire immédiatement exécutée par l'autorité qui a pris la décision, est purement institutionnelle.
p. 24 : on peut (…) dire que l'institution est *source de droit réel* et non pas comme le contrat, source d'obligations ; le droit réel traduit d'une façon directe l'existence de fait des êtres et des choses, tandis que l'obligation se rapporte à des actes.
[713] M. HAURIOU, *La théorie de l'institution*, préc. p. 116
[714] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, p. 137. Dans le précis de 1906, il indiquait : *" le droit disciplinaire est l'ensemble des règles qui admettent le point de vue de l'intérêt du groupe et qui ont pour objet les pouvoirs disciplinaires exercés au nom du groupe "*, préc. p. 19
[715] Op. cit. p. 475

fonction institutionnelle ”, alors que *“ du point de vue institutionnel, le concept de police correspond à la fonction disciplinaire ”* la police étant *“ la fonction disciplinaire des institutions ”*.

2. Droit statutaire :

Le groupe social s’institutionnalise dès que l’œuvre à réaliser présente aux yeux de ses membres suffisamment de force mobilisatrice pour qu’ils acceptent d’en subir la contrainte en adhérant à l’institution. Dans ce cadre, comme l’explique E. PICARD, *“ le droit statutaire détermine les obligations et les droits c’est-à-dire le rôle des organes des institutions ”*[716] : il s’agit de garantir par le droit statutaire *“ un certain ordre social, dit à l’origine naturel et donné apte par lui-même à réaliser l’harmonie sociale ”*.

Synthèse :

O. WEINBERGER[717] propose une excellente synthèse : pour l’auteur**,** la **fondation** d’une institution (…) *“ provient d’une idée de l’œuvre à réaliser qui produit un pouvoir de gouvernement organisé et qui est accompagné par une manifestation de communauté des personnes intéressées dans le groupe social ”*, alors que la raison d’être des institutions *“ est la fondation d’un système capable de réaliser des actions collectives d’un certain genre, à savoir des actions dirigées vers la réalisation de l’idée collective ”*.

Ainsi et c’est là l’essentiel, *“ la formation de la structure sociale pour la réalisation des actions est primaire, et les règles de conduite et de compétence sont **secondaires** c’est-à-dire qu’elles sont des effets de ce processus de fondation de l’institution et de la structure de pouvoir en elle ”*.

Autrement dit, confondre les sens sociologiques et institutionnalistes de la notion d’institution revient à prendre le résultat d’un processus pour ce processus lui même : on peut en effet indiquer, avec E. MILLARD[718] que *“ le terme institution pris dans ce contexte renvoie nécessairement à au moins deux choses, qui ne sont pas nécessairement différentes, mais qui se complètent et déterminent*

---

[716] E. PICARD, op. cit. p. 475 :
[717] Les théories institutionnalistes du droit, préc. p. 71

l'optique qu'adopte le chercheur :

- l'institution est d'abord ce qui est institué : l'organisation ; dès lors, l'institution est un concept essentiel de l'analyse, que l'on peut décrire comme objet.

- Mais d'autre part l'institution est également ***le processus qui institue un groupe humain*** *: moins que la forme instituée, elle est* ***la constitution*** *de cette forme dans la durée.(…) Le concept d'institution n'est ainsi plus directement l'objet de l'analyse* ***mais son outil immédiat*** *: tel est le sens des recherches actuelles, qui privilégient à partir de la théorie d'HAURIOU l'analyse institutionnelle sur le concept d'institution lui-même ".*[719]

Ainsi, il est nécessaire d'identifier deux phénomènes distincts[720] : l'existence, d'une part, d'un donné institutionnel qui s'impose à l'individu et qui apparaît comme statique ; l'existence, d'autre part, d'un **processus dynamique d'institutionnalisation**. Si le premier sens correspond effectivement à la définition sociologique de l'institution, c'est, bien sûr, sur ce second aspect que la théorie de l'institution *et de la fondation* porte, et que nous porterons donc notre attention.

Sur l'originalité de le théorie institutionnelle, au regard notamment des principes de philosophie du droit de HEGEL :

---

[718] E. MILLARD : HAURIOU et la théorie de l'institution, *Droit et société* 1995, p.381

[719] Idem, p.383

[720] De la même façon, pour le professeur J. CHEVALLIER, *" le terme d'institution recouvre deux acceptions différentes qui débouchent sur deux conceptions possibles de l'analyse institutionnelle. Par " institution ", on peut entendre, ou bien les formes sociales établies, ou bien* ***les processus par lesquels la société s'organis****e. La première approche est la plus classique : elle se réclame en France d'une double tradition juridique (HAURIOU et RENARD) et sociologique (DURKHEIM) : les institutions sont définies comme des phénomènes sociaux, impersonnels et collectifs, présentant permanence, continuité, stabilité. Toute société est caractérisée par un ordre, supérieur aux individus et aux groupes, qui assure sa cohésion, réalise son intégration et fonde sa pérennité. Les institutions sont l'expression et la garantie de cet ordre : dotées d'une consistance propre, détachées des volontés qui les ont fait naître et installées dans la durée, elles imposent leur loi aux membres de la société, en modelant les pensées et les comportements "* : L'analyse institutionnelle, in *L'institution*, CURAPP PUF, Paris 1981 p. 6 :

Dans une récente étude relative aux *“ notions et concepts, instruments de la connaissance juridique ”*, le professeur F.-P. BENOIT propose une analyse dialectique “ hégélienne ” des phénomènes juridiques, qui montre la filiation de la pensée d’HAURIOU avec celle du philosophe prussien[721]. L’auteur indique en effet que *“ pour HEGEL, la réalité de toute institution, c’est l’Idée de cette institution, cette idée étant ce qui correspond au stade où l’institution considérée a atteint un degré de rationalité absolue, le moment où l’institution est devenue totalement ce qu’elle peut être rationnellement ”*, l’idée d’une institution étant donc comprise comme *“ l’expression de cette institution au moment où elle est devenue parfaite (…), c’est-à-dire rationnellement achevée ”*. Cette idée joue *“ un rôle moteur ”* dans la formation des institutions puisqu’elle va *“ commander sa formation et son évolution ”* vers la perfection, marche qui va se faire *“ par le moyen d’une progression du concept de l’institution considérée ”*, ce concept étant la réalité de l’institution à chaque moment de sa progression vers la perfection.

Classiquement, l’auteur montre que la perception des institutions par ses membres peut faire l’objet d’une analyse dialectique sous la forme affirmation - négation - négation de la négation[722]. Mais l’essentiel réside dans le fait que ce schéma de progression concerne l’institution elle-même, les institutions évoluant dans la réalité *“ selon un mécanisme identique à celui de la connaissance ”*. Il y a, là encore, l’idée d’une *“ inversion des manières de voir ”*, puisque dans la recherche de la réalité d’une institution, il ne faut pas s’attacher aux faits abstraits, mais *“ à la part de l’Idée (donc à la part de rationnel) qui se trouve incluse, au moment donné dans l’institution considérée, cette part étant exprimée dans le concept de l’institution à ce moment ”*[723].

---

[721] F.-P. BENOIT, Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique (les leçons de la philosophie du droit de Hegel), PUG 1995, p. 23.

[722] L’auteur prend l’exemple de la famille que nous percevons d’abord *“ comme une cellule protectrice (…) puis dominatrice. Prenant conscience de cette contradiction, nous retenons ce qui est vrai dans chacun de ces éléments contradictoires, nous “ surmontons la contradiction ”, en réalisant la synthèse de ce qui paraît contradictoire, mais qui n’était en réalité que des aspects partiels de l’institution considérée ”*, idem, p. 25

[723] idem, p. 26.

Le concept doit être compris comme la part de rationalité, c'est-à-dire de conformité à l'Idée, qui se trouve à un moment donné dans l'institution, *" cette part qui, de moments en moments, est appelée à grandir jusqu'à être totale, c'est-à-dire jusqu'au moment où le concept de l'institution se confond avec l'idée de celle-ci, le stade où l'institution atteint sa rationalité parfaite "*[724].

Cette théorie hégélienne du concept, que le professeur BENOIT traduit *" en termes simples "* en indiquant que *" c'est l'idée d'une institution (c'est-à-dire l'institution au stade où elle atteint au rationnel parfait) qui commande par avance sa genèse, son évolution "* apparaît de la sorte très proche de la pensée du doyen HAURIOU et il nous semble qu'une véritable analyse institutionnelle est justement celle qui permet de *" reconnaître dans l'apparence du temporel et du passager la substance qui est immanente et l'éternel qui est présent "*[725]. Il ne semble pas cependant que cette proximité ait été, à notre connaissance, commentée par les auteurs[726], au détriment d'une autre filiation, celle du

---

[724] idem, p. 29. Les développements de F.-P. BENOIT sur la notion hégélienne de concept comme rationnel d'une institution et notamment l'affirmation au terme de laquelle *" dans un c'est-à-dire d'apparence institutionnelle mais qui ne comporte aucune part de rationnel (rend impossible) d'en dégager un concept "* correspondent sur ce point à la définition du concept proposée par R. KOSELLECK pour qui *" un mot devient concept quand la totalité d'un ensemble de significations et d'expériences politiques et sociales dans lequel et pour lequel ce mot est utilisé, entre dans ce seul mot " :* Le futur passé : contribution à la sémantique des temps historiques, éd. EHESS, 1990, p. 109, cité par P. NAPOLI, Police et Polizei : deux notions à l'âge libéral, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 80.

[725] HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, trad. A. KAAN, Gallimard 1997, p. 38 ; trad. R. DERATHEE, Vrin 1981, p.56.

[726] J.-A. MAZERES, cependant, au détour des belles préfaces qu'il a consacré aux thèses de MM. MILLARD et LINDITCH indique, à propos des difficultés épistémologiques de la théorie institutionnelle dès lors qu'on l'applique à l'institution étatique, qu'une solution pourrait être trouvée dans *" la recherche d'un dépassement de la contradiction, dans une perspective qui se rapprocherait de la dialectique hégélienne notamment de son analyse au sein des " Principes de la philosophie du droit " de la relation entre les 'états' et l'Etat "*. E. MILLARD, *op. cit*. préface p. XXII, et que le recours que fait HAURIOU à la notion de personnification et à la personnalité comme figure entéléchique de l'institution lui permet *" par le mouvement de la dynamique institutionnelle, de retrouver la liberté au sein même de l'unité étatique, démarche parallèle à celle, par ailleurs bien différente, de HEGEL dans sa philosophie de l'Etat et du droit " :* F. LINDITCH, op. cit. préface, p. XXI. Pour M. MILLARD, enfin, *" même si HAURIOU ne semble pas y faire référence, il est frappant de*

vitalisme et notamment du vitalisme bergsonnien.

Le vitalisme

On sait que M. HAURIOU a sous-titré son article sur la théorie de l'institution " essai de vitalisme social "[727], ce qui ne laisse pas de doute sur l'influence des théories de BERGSON, très en vogue au début du siècle.

Les théories regroupées en général sous l'appellation " vitalisme " sont celles qui tendent, en biologie, à distinguer les " processus vitaux "[728] des autres phénomènes physiques, et s'analysent donc en premier lieu comme une réaction des biologistes au mécanisme ou au " machinisme humain " par l'isolement de " processus propres à la vie "[729].

L'influence de BERGSON sur le doyen de Toulouse est tout à fait explicite dans la théorie de l'institution : l'utilisation du schéma bergsonnien de la vie qui ne se définit pas comme un type d'organisation du vivant mais comme un changement perpétuel dans un " élan vital "[730] compris comme un courant d'énergie créatrice, est assez clairement repérable dans les textes d'HAURIOU, et

---

constater que l'on rencontre là une analyse assez proche de celle menée par HEGEL sur la constitution de l'Etat à partir de la famille ou de la corporation ". Mais c'est plus largement le schéma évolutif des institutions vers l'Idée qui est commun aux deux penseurs.

[727] Il s'en explique de la sorte : " *les idées directrices, d'une objectivité saisissable puisqu'elles passent d'un esprit à un autre sans perdre leur identité et par leur propre attraction, sont le principe vital des institutions sociales, elles leur communiquent une vie propre séparable de celles des individus, dans la mesure où les idées elles-mêmes sont séparables de nos esprits et agissent sur eux* ", la théorie de l'institution et de la fondation, préc. p. 128.

[728] Défini au 18ème siècle par BARTHEZ, de la façon suivante : " *j'appelle principe vital de l'homme la cause qui produit tous les phénomènes de la vie dans le corps humain " :* Eléments de la science de l'homme, 1778.

[729] Sur cette question, voir l'article à *l'encyclopaedia Universalis*, Thésaurus, art. *Vitalisme.*

[730] *" Que veut dire BERGSON, quand il parle d'élan vital ? Il s'agit toujours d'une virtualité en train de s'actualiser, d'une simplicité en train de se différencier, d'une totalité en train de se diviser : c'est l'essence de la vie, de procéder par 'par dissociation et dédoublement', par 'dichotomie' "***,** G. DELEUZE, *le Bergsonisme*, PUF Quadrige 1998, p.96.

notamment dans le cheminement de l'institution vers l'idée d'œuvre[731]. Les développements qu'il consacre à cette question, de par le caractère daté des explications pseudos - scientifiques qu'ils contiennent, sont naturellement ceux qui ont le moins bien résisté au temps et dont la lecture semble aujourd'hui la moins utile.

*

* *

Il faut voir en quoi cette théorie, telle qu'elle vient d'être présentée, est susceptible de permettre un tel dévoilement, en général et dans le cadre de notre recherche, c'est-à-dire en tenter une évaluation épistémologique.

[731] Etablissant un parallèle audacieux entre la personnalité humaine et les institution corporatives, l'auteur indique notamment qu'il *" se peut que l'être humain consiste essentiellement en 'une idée d'œuvre à réaliser' "*, que son âme étant l'objet que l'idée de l'œuvre à réaliser doit signifier interprétant, comme il l'indique lui-même *" en un sens vitaliste la célèbre 'idée directrice' de C. BERNARD "*.

Section 2. Evaluation épistémologique

La théorie de l'institution semble, malgré les critiques diverses qui sont formulées à son encontre (II), rencontrer une certaine audience (I). Nous nous proposons de synthétiser ces points de vue, en tentant de déterminer dans quelle mesure ces critiques et les travaux récents consacrés à la matière sont susceptibles d'éclairer notre recherche (III).

I. Utilité et actualité de la théorie de l'institution :

Pour E. MILLARD, *" sous réserve d'être rénovée, et sous réserve de savoir ce que l'on veut en faire, la théorie institutionnelle semble susceptible d'éclairer bien des points sur lesquels achoppe le juriste "*[732]. De la même façon, pour le professeur J.-A. MAZERES[733], *" cette voie de l'analyse institutionnelle n'est pas à coup sûr une autoroute de la connaissance juridique ; elle n'est plus, cependant, un sentier totalement en friche.* L'auteur évoque ainsi l'existence d'une *" famille institutionnelle. "*[734]. Il est exact que la théorie livrée par le doyen HAURIOU au début du 20ème siècle continue de rencontrer l'intérêt de nombreux chercheurs dans le champ du droit public.

L'utilisation de la théorie de l'institution nous apparaît effectivement être une façon tout à fait féconde de poser la question de la relation *" entre la norme*

---

[732] E. MILLARD, *Famille et droit public*, BDP LGDJ 1996 . Pour le même auteur, *" la théorie de l'institution formulée par le doyen HAURIOU au début du siècle demeure particulièrement stimulante pour une analyse théorique du droit et pour une compréhension de sa dimension sociale "*. Droit et société 1995, p. 381

[733] Qui dirigeait d'ailleurs ladite recherche, comme nombre d'autres utilisant la théorie de l'institution. Outre les thèses publiées de M. HECQUARD THERON, Essai sur la notion de réglementation, d'E. MILLARD et F. LINDICH précitées, on peut évoquer le travail de M. DOAT *sur " la notion de collectivité locale en droit administratif français "* dont il résulte que *" la collectivité locale n'est pas le résultat d'un contrat volontairement passé entre ses membres. Elle n'est pas non plus le produit unique de la volonté étatique qui par ailleurs a uniformisé sa structure et a déterminé ses compétences. Sa formation est plus complexe. Son développement consiste, en grande partie, dans le partage en commun de représentations, d'images, qui participent à l'identité de chaque individu "*. L'auteur propose une *" nouvelle approche du collectif (…) par le biais des notions d'acte collectif et d'institution "* Thèse Toulouse I, 1994, Résumé. Sur cette question voir aussi J.-A. MAZERES, les collectivités locales et la représentation, essai de problématique élémentaire, RDP 1990, p. 612

[734] J.-A. MAZERES, Préface à la thèse de d'E. MILLARD préc. p. XVII

et l'objet qu'elle saisit ". Pour le professeur MAZERES[735], cette question est largement négligée dans le cadre de la recherche juridique alors que *" l'on ne fait sans doute pas assez attention, dans les diverses branches du droit, à ce distinguo fondamental entre le domaine de l'acte juridique qui constitue le droit, et les autres domaines qui sont seulement des objets du droit, des réalités matérielles ou sociales auxquelles simplement le droit s'applique. Ces deux sphères, trop souvent simplement juxtaposées, relèvent de problématiques en fait profondément différentes, et soulèvent des problèmes épistémologiques également différents "*[736].

Estimant que l'objet du droit est de standardiser, de régir afin de gérer l'objet auquel il se rapporte et que cette gestion est déterminée par des données métajuridiques, l'auteur indique une opposition entre d'une part la nature collective d'une institution comme la famille et d'autre part le fondement strictement individualiste du système juridique général qui ne peut appréhender que des situations individuelles.

Il en résulte que *" le collectif est une notion illisible pour le système juridique qui ne peut que traduire en des termes correspondant à sa logique individualiste les phénomènes sociaux de cette nature qu'il est amené à saisir. (…) Toute la problématique de la personne morale est traversée par cette logique qui ramène le pluralisme du groupe à l'unité de la personne ; unité qui va, aux deux sens du terme, contenir le collectif "*[737].

La théorie de l'institution permet de réduire cette aporie puisqu'elle a pour objet *" d'atteindre le collectif en dépassant l'opposition stérile du subjectif et de*

---

[735] idem, p. XIII *: " une question fondamentale pour toute entreprise d'analyse juridique : celle de la relation, toujours posée et souvent oubliée dans les multiples domaines de l'immense étude du droit,* ***entre la norme et l'objet qu'elle saisit*** *– ce que le droit fait de cet objet, ce que cet objet fait du droit. Cette perspective, il est vrai est celle par laquelle Hans KELSEN aborde la construction de sa célèbre théorie normativiste. Mais l'arbre kelsénien cache dans son ombre pourtant avare la forêt d'un problème dont les rameaux sont plus étendus et les racines plus profondes "*.
[736] Idem p. XIV.
[737] Idem p. XVI

l'objectif "[738] et se situe en ce sens *" érigée au carrefour de l'individualisme*[739] *et du holisme*[740] *qui fractionnent habituellement l'analyse du champ social "*[741] par l'étude de *la relation dynamique et créatrice de l'individu au groupe, relation qui traverse l'ensemble de toute formation sociale, au delà de la traditionnelle opposition de la société civile et de la société politique ".*[742]

Le point saillant pour l'auteur de cette analyse est de montrer que la norme juridique d'autorité, qui exprime le commandement, l'unilatéralité et l'inégalité, *" n'a point sa seule source dans l'Etat ou la puissance publique, mais se trouve générée au sein de tout groupe – public ou privé – et résulte de la relation de groupe à membre de groupe "*, cette genèse du droit dans et par l'institution constituant *" à coup sûr l'apport le plus original – mais aussi le plus subversif – de la théorie élaborée par HAURIOU "*, la théorie de l'institution dévoilant *" la réalité de l'émergence des relations d'autorité qui, loin d'être cantonnées dans la relation aux personnes publiques, naissent au cœur de la société civile, dans les groupes qui la structurent, les associations, les entreprises, les familles "*[743].

---

[738] Idem p. XVII

[739] Cela même si, sur un tout autre plan, comme l'indique P. HEBRAUD, *" sous une inspiration puisée d'abord chez PROUDHON, recouverte ensuite par d'autres influences et relayée par des développements personnels, HAURIOU s'est constamment affirmé individualiste "* se réclamant plus précisément d'un *" individualisme faillible " :* Maurice HAURIOU et les civilistes, *Recueil de l'académie de législation*, t. 18, 1959, p. 22. Ainsi pour HAURIOU : *" la matière du droit (…) se ramène essentiellement à de la liberté humaine conditionnée par de l'ordre social et de la justice " :* cité par M. HEBRAUD, idem, p. 23.

[740] holisme, du grec holos " entier " : théorie selon laquelle l'homme est un tout indivisible qui ne peut être expliqué par ses différentes composantes (physique, physiologique, psychique) considérées séparément. Ou : système d'explication globale.

[741] " L'institution se trouve érigée au carrefour de l'individualisme et du holisme qui fractionnent habituellement l'analyse du champ social : non point l'individu au dessus du groupe, non point le groupe au dessus de l'individu, mais la relation dynamique et créatrice de l'individu au groupe et du groupe à l'individu – relation qui traverse l'ensemble de toute formation sociale, au delà de la traditionnelle opposition de la société civile et de la société politique ".

[742] ibidem

[743] " Or, tout groupe génère, dans la dynamique qui s'institue avec ses membres, des situations unilatérales de pouvoir et fait jaillir des normes impératives. Là est la réalité, la situation concrète et effective des sociétés d'hier et d'aujourd'hui. Au nom d'un égalitarisme formel jugé nécessaire au déploiement du capitalisme, le système juridique français occulte

En ce sens, la théorie de l'institution est à la fois une théorie " antinormativiste " (A) mais qui seule permet d'expliquer certains phénomènes collectifs (B).

A. Une théorie antinormativiste

Le point essentiel est, comme l'indique Ota WEINBERGER[744], que fondamentalement ***" l'institutionnalisme doute de la réalité des normes juridiques comme telles*** *et conçoit les normes seulement comme des produits des institutions* [745]*"* pour considérer que *" ce qui est vraiment la réalité sociale, c'est l'institution ; les normes (…) sont secondaires relativement aux institutions.* L'auteur indique qu'en ce sens, l'institutionnalisme est antinormativiste et défend *" la primordialité des faits sociaux – des idées directrices, du pouvoir et de la force – par rapport aux normes "*.

B. Une vocation à tout expliquer :

Pour le professeur E. PICARD[746], si les théories juridiques tendent toutes, en général, de soumettre le fait au droit ou à rendre compte de la circonstance

---

depuis deux siècles cette réalité sociale, permettant aux situations d'oppression et de domination de s'exercer dans le libre champ du non-droit, sous le masque du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ". Idem

[744] Ota WEINBERGER, les théories institutionnalistes du droit, préc., p. 70

[745] idem p. 71. Santi ROMANO de la même façon estime que les conceptions qui entendent le droit comme une norme ou un système de normes sont " inadéquates et insuffisantes " et il oppose à ces conceptions celle du droit comme ordre juridique au sens sociologique qui constitue pour lui un " tout vivant " qui comprend outre la norme une volonté**,** une puissance, une force qui posent la norme et s'identifient avec l'institution entendue comme " personne ou corps social ". " Chaque ordre juridique est une institution et chaque institution est un ordre juridique : l'équation entre les deux concepts est nécessaire et absolue ". Le droit entendu comme ordre juridique ou institution contient parmi ses éléments essentiels en premier lieu la société comprise comme " une entité qui constitue formellement et intrinsèquement une entité concrète distincte des individus qui sont compris par elle , L'ordre juridique, Dalloz 1975. Sur l'ensemble de cette question, voir B. TREVES, Sociologie du droit, PUF 1995, p. 116 s. les théories de l'institution et de l'association.

[746] Thèse préc. p. 485

qu'il s'y soumet, la théorie institutionnelle *" présente l'avantage de pouvoir aussi rendre compte du droit par le fait que, en définitive, la structure et tout l'ordre juridique de l'institution dépendent de son idée d'œuvre ",* ce jeu dialectique entre le fait et le droit conférant à la théorie institutionnelle *" une vocation à tout expliquer "*[747].

Dès lors, sur le plan de la technique juridique, la validité d'une règle ne se déduit plus uniquement de sa conformité avec le système formel des règles en vigueur dans l'institution mais *" en fonction de sa conformité à l'idée d'œuvre "*[748] et ainsi *" on n'est donc plus obligé, pour fonder la validité d'une norme incompatible avec l'ordonnancement juridique formel et cependant reconnue par le juge ou le droit positif de recourir aux artifices de l'interprétation légaliste : il suffit d'inférer le contenu de l'idée d'œuvre à partir des résultats qu'elle est censée produire ".*

Institution et personnalité morale

La théorie de l'institution est notamment susceptible de renouveler la réflexion sur la personnalité morale, en la comprenant, avec J.-A. MAZERES[749], comme la figure entéléchique[750] de l'institution. L'auteur distingue la personnalité morale *" réalité qui relève des mœurs, des comportements sociaux "* et la personnalité juridique *" moyen technique permettant l'établissement de relations juridiques "* pour indiquer que *" les deux notions ne sont (pas) similaires, mais complémentaires, la personnalité juridique étant la marque posée sur la personnalité morale ou encore la stylisation de la personnalité*

---

[747] De la même façon, pour E. MILLARD, " la grande force de la théorie de l'institution (est) sa capacité à analyser directement le groupe organisé quel qu'il soit ", art. préc. p. 391.

[748] E. PICARD, thèse préc. p. 485 qui indique qu'en effet, *" grâce à cette causalité réciproque qu'elle établit entre le droit et le fait, elle incorpore même à toute règle de droit sa propre exception puisqu'il suffit de faire valoir que cette dernière, si elle n'est pas expressément prévue par une règle formelle elle-même, découle nécessairement du droit statutaire ou de l'idée d'œuvre puisque existant en fait cette exception doit nécessairement trouver une explication institutionnelle, c'est-à-dire juridique ".*

[749] J.-A. MAZERES, préface à la thèse de F. LINDITCH, LGDJ 1997, *Recherches sur la personnalité morale en droit administratif*, préc. p. XX

[750] Chez Aristote, État de perfection, de parfait accomplissement de l'être, par opposition à l'être en puissance, inachevé et incomplet.

morale ”.

Cette affirmation d’apparence baroque s’inspire, là encore, d’HAURIOU qui après avoir plus classiquement indiqué que *“ l’institution est la véritable réalité sociale séparable des individus ”* et compris ainsi l’institution *comme “ le premier moment, la base sociale concrète de la personnalité morale ”*[751], fera en 1925 état d’une nouvelle conception. Il en résulte, à l’inverse, que l’institution n’est pas le fondement social de la personnalité morale *qui “ s’efface devant la théorie de l’institution qui la contient, parce qu’elle lui donne un sens dans un cadre conceptuel de compréhension plus large et plus dynamique ”* c'est-à-dire le mouvement institutionnel, le processus qu’on évoquait plus haut et dont le propre est d’être à la fois à l’origine et à l’aboutissement.

Pour J.-A. MAZERES ainsi, l’institution n’est plus *“ une donnée phénoménale constituant la substance objective du construit juridique, mais un véritable modèle théorique qui livre la structure de ce construit en même temps qu’il en explique le mouvement ”*. Ainsi, l’institution se trouve *“ dans un tout autre rapport avec la notion de personnalité morale : non plus fondement social empirique, mais structure théorique à visée explicative ”*[752] et la personnalité morale réapparaît comme l’aboutissement ou l’accomplissement des trois moments de la dynamique institutionnelle, lorsque l’idée d’œuvre intériorisée grâce aux manifestations de communion des membres du groupe, *“ acquiert la force d’une sorte de personnification ”*.

*

* *

L’intérêt de la théorie de l'institution est cependant largement remise en cause par la doctrine, plus semble-t-il en raison du caractère sulfureux que les interprétations de la philosophie allemande lui ont imprimé et qui semblent

---

[751] idem p. XXI
[752] idem

l'avoir disqualifiée, que pour de véritables raisons épistémologiques, puisque les principaux reproches que l'on formule alors tiennent au caractère imprécis et daté d'HAURIOU.

II. Les critiques formulées à l'encontre de la théorie :

Elles sont ainsi à la fois d'ordre épistémologique (A) et idéologique (B).

A. D'ordre épistémologique :

La théorie de l'institution est une théorie qui fait largement appel à la sociologie. De ce fait, elle est comprise comme incapable d'expliquer des mécanismes juridiques. C'est notamment l'avis du professeur DOUENCE pour qui si *" tout un courant de la sociologie, qu'elle soit générale ou plus proprement politique, confirme la justesse de cette inspiration (l'origine institutionnelle du pouvoir réglementaire) "* et si même *" la science juridique elle-même peut utiliser avec bonheur cette ligne directrice "* cette conception sociologique du pouvoir réglementaire *" dont les prolongements sont immenses (…) n'explique pas directement les mécanismes juridiques car elle se situe à un niveau plus élevé et, d'autre part, contredit en partie les fondements idéologiques du régime politique français "* [753].

Plus récemment, pour Y. TANGUY[754], le modèle institutionnel construit par Maurice HAURIOU *" ne peut pas faire aujourd'hui figure de modèle global d'analyse des phénomènes juridiques et sociaux comme il l'avait envisagé "*. Particulièrement, il serait dans l'impossibilité de rendre compte de l'existence de l'Etat, puisque pour l'auteur *" l'avènement de l'Etat Providence "*, en modifiant les fondements idéologiques de l'action des personnes publiques, a rendue caduque l'explication imaginée par HAURIOU.

---

[753] Thèse préc. p. 52. Plus récemment, l'auteur indique, dans sa préface à la thèse de B. FAURE que *" dès qu'éclate 'la fiction d'une conception uniforme de l'administration' et que s'exprime partout la tendance à un 'pluralisme institutionnalisé', l'originalité du pouvoir local devient l'hypothèse centrale qui rend compte de l'évolution du système administratif local "*, *Thèse* préc., préface p. 6

Le professeur MAZERES lui même, dont les travaux pourtant participent largement de la " renaissance " de cette théorie dans la recherche juridique récente estimait de la même façon que cette question de la relation de l'institution à l'Etat, constitue le " talon d'Achille " sur laquelle *" semble bien achopper la théorie du doyen HAURIOU "* [755]. Cette difficulté correspond pour l'auteur à la question de savoir si l'institution est *" une notion permettant de définir l'Etat par identification ou au moins par analogie, l'Etat étant alors considéré " comme " une institution, comme toute institution "*, ou bien si l'Etat est *" une institution d'une autre nature que les autres, une institution spécifique qui surplombe et contient les autres, toutes les autres ? "*.

Cette remarque est partagée par M. DOAT[756] pour qui M. HAURIOU s'enferme dans *" une série de contradictions lorsqu'il envisage, dans les détails, le fonctionnement d'un Etat pluraliste "* alors même que *" l'idée d'œuvre apparaît comme un rapport imaginaire de représentations, rapport idéologique qui maintient et légitime l'autorité "*[757] finalement assez proche du concept marxiste d'idéologie comprise comme un *" socle de conceptualisation utilisé par l'individu pour appréhender la réalité dans laquelle il s'insère "*[758].

De la même façon, et dans le domaine de l'étude du pouvoir réglementaire des collectivités locales sur lequel nous aurons l'occasion de revenir[759], si *" HAURIOU met superbement en évidence l'unité des groupes constitués et le pluralisme social, (…) sa construction demeure un modèle utopique où l'accent est mis sur le moment de la fondation de l'institution "*, l'auteur décrivant *" un univers cloisonné "* dans lequel *" une totalité tire d'elle-même tous ses éléments constitutifs (donc son pouvoir) alors que la réalité ne nous montre que des rapports entre institutions "*[760].

---

[754] Y. TANGUY, L'institution dans l'œuvre de M. HAURIOU, *RDP* 1991 p. 60
[755] Préface à la thèse d'E. MILLARD, préc. p. XX.
[756] Thèse préc. p. 203
[757] idem p. 206
[758] Idéologie allemande, préc. p. 143
[759] Voir infra. les développements consacrés la notion de compétence locale.
[760] B. FAURE, thèse préc. p. 182. Des critiques plus virulentes encore, et probablement excessives, se sont exprimées ainsi pour MASPETIOL, la théorie de M. HAURIOU, est

Pour M. FAURE, cette inadéquation à la réalité permet d'expliquer pourquoi la théorie de l'institution n'a jamais reçu de développement en droit positif et l'auteur indique *" qu'à défaut de remaniement, elle semble vouée à l'abstraction ou à des récupérations malavisées achevant de la discréditer "*.

Cette idée de fondation, cependant, n'est pas absente du discours philosophique sur l'Etat. Pour H. ARENDT, notamment, ce qui est essentiel à la notion d'autorité, c'est justement l'idée de *fondation.* Pour la philosophe *" il existe dans notre histoire politique un type d'événements pour qui la notion de fondation est décisive (…) : les révolutions de l'époque moderne et le penseur est MACHIAVEL qui parut au seuil de cette ère et qui, sans avoir lui-même employé le mot, fut le premier à concevoir une révolution "*[761]. ARENDT fonde effectivement l'Etat non pas, on l'a dit, sur la violence ou la domination, le pouvoir résidant effectivement dans le peuple[762], mais sur l'autorité dont elle voit la naissance et l'origine dans la Rome antique, à travers l'autorité sénatoriale de l'*auctoritas in senatu*[763], comme *" la forme perdurante de l'acte de fondation de*

" trop inscrite dans les réalités de son temps (politiques, économiques et sociales) " et " n'a pas écarté suffisamment la tentation du temporaire et du contingent ". Et ainsi, " ne recourant avec rigueur ni à la méthode phénoménologique ni à la méthode génétique, HAURIOU s'en tient volontiers à une description qui réunit l'accidentel et le transitoire avec le nécessaire et la substance. Il y a ainsi dans sa théorie toute une partie d'éphémère qui a cessé de vivre " R. MASPETIOL**,** L'idée d'Etat chez Maurice HAURIOU, *Archives de philosophie du droit* n°13 1968 p. 261

[761] H. ARENDT, Qu'est-ce que l'autorité ?, in *Crises de la culture*, cité par P. RICOEUR, *Lectures 1*, préc. p. 39.

[762] Conception dont l'éloignement avec celle de HEGEL, n'est peut-être pas si marqué : pour lui si *" la souveraineté du peuple opposée à la souveraineté qui existe dans le monarque est le sens habituel dans lequel on s'est mis à parler de la souveraineté du peuple dans les temps modernes, dans cette opposition, la souveraineté du peuple appartient aux pensées confuses, fondées sur une conception barbare du peuple. Le peuple sans son monarque et sans l'articulation qui s'y rattache nécessairement et immédiatement, est une masse informe, n'est plus un Etat "*. Effectivement, le pouvoir sans autorité pour le fonder, quelle que soit la source, divine ou mythique, de cette autorité, n'est pas suffisant.

[763] Ainsi pour P. RICOEUR : *" la différence entre pouvoir et autorité est donc à la fois nette dans son principe, masquée dans la réalité ; dans le principe, le pouvoir est dans le peuple, donc aujourd'hui, maintenant ; l'autorité dans le sénat, c'est-à-dire dans les Anciens, qui, parce qu'aînés sont plus près de la fondation "*, idem, p. 38

la ville : ab urbe condita "[764]. Ce modèle romain aurait poursuivi son emprise sur la pensée au travers de l'autorité ecclésiastique au sein de l'Eglise Romaine[765]. Et P. RICOEUR prend ici la précaution de prévenir la critique en indiquant que le caractère mythique de cette explication participe de tous les fondements de l'autorité qui prennent leur source dans un événement fondateur mythifié[766].

Cet attachement à l'autorité peut tenir au caractère " évasif , fragile, évanescent " du pouvoir qui a toujours besoin d'un facteur de légitimité qui soit en même temps un facteur de durabilité. Et cette double nécessité n'a pas disparu avec l'effondrement du modèle romain et de son relais ecclésiastique.

Des critiques plus profondes touchent à la dangerosité de la théorie de l'institution, accusée, en bref, d'avoir fait le lit du national-socialisme.

B. Critiques d'ordre idéologique :

De fait, avant d'entreprendre une étude plus approfondie de la détermination du patrimoine public responsable à l'aide de cet outil, il est nécessaire de revenir brièvement sur une controverse faisant, pour être très allusif, de la théorie de l'institution l'un des fondements des idéologies justifiant la règle de droit par le fait ou encore par la force.

On indiquera seulement, en forme de renvoi, que le professeur MAZERES est récemment revenu sur l'actualité de la théorie institutionnelle et sur les critiques dont elle a fait l'objet notamment à la suite de son interprétation allemande (Carl SCHMITT)[767] et que le professeur BURDEAU, s'agissant de

---

[764] ibidem.

[765] Sur cette question, cf. P. RICOEUR, Le Paradoxe de l'autorité, in *Le Juste 2*, Ed. Esprit 2001, p. 114. L'auteur indique cependant dans l'introduction de l'ouvrage que cet essai, donné en 1996 *" (lui) semble aujourd'hui tourner court "*, la distinction romaine de l'*auctoritas*(des Anciens) et de la *potentia* (du peuple) permettant certes de légitimer le pouvoir, mais pas *" d'inscrire cette légitimité dans les faits " :* introduction p. 30.

[766] idem, p. 116

[767] J.-A. MAZERES, préface à la thèse d'E. MILLARD, Famille et droit public, BDP LGDJ 1996 p. XVIII : *" (…) la pensée d'HAURIOU – et la théorie de l'institution qui la structure – est aux antipodes de ce qui constitue les ingrédients de l'idéologie fasciste ou national-*

l'institution étatique, avait déjà très clairement indiqué pourquoi la théorie de l'institution différait des théories faisant de la force la justification unique de l'action des gouvernants[768] et n'était pas une *" théorie de la puissance (…) qui ramène le consentement populaire à des manifestations de communion avec le pouvoir, et qui fait de l'homme providentiel l'acteur politique légitime "*[769].

Il n'en reste pas moins qu'une lecture, certes réductrice, des écrits d'HAURIOU permet certaines interprétations dangereuses pour le lecteur du 21ème siècle et que certains développements évoquent irrésistiblement les événements les plus douloureux du siècle précédent. Cela induit la nécessité, en utilisant cet outil qu'est l'analyse institutionnelle, de signifier clairement dans quelles limites précises elle doit s'inscrire.

---

socialiste. (…) A l'opposé de la pensée heideggerienne de l'être, hantée par une nostalgie répressive, la théorie de l'institution est établie sur l'œuvre, le projet, l'indéterminé créatif du politique. (…) La voie est claire, et tout soupçon impensable. " Pour une analyse des positions du doyen HAURIOU et de Carl SCHMITT en matière constitutionnelle, cf. O. BEAUD, *Les derniers jours de Weimar*, Descartes et Cie 1997, p. 231 pour qui *" partis sur des bases similaires, HAURIOU et SCHMITT divergent dans leur appréciation sur l'interdiction politique "* et oppose la " pente libérale " du premier à la " pente autoritaire " du second pour conclure *: " plus que de longues analyses exégétiques de la pensée schmittienne, cette comparaison avec la pensée de HAURIOU en dit long sur la différence d'esprit "*.

[768] *" On voit qu'ainsi la règle est incluse dans la représentation de l'ordre souhaité puisque c'est par l'observation de la règle que cet ordre se réalisera. C'est l'effet que l'on en attend, l'accomplissement du but social, qui valorise la règle et lui donne son caractère de règle de droit.* ***J'entends bien que la coïncidence ainsi affirmée entre le règne du droit et le régime d'Etat ne manquera pas de provoquer quelque inquiétude. Ne vais-je point insidieusement raviver l'ancienne et odieuse théorie des publicistes bismarckiens pour qui le droit étant la création de l'Etat et l'Etat incarnation de la force, finalement la force créait le droit ?*** *Est-il besoin de dire que je ne nourris pas un tel dessein ? Lorsque je fais de l'Etat le titulaire de la puissance commandante, il ne s'agit pas d'une puissance absolue. L'institution absorbe le pouvoir avec ses facultés dominatrices ; mais celles-ci sont conditionnées par le service de l'idée de droit car, si l'idée de droit suscite le pouvoir et l'arme de toutes les énergies qui sont en elle, elle continue à remplir le même rôle à l'égard de la puissance étatique. Il en résulte que, si l'Etat est le titulaire du pouvoir de domination, il n'en est pas le fondement. (…) L'Etat est limité par l'idée de droit parce que sa puissance est juridiquement conditionnée par l'idée de droit qui la légitime. L'Etat ne se limite point ; il naît limité. "* G. BURDEAU, *L'Eta*t, préc. p. 60

[769] E. MILLARD, art. préc. p. 400 qui note par ailleurs qu'on a dit que SALAZAR avait fait d'HAURIOU l'un de ses auteurs fétiches.

III. Synthèse :

Il nous apparaît d'abord que la théorie élaborée par le doyen HAURIOU, telle que l'ont notamment reçue G. BURDEAU et E. PICARD, pêche par une double imprécision, mais qu'elle n'en constitue pas moins un outil tout à fait indispensable et absolument utile dans le cadre de notre recherche.

Une imprécision métaphysique tout d'abord, qui est celle de toute théorie idéaliste, et qui revient à ce qu'on *reste nécessairement perplexe*[770] quant à l'existence et à l'origine de " l'idée d'œuvre ", donnée comme préexistante au régime politique ou juridique qu'elle fonde, qu'il s'agisse de l'idée de droit ou de l'idée de liberté. La même remarque peut d'ailleurs être faite à propos de la " rationalité "[771] vers laquelle, pour HEGEL, les institutions évoluent dans une dynamique dialectique. Il est clair qu'à cet égard la notion marxiste d'idéologie est nettement plus satisfaisante intellectuellement en ce sens qu'on parle alors d'une idée d'œuvre volontairement donnée pour indiscutable et permettant, pour faire court, de justifier la domination d'un groupe sur un autre. A ce titre, la notion de " mondialisation " et l'apparente omnipotence de la science économique peut aisément faire l'objet d'une telle analyse, sous l'appellation très en vogue de " pensée unique "[772].

---

[770] Perplexité qui, cependant, n'est pas très différente de celle dans laquelle on se trouve face, par exemple, à la " découverte " prétorienne des principes fondamentaux du droit par les juges constitutionnel et, désormais, administratif, découverte qui pourrait fort bien être interprétée en termes institutionnels.

[771] Pour HEGEL, la rationalité à propos de l'Etat, " *considérée abstraitement, (…) consiste en général dans l'union intime de l'universalité et de la singularité. Considérée concrètement, comme c'est la cas ici, elle consiste, quant à son contenu, dans l'unité de l'unité de la liberté objective, c'est à dire de la volonté substantielle générale et de la liberté objective, en tant que savoir individuel et volonté cherchant à réaliser ses buts particuliers - et pour cette raison, quant à sa forme, elle consiste dans une façon d'agir se déterminant selon des lois et des principes pensés, c'est à dire universels. Cette Idée est l'être éternel et nécessaire en soi et pour soi de l'Esprit* ", *Principes de philosophie du droit* (DERATHEE), § 257 et suivants.

[772] L'utilisation pseudo - scientifique, au sens courant du terme de " conformité aux exigences d'objectivité, de précision, de méthode des sciences, de la science " (*Le Robert)*, c'est-à-dire de vérité vérifiée et provisoirement indiscutable, d'une science sociale peut effectivement être utilisée comme un outil de justification dans le discours patronal. Le tour de force, scientiste, étant de réputer inconséquente, parce qu'a - scientifique et partant fausse, toute proposition dissidente, alors que les caractères de scientificités de la prévision économique ne paraissent pas pouvoir être valablement revêtus d'une telle autorité.

Une imprécision scientifique dès lors, puisqu'au regard des termes dans lesquels elle nous a été léguée par HAURIOU, elle ne peut pas rivaliser avec les théories normativistes d'Hans KELSEN, beaucoup plus rationnellement élaborées[773]. Cette situation correspond probablement au fonctionnement intellectuel du doyen de Toulouse qui laissait une place fondamentale à l'intuition, au risque de l'imprécision[774].

Et ce n'est ainsi que *" de manière doctrinale "* que l'on peut avancer que *" le " vitalisme social " de HAURIOU offre, sur ce point précis, une confrontation triomphante sur le modèle kelsénien désincarné et dévolontarisé du " tout à l'objectif "*. Car, *" au plan du droit positif, tout est ramené à l'unité au sein de l'ordre juridique où la progression des compétences discrétionnaires et la multiplication des compétences nouvelles rétablissent une cohérence formelle "*[775], alors même que *" l'apparence d'une concession, l'habillage d'une*

---

[773] B. FAURE note cependant, à propos du pouvoir réglementaire des collectivités locales que *le publiciste est accusé d'avoir trop sacralisé le schéma kelsénien, figurant l'ordre juridique comme un " ordre de contrainte ", où se fond chaque acte comme " une pierre dans la pyramide " (P. RAYNAUD). Les relations verticales du droit public conduisent à présenter le sujet comme subordonné à l'objectif légal, le pouvoir lié caractérisant la normalité de l'action administrative. (…) Peut-être, l'autonomie de la volonté n'a-t-elle pas sa place en droit public où les besoins de l'unité de la matière et son caractère de puissance publique la rendraient perturbatrice et dangereuse. Mais de la même manière qu'il n'existe pas de droit pur , entièrement subjectif, en droit privé, le droit public ne connaît pas de norme absolument objective " :* Thèse, p 186

[774] Ainsi pour M. DOAT, *" s'agissant aujourd'hui de déterminer l'idée d'œuvre à réaliser dans le cadre des collectivités locales, nous pourrions être tentés de nous en remettre à une approche approximative,* ***intuitive*** *pour reprendre le terme du doyen HAURIOU. Tel un trouvère, ne doit-on pas rechercher l'idée fondatrice dans le champ de l'histoire des couches sédimentaires des collectivités locales ? A la recherche de la genèse des collectivités, de l'oublié et du refoulé, du désir fondateur, comment extraire les principes actifs des collectivités locales recouverts par l'enchevêtrement des lois de décentralisation ? Dans ce domaine, la question engagée ne semble pas pouvoir trouver de réponse immédiate. Faut-il conclure à son caractère introuvable ? "*, Thèse préc. p. 195.

[775] B. FAURE, Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, préc. p. 127, pour qui, : la théorie d'HAURIOU " s'oppose à cette mécanique rigide et centralisée où le pouvoir normateur circule toujours du sommet à la base, toutes les sources juridiques prenant naissance dans le monolithisme de l'ordre général. (…) En fait, il n'y a pas de vice de logique dans les conceptions du normativisme, mais l'impensé de cette doctrine réside dans l'absence de contact avec l'environnement social, dans la vanité d'un système fermé sur lui-

règle de compétence, illusionnent au plan de l'étude des sources : le pouvoir, secrété par l'institution, est toujours réintégré dans l'ordre étatique, à l'instar des pouvoirs de police qu'exerçaient les communes bien avant qu'ils soient consacrés en droit positif par la loi de 1884 "[776].

On peut conclure sur ce point, avec B. FAURE que " *la réglementation (…) ne procède pas d'un seul principe explicatif (normativisme) mais des rapports entre deux (normativisme – institution) et entre lesquels s'instaure une relation de système "*[777].

Il reste donc que si l'on admet l'existence de cette idée d'œuvre sans rechercher son fondement, si donc on la donne pour existante sans se prononcer sur les mécanismes qui ont présidé à son éclosion, à cette condition, la théorie de l'institution nous paraît être d'une grande valeur heuristique, extrêmement féconde et susceptible effectivement de participer à une explication des aberrations phénoménologiques observées dans le cadre de la détermination du patrimoine public responsable.

Au fond, cela revient fort simplement à proposer d'expliquer ces discordances comme résultant de la nécessité pour le juge administratif d'effectuer un choix entre d'une part la mise en œuvre pure et simple de mécanismes juridiques donnés pour universels (le critère fonctionnel d'imputation des dommages) et d'autre part les impératifs de l'idée d'œuvre de l'institution libérale étatique qui imposent de façon particulièrement claire en matière de police, de rendre l'échelon le plus restreint possible responsable, qu'il ait ou non eu à voir avec la réalisation du dommage. Nous verrons plus en détail que cette idée a été renforcée historiquement par le fait que l'institution

---

même, opérant en vase clos selon une systématicité déductive imperméable aux besoins d'expression des flux sociaux. En intégrant tous les pouvoirs dans " l'Unité de l'Etat-norme ", elle est porteuse d'une idéologie centralitaire hostile aux manifestations des pouvoirs sociaux et sourde aux implications de la nature vivante et agissante des institutions de base. Elle assure l'unité politique et administrative du pays en se faisant l'adversaire des autonomies ".

[776] idem, p. 129

[777] idem, p. 131

“ naturelle ” des communes s’est justement produite autour de l’idée de sécurité.

Ainsi nous ferons nôtre, avec la prudence nécessaire cependant, la position de J. CHEVALLIER[778] qui ne retient quant à cette analyse que les critères de *“ l’opérationalité et de l’efficacité ”*. Comme l’indique E. MILLARD, il ne s’agit pas d’en faire une doctrine ou une théorie, mais un outil et pour qui *“ bien moins que la théorie d’un concept polysémique, l’institution, l’analyse institutionnelle est avant toute chose une volonté épistémologique ”*[779].

Il existe ainsi pour E. MILLARD de nombreux faits sociaux que l’analyse institutionnelle est seule capable d’expliquer : *“ tel est notamment le cas des processus d’institutionnalisation, c'est-à-dire des processus qui aboutissent à un phénomène institué (comme le droit) parce qu’elle est la seule à combiner le point de vue du tout (par exemple le collectif) en transcendant les frontières rigides entre les matières ou les points d’observation ”*[780].

L’analyse institutionnelle essaie dès lors de suivre et de comprendre ce processus, c'est-à-dire d’analyser ce qui est institué (comme un ordre juridique) à partir de l’instituant : saisir le social et la dialectique instituante dans le processus de l’institution.

*

* *

---

[778] J CHEVALLIER., L’analyse institutionnelle, in *L’institution*, CURAPP PUF, Paris 1981, p. 4 : *“ l’analyse institutionnelle n’est qu’un outil, une clef parmi d’autres : elle peut être utilisée avec profit,* ***à condition d’en faire un usage sélectif et raisonné,*** *et d’avoir conscience de ses limites potentielles ; insusceptible de rendre compte du réel dans sa totalité, et parfois inadéquate - notamment pour l’étude des processus décisionnels - elle est en revanche capable d’éclairer et d’expliquer certains faits sociaux ”.*

[779] Article préc. p. 404

[780] idem. Ce que résume ainsi M. MOURGEON : *“ la théorie de l'institution est une théorie des phénomènes de groupe. Le groupe est sa donnée. L’étude des relations au sein du groupe et entre groupes est son objet. La description du droit du groupe est sa finalité ”, La répression administrative* thèse préc. p. 130

La mise en œuvre de la théorie institutionnelle comporterait ainsi cet exceptionnel avantage de permettre de rendre toujours possible d'expliciter une notion et son régime, **quelles que soient leurs *aberrations phénoménologiques*** puisqu'il suffit de découvrir derrière celles-ci le type d'institution qui, à raison de son idée d'œuvre, les engendre.

Il faut mettre cette prétention à l'épreuve, s'agissant de la détermination du patrimoine public responsable, pour voir si les distorsions examinées dans notre première partie peuvent bénéficier de cette exceptionnelle faculté reconnue à la théorie institutionnelle. Ce qui correspondrait à dire que les " aberrations phénoménologiques ", ou plus exactement les distorsions observées pourraient trouver une explication dans le fait qu'elles seraient engendrées par la nécessaire conformité à l'idée d'œuvre de l'institution en cause.

TITRE 1

Essai d'analyse institutionnelle de la détermination du patrimoine public responsable

Il faut envisager de quelle manière la théorie de l'institution permet d'éclairer les concepts de compétence et de pouvoir dans le cadre étatique puis communal (Chapitre 1), avant de voir ce que cette analyse apporte à notre recherche de l'ontologie de la détermination du patrimoine public responsable (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Institution, pouvoir et réglementation

Des différentes conceptions théoriques, il est évident qu'il ressort une unique et même tentative qui est celle de comprendre l'origine du droit et dans quelle mesure on peut justifier cette existence de règles sociales. Dépassant les perspectives purement jusnaturalistes ou obstinément positivistes, J.-A. MAZERES montre comment HAURIOU tente une synthèse à l'aide d'une démarche originale consistant *" à faire jouer ensemble au lieu de les opposer les éléments objectifs et les éléments subjectifs de l'analyse juridique ; à établir une connexion au lieu de les séparer, entre l'analyse juridique et l'analyse sociologique, à déplacer ainsi les frontières du droit et du fait pour " comprendre " ensemble dans la dynamique de la théorie institutionnelle"*[781]

La théorie de l'institution est en effet *à la fois* une théorie idéaliste, dans la mesure où elle se base sur l'existence d'un donné abstrait, l'idée d'œuvre, et une théorie ancrée dans la sphère pratique puisque cette idée ne prend corps qu'à la

[781] J.-A. MAZERES, préface à F. LINDITCH, Recherches sur la personnalité morale en droit administratif, *LGDJ* BDP p. XVIII qui indique ainsi que *" la théorie de l'institution est une théorie des phénomènes de groupe : elle saisit le collectif de manière immédiate, sans les détours pseudo-subjectifs auxquels sont condamnées les conceptions de la personnalité morale*

condition de trouver à se réaliser dans le cadre d'un pouvoir organisé, à la condition expresse de rencontrer le consentement des membres de l'institution qui, alors, apparaît.

On est assez près, semble-t-il, de la notion d'inconscient collectif, mais il n'en reste pas moins que ce moment de la *fondation* qui voit la rencontre des trois éléments constitutifs nécessaires paraît assez *mythique*[782] lorsqu'on envisage des institutions complexes comme l'Etat ou les collectivités locales, alors qu'il est bien plus facile de le concevoir s'agissant d'autres institutions plus simples, famille ou entreprise.

Il est cependant tout à fait envisageable d'en esquisser une histoire ; pour ce faire, logiquement au regard de la recherche qui nous occupe et après avoir brossé le cadre général dans lequel elle s'insère, qui est celui de l'Etat (Section 1), nous prendrons pour terrain d'expérimentation l'institution communale, qui partage avec l'Etat la particularité d'être une des plus ancienne institution politique (Section 2). Dans les deux cas, il s'agira de reprendre successivement les trois éléments dégagés en 1925.

---

[782] Au sens du Littré, c'est-à-dire d'un *" récit relatif à des temps que l'histoire n'éclaire pas et contenant un fait réel transformé "*. Pour une analyse récente des *" mythes fondateurs du droit administratif "*, voir l'article du professeur G. BIGOT, *RFDA* 2000 p. 527.

Section 1. Institution et liberté : l'Etat

Il faut d'abord mettre en œuvre la technique institutionnelle et s'intéresser à l'institution de l'Etat en France, et plus généralement du fait politique dans toutes ses manifestations, dans le cadre général et central français de l'organisation étatique. Nous l'étudierons en envisageant successivement l'idée d'œuvre, le pouvoir et les " manifestations de communion ".

I. Idée d'œuvre :

" Dans la crise révolutionnaire de la fin du XVIIIe siècle ont jailli en Amérique, puis en France, les déclarations des droits *qui expriment le tréfonds de l'idée de l'Etat moderne en ce qui concerne l'ordre individualiste que l'Etat a mission de protéger dans la société, et qui sont restés 'les principes du droit public des Français'. Ainsi se définit progressivement l'essence en grande partie indéterminée de l'idée directrice de l'Etat "*[783].

A suivre le professeur PICARD, l'idée de l'œuvre à réaliser dans le cadre de l'institution primaire libérale, est **l'idée de liberté**[784] qui, *" par adhésion des consciences individuelles à cet idéal, a provoqué la naissance de l'institution primaire libérale et sa substitution à l'institution primaire monarchique "*. Plus précisément, pour rester dans un rapport de cohérence avec la pensée du doyen HAURIOU, cette idée d'œuvre n'implique pas que l'état de liberté soit *à réaliser*, cette liberté étant nécessairement comprise comme préexistant à la fondation de l'institution. En ce sens, l'idée de l'œuvre à réaliser est ainsi *" la conservation*

---

[783] M. HAURIOU, *La théorie de l'institution*, préc. p. 117

[784] Pour BURDEAU, *" comme toute institution, l'Etat incorpore une idée directrice. Cette idée, c'est l'idée de droit "*, Traité préc. n° 175. C'est nettement moins précis, même si cette définition telle que l'auteur l'affine quelques lignes plus loin peut apparaître équivalente : *" L'Etat ne vit que par l'idée de droit qui l'inspire, il est l'idée de droit mise en œuvre et c'est ce fait que traduit l'institution. L'idée de l'Etat est celle d'une puissance publique qui accomplit les destinées d'une nation selon les principes inclus dans une idée de droit "*, idem, n° 177.

des droits naturels et imprescriptibles de l'homme "[785], c'est-à-dire dans le cadre du système de valeur libéral révolutionnaire de la liberté, de la propriété, de l'égalité et de la résistance à l'oppression.

Il est bien évident que ce premier système de valeur, libéral, s'est vu adjoindre une autre idée consistant en la reconnaissance de la nécessité d'agir dans le sens de *" l'égalité sociale "* et non plus seulement juridique, ou encore de *" solidarité sociale "*[786], qui, contrairement à la liberté, ne sont pas " consubstantielles " à la nature humaine et ne préexistent donc pas à l'institution. C'est dans le cadre " d'institutions secondaires " que cette problématique est prise en compte, autrement dit dans le cadre des activités dites de service public[787]. C'est d'ailleurs en ce sens qu'HAURIOU estimait qu'on lui changeait son Etat[788] et que F. P. BENOIT envisage les notions d'Etat-Nation et d'Etat- Collectivité[789].

---

[785] E. PICARD, thèse préc. p. 490 qui reprend la formulation de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : *" le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme "*.

[786] Pour une étude du solidarisme juridique, voir la thèse de C. SCHAEGIS, *Progrès scientifique et responsabilité administrative*, CNRS Droit, 1998, notamment p. 27 s.

[787] C'est l'analyse bien connue de Léon DUGUIT pour qui, en 1913, le système " métaphysique " et fictif fondé sur l'idée de la volonté du gouvernant censée exprimer la volonté générale ou sur une " métaphysique creuse ", le " sophisme " rousseauiste du Contrat Social s'est désagrégé alors que *" si l'on reconnaît un pouvoir aux gouvernants, ce n'est plus en vertu d'un droit primaire de puissance publique, mais à raison des devoirs qui leur incombent ; par conséquent ce pouvoir n'existe que dans la mesure où ils accomplissent ces devoirs "* : Les transformations du droit public, Armand Colin 1913, réed. 1999, éditions de la mémoire du droit : introduction. p. XVIII. Cette modification fondamentale s'effectuant pour l'auteur, ce qui n'est pas sans intérêt dans le cadre de notre étude, *" le jour où l'évolution sociale amènerait les gouvernés à demander aux gouvernants autre chose que les services de guerre, de police et de justice "*, idem, p. 3.

[788]Ainsi pour M. HAURIOU dans son style très littéraire, *" il est arrivé à l'Etat ce qui est advenu à beaucoup de conquérants, le voilà prisonnier de ses conquêtes ; il y avait des institutions sociales autonomes autour de lui lorsqu'il était tout petit ; en grandissant il les a dévorées, maintenant elles se reconstituent autour de lui, elles renaissent sous forme administrative ; ce développement systématique et formidable de services le réduit à n'être plus que le support de cette chair débordante dont il a meublé son appétit. "*. Précis de droit administratif et de droit public, Préface de la 6ème éd. 1906 p. 254

[789] Le point de départ de sa thèse est constitué par le constat de l'impossibilité qu'une *" même et seule personne soit, en une seule qualité, à la fois créateur de droit et soumise au droit créé par elle "*. En fait, il propose un schéma permettant d'organiser la subordination d'une personne juridique à l'autre : tandis que la personne Etat-Nation repose sur l'existence d'une série de missions…création du droit interne et direction générale de la politique du pays, l'Etat-collectivité est la personne publique qui correspond à (un) ensemble de missions

Or, comme l'indique E. PICARD, *" en se multipliant au fur et à mesure des applications de cette idée d'œuvre générale, ces institutions secondaires ont affecté la nature de l'institution primaire libérale en tant qu'elle est à la fois primaire et libérale, mais elles ne l'ont* ***pas fondamentalement altérée ".*** La nature de ces organes est *" ambivalente ",* dans la mesure où il y a plusieurs façons de les appréhender : par rapport à l'institution primaire libérale, ils s'analysent comme *" des organes purs et simples de celle-ci, mais par rapport à l'affirmation pure et simple de leur mission respective, ils constituent eux-mêmes des institutions spécifiques animées par des idées d'œuvres qui leur sont spéciales mises en forme par des structures internes et régies par des ordres juridiques qui leur sont propres "* [790].

II. Pouvoir :

C'est le second élément de l'institution pour lequel des organes se créent, *" organes exécutifs et délibérants (qui) doivent êtres pensés comme les moyens qui assurent la réalisation de l'idée "*[791], au sens où Paul RICOEUR indique que *" le pouvoir n'existe que là où une action en commun est réglée par un lien institutionnel "*[792].

---

subordonnées, à savoir " tout un ensemble de services rendus aux habitants par la police et par la gestion du domaine ". L'Etat-Nation correspond à " un régime propre, le droit constitutionnel " tandis que pour le régime de l'Etat-collectivité " on retrouve… les grandes têtes de chapitre du droit administratif ". Le droit administratif français, p. 69 s.

[790] Thèse p. 492

[791] M. DOAT, op. cit. p. 198

[792] P. RICOEUR, De la philosophie au politique, in *Lecture 1, Autour du politique,* Points Seuil, coll. Essais, 1999, p. 17. L'auteur oppose, avec Hannah ARRENDT, cette conception à celle de Max WEBER d'un pouvoir comme usage légitime de la violence, les deux concepts étant pour lui *" antithétiques et inversement proportionnels ".* Et ainsi, *" l'erreur initiale est de lier 'pouvoir' et 'commander -obéir' "* puisque *" le pouvoir procède fondamentalement de la capacité d'agir en commun "* et qu'au regard de ce concept *" l'énergie réside dans l'individu et la force n'est qu'une énergie effectuée ".* Cette conception issue d'H. ARENDT, revient, note RICOEUR, à *" penser contre une immense tradition "* qui, des Grecs à WEBER, place la domination à la base du pouvoir, mais s'appuie sur les surgissement révolutionnaires divers de l'époque moderne. Nous reviendrons sur cette question à propos des " manifestations de communion " d'HAURIOU.

Dès lors, *“ l’Etat c’est le pouvoir institutionnalisé ”*[793], et l’on peut avancer en ce sens avec J.-C. DOUENCE que *“ la création de l’Etat n’est autre qu’un acte d’institutionnalisation c'est-à-dire la création d’un support impersonnel des prérogatives du pouvoir ”*[794]. Ce pouvoir institutionnalisé, pour H. ARENDT, *“ prend souvent le masque de **l’autorité**, exigeant une reconnaissance immédiate et inconditionnée ; à défaut, aucune société ne pourrait fonctionner ”*[795].

Ce qui est fondamental, c’est qu’on ne fait plus de la loi le fondement de toute règle juridique, dès lors qu’est abandonnée l’idéologie du contrat social, mais seulement une *“ fonction limitative des pouvoirs auxquels prétendent les institutions ”*, dont l’existence se définit dès lors comme suit : *“ d’abord gouverner et administrer, exécuter ensuite la loi, ce qui signifie : vivre d’abord et ensuite vivre régulièrement ”*[796] ce que le professeur FAURE traduit en indiquant que la fonction juridique vise dès lors *“ à capter, à filtrer ces pouvoirs originaires pour les intégrer à l’ordre juridique positif ”*[797]. Il y a donc chez Maurice HAURIOU *“ le parti pris d’une inversion dans la chronologie du droit ”*[798].

De cette façon, pour J.-A. MAZERES, la théorie institutionnelle du pouvoir ne fait pas reposer celui-ci sur le consentement dans le cadre du “ contrat social ”, mais le donne comme pouvant surgir de l’exercice même du pouvoir qui ne s’identifie pas toujours avec la force ou la violence, puisqu’elle obéit à une logique *“ de l’action, du projet, de l’entreprise qui rassemble des énergies et mobilise des adhésions ”*[799]

Un dernier élément à prendre en compte dans la logique ternaire de l’institutionnalisation est ainsi la *communion* des membres de l’institution. On va

---

[793] G. BURDEAU, *Traité* préc. p. 149,
[794] J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, BDP tome 81 LGDJ 1968. p. 22.
[795] Cité par P. RICOEUR, *op. cit.* p. 36.
[796] M. HAURIOU, note sous l’arrêt CE 22 juin 1918, Heyriès, *S.* 1922.III.49
[797] Art. préc. p. 550
[798] B. FAURE, La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel, *AJDA* 1998, p. 550.

retrouver, s'agissant de l'Etat, des thèmes classiques du droit constitutionnel.

III. Manifestations de communion :

Pour HAURIOU, l'Etat est la *" personnification juridique de la Nation "*, mais seulement en ce sens que l'Etat, c'est la Nation organisée[800]. L'Etat n'est pas une personne morale appelée à représenter la collectivité nationale. Le rôle de la personnalité morale se situe plus en amont. Plus que de la représenter, l'Etat agit sur la Nation, l'organise, la crée. Ainsi, au fur et à mesure des adhésions des individus à l'idée d'œuvre étatique, la notion initiale, *" larvaire "*[801] pour reprendre la qualification de M.HAURIOU, se mue en une *" personnalité raisonnable, active, puissante "*, à savoir l'Etat. Pour F. LINDITCH, *" il n'y a donc pas coexistence des deux notions, mais succession, passage progressif de l'une à l'autre par le phénomène de l'incorporation de l'idée de l'Etat dans les consciences individuelles. "*[802]

Comme l'indique G. BURDEAU, la société politique n'est pas une simple agglomération physique des individus qu'elle rassemble mais suppose, chez ses membres, l'existence d'une conscience commune qui scelle leur appartenance au groupe[803] et *" à la socialité lien instinctif, se superpose une association que*

---

[799] J.-A. MAZERES, L'oscillation entre l'instituant et l'institué, préc. p. 274

[800] Sur ce point, voir LINDITCH, *Thèse*, préc. p. 98 s. les développements sur les fondements politiques de la personnalité de l'Etat dans la théorie de l'institution :

[801] La théorie de l'institution et de la fondation, préc.

[802] LINDITCH, thèse préc. p. 99. Pour l'auteur, cependant, la notion de personnalité morale *" ne paraît pas inspirer outre mesure les solutions du droit positif "*, ce qui pourrait trouver une explication dans le fait que *" la notion de personnalité morale souffre du handicap d'avoir été créée pour intégrer le phénomène collectif dans le système juridique individualiste issu de la Révolution (…) de telle sorte que si elle s'est maintenue jusqu'aujourd'hui, elle le doit plus à ses avantages pratiques qu'à la construction théorique qui lui sert de fondement " :* La réception juridique de la théorie allemande de la personnalité morale de l'Etat dans la doctrine française, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 182.

[803] *" L'individu incorpore l'idée, intériorisant formes et règles institutionnelles et, en retour, l'institution se trouve personnifiée par l'adhésion volontaire des sujets " :* Y. TANGUY, l'institution dans l'œuvre de M. HAURIOU, *RDP* 1991 p. 60. Il apparaît cependant indéniable que les collectivités locales correspondent à ce qu'Y. TANGUY nomme des

fondent la conscience de sa raison d'être et la représentation de son but " autour d'un projet qui *" révèle l'existence, dans le groupe, de représentations dominantes quant au futur attendu et escompté "*. Le pouvoir est dès lors compris comme *" l'incarnation de cette énergie que provoque dans le groupe l'idée d'un ordre social désirable "*[804].

Plus largement et dans une perspective très classique, *" pour qu'il existe un Etat, il ne suffit pas qu'il existe sur un territoire déterminé une population soumise à un même ensemble de normes (…) d'un point de vue sociologique, l'Etat ne peut exercer sa puissance par le simple usage de la force (…) il a besoin du consentement de ses sujets. Ainsi,* pour être reconnu comme tel, *" le pouvoir doit être consenti "*[805].

On retrouve peut-être ici la distinction classique formulée par Max WEBER entre les trois types de légitimité (naturelle, charismatique et légale-rationnelle) susceptible de fonder la domination et partant le pouvoir : WEBER définit effectivement l'Etat comme *" un rapport de domination de l'homme sur l'homme fondé sur le moyen de la violence légitime, c'est-à-dire sur la violence considérée comme légitime "*[806]. Il semble acquis, à ce titre, que les sociétés occidentales fondent la légitimité de leurs gouvernants sur le troisième type légal-rationnel qui *" dérive de la mise en œuvre de procédures stables, juridiquement fixées et faisant l'objet d'un consensus des élites et de la population "*[807], consentement dont l'objet serait justement celui d'une domination. Cette conception, on l'a dit, est combattue par Hannah ARENDT, qui fonde justement

---

" références subconscientes " le phénomène instituant suppose ce que l'auteur appelle *l'intériorisation* : *" l'institution étatique, mais aussi l'institution communale ou certains grands établissements financiers constituent ainsi des références " subconscientes " à la création institutionnelle "*.

[804] G. BURDEAU, *l'Etat*, préc. p. 24. L'auteur poursuit : *" c'est une force née de la conscience collective et destinée tout à la fois à assurer la pérennité du groupe, à le conduire dans la recherche de ce qu'il considère comme son bien et capable le cas échéant, d'imposer aux membres l'attitude que commande cette recherche "*.

[805] G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 23ème éd. LGDJ 1993, p. 32

[806] M. WEBER, *Le métier et la vocation d'homme politique*, Cité par P. RICOEUR, Lectures 1, préc. p. 22.

le “ consentement ” au pouvoir non pas sur la contrainte mais sur *“ le soutien populaire qui donne leur pouvoir aux institutions d’un pays ”* ce soutien n’étant pour l’auteur que *“ la suite naturelle du consentement qui a commencé par donner naissance aux lois existantes ”*[808].

Et dès lors, même s’il l’oublie[809] *“ le pouvoir correspond à l’aptitude de l’homme à agir, et à agir de façon concertée ”*. Au contraire, la domination, et plus largement la violence, n’est jamais créatrice d’un pouvoir, en ce sens que c’est justement lorsque le *“ pouvoir manque que la violence tend à occuper le terrain ”* et que celle-ci *“ révèle son incapacité à instaurer quelque lien politique que ce soit ”*[810]. C’est en ce sens qu’une révolution a plus de chance de réussir lorsque *“ l’Etat n’est plus porté par la croyance des citoyens dans son pouvoir, c'est-à-dire dans leur propre pouvoir en tant que représenté et concentré dans l’Etat ”* que quand simplement *“ sa violence l’emporte sur celle de l’Etat ”*[811].

Il faut désormais mettre en œuvre la même analyse s’agissant de l’institution communale.

---

[807] Y. MENY, *le système politique français*, Montchrestien coll. Clefs, 1998, p. 40.

[808] H. ARENDT, *Du mensonge dans la violence*, Calmann-Lévy 1972, p. 150. Sur cette conception, voir P. RICOEUR, Lectures 1, autour du politique, préc. p. 20 et s.

[809] Ainsi, pour P. RICOEUR, *“ la constitution du pouvoir dans une pluralité humaine - constitution préjuridique par excellence, donc précontractuelle, constitution qui fait émerger comme événement le consentement à vivre ensemble du débat des opinions -, cette constitution a le statut de l’oublié. Mais cet oubli, inhérent à la constitution même du consentement qui fait le pouvoir, ne renvoie à aucun passé qui aurait été vécu comme présent dans la transparence d’une société consciente d’elle-même et de son engendrement un et pluriel. (C’est) un oubli qui n’est pas du passé (…)et qui constitue le présent de notre vivre-ensemble ” : idem,* p.29. Plus loin : *“ l’essentiel selon moi n’est pas dans le mécanisme de l’oubli, mais dans le statut de l’oublié ; l’oublié précisément parce qu’il n’est pas un passé ayant - été, mais la force de l’être - ensemble que nous sommes* ***sans le voir****, n’est pas d’ordre substantiel. Il est notre pouvoir commun ” :* p. 33.

[810] P. RICOEUR, préc. p. 26.

[811] Idem.

Section 2. Institution et sécurité : la commune

On a dit plus haut pourquoi le choix avait été fait de s'en tenir ici à l'étude de la seule institution communale : elle partage en effet avec l'Etat ce caractère " naturel " qui fait que le droit semble la trouver plutôt que la créer. Il est bien évident que les régions et surtout les départements[812] pourraient faire l'objet d'une recherche similaire, mais ses résultats seraient probablement assez décevants[813].

Il faut avoir à l'esprit que le contentieux des communes ressortit jusqu'en 1908 de la compétence du juge judiciaire et que cette tradition juridique[814] dont la

---

[812] En témoigne notamment l'élargissement aux contribuables du département et de la région de l'action prévue par le code des communes au bénéfice des contribuables des seules communes. Les articles L. 2132-5 et suivants du CGCT relatifs à " l'exercice par un contribuable des actions appartenant à la commune " sont effectivement repris, depuis la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, par les articles L. 3133-1 pour le département et L. 4143-1 pour la région.

[813] De fait, la constitution de 1946, dans son article 85 " reconnaît " et met sur le même pied d'égalité les communes, départements et territoires d'outre-mer. Cette idée a néanmoins nécessité une justification du rapporteur général du texte, M. ARRES-LAPOQUE qui après avoir évoqué *" la commune (…) cellule sociale dont la vie propre est tellement évidente qu'il n'est pas nécessaire d'instaurer un long débat pour conclure qu'elle devait effectivement posséder les moyens de s'administrer et de se gérer d'une façon autonome "*, évoque le département de manière moins lyrique en indiquant notamment que *" le découpage de la révolution est (…) moins artificiel qu'il ne semble à première vue. Le plus souvent, le département s'est inscrit dans les limites des anciens diocèses qui eux-mêmes coïncidaient ordinairement avec des territoires ayant parfois depuis fort longtemps une individualité véritable " :* JOAN const. 16 avril 1946, p. 1914. " Le plus souvent ", " ordinairement ", " parfois ", toutes précautions oratoires qui nous paraissent nécessaires, dès lors que ledit découpage révolutionnaire nous semble bien trop rationnel pour être tout à fait naturel. On prend cependant en compte l'affirmation du professeur DARCY qui, dans une étude fort complète de la construction révolutionnaire, indique que *" l'ordre (révolutionnaire) nouveau ne devant pas être tributaire des imperfections anciennes, la France est partagée en divisions légales* ***respectant autant que possible les anciennes limites et les facilités de communication "*** mais qui estime cependant que le département demeure à la période révolutionnaire *" quasi exclusivement un rouage de l'administration générale "* ***:*** Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire, in *Révolution et décentralisation : le système administratif français et les principes révolutionnaires*, Economica 1989, p. 60

[814] Tradition fort ancienne puisque pour Ch. PETIT-DUTAILLIS *" certes les communes du 12ème siècle et du commencement du 13ème agissent déjà comme des personnes morales ; on parle du corps de la commune ; la communia possède des biens, a des domaines (…) achète, construit, prend à ferme ou à cens ; elle intente et se voit intenter des procès, fait des*

remise en cause n'est donc qu'assez récente faisait de la commune l'équivalent d'une personne privée ou d'un groupement de personnes privées. Ce n'est qu'au terme d'un long processus que s'imposera la conception actuelle de la commune personne publique. Cette remarque est importante pour comprendre certaines des difficultés qui nous ont occupés[815].

En faisant usage à son endroit de notre outil institutionnel, nous étudierons successivement l'idée d'œuvre qui l'anime (I), le pouvoir qu'elle secrète (II) et les modalités de la participation des membres à l'idée (III).

I. La commune garantit la sécurité de ses membres

Ce qui vient naturellement à l'esprit lorsqu'on évoque la spécificité de l'institution communale, ce sont les pages que lui consacre TOCQUEVILLE[816]. L'importance qu'il souligne tient naturellement au fait que la commune apparaisse comme la collectivité de base de l'organisation humaine sur le territoire[817], ou encore la " cellule de base de toutes les démocraties "[818], sa

---

déclarations, prête des serments ; l'Eglise la regarde comme une personne chrétienne et parfois l'excommunie. Mais on ne considère certainement point à cette époque que par là une commune se distingue d'un autre groupe humain " : Les communes françaises, Albin Michel, 1970 p. 42

[815] Sur cette question, voir la contribution du professeur G. DARCY au colloque de Pau : L'entrée historique des collectivités locales dans le droit public, in *Les collectivités locales et le droit*, Dalloz 2001 p. 96.

[816] De la démocratie en Amérique, 1835, 1ère partie, chap. 5 : on sait que pour l'auteur, *" c'est (…) dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science ; elle la mettent à la portée du peuple ; elles lui en font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas* ***l'esprit de la collectivité*** *"*.

[817] *" Dans l'organisation administrative française, la commune constitue la cellule de base, c'est-à-dire celle qui, sur un territoire donné, regroupe directement et au premier degré les administrés et qui se situe, par là même, la plus proche d'eux "*. J.-F. LACHAUME, *La commune*, LGDJ collection politiques locales, 1999 Introduction. p. 1. Même idée chez J.-C. DOUENCE, pour qui *" les villes et communautés d'habitants furent les cellules élémentaires d'une France unifiée par le pouvoir royal "*, *La commune*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, p.1.

[818] Luciano VANDELLI, La cellule de base de toutes les démocraties, in *Pouvoirs* n° 95, 2000 sur *La commune en France et en Europe.*

naissance n'étant pas " *le fruit d'une décision juridique artificielle* "[819].

La constitution des communes contemporaines, qui résulte de la transformation par les lois des 14 et 22 décembre 1789 des anciennes paroisses[820] d'ancien régime et issues du Moyen Age, voire de l'époque gallo-romaine se fait donc *" à partir d'entités dont les racines plongent dans l'histoire et constituant des groupements humains homogènes "*[821].

C'est aussi vers Charles PETIT-DUTAILLIS[822] qu'il faut encore se tourner pour comprendre le surgissement de la collectivité communale. Pour l'auteur, concéder la commune aux bourgeois, ou à un groupe de bourgeois d'une ville, revenait à leur permettre de former une association, de se lier les uns les autres par un serment qui pouvait certes être l'occasion d'accorder des libertés nouvelles ou de confirmer des coutumes, mais dont ce n'était pas l'objet. Ainsi, *" la seule définition de la concession de commune au XIIe siècle,* ***c'est la permission de s'associer par serment.*** *Sans association par serment, il n'y avait pas de commune, et cette association suffisait pour qu'il y eût commune.* ***Commune a***

---

[819] idem

[820] Circonscription administrative dans l'ancien régime, la paroisse est la cellule de base de l'Eglise catholique. Le mot a pour origine étymologique le mot grec παροικια ou " groupe d'habitations voisines ". D'après l'auteur anonyme de l'article à l'Encyclopédia Universalis, il s'agit d'une " personne morale décentralisée " comprenant une communauté chrétienne qui a son pasteur propre, le curé, son église, des biens. A l'époque du Haut Moyen Âge, la paroisse désigne le lieu de culte, l'église et par extension, les terres dont elle est dotée par l'évêque pour sa subsistance avec les tenanciers qui y vivent et lui versent la dîme. Lorsque le monarchie franque s'effondre au 9ème siècle, la paroisse demeure un cadre pour la vie sociale

[821] J.-F. LACHAUME, *La commune,* préc. p. 1. A suivre le professeur DARCY, *" par souci d'égalité la loi du 10 brumaire an II rassemblera les villes, bourgs et villages dans une même terminologie, celle de " commune ". Elles sont environ 44 000. A dire vrai, leur nombre est incertain. Tout au long de la période, on n'hésitera pas à citer dans les Assemblées , - et de manière toujours péremptoire – des nombres légèrement différents, qui sont toujours bien supérieurs aux 38 000 communes dont on parlera en l'an VIII ",* unité et rationalité, préc. p. 67.

[822] Ch. PETIT-DUTAILLIS, Les communes françaises, préc. p. 13 : " la commune est donc une association particulière qui, dans le principe, est née librement du besoin des hommes de se réunir, pour mieux se protéger et se défendre : elle a ses biens, ses intérêts spéciaux consacrés par le temps, les traditions historiques et les lois les plus anciennes. Sa formation remonte à l'origine même de la société, et elle a survécu à toutes les transformations des pouvoirs politiques. Elle tient sa force des mœurs publiques " : Rapport de M. VUITRY au Conseil d'Etat, Documents relatifs à l'administration communale, 1851.

***exactement le même sens que serment commun*. "[823].**

Sous cette forme, la commune apparaît donc comme *" un groupement naturel de citoyens "*[824] : la commune n'est pas une association imaginée par le législateur et créée par une volonté arbitraire : *"* ***c'est la nature qui l'a faite.*** *Un certain nombre de familles s'établissent dans le même lieu ; elles se prêtent de mutuels secours ; des intérêts communs se forment entre elles ; il faut gérer ces intérêts ; elles confient cette gestion à un ou plusieurs administrateurs : voilà la commune fondée. (…) c'est la nécessité qui a formé la commune : c'est la nécessité qui la maintient et qui la maintiendra toujours "*[825]. L'explication des échecs des politiques de fusion des communes tient d'abord en cela.

Son objet dès lors est assez clairement identifiable comme la recherche de la **sécurité** des membres de l'institution communale : *" l'entrée dans la ville franche, comme l'entrée dans la commune,* ***procure d'abord la sécurité****.* Le seigneur concédant s'interdit le plus souvent les actes de violence, les exactions, et garantit à chacun ses possessions : M. PETIT DUTAILLIS[826] indique que les clauses les plus nombreuses dans les chartes sont d'ordre judiciaire et interdisent notamment les citations abusives, les arrestations arbitraires, ou *" les mauvais traitements si l'on est emprisonné préventivement "*. Ce besoin de sécurité et de

---

[823] idem p. 37 . Comme l'indique M. DOAT, *" il est généralement admis que les premières collectivités territoriales du Moyen Âge se sont organisées autour d'une idée d'œuvre ou d'entreprise. La description de la " commune associée "* par Ch. PETIT-DUTAILLIS recoupe en grande partie la définition de l'institution *"*.

[824] *" La commune est un groupement naturel (…) formant, sur un territoire déterminé, une communauté dirigée par une autorité propre, habilitée à exercer les compétences qui lui sont conférées pas la loi. La commune, collectivité naturelle, collectivité nécessaire à l'épanouissement du citoyen dans la liberté, existe d'abord pour et par ses habitants "*. J.-M. BECET, la commune in Droit Public, p. 367.

[825] Rapport de M. de VATIMESNIL au Conseil d'Etat préc., séance du 20 juin 1851.

[826] Ch. PETIT-DUTAILLIS, op. cit. p. 48 qui poursuit : *" nous avons vu qu'au 12ème s. la concession du seigneur consistait en la reconnaissance ou la création d'une association jurée et a été surtout causé par le besoin de paix et de sécurité à l'intérieur de la ville. Dans la suite, les rois et les grands barons de France, frappés du parti qu'ils pouvaient tirer de ces associations jurées pour la défense du territoire, ont nettement accepté et même encouragé la formation des communes. Le caractère féodal de la commune n'est donc pas primordial ; c'est une conséquence de l'alliance qui se crée sur le tard entre elle et d'autre part le roi ou le grand baron "*. idem p. 114 :

faire cesser l'arbitraire brutal des seigneurs semble d'ailleurs avoir été, ensemble avec la question des taxes arbitraires, des réquisitions et des corvées à l'origine des réclamations bourgeoises.

Ainsi, la formation des communes répondait à un certain nombre d'aspirations collectives de paix, de justice, de liberté[827].

II. La question du pouvoir réglementaire spécifique des communes :

La conception que les juristes[828] du XIXe siècle se faisaient du pouvoir municipal et de son origine est fort bien résumée par M. HENRION de PANSEY *: " au-dessous du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, il en est un quatrième, qui, tout à la fois public et privé, réunit l'autorité du magistrat et celle du père de famille, c'est le pouvoir municipal. Quoique au-dessous des trois autres, ce pouvoir est cependant le plus ancien ; c'est, en effet, le premier dont le besoin se fait sentir. Il n'y a pas de bourgade qui, à l'instant même de sa formation, n'ait connu la nécessité d'une première administration intérieure (…). C'est sur cette première assise que les législateurs des nations ont élevé l'édifice social "*[829].

Ce qui frappe, dès cet instant, c'est l'apparente difficulté qui semble avoir prévalu quant à l'intégration de la commune dans l'édifice juridique

---

[827] Ainsi, *" l'institution urbaine, quelle que soit son degré d'autonomie, se caractérise par une recherche de liberté (…). Ces libertés sont inscrites dans le statut collectif de l'association constituent les privilèges de ses membres ; elles sont la contrepartie des obligations qui pèsent sur eux (dépenses, défense, réquisitions) et résultent des renonciations seigneuriales "* J.-L. HAROUEL, Histoires des institutions, préc. p. 179

[828] Mais pas seulement eux : ainsi pour PROUDHON, *" la commune est, par essence comme l'Homme, comme la famille, comme toute individualité et toute collectivité intelligente, morale et libre, un être souverain. En cette qualité, elle se doit de gouverner elle-même "*. Le professeur R. DRAGO note ainsi que la vision naturelle de la commune fait partie de l'héritage idéologique de l'extrême gauche et qu'elle a trouvé son expression la plus évidente dans la Commune de Paris à l'issue de la défaite de 1870. R. DRAGO, Droits fondamentaux et personnes publiques, *AJDA* n° spécial juillet-août 1998, p. 131, note 5.

[829] Cité par M. de VATIMESNIL Rapport au Conseil d'Etat préc. p. 16

révolutionnaire[830]. Cette difficulté tient d'abord au point de savoir s'il faut comprendre les communes comme d'essence privée, comme une association d'individus relevant purement de la sphère privée, ou si au contraire il faut la considérer comme une *" manière d'être de l'Etat "* [831].

Pour le professeur MAZERES, dès l'ancien Régime, la question est tranchée : *" après la constitution spontanée des communes par le serment, les légistes de la Curia Regis leur accordent la qualité de " personne morale " qui sera et demeure la base de leur autonomie juridique "*. La commune *" entre dans le droit "* ; sa réalité vivante est *" recouverte par le masque (persona) de sa qualification juridique par l'Etat : elle devient une* ***représentation de l'Etat "***[832]**.** La charte n'est plus dès lors la reconnaissance de la " conjuratio " qui était primitivement l'essence de la commune, mais un acte accordant des " franchises ", et d'abord celle de constituer un " corps municipal ". Les organes de la commune ne résultent plus ainsi de l'expression de sa volonté constitutionnelle originaire mais du statut octroyé par le pouvoir central.

C'était ce qu'indiquait déjà CARRE de MALBERG, pour qui *" tandis que les droits propres de l'Etat sont exercés par lui en vertu de sa seule volonté de puissance, ceux des commune ne peuvent s'exercer effectivement qu'avec sa*

---

[830] Ainsi pour G. DARCY, *" sous aucun rapport les municipalités n'entrent ni dans le système de la représentation nationale ni dans celui de l'administration générale. Ce 'petit Etat municipal' indépendant, et de l'ensemble national, et des autres petits Etats municipaux avec lesquels il lui est interdit de s'associer, de se corporer, constitue à soi seul un 'Tout'. Cette conception respectueuse de' la Nature' correspond à la représentation historique de la formation des Etats à partir de petites entités conservant leur administration particulière de modèle familial, et laissant complètement aux entités supérieures qui se constituent peu à peu le soin de gérer les affaires générales "* : Unité et rationalité dans la construction révolutionnaire, in *Révolution et décentralisation : le système administratif français et les principes révolutionnaires,* Economica 1989, p. 62.

[831] M. HAURIOU, Répertoire Béquet, V. Décentralisation, p. 482. C'est l'avis de B. FAURE, qui estime dans sa récente thèse (…) " La réglementation décentralisée voit s'effacer sa spécificité : qu'elle réponde à une demande locale ou nationale, elle met en œuvre **une règle d'attribution étatique**. En droit positif, sa nature est d'être déléguée, préposée ", Le pouvoir réglementaire des collectivités locales LGDJ, BDP n° 200, 1998, p. 184 :

permission (…) et conformément à la loi de l'Etat " [833], qui délègue sa puissance à la commune . Cette dernière, cependant, *" a aussi ses tâches, fonctions et droits propres, c'est-à-dire des droits qui ne lui viennent plus d'une délégation étatique, mais qui répondent à l'administration de* ***ses propres intérêts*** *et affaires "*[834]. Elle exerce ces droits, non plus pour le compte ou comme organe de l'Etat, mais en son nom propre exprimant ainsi *"* ***non plus la volonté de l'Etat****, mais sa volonté propre "*[835] puisqu'en tant que groupement local, la commune possède nécessairement certains droits propres spéciaux, qui sont indépendants des droits généraux de l'Etat, en ce sens qu'ils **existeraient même si la commune ne faisait pas partie de l'Etat.**

Comme l'indique le professeur DRAGO[836], *" la parenthèse est significative (et) veut indiquer que la commune a des droits comparables à ceux de la personne humaine "*, ces droits s'exprimant *" évidemment "* dans la gestion des services publics locaux et des intérêts patrimoniaux mais aussi dans le pouvoir de police du maire, considéré comme *" la manifestation la plus pure de l'existence "* des droits propres de la commune[837].

L'auteur reprend par ailleurs à son compte l'idée déjà évoquée faisant de la commune le titulaire du pouvoir de police pour cette raison que *" la démocratie est hostile à la police générale "*[838] en ce qu'elle entend réglementer les libertés,

---

[832] J.-A. MAZERES, les collectivités locales et la représentation, essai de problématique élémentaire, RDP 1990, p. 612

[833] R. CARRE de MALBERG, *Théorie générale de l'Etat*, 1920, rééd. CNRS t. 1 p. 186, n° 53 s..

[834] Idem. Sur ce point, cf. les développements que G. DARCY consacre à la commune révolutionnaire : les 720 communes révolutionnaires formées au niveau du district sont *" absolument distinctes des pouvoirs nationaux, (…) ne gèrent que des intérêts privés, les 'affaires domestiques' totalement étrangères à la grande administration nationale. (…) Cette idée des communes entités à part, ne s'emboîtant pas dans l'ordre juridique étatique,* ***ressurgira dans les débats de 1884 et même dans ceux de 1982 ",*** intervention au colloque de Besançon sur l'Unité et la rationalité dans la construction révolutionnaire, préc. p. 62

[835] idem

[836] R. DRAGO, *Droits fondamentaux et personnes publiques*, préc., p. 131

[837] idem

[838] Au sens de CHATEAUBRIAND pour qui *" la police générale est une police politique ; elle entend étouffer l'opinion ou l'altérer ; elle frappe donc au cœur le gouvernement représentatif. Inconnue sous l'ancien régime, incompatible avec le nouveau, c'est un monstre*

ceci justifiant que l'on en confie la compétence au maire, c'est-à-dire à un élu, dans le cadre d'un territoire limité. Mais il note cependant que *" cette vision première peut sembler dépassée "* du fait notamment de la naissance des *" mégapoles et de leurs banlieues, la désertification des communes rurales "*[839] et de l'institution de la police d'Etat. Il n'en reste pas moins naturellement qu'elle est inscrite profondément dans notre droit public.

De manière tout à fait significative, M. DRAGO note enfin que si la commune ne dispose pas, c'est l'évidence, de *la compétence de la compétence*, il n'en reste pas moins que le pouvoir de police appartient toujours au maire ce qui ne correspond pas *" à une attribution de l'Etat "* puisque *" les fautes et les carences dans l'exercice du pouvoir de police engagent la responsabilité de la police "*[840].

La question du pouvoir réglementaire des collectivités locales se résout ainsi de la façon suivante : il faut considérer la commune comme étant essentiellement une manière d'être de l'Etat, mais en même temps que le titulaire d'un pouvoir institutionnel propre au sens indiqué par J.-C. DOUENCE[841] : le pouvoir réglementaire existe à des degrés divers dans toutes les constitutions, son existence est spontanée et ne résulte pas de la concession faite par une autorité extérieure *: " l'Etat qui englobe la plupart des institutions privées ou publiques peut se les subordonner, en ordonner les compétences dans le sens de l'intérêt*

---

né dans la fange révolutionnaire de l'accouplement de l'anarchie et du despotisme ", in *De la Monarchie selon la Charte*, 1ère partie, chap. XXX, cité par R. DRAGO, art. préc. p. 131, note 8. C'était de la même façon le sens des conclusions CORNEILLE sur l'arrêt, Baldy, CE 10 août 1917*R.* p. 640, préc.

[839] idem

[840] R. DRAGO, art. préc. p. 135

[841] Thèse préc. p. 26. Pour l'auteur, *" la théorie du pouvoir réglementaire est entièrement renouvelée par celle de l'institution "*. Selon HAURIOU, il tire son origine formelle de la constitution et de l'organisation administrative : *" mais la législation ne fait que reconnaître ici la nature des choses car le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement "* et ce pouvoir de commandement apparaît spontanément dans tout groupe en voie d'institutionnalisation . Et ainsi *" il faut considérer comme fausse la théorie d'après laquelle le pouvoir réglementaire serait une délégation du pouvoir législatif ; elle est fausse parce que le pouvoir réglementaire est spontané et historiquement antérieur au pouvoir législatif "*.

commun dont il est chargé. Mais dans la réalité sociale, il n'est pas la véritable source de leur pouvoir. Pour s'en tenir à l'administration, l'exemple historique des communes est significatif : elles sont nées d'un mouvement social bien avant l'apparition de l'Etat qui les a progressivement intégrées dans son appareil politico-juridique ".

De fait, si l'Etat dote effectivement la commune d'une administration et de compétences spécifiques, elle reste comprise pendant tout le 19ème siècle essentiellement comme une association privée[842] : *" en résumé, la commune a son existence et son individualité propres ; personne publique, elle est subordonnée et soumise au pouvoir de l'Etat ; personne civile, elle agit spontanément et librement pour la gestion de ses affaires, sous la surveillance protectrice et tutélaire de l'administration supérieure. C'est sur cette base que doivent être organisées les institutions municipales ".*[843]

D'ailleurs, la loi du 14 décembre 1789, après avoir distingué, dans son article 49, les fonctions propres au pouvoir municipal, et les fonctions déléguées par l'administration générale de l'Etat aux municipalités, poursuit dans son article 50 : *" les fonctions propres au pouvoir municipal sont (…) de faire jouir les*

---

[842] *" Mais si la commune, ainsi considérée en elle-même, dans son origine et dans son développement historique et social, a droit d'être comptée comme une petite société (…), ce n'est là qu'une des faces de la question. Les membres de l'association communale sont citoyens de l'Etat ; ils ont des droits à exercer et des devoirs à remplir vis-à-vis du gouvernement de leur pays. (…) L'autorité communale a son rang et son action dans le mécanisme des institutions gouvernementales. (…) La commune* ***a donc un double caractère : personne civile (association), elle a ses biens, ses intérêts distincts de ceux de l'Etat****, son administration particulière pour surveiller et gérer ses affaires ; personne politique, elle tient à l'Etat et elle reçoit de lui des pouvoirs et doit, par conséquent être soumise à son autorité politique "* : Rapport de M. de VATIMESNIL au Conseil d'Etat préc. p. 14

[843] idem, p. 18. Un peu plus loin, p. 44 : *" la commune a un double caractère : personne civile elle a son individualité et peut revendiquer le droit de gérer ses propres affaires ; alors que, personne politique, elle tient à l'Etat et est soumise à son autorité. De ce double caractère de la commune découlent pour le maire des attributions diverses : aux fonctions propres au pouvoir municipal, il joint, comme le proclamait en 1789 l'Assemblée constituante, des fonctions propres à l'administration générale de l'Etat, et qui sont déléguées par elle ".*

habitants d'une bonne police ". Pour J.-M. PONTIER[844], il en résulte qu'il semble *" incontestable que le maire exerce ses pouvoirs de police au nom de la commune, collectivité décentralisée "* ce qui constitue un premier argument permettant de *" rattacher la compétence du maire à l'existence de la collectivité décentralisée "* et non seulement à la dévolution de compétences par l'Etat.

DUGUIT[845] explique cette conception : *" au 17ème et au 18ème siècles, au moment où il semble que cette concentration de la souveraineté entre les mains du roi est complètement achevée, il y a une prérogative souveraine qui a été conservée aux municipalités héritières des anciennes communes ; il a subsisté un pouvoir municipal dont une des attributions essentielles est la police avec compétence de faire des règlements dans ce domaine "*[846].

M. JOYAU[847] estimait récemment que tout pouvoir normatif trouvant directement son origine dans l'institution dont il émane et que les collectivités locales étant des institutions, leur pouvoir normatif ne résulte par conséquent d'aucune concession, d'aucune délégation de l'Etat ou de toute autre autorité qui leur serait extérieure : *" il leur est consubstantiel "*.

S'appuyant sur les travaux du professeur J.-L. MESTRE[848] au terme desquels le mouvement d'émancipation des villes et d'évolution des provinces commencé à partir du 11ème siècle correspond à l'apparition des collectivités locales, l'auteur estime que dès leur " naissance ", les collectivités locales françaises *" disposèrent d'un véritable pouvoir normatif (…)* [849]*"*. Chacune de ces collectivités pouvant en effet non seulement prendre des mesures individuelles mais aussi disposer par voie de mesures générales et

---

[844] J.-M. PONTIER, *l'Etat et les collectivités locales (la répartition des compétences),* BDP t. 127 LGDJ 1978 p. 215

[845] Cité par J.-M. PONTIER, op. cit. p. 216

[846] On indiquera pour être tout à fait honnête que DUGUIT ne voyait dans cette situation qu'un " produit historique " dont la perpétuation lui paraissait dénuée de justification.

[847] M JOYAU. *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises,* LGDJ, BDP n° 198, 1998, notamment p. 17 et suivantes.

[848] J.-L. MESTRE, Historique des collectivités locales, Répertoire Dalloz des collectivités locales vol. I. p. 18-3 n° 5

[849] M. JOYAU préc.

impersonnelles.

De la sorte, il faut comprendre les textes révolutionnaires confiant diverses compétences à la commune comme la ***reconnaissance*** de prérogatives dont elle disposait déjà, plus que comme la dévolution de nouveaux pouvoirs, ce qui est assez évident s'agissant de l'article 50 de la loi du 14 décembre 1789.

Il est cependant tout à fait juste d'indiquer que les paroisses s'étaient vues transformées, dés l'ancien Régime, en terrain d'intervention local du pouvoir monarchique centralisé, notamment pour le recouvrement de l'impôt. Elles n'en conserveront pas moins toujours *une part irréductible de spécificité "* : même dans le cadre du Premier Empire qui en fait de simples circonscriptions dirigées par un maire nommé par l'Empereur ou le préfet, leur personnalité juridique subsiste *" comme association d'habitants liés par des intérêts communs "*[850].

En ce sens, comme l'indique le professeur DOUENCE[851], l'acte de naissance des communes actuelles *" mêle donc inextricablement la continuité et le changement "* Les fonctions municipales systématisent la distinction acquise entre les fonctions déléguées par l'Etat pour lesquelles les corps municipaux sont subordonnés aux administrations supérieures et les fonctions proprement municipales sur lesquelles s'exerce un simple contrôle de tutelle.

Complexité :

Au fond, l'histoire que l'on vient de relater est celle qui permet de comprendre à la suite de quelle évolution, la commune et par conséquent son maire sont dotés de **compétences dédoublées**. L'origine du dédoublement

---

[850] J.-C. DOUENCE, La commune, préc. p. 8

[851] J.-C. DOUENCE, idem, préc. p. 7. Analysant le concept de concept libre administration locale, et la rationalité qu'il sous-tend, F.-P. BENOIT propose de dire que *" voici le concept de libre administration locale : une communauté d'habitants ayant une existence réelle, c'est-à-dire ayant conscience d'elle-même et animée d'un esprit local ; une liberté d'administration, c'est-à-dire de détermination de prestations et de réglementations locales ; au-delà de l'égalité des régimes juridiques appliqués à ces communautés, des différences dans les situations de fait des administrés, conséquences de la liberté d'administration précisément reconnue par ces régimes " :* Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Mélanges PEISER, p. 33.

fonctionnel, étudié plus haut et dont il faut à notre avis comprendre l'instauration comme une solution de technique juridique permettant de résoudre la complexité de la situation communale, est ainsi à trouver dans le fait que, comme le reconnaît M. JOYAU, *" la constatation que les collectivités locales – tout au moins certaines d'entre elles – existaient antérieurement à l'Etat et que, malgré cette antériorité, elles disposaient néanmoins d'un pouvoir normatif, ne saurait être tenue pour la démonstration que ce pouvoir ne leur vient pas aujourd'hui de l'Etat "* [852]. Elle permet tout au plus d'affirmer qu'à un moment de leur histoire ces collectivités ont pu détenir un pouvoir normatif sans que celui-ci ne résulte d'une délégation de l'Etat.

Ce dédoublement est d'ailleurs formalisé par la loi des 14 et 22 décembre 1789 qui dispose que *" les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir : les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat, et déléguées par elle aux municipalités "*[853] et porte en cela *" incontestablement la marque d'une époque charnière incorporant les collectivités à l'administration moderne "*[854], ces compétences marquant ainsi

---

[852] idem p. 19

[853] Pour B. FAURE, *" ce dédoublement fonctionnel porte incontestablement la marque d'une époque charnière incorporant les collectivités à l'administration moderne "*. Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, op. cit. p. 183. L'auteur, dans sa recherche de l'origine du pouvoir réglementaire local, préfère cependant s'en remettre à un schéma mécanique en posant en hypothèse que les éléments de détermination légale externe et de volonté interne fonctionnent en vase communiquant. Constituant l'assiette de l'acte juridique, la logique incite à penser que, plus la compétence étatique sera générale et imprécise, plus la volonté locale sera quasi-indépendante et décisive, laissée libre de déterminer et d'édicter le contenu de l'acte second " alors que pour l'auteur " la discrétionnalité (du pouvoir local) peut venir du caractère insuffisamment complet de la légalité, alors, dans l'action, l'indéterminé est source d'autonomisation. Ou bien les conditions légales peuvent être parfaitement définies, mais la loi ouvre au sujet le choix entre plusieurs solutions également admissibles ". Enfin, M. FAURE estime " qu'assurément, une définition juridique du pouvoir local peut être plus concrètement construite sur la base d'une analyse du pouvoir discrétionnaire que sur la revendication utopique d'un droit propre qui suppose l'analyse institutionnelle ou l'idéologie du " pouvoir municipal ", idem p. 187

[854] B. FAURE, préc. p. 183, qui indique que si *la réglementation décentralisée voit s'effacer sa spécificité : qu'elle réponde à une demande locale ou nationale, elle met en œuvre une règle d'attribution étatique "* puisqu'en droit positif, *" sa nature est d'être déléguée, préposée, sa conséquence est d'entretenir une confusion d'ensemble entre les fonctions d'administration locale et générale "* il n'en est pas moins possible de proposer une hypothèse au terme de laquelle *" les éléments de détermination légale externe et de volonté*

le retour de l'institution communale dans *" le grand Tout National, l'Administration générale dont elle avait été initialement exclue "*.[855]

Il en résulte que *" l'objet local n'a plus d'existence autonome et que les collectivités acquièrent une* ***double vocation****, à la fois gestionnaire de leurs intérêts particuliers et exécutrices de politiques nationales "*[856].

Il reste, avec J.-C. DOUENCE que l'idée selon laquelle la commune est *" une institution de droit naturel, que la loi reconnaît et organise, mais ne constitue pas "* [857] n'est certainement pas susceptible de faire valablement l'objet d'une systématisation juridique autre que théorique, mais qu'elle imprègne durablement les mentalités et partant le droit.

III. Les manifestations de communion :

La première étape de l'histoire de l'institution communale en fait une organisation spontanée de populations sur un territoire donné, formalisée par un serment, l'autorité seigneuriale leur concédant certains droits. La commune est alors considérée comme une personne morale. C'est principalement sous cette forme que la commune apparaît au Constituant révolutionnaire qui définit, le 3 septembre 1791, la commune comme suit : *" les citoyens considérés sous le rapport des relations locales qui naissent de leur réunion dans les villes et dans certains arrondissements du territoire des campagnes, forment les communes "*[858].

---

interne fonctionnent en vase communiquant. Constituant l'assiette de l'acte juridique, la logique incite à penser que, plus la compétence étatique sera générale et imprécise, plus la volonté locale sera quasi-indépendante et décisive, laissée libre de déterminer et d'édicter le contenu de l'acte second ".

[855] G. DARCY, Unité et diversité…, préc. p. 67 qui poursuit : *" ainsi donc le mouvement municipal spontané de l'été 89 aboutit à la reconnaissance à ce seul niveau territorial, d'un pouvoir local, comme à la réintégration de ce cadre spatial dans l'administration intérieure de l'Etat dont il avait été exclu dans la construction mécanique première. Autrement dit, les passions se sont imposées à la Raison qui modifiant son 'projet' les a récupérées "*.

[856] B. FAURE, préc. p. 184

[857] J.-C. DOUENCE, La commune, préc. p. 8

[858] Article 8 du titre II de la Constitution du 3 septembre 1791.

En ce sens, tenter de relater les manifestations de communion qui ont présidé à la fondation de l'institution communale relève d'une étude d'histoire du droit du type de celle mise en œuvre par Ch. PETIT-DUTAILLIS. On peut relever que *" le développement des communautés urbaines, notamment sous la forme communale et consulaire, était par essence révolutionnaire puisqu'il portait en lui le rejet du système seigneurial "*[859] et l'on a dit que la *conjuratio* à l'origine de l'institution correspondait à l'instauration d'une association dont les membres sont unis par un serment. Il y a dans ce serment un incontestable mouvement de communion sinon populaire, du moins collectif, correspondant à cette communion institutionnelle en ce sens que *" les membres fondateurs de la commune sont ceux qui ont prêté le serment constitutif, scellé ensemble le pacte de paix*[860].

Parmi les acteurs de ce mouvement, les historiens du droit identifient essentiellement *" ceux que depuis l'an mille on appelle les bourgeois "*, terme dont le sens a dérivé des " gens des villes " à l'état de ceux qui ne sont ni clercs ni chevaliers et qui mettent en œuvre des activités qui ne sont pas celles des paysans jusqu'à ce que *" au cours du 11ème siècle, des communautés de commerçants, de négociants, d'artisans se développent,* ***prennent conscience*** *de leurs intérêts communs et de la force qu'ils commencent à représenter (et) opposent aux puissances seigneuriales, laïques ou ecclésiastiques, un réel pouvoir politique déjà plus ou moins organisé "*[861]. On peut évoquer aussi les " ghildes ", associations de défenses mutuelles, les " associations de paix ".

A l'origine, il apparaît que le caractère collectif de l'association urbaine s'exprime dans une assemblée générale regroupant soit l'ensemble des bourgeois, soit l'ensemble des habitants. Elles ont notamment pour fonction la désignation de ceux qui seront habilités à représenter la communauté, voire à la diriger, qu'il s'agisse d'échevins, de jurés ou de pairs. Ils est courant qu'ils élisent un maire.

---

[859] J.-L. HAROUEL et alii, *histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF coll. Droit fondamental, 7ème éd. 1996, p. 169
[860] idem, p. 178
[861] idem, p. 170

Par ailleurs, *"nombre d'indices montrent que dans bien des communes, des consultations populaires réunissant tous les habitants, à l'appel de la cloche de la ville, peuvent être organisés sur des sujets d'intérêt général ou en cas de menace "*[862].

Ces caractéristiques sont assez proches de celles qui président encore aujourd'hui[863].

Héritage :

Comme l'indique J.-C. DOUENCE, entre l'association jurée des bourgeois du 11ème siècle et la collectivité territoriale reconnue par la Constitution de la Vème République, *" la filiation historique est incontestable "* et s'inscrit d'abord *" dans la pérennité des communautés d'habitants sur leurs terroirs traditionnels que les bouleversements démographiques n'ont pas fait disparaître "* [864].

Parmi ces *" traits reconnaissables de siècle en siècle "*, l'auteur distingue le principe électif, la structure des autorités municipales, la notion d'affaire de la commune et les pouvoirs de police municipale.

Dans le domaine de la participation des membres de l'institution communale, la chose est vraie sans équivoque : depuis la loi commune de 1884, les membres du conseil municipal sont pour six ans élus au suffrage universel direct par les électeurs de la commune. L'élection du maire s'effectue donc au

---

[862] idem, p. 180

[863] Sur le mouvement, à rebours, de " dépublicisation " du droit des collectivités locales, cf. B. FAURE : Peut-on ne pas affirmer un particularisme du Droit des collectivités locales ?, in *Les collectivités locales et le droit*, préc. notamment p. 19 et s.

[864] J.-C. DOUENCE, *La commune* préc. p. 1 qui indique par ailleurs que *" la commune est une institution vivante qui, comme toutes les institutions, persévère dans son être en s'adaptant à des réalités changeantes dans l'espace et dans le temps (…) Toutes les sciences sociales sont concernées par le phénomène. La sociologie observe les communautés locales dans une société complexe ; la science politique y voit un pouvoir local qui s'affirme contre les tendances à la concentration et à la fonctionnalisation du pouvoir ; les sciences économiques et de gestion s'intéressent à des opérateurs économiques dont la puissance s'accroît et appelle une gestion plus rationnelle.* ***La science juridique doit prendre en considération ces différentes approches. Elle ne peut plus s'enfermer dans l'analyse traditionnelle des textes en termes de décentralisation administrative.*** *"*, idem p. 2

scrutin indirect.

La démocratie locale est ainsi essentiellement représentative, ce qu'indique suffisamment la Constitution de la Vème République aux termes de laquelle *" les collectivités s'administrent par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi "*[865], lesdits conseils étant par ailleurs tenus dans l'incapacité de principe de déléguer leurs compétences[866].

Pour le reste, la question a récemment été remise en lumière par une série de textes législatifs concernant la question des référendums locaux[867], qui a été résolue dans le sens de *" l'exclusion du référendum, en tant que technique permettant à la population de décider elle-même "*[868] en se substituant aux autorités élues, et donc du caractère purement consultatif des consultations locales. Cette faculté de consulter les électeurs communaux a ainsi été étendue par la loi ATR du 6 février 1992[869] et par la loi du 4 février 1995, relative à

---

[865] Deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution de 1958.

[866] CE, 7 avril 1905, Commune d'Aigre, n° 14.140 : *" c'est le conseil municipal qui règle par ses délibérations les affaires de la commune (et) en substituant ainsi à la décision qu'il lui appartenait de prendre lui-même pour le règlement d'une affaire d'intérêt communal la décision des électeurs intéressés, le conseil municipal a violé la disposition précitée "*.

[867] Sur cette question, voir récemment l'article de G. KOUBI, Droit des collectivités territoriales et référendum administratif local, in *La démocratie locale*, CURAPP PUF 1999, p. 197 et s. Voir aussi J. CAILLOSSE, Quelle(s) participation(s) aux affaires communales ? Eléments de réponse du droit français, *Pouvoirs* 2000 n° 95 p. 117

[868] R. CHAPUS, Droit administratif général, n° 293-1, p. 236. Plus largement, on peut remarquer que *" la France qui a très tôt proclamé le principe de la représentation nationale, s'est toujours montrée réticente à l'idée d'une expression directe des citoyens, tant en raison de la concurrence qu'elle pourrait faire au mandat représentatif que de la tendance plébiscitaire qu'elle comporte toujours. En ce qui concerne les communes, cette réticence est d'autant plus forte qu'un référendum organisé par une fraction du peuple pourrait apparaître comme une division de la souveraineté dont ce dernier est titulaire dans son ensemble "* : conclusion PELISSIER sur TA Lille, 7 juin 1999, Goethals et autres, *RFDA* 2000 p. 451. De la même façon, voir J.-P. FRANCON, le référendum local, heurts et malheurs, *DA* juillet 2000, chron. p. 4, qui estime que l'hostilité à l'égard du référendum remonte *" aux origines de la République "* et notamment aux dispositions de l'article 2 du Titre 3 de la constitution de 1791 : *" la Nation de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut exercer que par délégation. La constitution française est représentative "*.

[869] L'article L. 2141-1 du CGCT dispose ainsi que *" le droit des habitants de la commune a être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociables de la libre administration des collectivités territoriales, est un* ***principe essentiel*** *de la démocratie locale "*. Cependant, comme l'indique G. KOUBI, *" ces données*

l'aménagement du territoire, cette dernière permettant notamment aux électeurs de saisir le conseil municipal d'une demande de consultation sur " *une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales* "[870].

La commune particulièrement, au regard de son statut de collectivité primordiale, est donc à la croisée des chemins : organisation fondamentale et pré-étatique constituée afin de garantir la sécurité du groupe d'individus qui la compose, elle est parallèlement un échelon d'intervention étatique et s'intègre de ce fait dans l'idée d'œuvre libérale. Encore une fois donc, nous sommes en présence d'une institution double, d'un *Janus* institutionnel.

Dès lors il est souhaitable de s'interroger sur les conséquences de cette double filiation de la commune dans le domaine qui nous préoccupe.

*

* *

---

de la démocratie locale n'induisent pas une participation effective aux décisions locales " mais organisent tout au plus " *une consultation locale* ", dans le seul cadre communal : *art. préc.* p. 199.

[870] Article n° L. 2142-2 du CGCT. Dans tous les cas, l'affaire objet de la consultation doit relever de la compétence de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale concerné, mais peut porter dans ce cadre tant sur des compétences relevant du maire que du conseil municipal : CE sect. 25 décembre 1995, Géniteau, *AJDA* 1996, p. 111, chron. J.-H. STAHL, *D.* 1996, p. 273, note VERPEAUX ; *RFDA* 1996, p. 471, concl. CHANTEPY.

Conclusion du chapitre 1 :

L'application de la théorie de l'institution et l'identification du mouvement ternaire qui la constitue se sont donc révélés tout à fait utile pour analyser tant l'Etat que la commune. Sont apparus, à cette occasion, certains éléments qui nous semblent de nature à éclairer de façon relativement nouvelle la question de la détermination du patrimoine public responsable.

Il semble en particulie, **et l'analyse de la jurisprudence le confirme** encore aujourd'hui, que l'institution communale conserve une " double appartenance " et que cette situation influe fortement sur les techniques de mise en œuvre de sa responsabilité. Si son contentieux en la matière relève, depuis les arrêts *De Fonscolombes*[871] (1908) et *Thérond*[872] (1910), de la compétence du juge administratif, il aura fallu attendre le début du 20ème siècle, soit plus de trente années après la jurisprudence *Blanco*, pour assister à cet alignement sur l'Etat.

Dès lors, les éléments mis en lumière, concernant notamment la notion d'idée d'œuvre ou l'origine du pouvoir réglementaire ne sont certainement pas sans importance pour comprendre mieux ce qui est en jeu lorsqu'on prétend fonder la responsabilité sur la compétence dans le cadre du principe fonctionnel d'imputation de la responsabilité.

---

[871] TC 11 avril 1908, *S*. 1909.III.49 note HAURIOU
[872] CE 4 mars 1910, *R*. p. 193, conclusions PICHAT.

Chapitre 2 :

Analyse institutionnelle et

détermination du patrimoine public responsable

“ Or évidemment, les compétences attribuées aux personnes publiques ne font pas l’objet, dans la réglementation juridique, d’une description détaillée de chacun des actes, de chacun des faits et gestes qui peuvent ou doivent être accomplis. La conséquence en est (…) que c’est au juge qu’il appartiendra ***dans une mesure souvent discrétionnaire****, de trancher si tel ou tel acte est ou n’est pas l’exercice de telle compétence de telle personne publique. (…)Faute de texte précis dans tous ces cas c’est le juge qui, en appréciant la nature des activités exercées au moment du dommage et en assimilant ces activités à l’exécution de telle fonction publique****, détermine par là même le contenu des compétences publiques ”***[873].

Puisqu’en principe, au terme du principe fonctionnel d’imputation de la responsabilité, la compétence fonde la responsabilité, il faut voir dans quelle mesure apparaissent renouvelées les questions fondamentales de la recherche du patrimoine responsable qui sont celle de la compétence (Section 1) et celle, corollaire dans le cadre du principe fonctionnel d’imputation des dommages, de la responsabilité (Section 2), ce qui devrait nous permettre d’expliquer les dérogations constatées au principe.

[873] P. AMSELEK, La détermination des personnes publiques responsables, préc. p. 308.

Section 1 : la question de la compétence

Dès lors qu'on essaye de systématiser la notion de détermination du patrimoine public responsable et de comprendre à quoi obéissent des démarches jurisprudentielles qui, à l'occasion, peuvent paraître s'éloigner du principe au terme duquel est tenue d'indemniser la victime la personne publique dans les compétences de laquelle l'activité dommageable s'est inscrite, ou qui a disposé du pouvoir de décision, on en vient nécessairement à poser la question de *l'origine* du pouvoir mis en œuvre.

Le caractère double du pouvoir réglementaire mis en œuvre par la commune a été mis en exergue précédemment, et il s'agit désormais de systématiser cette question autour des deux notions de compétence et d'attribution (B), ce qui nous donnera l'occasion d'évoquer la question de la clause générale de compétence des collectivités locales (C). Il faut au préalable établir fermement le vocabulaire dont on se propose de faire usage et choisir celui qui correspond le mieux à notre recherche (A).

A. Les différents " titres d'action "

La définition de la notion de compétence comme " *aptitude reconnue légalement à une autorité publique de faire tel ou tel acte dans des conditions déterminées* "[874] ou " *aptitude à agir dans un certain domaine* "[875], dont nous cherchons à comprendre la façon dont elle conditionne la responsabilité des personnes publiques diffère, au sein d'un vocabulaire très riche, de celle de la capacité (1), de pouvoir (2), d'habilitation (3), d'attribution (4) et de fonction (5).

<u>1. La compétence n'est pas la capacité :</u>

Pour le dictionnaire *Le Robert*, la capacité se définit comme " *l'aptitude juridique à agir valablement pour soi-même* ". Pour M. CORNU[876], c'est " *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer, reconnue en principe à tout individu et (…) aux personnes morales* ".

---

[874] Le Petit Robert
[875] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2000, p. 123

Il est tout à fait évident que ce n'est pas cette **faculté d'exister juridiquement** qui nous intéresse ici, puisqu'il est acquis que les personnes publiques en cause en sont, par nature, dotées. Elle consiste donc en un préalable dont l'existence est la conséquence directe de la personnalité morale.

2. La compétence n'est pas le pouvoir :

Correspondant pour le dictionnaire Robert au fait *" d'avoir la possibilité de faire quelque chose "*, c'est pour le professeur DELVOLVE[877], *" le pouvoir d'un organe déterminé défini par la mesure ou les conditions dans lesquelles la puissance publique est mise à sa disposition pour obtenir, au besoin par la contrainte, l'exécution de ses libres décisions "*.

Le *dictionnaire encyclopédique* renvoie quant à lui à *" la capacité légalement reconnue à un sujet d'accomplir un acte juridique, que ce sujet soit une personne de droit public (compétence* stricto sensu, *relative à la création, à l'application ou à la sanction des règles de droit) ou de droit privé (capacité, droit, pouvoir) "*.

Il en résulte que la question du pouvoir est celle de **l'autonomie** de décision plus que de la **compétence** pour agir, au sens où on ne peut pas parler de pouvoir dès lors notamment que la compétence est soumise à un contrôle d'opportunité : *" en effet en ce cas ce n'est pas véritablement la personne ou l'organe théoriquement investi du pouvoir qui veut, mais la personne ou l'organe qui dispose du pouvoir de contrôle "*[878]. La confusion entre compétence et pouvoir vient donc de ce que les deux notions peuvent se recouvrir entièrement et du fait que *" si l'action ne peut pas excéder les limites de la compétence, la compétence, elle, peut fort bien dépasser les limites de l'action "*[879].

---

[876] G. CORNU, idem, p. 177

[877] Cité par J.-M. PONTIER, thèse préc. p. 33.

[878] idem, p. 34

[879] Ch. EISENMANN : *Centralisation et décentralisation, esquisse d'une théorie générale,* LGDJ 1948, p. 91. De fait, comme l'indique J.-M. PONTIER, préc. p. 34, *" l'exercice de certaines compétences par un organe ne permet pas ipso facto de définir les limites de la compétence de cet organe. Cette dissociation entre la compétence et le pouvoir vient notamment de ce que ce dernier est essentiellement une capacité juridique donc susceptible de variations. En revanche, lorsque la compétence personnelle est déterminée, le domaine d'application des normes ne change pas "*.

3. La compétence n'est pas seulement l'habilitation :

La notion d'habilitation, comprise comme *" l'action de conférer la capacité à un incapable "*, est quant à elle trop restreinte pour correspondre en première analyse à la notion de compétence. Cependant, elle n'est pas sans intérêt puisqu'il est acquis que les compétences des collectivités locales s'exercent au regard du principe de " libre administration ", dans le cadre légal. Autrement dit, il n'est pas inexact d'affirmer que les compétences des collectivités locales sont, en général, issues d'une habilitation du législateur et, plus précisément, du constituant.

4. L'attribution se dit d'une compétence :

Défini comme *la catégorie d'actes ou de matières qui entre dans le pouvoir ou la compétence d'une autorité ou d'un organe*, le terme attribution correspond à la disposition par une première personne d'une compétence dont elle investit une autre.

5. La compétence peut participer d'une fonction :

Il faut enfin dire un mot de la notion de " fonction " : les définitions qui ont été proposées ont souvent pour conséquence de renforcer l'incertitude générale puisque pour CARRE DE MALBERG, qui mêle fonction et pouvoir, *" les fonctions du pouvoir, ce sont les formes diverses sous lesquelles se manifeste l'autorité dominatrice de l'Etat : par exemple, édicter la loi est un des modes d'exercice de la puissance étatique, une fonction du pouvoir "*[880] alors que BONNARD y décèle *" les moyens qui permettent à l'Etat de remplir ses attributions*[881]*. De même que l'individu procède à certaines opérations pour exercer sa profession, de même l'Etat exécute certaines fonctions en vue de remplir ses attributions "*[882]. Nous renoncerons donc à tenter de proposer un usage possible de cette notion trop générale en ce qui concerne la question des

---

[880] Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris 1920, rééd. CNRS 1962.

[881] En dehors du " sophisme " du contrat social, on voit d'ailleurs assez mal le sens que recouvre le terme " attribution " s'agissant de l'Etat.

[882] B. BONNARD, Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics, *RDP* 1925, p. 5

compétences.

B. Synthèse : compétences et attributions

A ce titre, une première réponse correspondrait à dire, s'agissant notamment des collectivités locales, que la répartition des compétences est, avec les imperfections que l'on a dites[883], effectuée par le législateur. Mais cette réponse ne paraît pas suffisante, puisque il a été montré qu'il fallait considérer que s'inscrivait dans le cadre de compétences dévolues par la loi, un pouvoir réglementaire propre, et qu'entre les deux une relation dialectique s'établissait.

Dans le cadre de la problématique relative aux collectivités locales, il faut effectivement, comme le préconise F.-P. BENOIT[884], faire un usage précis du vocabulaire en distinguant soigneusement les *compétences* des *attributions*. L'auteur indique justement qu'il convient de désigner par le terme générique " attributions " l'ensemble des aptitudes à **agir** reconnues aux autorités administratives, quelle que soit la nature de ces activités. Le terme " compétence " devant être réservé au cas spécifique des attributions constitutives d'une **aptitude à faire des actes juridique[885]**.

---

[883] Et qui ne sont pas, s'agissant de la difficulté de déterminer avec précision les compétences des collectivités locales, sans intérêt sur la question qui nous occupe, puisque comme l'indiquait le rapport GIROD au moment des lois de décentralisation " la répartition des compétences ne saurait…être exhaustive. Cela ne serait ni souhaitable, ni possible. Dans toutes les sphères d'action peu définies, chaque collectivité retrouve…sa capacité d'initiative, dans la limite générale de son pouvoir " : cité par M.-C. ROUAULT dans sa thèse, *L'intérêt communal*, PUL, 1991, p. 78.

[884] La répartition des attributions des collectivités locales, encycl. Dalloz. Cette difficulté de vocabulaire est aussi remarquée par J.-M. PONTIER, qui indique dans sa thèse de doctorat que *" les termes attribution, compétence, fonction, pouvoir, sont utilisés indifféremment par les auteurs, un même auteur employant successivement le même mot dans des sens différents "*, ces confusions provenant d'une double difficulté : *" dans la détermination du contenu de la notion de compétence "* et dans *" la détermination de la dimension de la compétence, c'est-à-dire l'élément matériel de la compétence "* : L'Etat et les collectivités locales, thèse préc. p 29.

[885] Voir aussi B. FAURE, qui indique qu'alors que *" la capacité définit une faculté d'action pour son titulaire, la compétence est, pour lui, source d'obligation, de telle manière qu'il ne*

Estimant que les collectivités locales ne peuvent en effet agir que dans la limite des attributions qui leur sont reconnues par les lois et règlements et que toutes ces attributions sont constituées par des aptitudes à agir, l'auteur propose une distinction entre compétences et attributions qui sont des *" aptitudes de deux natures différentes "*.

Les compétences, au sens juridique précis du terme, correspondent à *" des aptitudes conférées à une autorité ou à un corps délibérant à l'effet de prendre, en ce qui concerne un objet déterminé, des décisions ayant valeur d'actes juridiques créant par eux-mêmes des effets de droit "* et dont le propre est donc ***" de conférer un pouvoir de décider ",*** de faire des actes unilatéraux qu'ils s'agissent de décisions individuelles ou réglementaires et donc *" un* ***pouvoir de décision***[886] *qui aura effet sur d'autres que l'auteur de l'acte "*.

Les simples attributions, *" faites* ***de la seule aptitude à exécuter des activités "*** qui s'analysent quant à elles comme étant des opérations matérielles non créatrices par elles-mêmes d'un effet de droit , ou à prendre ce qui apparaît en la forme extérieure comme des décisions, mais qui sont *"* ***sans effet juridique*** *direct à l'égard des administrés, des agents ou des autres collectivités : avis, vœux… "*. Pour l'auteur, *" ces compétences et ces simples attributions s'exercent indépendamment les unes des autres "*[887].

---

peut la déléguer à une autre autorité ni même renoncer purement et simplement à l'exercer " : thèse préc. p. 168.

[886] Et l'on retrouve le critère mis en exergue par Yves COUDRAY pour s'opposer au critère fondé sur la compétence…

[887] idem, n°7. L'auteur distingue par ailleurs au sein des attributions, les attributions générales et les attributions particulières selon qu'elles sont définies soit par des textes particuliers soit par des lois de répartition, en précisant cependant qu'*" il y a d'autant moins lieu de donner trop d'importance, au plan du vocabulaire, à cette distinction des attributions générales et des attributions particulières, en fonction des modalités de définition, abstraite ou concrète, de leur objet, que, précisément, cette distinction se relativise depuis 1982 "*. *idem*, n° 9

Cette distinction nous apparaît tout à fait féconde mais nous nous proposons cependant de l'adapter et de la réutiliser dans un sens un peu différent : distinguer attribution et compétence nous permet effectivement de faire le départ entre les *aptitudes à créer du droit* que les collectivités tiennent d'une *attribution* étatique et celles pour lesquelles elles détiennent comme " naturellement " une *compétence.* Ce qui permet de comprendre pourquoi on distingue sans expliquer l'origine de la distinction au sein des compétences de collectivités locales, celles qui sont " explicites " et correspondent à *" la mise en œuvre de la loi dans un domaine déterminé "* et celles qui dont " implicites " du fait de *" l'attribution d'une compétence dont l'exercice implique nécessairement un pouvoir de réglementation, par exemple l'attribution au maire du pouvoir de police administrative "*[888].

Cette proposition correspond à celle du professeur DOUENCE pour qui *" la vocation générale de compétence des collectivités locales est l'un des modes de détermination des compétences locales que la loi a instaurés, parallèlement à l'attribution de compétences spécifiques "*[889]. Il nous paraît à cet égard symptomatique que de réelles difficultés concernent, au regard du problème de la détermination du patrimoine public responsable, les rapports entretenus entre l'échelon communal et l'Etat[890].

Ainsi, le professeur FAURE[891], à l'issue d'une analyse institutionnelle de l'origine du pouvoir réglementaire des collectivités locales indiquait récemment

---

[888] L . FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz 1999, p. 465. Nous estimons qu'il y a plus dans cette seconde situation " reconnaissance implicite " d'un pouvoir autonome que " dévolution implicite " d'un pouvoir réglementaire.

[889] J.-C DOUENCE, Réflexion sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l'intérêt public local, préc. p. 327.

[890] La concurrence entre les pouvoirs de police générale respectifs du maire et du préfet, d'une part et les mises à disposition de service d'autre part. On pense immédiatement à affirmer que c'est la problématique même de la décentralisation qui est en cause ici et à cette idée que si la décentralisation annoncée en 1982 peut à bien des égards s'analyser comme une " re féodalisation " (LEGENDRE), les aspects techniques d'imputation de la responsabilité sont eux tout à fait décentralisés, au détriment des communes dont la responsabilité est de plus en plus souvent susceptible d'être actionnée.

[891] Thèse préc. p. 175. Voir aussi Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales*, CDC - Ed. de l'aube 1999, p. 343

que la faculté de créer du droit des collectivités n'est plus liée à l'attribution de certaines missions et que dès lors " *l'acte n'est plus pré-conçu dans une loi précise* " puisque " *c'est l'institution qui apparaît comme la véritable " force créatrice "*, les collectivités territoriales disposant d'une " *autonomie au plan des fins* " car " *les pouvoirs généraux qui leur sont* ***reconnus ne peuvent s'assimiler à des règles d'attribution*** *reçues pour des buts déterminés par des textes spécifiques, mais s'apparentent* ***à des titres de validation générale*** *reconnaissant un caractère normatif à la volonté locale dans la gestion de ses affaires "*[892].

Dès lors faut-il distinguer dans le cadre général des " pouvoirs " locaux ceux qui relèvent du caractère corporatif des collectivités considérées et qui font l'objet d'une reconnaissance générale au sein de l'ordre juridique sous la forme d'un *titre de validation générale* correspondant à la mise en œuvre de l'idée de l'institution et identifiés sous l'appellation de " clause générale de compétence " et les autres attributions déléguées par l'Etat dans un but purement utilitaire.

On peut là encore suivre HAURIOU, lorsqu'il affirme que " *toutes ces personnes morales viennent se ranger à côté de celle de l'Etat ; on a beau affirmer qu'elles en sont des démembrements, ce n'est qu'une formule vide de sens, car une personne subjective ne se démembre pas, elle est par définition indivisible ; la vérité est donc que les personnes morales décentralisées sont autrui par rapport à l'Etat "*.

On règle ainsi, nous semble-t-il, la question de savoir s'il existe, au bénéfice des collectivités décentralisées, une " *réserve d'indépendance gagnée vis-à-vis de la loi (qui) peut concrètement s'analyser comme l'application d'un*

---

[892] B. FAURE, thèse préc. p. 178 : " *contrairement au but d'une institution qui lui est assigné par une volonté extérieure pour la réalisation d'une mission donnée,* ***l'idée directrice des collectivités leur est propre*** *(représentation des intérêts d'un groupe humain localisé)* ***quand bien même elle est reconnue par la puissance publique "*** et dès lors, " *l'orientation moderne vers une explicitation des compétences locales et une spécialisation des collectivités, si fréquemment relevée et explicable pour différentes raisons, déboucherait sur une décadence du pouvoir réglementaire spontané et des pouvoirs généraux des autorités décentralisées* "

droit subjectif public "[893], correspondant à un pouvoir discrétionnaire de type de celui auquel se référait André HAURIOU, pour qui *" le pouvoir discrétionnaire de l'administration apparaît (…) comme cette part de l'initiative et de l'indépendance juridique de l'administration qui n'a pas été limitée par la loi et les règles de droit et comme le pendant en droit public du principe de l'autonomie de la volonté en droit privé et de la souveraineté des Etats sur le plan du droit international "*[894].

C'est, plus traditionnellement la question de l'existence, au bénéfice des collectivités territoriales, d'une *clause générale de compétence* dont l'existence permettrait de parler d'une compétence générale encadrée de ces collectivités[895], parallèlement à leurs compétences d'attributions.

C. La clause générale de compétence :

La notion de clause générale de compétence a été avancée pour rendre compte de la reconnaissance par notamment la loi municipale du 4 avril 1884[896], reprise à l'article L.2121-29 du CGCT, du fait que *" le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune "*[897]. On peut faire la même

---

[893] B. FAURE, thèse préc. p. 189

[894] A. HAURIOU, le pouvoir discrétionnaire et sa justification, in *Mélanges CARRE de MALBERG*, Sirey 1933, p. 233.

[895] Et non pas, ou non plus, d'une compétence de droit commun, qui *" n'a pas sa place dans le domaine des attributions des collectivités locales "* puisque *" toute attribution est toujours limitée, non seulement par la définition de son objet, même si celle-ci est donnée en termes généraux, mais aussi dans le cadre territorial de chaque collectivité locale ",*

[896] *Thèse* préc. p. 378, note 1.

[897] Comme l'indiquent cependant MM. TOUVET, FERSTENBERT et CORNET, la législation codifiée dans les articles du CGCT *" issus des lois communales et départementales de la IIIème République ou des lois décentralisatrices* en vigueur apparaissait avant une série d'arrêts rendus en 1989 assez contradictoire ou du moins imprécise : l'article L. 1111-2 dispose en effet que les collectivités territoriales règlent par leurs délibérations *" les affaires de leur compétence "* alors que les articles L. 2121-29, L. 3211-1 et L. 4221-1 relatifs aux organes délibérants évoquent *" les affaires "* et non *" les compétences "* des différentes collectivités, ou encore *" l'intérêt local "* (article L. 2121-29) ou *" l'intérêt départemental "* (article L. 3211-1). Dans les arrêts Commune de Pierrefitte-sur-Seine (CE 23 octobre 1989, *R.* p. 209), Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône (CE 11 octobre 1989, *R.* p. 184) et Commune de Gardanne (CE 11 octobre 1989, *R.* p. 188) le Conseil d'Etat précise que la loi du 7 janvier 1983 n'a pas abrogé l'article L. 2121-29 du

remarque s'agissant de la loi de 1871 sur le département : si, comme l'indique E. MELLA[898], *" on pouvait douter avec la loi de 1871 de l'existence d'une clause générale de compétence au profit des départements "* puisque seul l'alinéa 5 de l'article 48 de cette loi disposait que le conseil général délibère *" sur les objets d'intérêt départemental dont il est saisi, soit par une proposition du préfet, soit sur l'initiative d'un de ses membres "*, l'article 23 de la loi du 22 mars 1982 a réglé cette question en reprenant mot pour mot la terminologie réservée à la commune par la loi de 1884 : le conseil général désormais, *" règle par ses délibérations les affaires du département "*.

L'article 72 de la constitution de 1958 qui dispose que les collectivités territoriales *" s'administrent librement par des conseils élus* ***et*** *dans les conditions prévues par la loi "* est évidemment aussi une reconnaissance de principe d'une autonomie locale encadrée[899], sous forme de *" principe à valeur constitutionnelle "*[900]. Il nous semble qu'elle n'a pas été remise en cause par les lois de décentralisation[901], puisque, comme l'indique le professeur FRIER,

---

CGCT (ancien L. 121-26 du code des communes) et *" reconnaît donc que la liste des compétences attribuées par un texte à chaque catégorie de collectivité n'est pas exhaustive " : Les Grands arrêts de la décentralisation*, Dalloz 1999 p. 25.

[898] E. MELLA, *Contribution à la théorie de l'acte administratif local*, Thèse Bordeaux IV, 1999, p. 331

[899] Encadrée en ce sens que *" le principe de libre administration ne peut s'analyser comme la source d'un pouvoir réglementaire local nouveau, la loi demeurant le fondement direct des décisions locales, mais plutôt comme la garantie du maintien d'espaces juridiques qu'avaient accordés les politiques décentralisatrices antérieures et que la jurisprudence constitutionnelle tend ainsi à rendre irréversibles "*. Et dès lors, *" c'est de la loi et de l'attitude constructive du Conseil d'Etat que dépend l'étendue du pouvoir réglementaire local "*. Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, art. préc. p. 347.

[900] Décision n° 79-104 DC 23 mai 1979, Territoire de Nouvelle-Calédonie, *RJC* 1979, p. 69. Sur cette question, voir notamment les développements du B. STIRN, *les sources constitutionnelles du droit administratif (introduction au droit public)*, 3ème éd. 1999 p. 114 et s.

[901] Malgré les affirmations de J. CHAPUISAT, la répartition des compétences, *AJDA* 1983, p. 83, pour qui *" au lieu de l'ancienne clause générale de compétence (…), la loi du 7 janvier 1983 indique simplement qu'il n'est de compétence que d'affectation "*. L'auteur fait d'ailleurs preuve d'une constance certaine, puisqu'il affirmait déjà dans sa thèse de doctorat que le concept d'affaire locale avait peut être une valeur sociologique mais aucunement juridique : *La notion d'affaire locale en droit administratif français*, Thèse Paris II, 1975. Pour une étude de cette position, cf. E. MELLA, *Contribution à la théorie de l'acte administratif local*, préc.

“ toute véritable collectivité territoriale au sens que lui donne la constitution, a, grâce à la clause générale de compétences, vocation à traiter de l’ensemble des affaires locales, toutes celles qui présentent un intérêt public local ”[902] et ce *“ indépendamment de toute attribution spécifique ”*[903].

Il est exact d’affirmer, avec le professeur CHAPUS, que cette reconnaissance abstraite et générale *“ n’a guère de signification juridique ”*[904]. Pour l’auteur, *la réalité est que le départ entre les affaires dont le règlement est remis aux autorités locales et celles qui appartiennent à l’Etat résulte essentiellement,* ***non de la nature des choses*** *ou de données préétablies, mais des dispositions énumératives et contingentes adoptées par le législateur ”*. En ce sens, à la lecture du droit positif on peut dire avec CARRE de MALBERG que dans une première analyse *“ la fonction est municipale, le pouvoir ne l’est pas ”*[905]. Il apparaît clairement, enfin, que cette notion paraît bien théorique au regard des difficultés pratiques engendrées par le fameux “ enchevêtrement des compétences ” qui caractérise le droit local[906].

Si ce point est tout à fait incontestable au regard du droit positif, il convient

---

[902] P.-L. FRIER, La répartition actuelle des compétences entre l’Etat et le pouvoir local, *AJDA* 2000 p. 65. De fait, comme l’indique M. FAURE, *“ les mécanismes de partage entre les pouvoirs réglementaires national et local ne sont pas encore mis au clair. Il semble que la jurisprudence administrative la plus récente porte la marque du désaccord doctrinal sur le sujet. La réelle indétermination de la doctrine semble se reporter sur l’attitude du juge qui ne cherche pas à fixer sa jurisprudence en abordant de front le problème des possibilités réglementaires des collectivités mais à résoudre, avec une nouvelle rigueur,* ***de pures difficultés occasionnelles ”,*** Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, art. préc. p. 354.

[903] J.-C DOUENCE, Réflexion sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l’intérêt public local, in *Quel avenir pour l’autonomie des collectivités locales ?*, Editions de l’aube, 1999, p. 317

[904] Droit administratif général, t.1, n° 416

[905] CARRE de MALBERG, Contribution…, p. 188, note 27

[906] Ainsi, pour J.-M. PONTIER *“ la recherche d’une répartition normative des compétences se révèle en grande partie vaine, en raison de l’enchevêtrement actuel des compétences ”* : thèse préc. p. 41. Cette circonstance ne doit cependant pas nous éloigner de la question de la répartition des compétences qui, pour l’auteur, *“ est consubstantielle à la pluralité des personnes publiques. A partir du moment où il existe deux, et a fortiori plusieurs personnes publiques, il existe nécessairement une certaine répartition des compétences entre elles. C’est une nécessité de l’ordre juridique et de l’ordre social ”* : idem, p. 45.

cependant de remarquer que, comme l'indique J.-C. DOUENCE, *" la vocation générale imprègne toute l'action locale parce qu'elle répond à la nature profonde des collectivités "*[907]. Dès lors, *" pour cerner la notion d'affaires de la commune, un détour par la théorie de la personnalité morale est indispensable "*[908]. Ainsi, pour l'auteur, ce détour permettrait d'affirmer que la capacité juridique d'une personne morale est par nature *" déterminée par l'accomplissement de la fonction collective pour laquelle elle a été créée "*.

Cette " fonction collective " correspondrait ainsi à une " spécialité " qui peut être de deux types : la personne morale est soit **fondée pour** remplir une mission qui lui est confiée et dont elle ne doit pas s'écarter, ce qui est par exemple le cas des établissements publics ; soit elle *" correspond à l'organisation d'un groupement humain dont elle défend les intérêts collectifs et exprime les buts communs "*[909].

C'est ce à quoi E. MELLA fait récemment référence, lorsqu'elle oppose les

---

[907] J.-C. DOUENCE, Réflexions sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l'intérêt public local, in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Editions de l'aube, 1999, p. 318.

[908] J.-C. DOUENCE, *La commune*, préc. p. 67. On peut aussi indiquer, avec J.-M. PONTIER , que *" le problème de la détermination des compétences des collectivités locales se situe dans le cadre de la problématique Etat - individu. Les Etats occidentaux attachés au libéralisme affirment la primauté de l'individu sur l'Etat. Quel que soit l'interventionnisme de ce dernier c'est l'individu qui détient la primauté des valeurs.* ***Les relations entre l'Etat et les collectivités locales sont commandées, dans l'ordre politique, par le même principe, à savoir la primauté, c'est-à-dire le caractère premier de l'intervention locale "*** **:** thèse préc. p. 46.

[909] Sur la différence de nature entre le principe de spécialité des " institutions corporatives " et des établissements publics classiques, les termes de M. DOUENCE sont tout à fait clairs et s'apparentent à une analyse institutionnelle : *" la théorie générale de la personnalité morale indique que toute personne morale est soumise au principe de spécialité, en ce sens que, contrairement à la personne physique que l'autonomie de la volonté laisse libre de poursuivre les buts de son choix, elle ne peut poursuivre que* ***les buts pour lesquels elle a été instituée****, c'est-à-dire la satisfaction des intérêts dont elle est l'expression juridique. La question est alors de savoir comment est déterminée cette spécialité inhérente à la nature des personnes morales. Certaines institutions sont assignées à un but déterminé par les fondateurs dans l'acte institutif (…) En droit public : ce sont notamment les collectivités locales, dans la mesure où elles ne se réduisent pas à de simples instruments d'action de l'Etat mais expriment les intérêts et la volonté de la population qu'elles regroupent* **:**

“ affaires locales ”, concédées par l’Etat, et les “ affaires territoriales ” correspondant à la mise en œuvre de “ besoins ” purement locaux et contenus comme tels dans la clause générale de compétence[910].

Les communes, comme toutes collectivités locales, participent des deux catégories: elles ont ainsi à la fois a des “ *traits fondatifs* ” dans la mesure “ *où l’ordre juridique supérieur dont elle (font) partie (leur) assigne certaines missions à remplir* ”, mais fondamentalement, elles sont reconnues “ *comme un groupement d’habitants pourvus d’une expression collective pour la défense d’intérêts communs et la* ***réalisation d’œuvres communes*** ”[911].

C’est en ce sens qu’il faut comprendre la notion de clause générale de compétence : elle s’analyse comme la reconnaissance de ce caractère “ corporatif ” du pouvoir des collectivités locales et particulièrement de la commune. Et ainsi, comme le note le professeur DOUENCE, “ *l’habilitation légale ne couvre pas une liste de matières prédéterminées, elle englobe dans le champ d’action de la commune tout ce qui touche à l’intérêt public communal, tel qu’il peut être apprécié par le conseil municipal, sous le contrôle du juge de la légalité. Elle se définit par son caractère finaliste (but d’intérêt public) et personnel (commun aux habitants membres de la collectivité)* ”[912].

Cette idée semble effectivement présider à la démarche qu’emprunte le juge administratif lorsqu’il est amené à déterminer, par exemple dans le cadre de la très fameuse jurisprudence relative au “ socialisme municipal ” sur la conformité

Réflexions sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l’intérêt public local, préc. p. 330.

[910] Thèse préc. p. 339. Pour l’auteur, le domaine de compétences des collectivités locales ne saurait être réduit à une simple énumération législative qui indiquerait *de “ manière relativement précise la base légale possible de chaque autorité décentralisée. A moins que d’autres clauses législatives de compétence ne viennent la limiter,* ***la clause générale de compétence signifie qu’aucune règle a priori ne vient limiter le domaine d’action possible des collectivités locales ”***.

[911] idem. L’auteur poursuit : “ *la vocation de la commune ne déroge donc pas au principe de spécialité. Elle en exprime une modalité propre aux personnes à caractère “ corporatif ” : la commune a vocation à défendre tous les intérêts publics communs à ses membres et à prendre en charge toutes les activités qui leur correspondent* ”.

(à l'ordre juridique) d'une intervention locale : il examine toujours la nature et le contenu concret de l'intérêt ou du " besoin " local qui la justifient[913].

Il ne nous semble pas pour autant tout à fait exact de faire état pour identifier cet intérêt local des *" textes intervenus pour connaître le domaine ouvert à l'action des différentes catégories de collectivités locales "*[914], dans la mesure où l'identification de l'intérêt local par le juge nous paraît avoir une assise plus large que les seules dispositions textuelles. Du moins l'habilitation textuelle est-elle suffisamment large pour autoriser des interventions très générales, puisque comme l'indiquent MM. TOUVET, FERSTENBERG et CORNET, *" la notion d'intérêt public local n'ayant pas de contenu fixe, elle permet de refléter les préoccupations du moment, s'agissant de ce qui est considéré, par les pouvoirs publiques et par la jurisprudence comme devant relever de la compétence des collectivités territoriales pour répondre aux besoins de la population "*[915]

On préfèrera donc indiquer, avec le professeur FAURE[916], qu'il ne suffit pas de dire que la décentralisation réalise un accroissement de pouvoir de décision au profit d'autorités indépendantes, encore faut-il que les activités normatrices concédées répondent à des besoins, à **des traditions** ou à des intérêts **principalement** locaux, conditions permettant aux collectivités de s'affirmer comme *" auto-réglementatrices pour les questions spécifiques à la vie intérieure de la communauté et sans grand intérêt national "*. Plus largement pour l'auteur, *" la volonté d'édicter ses propres règles n'est efficace qu'en tant qu'elle est conforme à " l'aptitude légale " sans laquelle les velléités personnelles ne sont*

---

[912] idem, p. 68.

[913] Comme l'indique J.-C. DOUENCE, *" Cette analyse abstraite est corroborée par une jurisprudence pragmatique, abondamment répétée depuis plus d'un siècle. "*, idem, p. 70.

[914] R. CHAPUS, manuel préc. n° 416 p. 271. Ainsi, pour J.-C DOUENCE, *" les lois ne procèdent pas à une répartition* **des** *compétences locales dans leur ensemble mais seulement* **de** *(certaines) compétences qui font l'objet d'un transfert de l'Etat aux collectivités locales. Elles ne concernent donc ni les attributions antérieures, ni la vocation générale "*. J.-C DOUENCE, Réflexion sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l'intérêt public local, préc. p. 320.

[915] *Les grands arrêts du droit de la décentralisation*, préc. p. 29.

[916] B. FAURE : *le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, préc. p. 169

pas constitutives de normes juridiques. ***Mais la loi ne représente pas cette " nappe juridique profonde ", cette " couche juridique originaire " qui naît, en réalité, de faits sociaux antérieurs à " l'Etat légal "***[917].

Opposant récemment, dans le cadre de l'analyse dialectique qui s'apparente à l'analyse institutionnelle, les concepts de décentralisation et de libre administration, le professeur F.-P. BENOIT[918] proposait de la sorte de distinguer le concept de décentralisation comme correspondant à *" un mouvement de transfert d'attributions de l'Etat vers des collectivités internes (et) une compétence discrétionnaire de l'Etat en ce qui concerne la reconnaissance ou la création de telles collectivités "*. Le concept de libre administration correspondrait de la sorte d'une part à une communauté d'habitants ayant une existence réelle, c'est-à-dire ayant conscience d'elle-même et animée d'un esprit local et d'autre part à une liberté d'administration, c'est-à-dire de détermination des prestations et de réglementation locale ; au-delà de l'égalité des régimes **juridiques** appliqués à ces communautés, des différences dans les situations de fait des administrés, conséquences de la liberté d'administration précisément reconnue par ces régimes.

Chaque mouvement décentralisateur peut en ce sens être compris comme générant ses propres contradictions qui seront, dans le cadre du système dialectique que l'on a décrit plus haut, résolues dans un nouveau mouvement

---

[917] Pour l'auteur, *" assurément, une définition juridique du pouvoir local peut être plus concrètement construite sur la base d'une analyse du pouvoir discrétionnaire que sur la revendication utopique d'un droit propre qui suppose l'analyse institutionnelle ou l'idéologie du " pouvoir municipal ". Des pouvoirs authentiques à l'origine ont pu être réduits, dévoyés, corrompus en droit positif. Quelque objectivité qu'on accorde à la notion d'affaire locale, celle-ci ne constitue plus guère qu'un critère résiduel de l'action locale (clause générale), l'essentiel pouvant être conditionné ou retenu dans des compétences expresses. C'est plutôt à partir du caractère incomplet ou facultatif du droit objectif des collectivités territoriales (légalité), que leurs droits subjectifs s'affirmeront. La discrétionnalité peut venir du caractère insuffisamment complet de la légalité, alors, dans l'action, l'indéterminé est source d'autonomisation. Ou bien les conditions légales peuvent être parfaitement définies, mais la loi ouvre au sujet le choix entre plusieurs solutions également admissibles "*. Thèse p. 187.

[918] Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, préc. p. 33. L'auteur poursuit : *" le fait est donc là : un concept de libre administration locale existe, avec son*

formant synthèse (ou négation de la négation)[919], le mouvement général se dirigeant vers la rationalité, vers l'Idée, c'est-à-dire ici vers la " libre administration ".

A ce titre, il faut considérer comme tout à fait symptomatique que le Conseil d'Etat ait, en l'absence de renvoi à un décret, consacré la compétence des communes pour arrêter les modalités d'organisation et de fonctionnement de leur comité d'hygiène et de sécurité dans le silence de la loi[920].

---

contenu propre ; il exprime une Idée, au sens hégélien du terme, c'est-à-dire un stade parfait, rationnel, de gestion des affaires propres d'une collectivité ".

[919] Ainsi, comme le montre le professeur BENOIT, *" chacun des moments de cette progression est toujours constitué par la suppression d'un élément en contradiction avec l'idée de libre administration locale rationnelle : élection des membres du conseil municipal en 1831 au lieu de la nomination par le pouvoir central ; attribution de véritables pouvoirs de décision aux assemblées au cours du XIXème siècle ; élection du maire par le conseil municipal à partir de 1876 ; allègement progressif de la tutelle d'opportunité au début de ce siècle ; reconnaissance au président du conseil général de la qualité d'exécutif du département en 1982 ; depuis, extension considérable des attributions des collectivités locales. Certes, des contradictions subsistent encore ; notamment l'absence de clarté et de cohérence de la répartition des attributions entre l'Etat et les collectivités locales, et entre celles-ci ; l'ambiguïté du système des ressources locales.* ***Ces contradictions sont appelées, elles aussi, à s'atténuer puis à disparaître, sous la puissance attractive de l'Idée de libre administration locale ",*** idem, p. 36.

[920] CE 13 février 1985, SCAAN de Cergy-Pontoise, *AJDA* 1985, p. 271, note J. MOREAU ; *RFDA* 1985, p. 367 note J.-C. DOUENCE, observations L. FAVOREU.

Conclusion de la section 1 :

Ainsi, il paraît possible de distinguer de manière schématique[921] au sein des compétences locales celle qui correspondent à une conception fonctionnelle ou instrumentale des collectivités locales, s'agissant notamment des services publics obligatoires ou plus largement des cas de compétence liée *" chaque fois que les autorités décentralisées exercent une mission sans en être le réel maître d'œuvre "*[922] et des compétences *" abandonnées "*[923] ou plus exactement **reconnues** dans le cadre législatif flou de la clause générale de compétence[924].

A ce titre, il n'est pas tout à fait sans intérêt que le professeur FAURE prenne comme exemple de ce second type de titre d'action locale, d'une part l'administration des services, suivant en cela J. RIVERO[925], et d'autre part la police municipale.

Ces considérations ne sont naturellement pas sans conséquences sur la question de la détermination de la responsabilité, de l'imputabilité, telle qu'elle est fondée, en général, sur la notion de compétence. Cette dernière catégorie

---

[921] Il faut effectivement prendre en compte le caractère relatif d'une semblable théorisation dont le risque est *" d'aboutir à une standardisation irréelle des collectivités locales " :* B. FAURE, idem p. 168

[922] idem, p. 165 et en ce sens le pouvoir réglementaire local s'analyse *" comme le corollaire d'intérêts déterminés de l'extérieur "*.

[923] Pour reprendre la distinction entre les compétences " attribuées " et " abandonnées " proposée par G. HERAUD : *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Sirey 1946, p. 46. Ce qui correspond à la formulation de J.-C. DOUENCE pour qui le mode de détermination des compétences locales actuellement en vigueur correspond à la juxtaposition par le législateur *" des deux procédés de l'attribution légale et de l'habilitation générale à régler les affaires locales "*, Réflexions sur la vocation générale… préc. p. 332

[924] C'est la thèse de M. JOYAU, qui indique clairement, au terme de ses recherches, que *" contrairement à ce que soutient la doctrine dominante, les collectivités locales disposent (…) d'un pouvoir normatif indépendamment de toute délégation d'une quelconque autorité qui leur serait extérieure, et notamment de toute délégation de l'Etat "* ce pouvoir ne pouvant cependant trouver à s'exercer sans *" médiation étatique " :* thèse préc., conclusion générale p. 317

[925] Dans sa note sous l'arrêt Jamart du 7 février 1936, J. RIVERO analyse ce pouvoir d'organisation comme un pouvoir *" auquel il ne peut être suppléé par aucune législation "* l'aptitude d'auto-organisation du pouvoir du chef de service ressortissant d'une *" nécessité*

s'étant dédoublée, la question se pose dès lors de savoir si et dans quelle mesure il convient de séparer l'imputation de la responsabilité en matière de capacité de la détermination des responsabilités lorsque est mise en œuvre une compétence proprement dite.

*

* *

biologique " ou encore de la *" nature des choses contre laquelle le législateur verrait se briser son autorité "* : *S.* 1937.III.117

Section 2 : la question de la responsabilité

La question devient donc de savoir si les règles présidant à la mise en œuvre de la responsabilité des collectivités locales diffèrent selon que l'activité dommageable en cause correspond à l'une de ces compétences d'attribution ou au contraire à la mise en œuvre d'une capacité, ou d'un pouvoir de droit commun de la collectivité prise, au terme de l'analyse institutionnelle, comme *" un foyer spécifique d'action (qui) prend des décisions qui sont intériorisées et personnifient les intérêts du groupe représenté "*[926].

L'intérêt de l'analyse institutionnelle en matière de responsabilité peut, là encore, prendre pour point de départ une remarque allusive de M. HAURIOU, pour qui *" la continuité subjective de l'idée et la personnalité morale font entrer l'institution corporative dans le domaine de la responsabilité subjective, qui est la contrepartie de la liberté "*. Plus largement encore, l'éminent auteur indique qu' *" il y aurait, là aussi, des développements juridiques à fournir, particulièrement sur l'application à l'Etat et aux corporations des principes de la responsabilité pour faute. Malgré l'intérêt de ces développements, nous nous bornerons à marquer le point, c'est-à-dire à constater que cette application existe "*[927].

Lucien SFEZ reprend cette idée sans, lui non plus, développer plus avant : pour l'exégète de la contribution du doyen de Toulouse, *" qu'il s'agisse de la décision exécutoire engendrant elle-même un contentieux qui lui fait équilibre, de la conception du domaine (…) ou même de la théorie de la responsabilité fondée sur la personnalité juridique des collectivités administratives, tous les chapitres du droit administratif sont plus ou moins redevables de la théorie de l'institution que celle-ci leur donne un fondement essentiel ou qu'elle se contente*

---

[926] B. FAURE, préc. p. 190. Il est clair cependant qu'il s'agit là d'une *" analyse simplifiée et partiellement artificielle, construire pour les besoins de la compréhension et de la démonstration "* puisque *" l'acte juridique n'est pas la synthèse d'une arithmétique figée entre la volonté et les éléments objectifs, mais de leur combinaison mouvante, leur interaction réciproque "*, idem p. 199.

[927] M. HAURIOU, *La théorie de l'institution*, préc. p. 118

de les colorer de façon plus ou moins nette ”[928].

Ces ébauches de raisonnement n’ont jamais, à notre connaissance, fait l’objet d’une concrétisation doctrinale. L’apport de Maurice HAURIOU en la matière n’a consisté, dans une première analyse, qu’à indiquer, comme terme d’un raisonnement consacré plus à l’institution en général qu’au problème de la responsabilité des personnes publiques, les conséquences de la notion de personnalité morale sur la question de la responsabilité (I). Peut-être est-il cependant possible de pousser plus avant la réflexion et de proposer de distinguer la mise en œuvre de la responsabilité selon le type d’activité publique, attribution ou compétence, à l’origine du dommage (II).

I. Personnalité morale, institution et responsabilité :

Comme le note Lucien SFEZ dans son analyse de la pensée du doyen de Toulouse en ces matières, les relations qui existent entre personnalité morale et institution sont *“ du même ordre que celles qui existent entre l’individualité autonome et la personnalité ”*[929], c’est-à-dire que la personnalité morale est liée à un élément qu’il s’agit de déterminer et qui vient s’ajouter à l’individualité autonome.

Définissant la personnalité morale comme reposant sur le fait qu’un individu puisse émettre une déclaration de volonté rationnelle qui ait pour but d’exercer des intérêts comme des droits propres opposés à ceux d’autrui , l’auteur[930] montre que la pensée de M. HAURIOU en matière de responsabilité s’organise autour des **fonctions** assignées à l’Etat et dans le cadre desquelles il est amené à exercer une activité dommageable.

Ce ne sont cependant pas les notions de compétence ou d’attribution qui sont en cause dans ce raisonnement, mais classiquement pour l’époque, la

---

[928] L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ Paris 1966, p.87.
[929] M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 1907, p. 29
[930] L. SFEZ, thèse préc. p. 99

distinction entre puissance publique d'une part et intervention de l'Etat dans la sphère privée d'autre part. Pour HAURIOU en effet, il est nécessaire de distinguer l'intervention de l'Etat lorsqu'il n'agit que par commandement, dans le cadre de la décision exécutoire, " *fait appel uniquement à la discipline institutionnelle* " et ne trouve devant lui " *que des sujets, c'est-à-dire des individus qui sont en lui, qui n'ont pas la qualité de tiers et qui ne peuvent donc pas lui opposer des droits propres* ". Les justiciables ne peuvent alors intervenir que par le biais du recours en excès de pouvoir.

Au contraire, lorsque l'Etat " *participe au commerce juridique* ", dans le cadre de la gestion des services publics par exemple, et partant " *se projette dans des relations extérieures* ", alors, les individus " *sont hors de l'Etat, ils deviennent des tiers qui peuvent opposer à l'Etat des droits qui leur sont propres et c'est la naissance de la responsabilité subjective de l'Etat à raison des dommages qu'il leur occasionne* "[931].

Pour l'auteur cependant, la responsabilité administrative ne doit pas seulement son assise **logique** à la théorie de la personnalité morale**.** Elle lui doit aussi ses **modalités**[932], puisque " *la personnalité juridique a servi à rendre plus juste le règlement des risques et des responsabilités en introduisant le point de vue de la synthèse* ***de ce qui est propre*** *à chaque sujet, tant pour l'appréciation de la responsabilité que pour les garanties du paiement de l'indemnité* "[933].

Ce faisant, la théorie de l'institution " *a établi que chaque sujet est responsable de ses propres actes et* ***d'eux seuls*** *sur l'ensemble de ses biens. La théorie de la personnalité morale a donc substitué le point de vue de la responsabilité subjective à celui de la responsabilité objective beaucoup plus sommaire et primaire.* ". Et ainsi, pour L. SFEZ, " *décision exécutoire et responsabilité administrative doivent donc beaucoup à la théorie de la personnalité telle qu'elle est liée à l'institution* "[934].

---

[931] idem, p. 100
[932] idem, p. 87
[933] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1910, p. 101
[934] L. SFEZ, op. cit. p. 101

Dépassant ce premier stade de la réflexion, peut-être est-il effectivement possible de considérer, et nous prendrons cette hypothèse comme préalable, que ce qui fait l'intérêt des analyses ontologiques ébauchées ici, est de permettre de proposer de distinguer la mise en œuvre de la responsabilité des personnes publiques selon que l'intervention publique à l'origine du dommage correspond, telles qu'on vient de les présenter, à une attribution ou à une compétence.

II. Compétences, attributions et responsabilité :

Effectivement, l'analyse institutionnelle aboutit à la constatation que la détermination du patrimoine public responsable est fondée sur le type d'activité, le type de puissance publique qui est mis en œuvre dans le cadre de la réalisation du dommage. Autrement dit, l'application de la théorie institutionnelle, telle qu'elle vient d'être explicitée permet de mieux comprendre la démarche suivie par le juge dans le cadre de la recherche de la responsabilité[935].

A. La responsabilité dans le cadre des attributions :

On peut distinguer ici les situations dans lesquelles une collectivité est amenée à intervenir pour le compte d'une autre (1) et les cas, plus complexes, d'anciennes attributions transformées récemment en compétences (2) comme c'est le cas de manière exemplaire de la compétence des communes en matière d'urbanisme.

---

[935] Cette idée correspond, nous semble-t-il, à la constatation faite par J.-M. PONTIER, pour qui *" des difficultés peuvent s'élever (…) en raison de l'existence, à côté de la délimitation matérielle, d'une délimitation fonctionnelle des compétences. Elle signifie que sont déterminées, pour chaque matière, les responsabilités de chaque collectivité. Elle conduit à distinguer les compétences applicables à une même matière en fonction de la prise de décision et de l'exécution de la décision.* ***La répartition fonctionnelle ne coïncide pas avec la répartition matérielle****. Ce n'est pas à l'autorité centrale ou à l'autorité locale qu'appartient la décision mais, suivant la matière, à l'une ou à l'autre. C'est ainsi que dans l'organisation décentralisée traditionnelle la compétence d'initiative appartient aux communes et la compétence d'exécution à l'Etat. Pour les* ***nouvelles interventions*** *des collectivités locales ces rôles sont souvent inversés. L'Etat détient une compétence de décision et les collectivités locales des compétences d'exécution ".* Thèse préc. p. 46.

1. L'intervention " au nom " ou " pour le compte de… "

Le cas le plus simple et le plus souvent rencontré en jurisprudence est l'hypothèse dans laquelle une personne publique est amenée à intervenir pour le compte d'une autre. C'est la situation que, pour sa part, J.-M. PONTIER semble désigner sous le terme de *" compétence "*[936] en l'opposant à la notion de *" capacité "*, estimant que leur régime juridique diffère pour cette raison que l'agent ou l'organe titulaire d'une compétence ne l'exerce pas dans son intérêt propre mais toujours dans l'intérêt du corps ou de la collectivité au nom de laquelle elle intervient, alors que la capacité *" est toujours utilisée par celui qui en bénéficie dans son intérêt propre "*. L'auteur estime de plus que la compétence *dépasse* la capacité en ce qu'elle est aussi un pouvoir.

Nous la rangerons pour notre part sous l'appellation générique " attribution ", dans la mesure où " l'intervenant " par définition, ne détient pas " en propre " le titre pour agir. Nous distinguerons les cas de mises à disposition, qui peuvent résulter d'une norme générale ou contractuelle (a) et les interventions prévues par la loi ou le règlement (b).

a. Mises à disposition :

Sont concernés ici les situations analysées précédemment s'agissant par exemple de la mise à disposition des services extérieurs de l'Etat au profit des collectivités locales, de l'intervention des sapeurs-pompiers de la commune centre de secours au bénéfice de la commune lieu du sinistre, ou encore la délivrance des autorisations d'urbanisme au nom de l'Etat telles qu'elles étaient prises avant les réformes de 1983 : toutes ces activités correspondent à des attributions et non pas à des compétences, ce qui a pour effet de faire reposer la

---

[936] Pour l'auteur, *" la compétence comme la capacité, répond à l'idée d'aptitude à accomplir certains actes. Mais la mise en œuvre de la compétence implique un régime juridique différent, parce que la finalité qui anime la personne investie d'une compétence, et la personne investie d'une capacité est différente : l'agent ou l'organe titulaire d'une compétence ne l'exerce pas dans son intérêt propre mais toujours dans l'intérêt du corps ou de la collectivité au nom de laquelle elle intervient. La capacité est toujours utilisée par celui qui en bénéficie dans son intérêt propre. Par ailleurs la compétence dépasse la capacité en ce qu'elle est aussi un pouvoir " :* J.-M. PONTIER, thèse préc. p. 31.

responsabilité sur le titulaire de la compétence[937].

Il faut effectivement distinguer les attributions qui ont fait l'objet, dans le cadre de la politique de décentralisation, d'un transfert, lequel a en apparence eu pour conséquence de les transformer en authentiques compétences. L'exemple le plus significatif nous semble, déjà, être celui de l'urbanisme, très souvent concerné par la question de la mise à disposition des services extérieurs de l'Etat au bénéfice des communes et la reconnaissance de principe, dans ce cadre, de la compétence de la commune pour le compte de laquelle les services sont intervenus[938].

Cette situation fait l'objet de nombreuses critiques au motif, toujours identique en la matière, qu'en *" négligeant ou en refusant de prendre en compte la réalité du pouvoir de décision, en déterminant le patrimoine responsable par la seule utilisation du critère fonctionnel, le juge méconnaît l'influence des services instructeurs sur le détenteur de la compétence et avalise alors la fiction juridique consistant à réduire le pouvoir de décision à la compétence "*[939].

---

[937] Ces matières ont fait l'objet de développements dans la première partie.

[938] Voir par exemple, CE 11 juillet 1984, Min. urba. et log. c/ Commune de Vaucresson et autres, *R. Tables* p. 739 et rappelant très clairement le principe : CAA Bordeaux, plen. 8 avril 1993, Mme Desfougères, n° 91BX00268 : En vertu de l'article L.421-6 C.urba dans sa rédaction issue de la loi du 7 janvier 1983, le maire peut disposer gratuitement et en tant que de besoin des services extérieurs de l'Etat pour instruire les demandes de permis de construire sur lesquelles il a compétence pour statuer. Pendant la durée de cette mise à disposition, les services et les personnels agissent en concertation permanente avec le maire qui leur adresse toute instruction nécessaire pour l'exécution des tâches qu'il leur confie. Il s'ensuit que la commune condamnée au profit d'un tiers pour la délivrance d'un permis de construire illégal, ne peut appeler l'Etat en garantie que lorsqu'un agent de l'Etat mis à sa disposition dans ce cadre, a commis une faute en refusant ou en négligeant d'exécuter un ordre ou une instruction du maire. En l'espèce, le maire avait demandé à l'agent de vérifier le caractère inondable de la zone en cause. Le service a commis une faute envers la commune et doit être condamné à la garantir des condamnations prononcées contre elle à raison des dommages causés par une inondation à la construction autorisée.

[939] A. PARMENTIER LUGET : *la responsabilité administrative en matière d'urbanisme,* thèse préc. p. 490. De la même façon, pour J. MORAND-DEVILLER , *" la question d'un partage de responsabilité entre l'Etat et la commune reste posée, dans l'hypothèse, actuellement fréquente, d'une mise à la disposition des services de l'Etat auprès des communes. La jurisprudence reste encore incertaine : si elle exclut désormais l'irresponsabilité des services de l'Etat, elle devra se prononcer avec plus de netteté sur les caractères de la faute commise : faute simple ou faute qualifiée et mieux préciser ce qui est*

b. Les décisions prises “ au nom de ” au titre d’une norme générale :

Dans ce cadre, comme l’indique de façon générale le commissaire du gouvernement LEGAL dans ses conclusions sur l’affaire *Ville de Paris*[940] la personne agissante est *“ placée sous la dépendance hiérarchique ”*, en l’occurrence de l’Etat, et intervient donc *“ comme autorité administrative de l’Etat ”*. Ce qui induit une première conséquence qui tient à ce que l’acte peut être annulé ou réformé par l’autorité hiérarchique[941]. Le maire intervient ainsi au nom de l’Etat, conformément à l'article L. 2122-27 du CGCT, s’agissant de *“ la publication et de l’exécution des lois et règlements ; de l’exécution des mesures de sûreté générale ; des fonctions spéciales qui lui sont attribuées par la loi ”*.

On est bien dans une situation tout à fait particulière, puisqu’en revanche, dans le cadre de ses pouvoirs propres de police administrative, et même si l'article L. 2122-24 du même code dispose que l’exercice de ce pouvoir s’exerce *“ sous le contrôle administratif du représentant de l’Etat dans le département ”*, le juge administratif a décidé de longue date qu’il s’agit là d’une compétence communale dans l’exercice de laquelle le maire **ne se trouve pas sous l’autorité du préfet**[942]**.**

Cette situation induit naturellement, dès lors que l’intervention dommageable s’est déroulée dans ce cadre précis, la responsabilité de la personne pour le compte de laquelle on est intervenu[943].

---

attendu des deux partenaires dans l’instruction des dossiers ”. : Le permis de construire, Dalloz, coll. Connaissance du droit, p. 129

[940] CE, Section 16 novembre 1992, Ville de Paris, *R.* p. 406 ; *AJDA* 1993, p. 54 concl. LEGAL ; *RFDA* 1993 p. 602 note MORAND-DEVILLER et MORENO ; *Grands arrêts du droit de la décentralisation*, n° 21, p. 152.

[941] CE Section, 4 février 1955, Marcotte, *R.* p. 70. L’autorité hiérarchique n’est de ce fait pas recevable à déférer l’acte en cause devant le juge administratif.

[942] CE 18 avril 1902, Commune de Néris-les-Bains, *R.* 275 ; *S.* 1902.3.81 note HAURIOU : *“ considérant qu’il résulte des dispositions de l'article 91 de la loi du 5 avril 1884 que la police municipale appartient au maire et que les pouvoirs qui lui sont conférés en cette matière par l'article 97 de la loi s’exercent, non sous l’autorité, mais sous la surveillance de l'administration supérieure ”*.

[943] Voir par exemple CAA Nancy, 31 décembre 1992, Julien, req. 91NC00616 : seule peut-être recherchée la responsabilité de l’Etat à raison du préjudice causé par l’intervention du

2. Exemple d'attribution transférée :

Au sein de ces compétences confiées aux collectivités locales, nous distinguerons donc la " matière phare " constituée par la décentralisation de l'urbanisme aux communes (a), et le cas des pouvoirs de police conférés, cette fois, aux départements (b).

a. l'urbanisme[944]

L'urbanisme est classiquement le domaine dans lequel *" l'effort de décentralisation a été le plus grand "*[945] et qui est donc au premier plan des *" nouvelles responsabilités des collectivités locales "*[946] pour lequel elles sont le plus souvent amenées à souscrire des assurances de responsabilité[947]. La matière, cependant, est dominée en matière de responsabilité par le principe de " non indemnisation des servitudes d'urbanisme " posé par l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme[948], qui n'empêche pas la mise en œuvre de la responsabilité des collectivités concernées lorsque *" résulte de ces servitudes une atteinte à un droit acquis ou une modification de l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain "*.

---

maire sur les vannes de décharges ou autres ouvrages de production d'énergie hydraulique en application du règlement d'eau, cette autorité n'exerçant **pas les pouvoirs qu'elle tire de ce règlement au nom de la commune.**

[944] Pour une étude récente de la détermination du patrimoine public responsable en matière d'urbanisme, cf. J.B. AUBY, La responsabilité en matière d'urbanisme, *Ency. Dalloz*, avril 2000, n° 208 et s. Voir aussi C. DEBOUY, Les systèmes de responsabilité, *AJDA* spécial 1993, Droit de l'urbanisme, bilan et perspectives, notamment p. 36.

[945] J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales*, PUF Thémis 2ème éd. 1998

[946] J. MORAND-DEVILLER et S. MONCHAMBERT, art. préc.

[947] Et ce même si conformément à la loi du 7 janvier 1983, les charges correspondantes font l'objet d'une compensation financière sous la forme d'une attribution particulière au sein de la dotation générale de fonctionnement.

[948] Aux termes duquel : *" n'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent code (…). Toutefois, une indemnité est due s'il résulte de ces servitudes une atteinte à un droit acquis ou une modification de l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain "*. Comme l'indiquent MM. AUBY et PERINET-MARQUET, le principe de non indemnisation signifie donc *" qu'à moins de démontrer une faute de l'administration dans l'établissement de la servitude, les administrés ne peuvent demander réparation des préjudices que son institution leur cause " :* Droit de l'urbanisme et de la construction, Montchrestien 5ème éd. 1998, p. 127.

Une vision simplifiée :

Par ailleurs, indiquer que l'Etat était compétent jusqu'en 1983 en matière d'autorisation de construire et qu'il a transféré, sous certaines conditions, cette compétence à la commune, relève d'une vision simplifiée des choses. La situation n'est pas aussi simple qu'il y paraît puisque, jusqu'en 1945, la commune était responsable des fautes commises[949] lors de la délivrance des permis de construire[950]. Ce n'est en effet qu'à la suite de l'ordonnance du 27 octobre 1945, qui dispose que désormais le permis de construire est *" délivré au nom de l'Etat "*, que la responsabilité en la matière devient imputable à l'Etat[951].

Cette idée, d'ailleurs, correspond à la remarque du professeur DOUENCE pour qui il serait réducteur de ne voir dans les attributions légales que *" des missions assignées impérativement aux collectivités locales "* alors qu'elles correspondent très souvent *" à la formulation légale d'interventions spontanées des collectivités "*[952] et que attributions et compétences sont *" deux fondements légaux de l'action locale, (qui) se chevauchent et se combinent, élargissant ce que les attributions spécifiques peuvent avoir de trop étroit et enrichissant une vocation générale dépourvue de moyens d'action suffisants "*[953].

Plus généralement, l'avènement d'un droit de l'urbanisme autonome a été freiné par la révérence suprême à l'égard du droit de propriété, posé par l'article

---

[949] Il y a là une certaine logique, puisque comme l'indique H. CHARLES, *" gérer l'espace urbain constitue une tâche impliquant la proximité ; d'ailleurs, la tradition d'une action édilitaire l'atteste. C'est ce que la réforme DEFERRE a retenu en confiant à la commune le soin de gérer sa croissance spatiale " : Le droit de l'urbanisme*, PUF Thémis 1997, p. 59

[950] Sur cette question et pour une approche pratique complète de la question, cf. la thèse récente de Mme Agnès PARMENTIER LUGET : *la responsabilité administrative en matière d'urbanisme*, thèse Poitiers 1996, notamment p. 424 et s. les développements relatifs à la détermination du patrimoine responsable. Voir aussi J-M. BECET, intervention au colloque de Besançon sur " la libre administration des collectivités locales " sous la direction des professeurs MOREAU et DARCY, préc. p. 121, pour qui *" par la volonté décentralisatrice du législateur de 1983, le droit de l'urbanisme* ***redevient*** *donc une responsabilité locale "*.

[951] Responsabilité globale qui concerne notamment l'ensemble des actes et autorisations d'urbanismes. Par exemple : CE 16 janvier 1970, Commune de Billière, *R.* p. 1249).

[952] Réflexions sur la vocation générale…, préc. p. 332.

[953] idem p. 333.

17 de la déclaration des droits de l'homme comme *" inviolable et sacré "*, et codifié à l'article 544 du code civil de 1804, aux termes duquel *" la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue "*[954]. L'idée de subordonner ce droit à son utilité sociale et donc de le restreindre est ainsi assez récente[955], et doit beaucoup à L. DUGUIT[956].

Et ainsi lorsque la première législation de 1919-1924 a été instituée *" la commune tient une place non négligeable, même si les plans sont approuvés par l'Etat et les autorisations délivrées au nom de ce dernier "*[957].

On se retrouve donc, semble-t-il, dans un cas de figure assez similaire à la problématique des rapports entre police administrative et liberté. L'instauration d'une réglementation urbanistique correspond ainsi d'une part à une restriction d'un des droits fondamentaux posés dans le cadre du libéralisme politique, ce qui militerait pour sa restriction et donc la compétence communale[958], et d'autre part aux nécessités naissantes de l'aménagement du territoire[959] et, après les guerres,

---

[954] Sur cette question, cf. H. CHARLES, *Droit de l'urbanisme*, PUF Thémis 1997, notamment p. 33 et s. les développements sur " principes libéraux et urbanisme ".

[955] Voir : L. DUGUIT : Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, 2ème éd. 1911 p. 17 s. et A. MESTRE, *remarques sur la notion de propriété d'après DUGUIT*, APD 1932, p. 168.

[956] Elle peut naturellement aussi s'inspirer des théories solidaristes, puisque pour L. BOURGEOIS, *" l'homme naît débiteur de l'association humaine "*, cité par H. CHARLES, manuel préc. p. 37

[957] H. CHARLES, idem p. 37

[958] Et ce d'autant plus que certains aspects de la réglementation de l'urbanisme concernent la sécurité et la salubrité publique. Ainsi pour J. MORAND-DEVILLER, *" l'autorisation de construire est une manifestation des prérogatives de puissance publique et répond à une mission de police administrative. Chercher à la lier à une mission de service public, celle de l'aménagement urbain serait une démarche artificielle.* ***Le " bon ordre " de la cité requiert un contrôle strict de l'occupation de l'espace*** *et le permis de construire est le résultat d'un acte d'autorité " : Le permis de construire*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997.

[959] Comme l'indique P. SOLER-COUTEAUX, *" l'apparition de l'urbanisme comme la science de l'aménagement des villes est donc la conséquence d'un problème nouveau, celui posé par l'organisation des masses sur le sol " :* Droit de l'urbanisme, Dalloz coll. cours, 2ème éd. 1997 ; p. 1. Elle se concrétise par différents textes au début du 20ème siècle : loi du 14 mars 1919 prescrivant l'établissement dans toutes les villes de plus de 10 000 habitants de projets d'aménagement, d'embellissement et d'extension des villes ; loi du 19 juillet 1924

de la reconstruction, qui ne peuvent naturellement être prises en compte que dans un cadre étatique.

Cette idée de centralisation sera, une fois encore, renforcée par la réglementation issue de Vichy et notamment la loi du 15 juin 1943[960] qui consacre le rôle prépondérant de l'Etat dans la préparation et l'exécution de *plans d'aménagement*, le découpage en zones des territoires concernés et confie à l'Etat la responsabilité de statuer sur les demandes d'autorisation d'urbanisme. Le rétablissement de la légalité républicaine en la matière par l'ordonnance du 21 avril 1945 ne modifiera pas cette législation puisqu'elle donne au ministre de la Reconstruction et de l'Urbanisme compétence pour l'ensemble des questions d'urbanisme. Cette procédure trouvera son aboutissement dans l'instauration du *règlement national d'urbanisme* par le décret du 29 août 1955.

Jusqu'aux réformes de 1983, le maire intervient donc au nom de l'Etat et n'engage pas la responsabilité de la commune[961]. Les lois de décentralisation, en faisant du maire le titulaire du principe du pouvoir d'autoriser à construire, ont inversé ce rapport. Le principe est connu : l'existence d'un plan d'occupation des sols approuvé, même partiel[962], a pour effet de transmettre la compétence à la commune et partant, la responsabilité[963]. La commune assume dès lors tous les

---

relative aux lotissements ; décret loi du 25 juillet 1935 rendant possible l'établissement de projets régionaux d'urbanisme.

[960] C'est cette loi qui pose par ailleurs le principe de non indemnisation des servitudes d'urbanisme.

[961] Par exemple : CE 23 juin 1976, Latty c/ Commune de Vaux-sur-mer, *R.* p. 329 **:** le pouvoir attribué au maire par les articles 161 et suivants du code de l'urbanisme et de l'habilitation de faire constater les infractions à la législation et à la réglementation du permis de construire, de saisir l'autorité judiciaire et de faire interrompre les travaux lui ont été conférés **en sa qualité d'agent de l'Etat**, et non d'autorité communale. **Par suite**, en s'abstenant d'exercer ce pouvoir, le maire ne saurait, en tout état de cause, engager la responsabilité de la commune.

[962] CAA Lyon, 14 décembre 1993, Sté Cobim, *DA* 1994, n° 16 ; *AJDA* 1994, p. 163, *D*. 1994 p. 206 et la chron.

[963] La question s'est posée de savoir quelle était dans ce cadre la conséquence de l'annulation d'un POS approuvé quant au transfert de compétence. En effet, l'article L. 421-2-1 dispose que *" dans les communes où un POS a été approuvé, le permis est délivré au nom de la commune "*, mais le législateur ne dit rien de la question de savoir quelle est la collectivité compétente pour délivrer le permis dans les communes dont le POS approuvé a été par la

effets des mesures d'urbanisme qu'il s'agisse de l'élaboration des documents d'urbanisme, de l'établissement des servitudes ou de l'ensemble des autorisations d'urbanisme et c'est par conséquent sa responsabilité qui sera mise en œuvre. En l'absence de POS approuvé, l'Etat reste responsable puisque les autorisations d'urbanisme sont données ou refusées par le maire au nom de l'Etat, dans un cadre classique de dédoublement fonctionnel.

Enfin et même en cas de POS approuvé, la responsabilité de l'Etat reste susceptible d'être engagée dans les hypothèses dérogatoires, prévues par l'article L.421-2-1 du code urbanisme, qui réserve la compétence du préfet pour la délivrance de certaines autorisations, s'agissant notamment des *" ouvrages de production, de transport, de distribution et de stockage d'énergie ainsi que ceux utilisant des matières radioactives "*[964]. Les dispositions de l'article L.480-2 qui attribuent au maire le pouvoir d'ordonner l'interruption des travaux réalisés en infraction à la législation et à la réglementation du permis de construire obéissent aux mêmes principes, comme le confirme un arrêt *Malinconi*[965]. Ce dernier point

---

suite annulé par le juge. Le Conseil d'Etat pouvait être amené à considérer que la compétence et donc la responsabilité revenait à l'Etat. Dans un premier temps cependant, la Haute juridiction, dans un arrêt du 5 février 1988 *SCI Les granges blanches, AJDA* 1988 p. 357, note FORNACCIARI se prononçait pour le maintien de la compétence communale. Cette prise de position en faveur du caractère définitif du transfert, pouvait légitimement être considérée comme résultant de la rédaction de l'article L.421-2-1 du code de l'urbanisme aux termes duquel *" le transfert de compétences du maire agissant au nom de la commune est définitif "*. La loi BOSSON est partiellement revenue sur ce point : le nouvel article L. 125-5 1er alinéa dispose : *" l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma directeur, d'un POS ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le schéma directeur, le POS ou le document d'urbanisme en tenant lieu "*.

[964] De la même façon, l'article R. 490-3 du code de l'urbanisme dispose que *" les décisions relatives aux autorisations d'occupation ou d'utilisation du sol et le certificat de conformité concernant l'édification d'ouvrages de production, de transports, de distribution et de stockage d'énergie ainsi que les travaux effectués sur ces ouvrages sont prises sous réserve des dispositions de l'article R. 490-4 : 1° par le préfet au nom de l'Etat, lorsque cette énergie n'est pas destinée principalement à une utilisation directe par le demandeur de l'acte sollicité ; 2° Dans les autres cas, par l'autorité compétente pour statuer au nom de la commune, de l'établissement public de coopération intercommunale ou de l'Etat, dans les conditions du droit commun "*.

[965] CE 14 octobre 1987, Min. urba, trans. log. c/ Malinconi, *R. Tables* p. 940 : ce pouvoir lui a été conféré en sa qualité d'agent de l'Etat et non d'autorité communale. Par suite, et même si le maire a en fait utilisé ce pouvoir en vue de faire cesser un empiètement sur le domaine

est particulièrement intéressant dans la mesure où, comme l'indique le commissaire du gouvernement LEGAL, cette responsabilité de l'Etat existe alors même que *" le maire a en fait usé de son pouvoir dans l'intérêt exclusif de la commune "*[966].

Dans l'arrêt *Agnel* que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, la Cour administrative d'appel estime de même que les autorités compétentes pour tenir procès-verbal des infractions prévues aux articles L. 160 et L.480-4 du code de l'urbanisme, remplissent une mission qui *" eu égard à* ***la nature de la mission*** *dévolue à ces autorités(…) doit être regardée comme remplie dans tous les cas* ***pour le compte de l'Etat.*** *Il s'ensuit que, dans les cas où l'autorisation nécessaire n'aurait pas été délivrée au nom de l'Etat, la carence alléguée du maire ou du président de l'établissement public de coopération intercommunale n'est susceptible d'engager que la responsabilité de l'Etat "*[967]. Le Conseil d'Etat confirme cette position dans l'arrêt *Ville de Paris*[968] s'agissant des dispositions de l'article L. 480-2[969] du même code, concernant la répression des irrégularités dans les opérations de construction, et dont une des particularités intéressantes tient à ce qu'il n'a pas été modifié à l'occasion de la décentralisation de l'urbanisme[970].

---

public communal, l'illégalité dont est entaché un arrêté en date du 23 novembre 1978, pris sur le fondement de ce texte législatif, ne saurait engager que la responsabilité de l'Etat.

[966] Conclusions préc. sur CE 16 novembre 1992, Ville de Paris, *RFDA* 1993 p. 56

[967] CAA Lyon, Plen. 19 nov. 1991, Agnel, *R.* p. 579, *AJDA* 1992, p. 128 chronique JOUGUELET et GIPOULON.

[968] préc.

[969] Aux termes de cet article, *" (…) dès qu'un procès verbal relevant l'une des infractions prévues à l'article L. 480-4 a été dressé, le maire peut également, si l'autorité judiciaire ne s'est pas encore prononcée, ordonner par arrêté motivé l'interruption des travaux (…)le maire peut prendre toute mesure de coercition nécessaire pour assurer l'application immédiate de la décision judiciaire ou de son arrêté, en procédant notamment à la saisie des matériaux approvisionnés ou du matériel de chantier ".*

[970] Concl. LEGAL, préc. p. 57. Comme l'indiquent Mme J. MORAND DEVILLER et M. MORENO, c'est la loi du 18 juillet 1985, en ajoutant un alinéa 3 à l'article L. 480-1 disposant que *" lorsque l'autorité administrative et, au cas où il est compétent, le maire ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale compétent, (…) ont connaissance d'une infraction de la nature de celles que prévoient les articles L. 160-1 et L. 480-4, ils sont tenus d'en faire dresser procès-verbal "* qui avait jeté le trouble. la question étant désormais de savoir si le maire continuait d'agir *" en tout état de cause pour le compte de l'Etat ou bien agissait au nom de la commune lorsque celle-ci disposait de la maîtrise de sa politique d'urbanisme " :* Note préc. p. 608

Cette situation trouve, aux dires du Président LABETOULLE, une première explication dans le fait que *“ les pouvoirs exercés par le maire en matière de permis de construire le sont toujours au nom de l'Etat ”*[971]. Cependant la justification de l'existence de cette solution apparaît bien pragmatique puisque son maintien se justifie, pour le commissaire du gouvernement, par le fait qu'on altérerait sa clarté en *“ y apportant une exception qu'en pratique rien ne rend opportune ”*[972]. Plus fondamentalement, comme l'indique M. LEGAL, pour reconnaître que les lois de décentralisation ont transféré la compétence de droit commun en matière d'autorisations d'urbanisme, il faudrait *“ qu'il existe un principe général selon lequel la police de l'urbanisme est municipale par nature ”* dont l'application induirait des responsabilités trop lourdes à l'égard de la commune[973] alors même que *“ cette police spéciale ne (…) paraît pas fondamentalement liée aux compétences d'urbanisme transférées ”*.

La section du Conseil d'Etat décide ainsi que *“ lorsqu'il exerce le pouvoir qui lui est attribué par l'article L. 480-2 du code de l'urbanisme, le maire agit,* ***en toute hypothèse,*** *en qualité d'autorité administrative de l'Etat ”* ce dont il résulte que **la responsabilité incombe à l'Etat même si l'acte illégal émane du maire.**[974]

Dès lors, très clairement, les solutions apparaissent différer

---

[971] Conclusions sur CE 10 janvier 1975, SCI foncières Cannes Bénéfiat, *AJPI* 1975, p. 211 ; *Grands arrêts du droit de l'urbanisme* n° 27.

[972] idem.

[973] Conclusions préc. p. 56. De plus, *“ ce principe aurait entre autres conséquences inadmissibles celle de mettre à la charge de la commune la réparation des dommages liés au contrôle de l'application d'actes d'urbanisme vis-à-vis desquels, pour certain d'entre eux, elle est en position de tiers ”* alors qu'il *“ n'a pas été dans l'intention du législateur de faire supporter aux villes, et à elles seules, une telle charge ”*.

[974] CE, 10 mai 1996, Agnel, *R. Tables* p. 1157 : lorsqu'il exerce le pouvoir de faire dresser procès verbal des infractions à certaines dispositions du code de l'urbanisme qui lui est confié par l'article L. 480-1 de ce code, le maire agit comme autorité de l'Etat. Par suite, les fautes qu'il viendrait à commettre dans l'exercice de ces attributions ne sauraient engager la responsabilité de la commune.

fondamentalement en matière de police de l'urbanisme[975] et en matière de police municipale " pure " par le simple fait que dans le second cas est reconnu à la commune, implicitement à notre sens dans le cadre d'une pensée institutionnelle, une compétence de principe, un principe général de compétence. Et il nous paraît symptomatique que dans le premier cas, celui de l'urbanisme, il en résulte que l'argument en faveur de la nécessité de ne pas trop alourdir la charge des communes en matière de responsabilité reparaît[976], alors que l'application toujours stricte du principe fonctionnel en matière de police municipale évacue très rapidement cette question, et ce même lorsqu'il apparaît que la décision n'a pas appartenu à l'autorité communale.

b. Les pouvoirs de police des départements :

La loi du 2 mars 1982 transfère aux départements des compétences relatives à la police du domaine départemental : aux termes de l'article 25 de cette loi, " *le président du Conseil général gère le domaine du département. A ce titre, il exerce les pouvoirs de police afférents à cette gestion, notamment en ce qui concerne la circulation sur ce domaine, sous réserve des attributions dévolues aux maires par le code des communes et au représentant de l'Etat dans le département ainsi que du pouvoir de substitution du représentant de l'Etat (…) ".*

Ce transfert, cependant, est limité à celui d'une police spéciale s'agissant de

---

[975] Pour un exemple de cette sévérité en matière d'urbanisme, cf. CE 21 avril 2000, Sté Foncier Immobilier Lyonnais, *DA* juin 2000 n° 147 qui constitue comme l'indique S. MULARD " *une nouvelle illustration, dans le droit de l'urbanisme, de la rigueur, parfois inexpliquée, avec laquelle le juge administratif analyse le lien causal entre les préjudices invoqués et le fait dommageable imputé par le demandeur à une personne publique " :* commentaire à " laportedudroit.com/juriflash ", septembre 2000.

[976] S'agissant de la solution qui aurait consisté en une séparation entre les constatations d'infraction au code selon que les autorisations d'urbanisme sont ou non délivrées par le maire, selon donc qu'il existe ou non un POS approuvé, M. LEGAL indique que si " *on peut comprendre que le ministre préfère ne pas voir la responsabilité de l'Etat engagée dans tous les cas, (…) admettre la coexistence de deux régimes rendrait le travail du préfet extrêmement difficile et le risque d'erreurs considérable ".* On est donc, là encore, dans un registre pragmatique, comme l'indiquent Mme J. MORAND-DEVILLER et M. MORENO pour qui la position du juge administratif a été dictée par " *des raisons d'unification et de clarification de la matière* " : note préc. p. 608.

la police de la conservation des biens et de la circulation, mais ne confère pas au président du conseil général un pouvoir de police générale[977]. S'agissant de la police de la conservation des biens, ce transfert ne fait que confirmer la jurisprudence qui fait de longue date du département la personne responsable à raison du défaut d'entretien des voies départementales[978].

Plus intéressante est la situation de la police de la circulation puisque les pouvoirs conférés aux présidents des conseils généraux doivent se concilier avec les pouvoirs de police générale des maires et des préfets.[979] Là encore, cette question du pouvoir de police générale va se résoudre, dans le cadre du procès en responsabilité, au détriment de la commune : dans un arrêt *Commune de Cilaos*[980], la haute juridiction estime de la sorte, alors même que l'accident s'est produit sur un chemin départemental et que la police de la conservation relevait du préfet, qu'il appartenait au maire d'user de ses pouvoirs de police générale pour prévenir les accidents susceptibles de survenir à la suite de pluies torrentielles sur le territoire de la commune. On retrouve ici les principes qui prévalent s'agissant de la responsabilité dans le cadre des plans ORSEC, et qui font toujours prévaloir la responsabilité de la commune du fait de son pouvoir de police générale.

B. La responsabilité dans le cadre strict des compétences :

S'agissant de la responsabilité des personnes publiques dans le cadre de l'exercice de leurs compétences d'essence " institutionnelle ", c'est-à-dire intervenant dans le cadre de leur " idée d'œuvre ", la compétence qui, au terme des développements qui précèdent vient naturellement à l'esprit, est la police administrative générale. Il a été dit plus haut qu'elle correspondait, s'agissant de

---

977 J. MORAND-DEVILLER et S. MONTCHAMBERT, art. préc. p. 1040.

978 Voir par exemple, s'agissant d'un défaut de signalisation : CE 1er juin 1982, Préfet de la Meuse, *R.* p. 537

979. L'article L. 2213-1 du code général des collectivités territoriales dispose à cet titre que *" le maire exerce la police de la circulation sur les routes nationales, les routes départementales et les voies de télécommunication à l'intérieur des agglomérations, sous réserve des pouvoirs dévolus au représentant de l'Etat dans le département sur les routes à grande circulation "*.

la commune, à la reconnaissance de sa responsabilité par le juge en dehors des critères traditionnellement utilisés, qu'il s'agisse de " l'intérêt communal " ou de la mise en œuvre d'un " pouvoir de décision " communal.

Dans ces domaines, la reconnaissance de la responsabilité de la collectivité est donc de principe, en dehors des considérations classiques avancées parfois, de l'intérêt ou de l'équité, et l'argument tenant au danger que la reconnaissance d'une telle responsabilité pourrait faire courir sur, notamment, aux budgets communaux n'a plus droit de cité. Naturellement, au risque de se répéter, il faut indiquer que cette situation concerne au premier chef les pouvoirs de police administrative des communes, l'arrêt *Abadie*[981], largement commenté plus haut, en fournissant une démonstration indubitable.

Il serait cependant tout à fait intéressant de tenter de justifier nos propositions théoriques à l'aide d'un autre type d'activité, mais il apparaît que la spécificité historique et juridique de la commune rend difficile une telle étude. On peut juste proposer une illustration : ainsi, c'est toujours la responsabilité de l'Etat qui devra être recherchée en matière de réquisition, même s'il intervient dans l'intérêt d'une autre collectivité[982].

---

[980] CE 14 mai 1986, *Commune de Cilaos*, *AJDA* 1986, p. 466, obs. L. RICHER.
[981] CE 25 mai 1990, *M. Abadie et autres*, *AJDA* 1990 pp. 824-828, note G. DARCY ; *D.* 1991, sommaire p. 232, obs. BON et TERNEYRE.
[982] CE Sect. 30 mai 1947, De Persan, *R.* p. 228

Conclusion du Titre 1 :

Nous estimons donc, au terme de ces développements, que la question de la détermination du patrimoine public responsable ne peut s'affranchir d'une analyse des fonctions institutionnelles confiées aux différentes collectivités publiques. Si cette recherche ne permet pas, à elle seule, de décrire l'ensemble de la matière elle a du moins le mérite d'éclairer certaines solutions, et permet donc une systématisation plus complète de la question.

TITRE 2 :

essai de systématisation des techniques de détermination

du patrimoine public responsable

Dès lors qu'il a été affirmé que la faculté de répondre, d'être tenu de répondre, d'un dommage était conditionnée par le fait que l'activité dommageable s'est intégrée dans le cadre des **compétences** de la personne publique considérée, il faut s'interroger sur **le lien** qui existe entre d'une part les compétences des collectivités territoriales, l'origine de ce pouvoir, et la mise en œuvre de leur responsabilité.

Autrement dit, il sera question de savoir si, au regard de l'état du droit ou de l'état de l'idéologie du droit mise en œuvre aujourd'hui par le juge administratif, il est possible d'interpréter les solutions jurisprudentielles divergentes analysées plus haut au regard de l'origine de la compétence, qui s'opposera alors à la capacité.

En d'autres termes, existe-t-il un moyen de différencier la façon dont la responsabilité d'une collectivité locale est reconnue, selon qu'elle aura mis en œuvre sa capacité, ou une compétence ?

Chapitre 1 : le patrimoine responsable en matière de police administrative

Cette matière centrale obéit, dans le cadre de la problématique de la résolution de la question de la détermination du patrimoine public responsable à une série de règles concernant **l'indivisibilité du pouvoir de police** et l'impossibilité concomitante de le déléguer (Section 1). De ces règles, dont les développements qui précèdent permettent de mieux comprendre l'origine, découlent les solutions jurisprudentielles pour le moins surprenantes dont on faisait état plus haut (Section 2).

Section 1. Les règles qui président la matière :

On distinguera essentiellement, en essayant de déterminer dans quelle mesure la seconde découle de la première, la règle de l'indivisibilité (I) et *l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*[983] (II), puis la règle relative à l'obligation de prendre des mesures de police (III).

I. La règle de l'indivisibilité du pouvoir de police

L'indivisibilité du pouvoir de police correspond à l'idée d'une même compétence qui ne pourrait être attribuée à plusieurs titulaires, ou plus précisément, dont le titulaire ne pourrait en aucune manière et en aucune circonstance se dégager de sa responsabilité pour les dommages causés dans le cadre de cette compétence.

Elle résulte à notre sens du fait que la police administrative correspond, on l'a vu, à une mission communale à caractère institutionnel puisque la police administrative vise à prévenir les troubles de l'ordre dans la communauté à l'instar des polices intérieures des associations de droit privé et correspond, pour reprendre les termes d'Etienne PICARD, à la fonction de protection de l'ordre primaire libéral[984].

On peut de la même façon indiquer, avec le professeur FAURE[985] à propos

---

[983] Pour reprendre le titre d'une étude du professeur J. MOREAU : De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel (contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat, *AJDA* 1965, p. 3 et s.

[984] *" La police administrative est (…) constituée par ceux de ces actes administratifs qui participent à la fonction de protection de l'institution primaire libérale. Selon l'approche institutionnelle, l'unité conceptuelle de toutes les formes et de tous les procédés de la police réside dans leur appartenance commune à la notion de* ***fonction de protection de l'institution primaire libéral*** *"*. E. PICARD, Thèse préc. n° 288

[985] B. FAURE, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, thèse préc. p. 169. *" Pour ces raisons, on ne doit pas s'étonner que l'exercice localisé de ce pouvoir provienne d'une tradition antérieure même à l'émergence de l'Etat moderne et de la notion actuelle de collectivité territoriale. Depuis, l'orientation n'a jamais été démentie, aussi bien à l'époque du droit administratif classique où la police a constitué un des premiers pouvoirs*

des *“ sources d’inspiration institutionnelle du pouvoir réglementaire local ”*, qu’elle a toujours représenté *“ la figure emblématique de l’idéologie du pouvoir municipal ”* et qu’elle constitue en ce sens un *“ noyau dur ”* du droit corporatif des collectivités puisque ces fonctions dérivent de *“ l’existence même ”* du groupe et des tâches afférentes . L’auteur remarque d’ailleurs que l'article 50 de la loi du 14 décembre 1789[986] plaçait cette activité de puissance publique par excellence aux côtés d’attributions à caractère purement patrimonial[987]. Ainsi, *“ la nature particulière (de la police) lui a toujours donné dans l’esprit de la doctrine, comme des juges, l’étiquette d’une compétence propre, ne procédant d’aucune habilitation législative, d’une fonction naturelle de l’exécutif restée en marge de l’aménagement constitutionnel des compétences ”*[988].

Et si, comme c’est le cas général s’agissant des compétences correspondant à la clause générale ou à la vocation générale du pouvoir municipal, le maire tient ses pouvoirs de police d’une concession législative générale qui en reconnaît et garantit l’exercice, ce ne sont pas des droits étatiques nouveaux qui sont ainsi délégués aux communes, à qui l’Etat permet seulement de *“ traduire en forme juridique les initiatives locales en ce domaine ”*, ce qui conduit l’auteur à estimer que *“ l’actuel article L.131-2 du code des communes*[989] *n’est que le rétablissement d’une cohérence formelle au sein de l’ordonnancement juridique d’un pouvoir qui ne peut nécessairement se concevoir que déconcentré ou décentralisé ”*. La règle de compétence opère en ce sens un simple renvoi se bornant à définir les buts à atteindre, de telle manière que *“ la police administrative demeure un terrain d’élection du pouvoir réglementaire local*

---

réglementaires décentralisés, que dans le droit administratif contemporain où demeure vivace l’image d’un droit propre des communes ”.

[986] préc.

[987] De la même façon, pour P. BON, *“ la naissance de la police municipale est concomitante à l’apparition des communes, tant il est indispensable que, dans chacune d’entre elles, il y ait une autorité locale chargée d’exécuter et d’adapter les mesures de police prises par les autorités supérieures, mais aussi d’agir de sa propre initiative pour protéger l’ordre public lorsque les circonstances locales l’exigent. (…) On peut dire que la police municipale est, de nos jours, du moins en apparence, très proche de celle qu’elle était à l’époque révolutionnaire, voire même, toutes choses égales par ailleurs, sous la monarchie absolue.* Article préc. à l’*Encycl. Dalloz* collectivités locales, fasc. 2208.

[988] Idem p. 274.

spontané mais non initial ”.

Enfin, le contrôle de l’exercice de ce pouvoir s’interprétant depuis la décentralisation non plus comme s’effectuant sous le contrôle de l’Etat mais “ sous sa surveillance ”, il en résulte qu’ “ *instruite au plan fonctionnel, la thèse de l’autonomie de la police administrative se trouve accréditée au plan organique ”*[990].

II. La règle de l’incessibilité du pouvoir de police

Cette règle, d’origine jurisprudentielle et qui manifeste “ *l’existence d’une différence irréductible entre ces deux modalités essentielles de l’action administrative que sont le procédé de police et le procédé du service public ”*[991] correspond à l’interdiction pour les autorités de police d’avoir recours, dans l’exercice de leur compétence en matière de police administrative, aux techniques d’ordre contractuel. Elle est rappelée récemment dans un arrêt *Commune de Menton*[992]. La sanction de ladite règle étant naturellement l’impossibilité pour la commune de se soustraire à sa responsabilité.

Sa justification traditionnelle[993] est qu’elle correspond à l’idée que l’interdiction d’utiliser tout procédé contractuel résulte “ *de la nature même* ” du

---

[989] Article L. 2212-2 du CGCT

[990] idem.

[991] J. MOREAU, De l’interdiction faite…, art. préc. *AJDA* 1965 p. 7.

[992] CE 1er avril 1994, Commune de Menton, *D.A.* novembre 1994, p. 1, concl. LASVIGNES ; *D.* 1994, I.R. p. 138 ; *RDP* 1994 p. 1825, note J.-B. AUBY ; *JCP* 1994.IV.328, obs. M.-C. ROUAULT : “ *le service de la police du stationnement, par sa nature, ne saurait être confié qu’à des agents placés sous l’autorité du maire. Doivent donc être annulées les conventions passées entre une commune et une société privée pour la gestion du stationnement payant, dès lors qu’elles confient à cette société des prérogatives de police du stationnement qui ne peuvent lui être déléguées en prévoyant que les agents chargés de la constatation des infractions au stationnement seront mis à la disposition de la société, qui assurera l’encadrement et l’organisation de leur travail… ”*. De la même façon : TA Limoges, 30 mai 1996, préfet de la Corrèze c/ Commune de Brives, Rev. jur. du Centre ouest 1997, p. 109 note GARRIGOU-LAGRANGE. Sur l’ensemble de cette question, cf. M. DREIFUSS, Service de stationnement payant et délégation de service public, *AJDA* 2001 p. 129

[993] Pour reprendre les termes de M. MOREAU, préc. p. 13 n° 36

pouvoir de police[994] (A). Le professeur J. MOREAU propose une explication alternative (B)

A. L'explication traditionnelle tenant à l'inaliénabilité des compétences :

De fait, il est possible de rattacher cette règle au principe général du droit public au terme duquel en l'absence de texte formel, une compétence ne s'aliène pas, comme l'indique implicitement le Conseil d'Etat dans l'espèce *Amoudruz* pour qui la conclusion d'un contrat *" ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une activité afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité "*[995] le principe étant très clairement repris dans un arrêt Dame Verneuil de 1961[996].

---

[994] Idem. Pour l'auteur, cette croyance repose sur le syllogisme suivant : 1° Tout contrat implique une aliénation des prérogatives réciproques des parties, 2° or les compétences de police sont inaliénables, 3° donc tout recours à la technique contractuelle doit être ici banni.

[995] CE 23 mai 1958, Consorts Amoudruz, R. p. 301 ; AJDA 1958, Chron. FOURNIER et COMBARNOUS p. 309 : *" la circonstance qu'une commune ait confié par convention l'exploitation du service des bains à un particulier et l'ait chargé d'assurer, en ses lieu et place, l'exécution de diverses mesures spécifiées dans la convention, en vue de la protection des baigneurs, qu'ils soient ou non usagers du service public des bains, ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident du fait de l'existence d'une faute provenant de l'insuffisance des mesures prescrites pour la prévention des accidents et le sauvetage des victimes ou du fait de l'existence d'une faute lourde commise dans l'exécution desdites mesures ".*

[996] CE 4 octobre 1961, Dame Verneuil, *R.* p. 533 : *" considérant qu'en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884 (article L. 2212-2 CGCT) la police municipale a pour objet notamment de prévenir par des précautions convenables les accidents et de les faire cesser par la distribution des soins nécessaires ; qu'il incombe au maire d'une commune présentant le caractère d'une station balnéaire, de prendre des mesures appropriées en vue d'assurer la sécurité des baigneurs sur les plages de la localité ; que la circonstance qu'une telle commune, locataire du domaine public de l'Etat par l'effet d'une convention passée avec l'administration des domaines, a confié l'exécution du service des bains à un particulier et a chargé son cocontractant d'assurer, en ses lieu et place, l'exécution des diverses mesures spécifiées dans la convention en vue de la protection des baigneurs, qu'ils soient ou non usagers du service public des bains, ne saurait, s'agissant de l'accomplissement d'une mission afférente à l'exercice de la police municipale, dégager cette collectivité administrative de la responsabilité qu'elle peut encourir directement envers la victime d'un accident, du fait de l'existence d'une faute provenant de l'insuffisance des mesures prescrites pour la prévention des accidents et le sauvetage des victimes ou du fait de l'inexistence d'une faute lourde commise dans l'exécution desdites mesures ".*

Ainsi, sauf l'hypothèse d'une disposition législative instituant elle-même un tel dessaisissement, le maire ne peut se départir de son pouvoir de police municipale. L'institution d'un service public chargé d'une mission de police municipale est toujours possible, mais, comme l'indique le professeur BON, *" elle n'emporte jamais transfert total du pouvoir de police "*[997], puisqu'en tout état de cause, si des missions spécifiques de police municipale peuvent être assurées par tel ou tel service public géré par une personne publique ou par une personne privée, ce que l'on pourrait appeler **le noyau dur** de la police municipale est insusceptible de transfert. *" Il en va ainsi du pouvoir normatif, des forces de police et de la responsabilité : il est impossible de déléguer le pouvoir de prendre des mesures juridiques de police ; il est impossible d'abandonner les forces de police à l'initiative privée ;* ***il est impossible d'écarter toute responsabilité de la police "***[998]**.**

Pour le professeur P. BON, l'ensemble de ces solutions " *se justifie aisément* ", pour trois séries de raisons :

- il existerait d'abord, effectivement, un *principe général du droit public* aux termes duquel les compétences ne se délèguent pas. Il faut noter cependant que seule une décision de tribunal administratif, à notre connaissance, peut être citée à l'appui de cette affirmation : il résulte ainsi d'une décision *Dame Geneix* du tribunal administratif de Clermont Ferrand, en matière de liberté du commerce et de l'industrie qu'il existe un " ***principe du droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation de compétence prévue par un texte exprès, une autorité quelconque doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi*** *et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ces pouvoirs entre les mains d'un particulier "*[999].

---

[997] P. BON, La police municipale, Encycl. Dalloz collectivités locales, 1995, n° 20

[998] idem.

[999] TA Clermont Ferrand, 1er juillet 1960, Dame Geneix, *R.* p. 800 : *" la décision litigieuse prévoit que l'autorisation préalable à laquelle est subordonnée notamment la vente de cacahuètes et autres denrées du même genre sera délivrée par les organisateurs de la course (automobile) ; que cette disposition contrevient au principe du droit public selon lequel, sauf possibilité de délégation de compétence prévue par un texte exprès, une autorité quelconque*

Cependant, cette décision rendue en première instance ne suffit naturellement pas à fixer l'état du droit.

- C'est, ensuite, l'idée que les pouvoirs de police, parce qu'ils sont la manifestation d'une prérogative régalienne par excellence, sont *" inaliénables et imprescriptibles "*[1000] ce qui correspond finalement assez à la catégorie, là encore très problématique au regard du caractère ambigu de la jurisprudence constitutionnelle, des *" services publics constitutionnels "*[1001].

- C'est, enfin, le fait que parce que l'ordre public est en cause, l'autorité municipale ne saurait de désintéresser de la manière dont les services publics dotés d'une mission de police s'acquittent de leur tâche et peut être déclarée responsable de telle ou telle carence en la matière.

B. L'explication proposée par le professeur MOREAU

Estimant que le fondement traditionnel ne doit être reçu qu'avec réserve dans la mesure où il contient le double inconvénient d'être *" trop étroit "* en ce qu'il ne s'applique de manière adéquate qu'aux seuls accords comportant une aliénation de compétence et non pas à l'ensemble des contrats visés par la règle d'interdiction et en même temps *" trop large "* puisqu'il découle des caractères généraux de la compétence sans considérer les aspects spécifiques que revêt cette notion dans la mise en œuvre des pouvoirs de police[1002], le professeur Moreau voit dans ces services de police **l'origine conceptuelle de la théorie du service public**.

L'auteur souligne en effet, qu'il *" est remarquable que les grands arrêts*

---

doit exercer elle-même les pouvoirs dont elle est investie par la loi et ne peut, en tout état de cause, se démettre de ces pouvoirs entre les mains d'un particulier ".

[1000] conclusions ROMIEU sur CE, 6 décembre 1907, compagnie du Nord et autres, R. p. 914

[1001] Ces services publics constitutionnels sont évoqués pour la première fois dans la décision concernant la loi d'habilitation du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à adopter par voie d'ordonnance des mesures de privatisation dont le 53ème considérant indique que *" la nécessité de certains services publics découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle "*. *GDCC*, 10ème éd. Dalloz 1999 p. 673

qui, au début du siècle consacrèrent la notion de service public comme critère d'application du droit administratif et de la compétence du juge administratif aient été rendus en des matières touchant à la sécurité et à la salubrité publique "[1003].

III. La règle de l'obligation de prendre les mesures de police[1004]

Cette règle apparaît comme le corollaire de la règle précédente et revient à affirmer que *" lorsqu'une réglementation de police a été édictée, et qu'elle est régulière, l'autorité de police est tenue de prendre les mesures de tous ordres (…) propres à en assurer l'application ou, en d'autres termes, l'effectivité "*[1005] *:*

Cette obligation pèse sur l'autorité dont émane la réglementation ou qui applique une réglementation émanant d'un niveau plus élevé[1006] et consiste aussi à prendre les mesures qui s'imposent, face à un trouble potentiel à l'ordre public[1007].

Enfin, elle est subordonnée à trois conditions : que la mesure de police soit *indispensable* pour faire cesser un *péril grave* résultant d'une *situation*

[1002] Article préc. *AJDA* 1965 p. 15 n° 41

[1003] J. MOREAU, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel : contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrats, *AJDA* 1965, p. 6. Ainsi les arrêts *Terrier* (CE 6 février 1903, *GAJA* n°12) et *Thérond* (CE 4 mars 1910, *GAJA* n° 24).

[1004] Sur l'ensemble de cette question, cf. D. TRUCHET : l'autorité de police est-elle libre d'agir ?, *AJDA* spécial, Juillet-août 1999, p. 81.

[1005] R. CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, n° 939

[1006] CE Sect. 14 décembre 1962, Doublet, *R.* p. 680, *AJDA* 1963, p. 85 et la chronique ; *D.* 1963 concl. COMBARNOUS : obligation pour le préfet de prendre les mesures propres à assurer l'application effective de la réglementation du campisme dans le département qu'il a lui même édictée. CE 3 avril 1968, Jardin, p. 233, *AJDA* 1968 p. 480 : illégalité du refus du maire de prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect du règlement municipal interdisant la sortie des poubelles pendant la nuit.
CE Ass. 20 octobre 1972, Marabout, *R.* p. 664, *AJDA* 1972, p. 581 et la chron. et p. 625 concl. GUILLAUME ; *Gaz. Pal*. 1973.I.265 note ROUGEAUX ; *JCP* 1973 n° 17373, concl. ODENT, *RDP* 1973 p. 832, note WALINE : obligation pour le préfet de police de faire respecter une interdiction de stationnement qu'il a édictée.

[1007] CE Sect. 14 décembre 1959 Doublet, *R.* p. 540 ; *D.* 1960 p. 191, note LAVROFF ; *RDP* 1959 p. 1235 concl. BERNARD et 1960, p. 802 note WALINE.

particulièrement dangereuse pour l'ordre public.

Un exemple récent peut être donné, sur le terrain de la responsabilité, de cette impérative nécessité dans le cadre de l'affaire dite du " Grand-Bornand "[1008], qui a fait l'objet d'un règlement contentieux par la Cour d'appel de Lyon[1009]. L'espèce est particulièrement intéressante en ce que le juge prononce une condamnation solidaire de l'Etat et de la commune, dans les deux cas pour carence dans la mise en œuvre de leur pouvoir de police. Le premier est mis en cause pour faute lourde pour avoir omis de prendre en compte la sécurité des usagers en accordant l'autorisation de création d'un camping dont l'essentiel du terrain, relève l'arrêt, se trouvait jusqu'à trois mètres en dessous du fil de l'eau d'un torrent ; la seconde, pour n'avoir pris, au titre de ses pouvoirs de police générale, aucune disposition visant à prévenir les risques résultant d'une inondation et le jour de la catastrophe, pour n'avoir pris aucune disposition pour prévenir les usagers du risque qu'ils encourraient.

Il faut étudier les conséquences de ces règles en matière de détermination du patrimoine public responsable.

[1008] CAA Lyon 13 mai 1997, M. Balusson et autres, Mutuelles du Mans et autres, *D.* 1998, jurisprudence p. 11 note C. SCHAEGIS

[1009] Que l'on a déjà évoqué à propos de la question de la solidarité passive entre personnes publiques.

Section 2. la raison d'être de ces règles et leurs conséquences en matière de détermination du patrimoine public responsable :

I. Tentative d'explication des règles en matière de police :

Il faut revenir, avec le professeur PICARD[1010], à une tentative d'explication de ces règles à l'aide de la théorie institutionnelle. Dès lors que la police administrative figure *" la fonction de protection de l'ordre public statutaire primaire "*, et qu'elle est partant consubstantielle[1011] à l'institution elle-même, elle se différencie d'abord des services publics en général en ce qu'elle n'a pas besoin d'être créée pour exister et qu'elle n'a pas, en conséquence, d'usagers, mais des assujettis[1012]. Il en résulte par ailleurs pour l'auteur que les *" organes dirigeants "* de l'institution d'une part ne peuvent supprimer le *service de la police* mais ont d'autre part surtout l'obligation de faire fonctionner ce service public et cela, au moins pour certaines de ces activités, même si aucun texte ne le leur prescrit expressément .

Et dès lors, ce qui, après un détour nécessaire, nous ramène aux règles décrites plus haut, ces éléments forment *" les raisons pour lesquelles, même en l'absence de toute décision positive de l'institution d'organiser un service public de police ou telle activité particulière se rattachant à cette fonction,* ***celle-ci existerait néanmoins et pourrait être tenue pour responsable de n'avoir pas fonctionné correctement*** [1013]*"*.

Pour prendre un exemple, le maire d'une commune de montagne ne pourrait se prévaloir de ce qu'il n'existe aucun service de surveillance des pistes

---

[1010] Thèse précitée, p. 803 et suivantes.

[1011] L'auteur développe ainsi cette idée : *" le service de police existe par le seul fait de l'existence de l'institution primaire (qui) ne peut se concevoir sans police ni sans juge. A plus forte raison ces organes dirigeants ne pourraient-ils supprimer le service de la police : ils priveraient l'institution d'un des ses éléments d'existence " :* thèse précitée p. 803, n° 446.

[1012] En ce sens que *" l'accès à la qualité de membre de l'institution primaire libérale se confond entièrement avec l'acquisition du statut de bénéficiaire - assujetti à l'ordre primaire. C'est ce statut qui, par lui-même déclenche le droit objectif des membres primaires à voir leurs droits subjectifs protégés ", idem.*

[1013] *idem*.

de ski dans sa commune pour échapper à sa responsabilité éventuelle[1014]. **Il en irait de même, en principe, lorsque la commune se serait déchargée d'une partie de sa tâche et de ses responsabilités sur un tiers.** Ce ne serait qu'au cas où le service en cause serait devenu un véritable service public, que la situation pourrait être différente[1015].

II. Les conséquences en matière de détermination du patrimoine public responsable :

Il résulte de l'application de cette règle une difficulté évidente pour le requérant victime d'un dommage : s'agissant d'une compétence de police confiée, légalement ou illégalement, à un tiers, devra-t-il actionner le tiers ou le détenteur de la compétence de principe ? La responsabilité sera-t-elle appréciée par référence aux clauses du contrat éventuel ou bien selon les principes généraux du droit administratif ?

On a vu que dans les arrêts *Dame Verneuil* et *Consorts Amoudruz*[1016], la Haute juridiction avait tranché cette question en faveur, sans surprise, de la responsabilité de la collectivité publique, estimant que l'existence d'un contrat ne saurait décharger la commune de la responsabilité encourue *" s'agissant de l'accomplissement d'une activité afférente à l'exercice de la police municipale "*.

Cette situation nous amène à envisager la question de la détermination du patrimoine public responsable en matière de service public.

[1014] CE 22 décembre 1971, Commune de Mont-de-Lans *RDP* 1972, p. 1252, note WALINE.
[1015] Sur cette problématique de la transformation des services de police en services publics, voir infra.
[1016] Arrêts précités.

Chapitre 2 : le patrimoine responsable en matière de service public

Il est utile, à cet instant, de revenir sur la question de l'absence de différence essentielle, donnée comme indubitable par la grande majorité de la doctrine, entre service public et police : une doctrine majoritaire prône ainsi de distinguer ces deux types d'actions publiques au regard d'un critère finaliste (section 1). Le professeur PICARD a sur cette question une position originale (Section 2).

Section 1. La thèse majoritaire du critère finaliste

La grande majorité des auteurs s'accordent pour distinguer, dans le cadre général des activités de l'administration, service public et police administrative. L'acceptation de cette distinction cependant, connaît des degrés puisque si le professeur CHAPUS reconnaît clairement que *" la police administrative désigne une fonction, une activité : l'activité de service public qui tend à assurer le maintien de l'ordre public dans les différents secteurs de la vie sociale "*[1017], MM. LAUBADERE et VENEZIA et GAUDEMET n'entendent conserver cette distinction qu'en rappelant que *" la notion de service public est moins large que celle de prise en charge et la notion de police administrative plus restreinte que celle de réglementation "*[1018], dans la mesure où la définition du service public comme une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique, fait à l'évidence de l'activité de l'administration qui consiste à réglementer l'activité des particuliers en vue d'assurer le maintien ou le rétablissement de l'ordre public une activité de service public.

De la même façon pour les professeurs DUPUIS, GUEDON et CHRETIEN[1019] il est peu satisfaisant de prolonger la distinction entre police et service public en caractérisant, respectivement, de façon radicale, ces deux

---

[1017] R. CHAPUS, *Droit administratif général* n° 897.
[1018] LAUBADERE, VENEZIA et GAUDEMET, Traité de droit administratif n° 1077
[1019] Manuel préc. p. 427

actions par la *réglementation* et par les *prestations*. S'il est certain que l'activité de réglementation tendant au maintien de l'ordre public connaît un régime juridique distinct de celui de l'activité de prestation de biens ou de services, ces deux façons d'agir sont *" fondamentalement complémentaires "* et étroitement liées : *" l'osmose est constante, dans la réalité administrative, entre la police et les autres services publics "*, puisqu'il ne peut y avoir de service public sans réglementation et que la police débouche sur des activités de prestations.

Pour le professeur DEBBASCH[1020], la police est elle-même un service public au sens organique et matériel, les deux notions ne se différenciant que par leur but et leurs effets, et la police figure donc *" un service public particulier chargé d'édicter des prescriptions en vue de la protection de l'ordre public et d'en assurer le respect "*.

On ne voit donc pas précisément à quels auteurs le professeur LEBRETON fait référence[1021] pour qui la police administrative ne serait absolument pas une activité de service public en ce qu'elle ne serait qu'une *activité de prescription* consistant à réglementer les activités privées, alors que le service public serait une *activité de prestation*, consistant à prendre en charge la satisfaction des besoins des administrés. A notre connaissance, cette thèse n'est défendue que par le professeur PICARD, mais à un niveau d'analyse différent, qui correspond à une vision à la fois historique et institutionnaliste du problème.

Section 2. La théorie proposée par le professeur PICARD :

Après avoir décrit le cheminement historique des rapports entre service public et police administrative comme critère de compétence du juge administratif (I), E. PICARD propose une explication institutionnelle de la question (II).

[1020] Institutions et droit administratif, PUF Thémis 1998, p. 109.
[1021] Manuel, préc.

I. La notion de police comme critère de compétence du juge administratif en matière de service public.

Si le titre de cette sous-partie paraît *a priori* dénué de toute logique, il reste que le professeur PICARD montre de façon tout à fait convaincante que la notion[1022] de police a été utilisée par le juge administratif pour consacrer sa compétence juridictionnelle s'agissant, au début du 20ème siècle, de l'activité des premiers services publics.

Cette situation surprenante avait d'ailleurs été, on l'a vu, pressentie par le professeur MOREAU, et déjà M. TEITGEN dans sa thèse sur la police municipale, remarquait que *" bon nombre de services publics n'ont fait que prendre en charge une matière détachée de la police municipale et coopèrent directement à son action en participant au maintien de l'ordre public "*[1023].

A. Une différence de nature :

Pour le professeur PICARD, *" dans sa spécificité conceptuelle de fonction "* la police **ne constitue certainement pas un service public**. Ce n'est pas, pour l'auteur, par le service public qu'il faut expliquer la police, *" l'histoire imposant une démarche radicalement inverse "* au terme de laquelle les services publics s'analysent comme *" des prolongements hypostasiés et institués de certaines activités de police qui ont subi une métamorphose sous l'effet de l'évolution de l'idée de droit libérale dans certains secteurs de son emprise : des services publics se sont substitués à la police partout où celle-ci ne répondait*

[1022] Nous gardons ici à l'esprit la remarque du professeur DARCY pour qui *" en droit souvent la " référence " d'une expression qui détermine sa signification ne sera pas l'objet qu'elle désigne, puisqu'il n'existe pas (toujours), mais sa fonction. Autrement dit, on ne pourra appréhender pleinement un terme juridique que par sa fonction, à savoir par les types d'usages que l'on fait de l'expression, par les propriétés que le rapport au monde lui confèrent. On peut découvrir une notion à travers les diverses fonctions que le droit lui assigne, c'est-à-dire par induction à partir de l'application normative qu'en font les textes ou le juge "*. G. DARCY, la décision exécutoire, *AJDA* 1994, p. 663.

[1023] Thèse p. 144-145. Et l'auteur, qui écrit en 1934, ajoute : *" jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'autorisait les départements et les communes à créer des services que la loi ne prévoyait pas, que s'ils avaient pour objet une tâche de police. De ce fait la plupart des services municipaux actuellement existants ne sont encore que des services de police "*.

plus aux exigences de l'idée " [1024] .

Cette analyse prend pour point de départ la reconnaissance de la compétence de principe du juge administratif pour connaître, dans la conception initiale, des actes de puissance publique, c'est-à-dire caractérisés par la mise en œuvre d'un pouvoir de commandement et du juge judiciaire s'agissant des actes de gestion. Or, *" à partir du milieu du siècle passé, le Conseil d'Etat, afin d'élargir sa compétence, a mis en œuvre une véritable stratégie dont la cohérence, sur une longue période, apparaît tout à fait remarquable "*[1025] et qui consiste, en bref, à revendiquer sa compétence s'agissant de l'activité de services publics en se fondant sur l'identité de leur activité avec une activité de police.

Cette évolution a concerné d'abord les activités normatives de la police municipale, les plus proches par leur nature des actes d'autorité de la puissance publique, puis, vers la fin du 19ème, les actes matériels de la police municipale, et notamment ceux qui par leur forme et leur objet, apparaissaient le plus étroitement reliés à l'idée de puissance publique .

Cette situation est particulièrement nette s'agissant du rôle joué par le concept de police dans les affaires Terrier et Thérond. Dans ces affaires qui concernaient des contrats passés par des collectivités locales, actes assimilés normalement à la gestion privée, *" l'idée de police a permis d'accéder à celle de gestion publique puis de service public "*[1026] et donc de fonder l'extension de la compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat.

Si, ensuite, les jurisprudences Terrier et Thérond ont été comprises comme unifiant le contentieux des personnes publiques *" sous le signe du service public "*, cette assimilation n'est que seconde et correspond au fait que l'utilisation de la notion de police pour justifier la compétence juridictionnelle a produit *" la cause de son éclatement, de son dépassement puis de son absorption*

[1024] E. PICARD, La police administrative, thèse précitée p. 797
[1025] idem, p. 416
[1026] idem, p. 417

dans le service public "[1027].

Dans un premier temps, avec l'approfondissement progressif du consensus social autour de l'intervention publique, c'est encore en recourant d'abord à l'idée de police que le Conseil d'Etat a légitimé l'institution des services publics locaux en utilisant *" tous les sens de la notion "*, la salubrité et l'hygiène publique étant, pour ne prendre qu'une seule illustration à l'origine des services publics de lavoirs ou de bains douches[1028]. A ce stade, *" le service public est un procédé de la police au moins municipale "*[1029] ; son organisation et son fonctionnement étant réglés par des actes de police, et non par des règlements de service public.

Dans un second temps, lorsque les *" seules exigences de l'ordre public libéral "* n'ont pu justifier la création des services publics locaux de plus en plus nombreux et divers, le juge administratif a cessé d'invoquer la police pour, de fait, limiter la liberté du commerce et de l'industrie**,** *" mais a eu recours à un système de validation de plus en plus étranger à l'idée de police "*[1030] **:** au lieu d'exiger comme auparavant, des nécessités vitales ou des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'Etat s'est satisfait, *de circonstances particulières de temps et de lieu* manifestant un *besoin local* ; de façon moins restrictive encore, il suffisait bientôt aux communes ou aux départements d'invoquer un " intérêt public local ", voire un simple intérêt général et *" le service public, libéré des limites dans lesquelles le tenait la notion de police, peut désormais poursuivre, selon sa logique propre, son extension indéfinie "*.

La " décadence " de la notion de police est alors telle que, dans ce second

---

[1027] Pour M. PICARD, dans un vocabulaire médical, le service public *" né de la police, a en effet commencé à phagocyter les cellules les plus nouvelles de cette dernière, cellules pathogènes en quelque sorte car les moins conformes à l'idée que la pensée juridique libérale se faisait de la notion de police : curieux destin pour une notion que de ne pouvoir survivre qu'en travaillant à sa propre destruction "* ibidem.

[1028] CE 26 janvier 1906, Chambre syndicale des propriétaires de bains, *R.* 91

[1029] E. PICARD op. cit. p. 419 pour qui *" par la suite, et pendant longtemps encore, c'est cette idée qui a fondé la distinction entre les services publics " par nature " et les autres, ceux qui ne rentrent pas " dans le champ d'action normal des collectivités publiques "*.

[1030] idem

mouvement, on assiste à l'absorption des prestations que l'administration offrait au titre de la police en services publics : les " monts-de-piété ", les écoles de natation relèvent désormais du statut et du régime juridique spécifique des services publics (administratifs ou industriels et commerciaux), même si *" quelquefois, bien que l'activité soit devenue un service public apparemment véritable, la référence à la police est explicitement maintenue en droit positif pour des raisons semblant tenir à la volonté de conserver tout ou partie de leur régime antérieur "*[1031].

Ainsi, chemin faisant et sous l'influence de l'école de Bordeaux, la catégorie des services publics s'est muée en une théorie juridique totalisante, dotée d'un régime juridique spécifique, sans toutefois que toutes les conséquences de cette mutation aient été tirées, dans l'établissement notamment des responsabilités des différents acteurs.

B. Conséquences sur le terrain de la responsabilité :

Dès lors que ce ne sont plus les impératifs policiers qui priment, le régime du service public trouve à s'appliquer. Si les piscines municipales, par exemple, peuvent légitimement être considérées comme les nouvelles " écoles de natation ", la responsabilité de la commune n'est plus, en cas d'accident, engagée sur le terrain de la faute lourde de police**, mais sur celui de la faute simple dans le fonctionnement du service public.** C'est qu'en effet le juge estime *" qu'entre la police municipale et les usagers s'interpose le service municipal de la piscine "*[1032]. Si ce régime de responsabilité, plus rigoureux pour la collectivité publique, se justifie par la présence d'un service public que caractérise la prise en

---

[1031] idem p. 421

[1032] Conclusions MERIC sur CE 14 juin 1963, Epoux Hébert, R. p. 364, *AJDA* 1964 p. 63, note MOREAU, *D.* 1964, p. 326 note LALUMIERE. V. CE 5 octobre 1973, Ville de Rennes ; *R.* 551, *RA* 1973, p. 643, Chron. BONNAMY et DARCY : *" d'une part, la piscine (…) constitue un service public administratif et, d'autre part, la compétence administrative devrait, en tout état de cause, être retenue sur le terrain de la police administrative "*. Le commissaire plaidait pour la reconnaissance de la compétence du juge administratif en considérant que la piscine en question ressortait de la catégorie des SPA, mais indiquait que même si l'on considérait être en présence d'une SPIC, la compétence juridictionnelle ne serait pas pour autant modifiée, dès lors qu'en vertu *" de l'article 97 de la loi communale, il appartient au maire de prévenir par des précautions convenables les accidents "*.

charge d'une activité d'intérêt général, cette justification paraît cependant, comme l'indique le professeur PICARD, assez inopérante pour justifier le passage de la faute lourde à la faute simple : les anciennes " écoles de natation " résultaient elles aussi d'une intervention positive de la municipalité.

C. Conséquences quant au régime de mise en œuvre de la responsabilité :

Cette analyse permet par ailleurs de proposer une explication théorique au mouvement dont on s'est largement fait l'écho, de réduction du nombre des activités des collectivités publiques soumises au régime de la faute lourde. Cette situation peut effectivement être comprise comme résultant de **la transformation des activités initialement prises en charge par l'autorité de police en véritables services publics**[1033] : c'est dès lors le régime juridique du service public qui s'applique et donc la responsabilité pour faute simple qui permet, comme c'est le cas dans les arrêts *Theux* et *Commune de Hannapes*[1034], d'engager la responsabilité de l'administration s'agissant respectivement des services de lutte contre l'incendie et des services d'aide médicale d'urgence (SAMU).

Cette interprétation ne résulte pas de la lecture des conclusions publiées du

---

[1033] Pour E. PICARD, " *tant que la police a été comprise " au sens statique " et tant qu'elle apparaissait, du point de vue de son exercice, comme une fonction, tous les actes accomplis dans l'intention d'assurer cet " état d'ordre et de paix intérieure de la cité " pouvaient être pleinement rattachés à la notion de police. Leur caractère éventuellement matériel n'était en aucun cas un obstacle à cette appartenance puisque la police, encore municipale en tant que notion juridique, n'était nullement assimilée ou réduite à la puissance publique, c'est-à-dire, pour l'essentiel, à la puissance normative de l'Etat. Les seules difficultés pratiques que soulevaient l'accomplissement, au titre de la police portaient principalement sur deux questions relatives à leur régime juridique : d'une part celle de la compétence juridictionnelle pour en connaître et, d'autre part, celle de leur légalité au regard du principe de liberté lorsqu'elles faisaient concurrence à l'initiative privée.* ***C'est notamment la façon dont ces deux difficultés ont été réglées qui est à l'origine de la transformation de la police en service public ".*** Thèse préc. p. 415 :

[1034] CE Sect. 20 juin 1997, Theux, *R.* p. 254 et CE 29 avril 1998, Commune de Hannapes, *R.* p. 186, préc. Si, dans la seconde espèce, le juge confirme le principe de la responsabilité de la commune lieu du sinistre en décidant que les agissements fautifs du Service départemental de lutte contre l'incendie doivent lui être imputés, c'est autant en application de la jurisprudence traditionnelle que pour une raison procédurale, la requête de la commune tendant à être déchargée de cette responsabilité au détriment du département n'ayant été prononcée qu'en appel et étant dès lors irrecevable comme nouvelle.

commissaire du gouvernement STAHL sur l'arrêt *Theux* qui relève que la jurisprudence administrative, traditionnellement, faisait ressortir l'organisation et l'exécution des secours au régime de la faute lourde en ce qu'elle l'assimilait à une activité de police et que cette jurisprudence devait s'appliquer aux SAMU qui ne présentent pas *" de différence de nature "* avec les autres types d'activités de secours. L'arrêt, en ce sens, et conformément par ailleurs aux conclusions, peut tout à fait être compris comme résultant de la seule volonté du juge d'en terminer, dans les limites que l'on a dites, avec un régime de la faute lourde compris comme *" un héritage édulcoré d'un ancien principe d'irresponsabilité de la puissance publique "*[1035].

Il nous apparaît pourtant que les limites mêmes de la " disparition " de la faute lourde[1036], montrent assez la nécessité de distinguer selon que les activités en cause résultent de l'activité d'un organisme chargé d'une mission de police dans le cadre d'un véritable service public, soumis à un régime de faute simple, ou à un autre type d'activité qui, s'il concerne la police, ressortira toujours du régime de la faute lourde, comme c'est le cas des opérations matérielles d'exécution de la police administrative[1037].

Une même analyse peut enfin être menée s'agissant du maintien de l'exigence de la faute lourde en matière de recouvrement fiscal : le commissaire

---

[1035] Concl. préc. p. 257

[1036] Il faut cependant garder à l'esprit que la matière même est, de par son origine même fort instable, puisque comme l'a montré notamment Mme DEGUERGE, la notion de faute lourde est d'origine doctrinale et a été créée essentiellement, en liaison avec la faute " qualifiée ", pour distinguer les fautes simples des fautes de service : notamment les conclusions du Commissaire du gouvernement RIVET sur CE 13 mars 1925 Clef, *RDP* 1925 p. 276 : " pour s'acquitter de la lourde tâche de maintenir l'ordre dans la rue, les forces de police ne doivent pas voir leur action énervée par des menaces permanentes de complications contentieuses " et de LATOURNERIE : *" il ne suffit pas d'une faute quelconque pour qu'il y ait lieu à indemnité, soit que le Conseil d'Etat ait tenu compte de la multiplicité, de la complexité et de la difficulté des tâches qui incombent aux personnes morales administratives pour assurer ce service de protection, soit qu'il ait craint de restreindre leur liberté d'action et de décourager leurs initiatives par l'appréhension d'indemnités sanctionnant les fautes les plus légères " :* Concl. sur CE Ass. 23 janvier 1931 Garcin, *S.* 1931.2. 97

[1037] Comme l'indique Mme DEGUERGUE, *" la faute lourde est invariablement requise pour les activités matérielles sur le terrain, frappées d'une présomption quasi-irréfragable de difficulté "*, thèse préc. p. 218.

du gouvernement GOULARD[1038] dans ses conclusions sur l'affaire *Commune d'Arcueil,* après avoir fait état de l'éternel argument au terme duquel *" l'activité des services d'assiettes et de recouvrement est difficile tant en raison de la complexité du droit applicable que de la nature des relations qui s'établissent avec les contribuables qui poursuivent souvent un but inverse de l'administration "* notait surtout que *"* ***les services fiscaux sont des attributs du pouvoir régalien, ce qui dissuade de les assimiler à un service public ordinaire ".***

Le domaine fiscal peut dès lors, s'agissant de la collectivité étatique, être considéré comme le pendant du pouvoir de police générale de la commune[1039] : dans les deux cas, et de façon plus contestable dans le second, le juge administratif considère que le régime juridique du service public et particulièrement les conditions d'engagement de la responsabilité administrative, ne trouvent pas à s'appliquer.

D. La mise en œuvre de la responsabilité de certains services reste cependant soumise à l'ancien système :

La même analyse, enfin, peut être menée s'agissant des services de lutte contre l'incendie qui sont eux aussi " devenus " des services publics. Cependant, en ce qui les concerne, la référence à la police est loin d'avoir disparu, puisque **la charge indemnitaire des dommages causés par ces services incombe à la commune du lieu du sinistre, même si ces services sont gérés par une autre ville, le département, le district ou un syndicat intercommunal.** Cette circonstance est indéniable, dès lors que c'est toujours par référence aux pouvoirs

---

[1038] Conclusions sur CE Sect. 29 décembre 1997, Commune d'Arcueil, préc. *RJF* 1998, n° 2 p. 81

[1039] Sur cette assimilation quant aux conditions d'engagement de la responsabilité administrative, cf. D. RICHER pour qui, dans une analyse qui cependant ne cherche pas les raisons de ce qu'il avance, en la matière *" le juge se réserve d'apprécier lui-même au cas par cas, en tenant compte des conditions dans lesquelles fonctionne le service et compte tenu des moyens dont il dispose,* ***comme c'est le cas par exemple en matière de responsabilité des***

de police générale du maire que le juge impute la responsabilité aux communes. La solution est semblable en ce qui concerne le secours apporté aux victimes d'une inondation par les services départementaux ou nationaux (arrêt *époux Tomine*), ou encore aux victimes de noyades sur une plage lorsque le " service des bains " n'a pas correctement fonctionné et ce même lorsque le service est géré par un tiers, une personne privée en particulier[1040].

Comme l'indique le professeur PICARD, " *toute cette matière continue d'une façon générale à être traitée par le Conseil d'Etat dans le cadre du droit de la police municipale* " ce qui " *semble éminemment paradoxal si police et service public doivent être distingués* "[1041]. Il en résulte une certaine incompréhension quant à l'imputation de ces activités à la police et particulièrement à la police municipale alors que, comme cela apparaît d'évidence s'agissant de la lutte contre l'incendie ou l'inondation, c'est justement parce que les communes ne peuvent assurer seules ces prestations avec les seuls moyens dont elles disposent au titre de la police municipale, qu'elles s'en sont déchargées, moyennant contributions financières, sur d'autres communes ou d'autres types de collectivités dotées de la personnalité juridique[1042].

---

services de police " : *Les droits du contribuable dans le contentieux fiscal,* LGDJ Coll. Systèmes1997, p. 42

[1040] CE 23 mai 1958, Amoudruz, préc.

[1041] Thèse p. 423 : *: " ou bien il s'agit d'une activité de police et on ne perçoit pas l'utilité de sa qualification en service public ; ou bien elle est effectivement devenue un service public mais alors on ne voit pas sur quoi se fonde cette référence à la police. On comprend bien que le changement de dénomination procède aussi d'un changement des conditions dans lesquelles cette activité est exercée : l'administration ne se contente plus comme autrefois de faire sonner le tocsin en cas d'incendie, de requérir certains habitants… : cette activité est désormais accomplie dans le cadre d'une organisation permanente, par des personnels spécialisés soumis à des règlements qui leur sont propres et disposant de locaux, de matériels et de véhicules spécialement adaptés à leur mission,* ***soit autant d'éléments manifestant la présence d'un service public (qui) dispense même l'autorité de police de toute intervention effective : en se perfectionnant, l'activité de police a laissé la place au service public ".***

[1042] E. PICARD, encore, p. 424 : " *la responsabilité de la commune au titre de la police ne nous semble pas justifiée quand la faute provient du service lui-même et que ce service est géré par une autre collectivité. Le fait que cette mission ait autrefois pleinement relevé de la fonction globale d'ordre local et que de nos jours encore l'article 97-6° mentionne les incendies ne nous paraît, pas suffisant : ou alors, dans toutes les circonstances et quel que soit leur mode de gestion, il faudrait imputer à la police municipale les fautes des services de*

On en revient *in fine* à cette idée, déjà avancée, de *" présupposé intellectuel "*[1043] évoqué par le professeur PICARD[1044], dont la manifestation est évidente lorsque, comme c'est le cas en matière de lutte contre l'incendie ou de

---

nettoiement, des services d'éclairages, des services de ramassage des ordures ménagères (97-1°), des services des pompes funèbres (97-4°) des services des poids et mesures ou de répression des fraudes (97-5°)… "

[1043] Présupposé remarquablement résumé par M. MARCHESSOU pour qui, s'agissant de la responsabilité de la commune lieu du sinistre, *" la compétence dévolue au maire en matière de police administrative, entraîne une mise en jeu de la responsabilité de la commune en cas de faute du service.* Pour l'auteur, cette justification juridique *" se double d'un souci de solidarité : en effet, il* ***apparaît équitable*** *que la charge du dommage incombe à la collectivité sur le territoire de laquelle s'est produit le sinistre "*. Il cite à l'appui de cette opinion une décision de 1880 de la Cour de cassation qui précise que la commune, en assumant la charge des dépenses occasionnées par la lutte contre l'incendie, *" accomplit un devoir légal et doit être regardée comme faisant moins l'affaire de l'incendié que celle des habitants, dont les propriétés pourraient être atteintes par le feu, si les progrès n'en étaient pas arrêtés "*[1043], et indique que cette solution *" renforce les liens entre les habitants, contribue à développer le sens de leurs responsabilités des élus locaux, et respecte le principe d'autonomie des collectivités locales,* ***puisque l'exercice d'une compétence de police peut être analysée comme un privilège****, assorti d'une sanction en cas d'usage défectueux. La logique qui inspire ce mécanisme de réparation ne paraît pas choquante, dans la mesure où la preuve d'une faute lourde est exigée pour sa mise en œuvre, (ce qui permet de ne pas créer) une charge financière insupportable pour les communes "*. P. MARCHESSOU, *Les incendies et la responsabilité de la puissance publique*, RDP 1980, p. 797 :

[1044] Pour l'auteur, *" la responsabilité de la commune lieu du sinistre lors des dommages résultant des fautes commises par les services départementaux de lutte contre l'incendie s'explique par un refus de consacrer la transformation de certains anciens procédés de police en activité de service public. La décision CE 23 février 1973, Min. équipement c/ Tomine (direction services par le préfet, responsabilité commune) s'explique par ceci : c'est notamment la multiplicité ou l'indifférence a priori des procédés qu'elle utilise qui constitue la police en fonction ; si l'on préfère, c'est son droit ou son devoir de choisir le procédé le mieux adapté aux missions qu'elle assume qui la différencie d'un simple pouvoir normatif. Or, dans cette jurisprudence, tout se passe comme si le Conseil d'Etat n'admettait pas encore que la généralisation, l'extension, l'aggravation contemporaine des troubles que la police doit prévenir ou réparer et, parallèlement, l'adaptation des moyens qu'elle met en œuvre à cette fin****, la consacrent en tant que fonction*** *même et y compris lorsque, de fait, elle s'échappe enfin du cadre communal. Le Conseil d'Etat, en reconnaissant certains actes matériels comme des procédés de police, admet bien par là même qu'elle soit* ***une fonction*** *; mais en s'en tenant à une conception libérale de la police, il limite la reconnaissance de* ***l'authentique nature fonctionnelle de la police*** *à sa seule forme municipale, au point d'imputer à cette dernière un acte matériel de la police départementale accompli par le préfet. Cette attitude est dictée* ***par une conviction tellement ancrée au fond même de ses présupposés intellectuels qu'elle prend quelquefois les allures d'un réflexe parfaitement irraisonné ".*** Thèse p. 385.

mise en œuvre de plans ORSEC, la commune n'est pas matériellement intervenue dans la réalisation du dommage[1045].

Ce " présupposé " peut nous semble-t-il être expliqué dans le cadre de l'analyse institutionnelle.

II. Le cadre institutionnel

Aux termes de son étude, le professeur PICARD propose de dire qu'il y a police *" tant que l'action administrative, qu'elle se manifeste par une prestation ou par une prescription, ne cherche pas à assumer elle-même telle fonction sociale qui, dans l'idéologie libérale, relève en propre de la société et non de l'Etat, c'est-à-dire tant qu'elle reste gardienne d'un certain ordre social qui s'impose à elle "*[1046]. Au contraire, quand l'administration prend en charge cette fonction et cette recherche, quel que soit son procédé ou son but particulier, à modifier cet ordre, il semble que l'opinion dominante s'accorde pour reconnaître là l'existence d'un service public non policier.

L'ontologie de la distinction proposée par l'auteur revient ainsi, sur la base de l'analyse institutionnelle, à réfuter la pertinence du critère purement finaliste : la différence fondamentale entre police et service ne résulte pas dans le fait que la police et le service public poursuivent des buts différents, puisqu'une activité peut avoir été une police et être devenue un service public. La différence est *conceptuelle*, au sens où l'on l'indiquait plus haut qu'un concept correspond à la réalité de l'Idée en chemin vers sa réalisation. La police, *" fonction de protection de l'ordre statutaire primaire libéral "* n'est ainsi qu'un moment, *" une expression éphémère du pouvoir politique et social que nous avons déjà spécifiée juridiquement en la situant par rapport à une référence relativement stable : l'idée de droit libérale "*[1047].

[1045] C'est d'ailleurs la seule limite admise par M. MARCHESSOU, pour qui puisque les services départementaux de lutte contre l'incendie sont dotés de la personnalité morale *" il semblerait normal que leur responsabilité puisse être engagée directement à l'égard des victimes d'incendies, lorsqu'ils prêtent leur concours à une commune "*. Art. préc.
[1046] Thèse, p. 426

Pour l'auteur, la différence essentielle entre la police et le service public devient donc la suivante : la police est *" la fonction de protection de l'ordre primaire libéral, les services publics sont des fonctions parcellaires de réalisation, par des institutions publiques secondaires, d'un ordre social nouveau (par rapport à celui que l'ordre statutaire primaire libéral se borne à garantir) "*. Dès lors, les services publics sont *" les nouvelles fonctions constitutives de l'ordre social dans certains secteurs de l'ordre primaire où se sont institués des ordres juridiques secondaires "*[1048].

La catégorie des services publics correspond donc en ce sens à une réponse politique formulée à la suite de la transformation de l'idée de l'œuvre à réaliser de l'institution étatique, le concept d'Etat de droit, qui justifiait initialement de déroger aux libertés publiques c'est-à-dire aux " droits naturels et imprescriptibles ", s'étant progressivement enrichi de significations " sociales " justifiant son avènement[1049].

La confusion, tient à ce qu'initialement, *" pour déroger à l'ordre statutaire de principe, les premiers services publics se fondaient sur l'idée de police, car l'ordre public* ***est source de validation*** *pour toutes sortes d'atteintes ponctuelles à l'ordre statutaire ; ces dérogations policières étaient encore ordonnées au service de l'idée de droit libérale "*[1050]. Les services publics contemporains, quant à eux, ne procèdent plus de *" défaillances accidentelles d'une harmonie pré-établie "* qu'il faudrait restaurer par tous les moyens***, " mais de certains vices de l'ordre social global*** *que l'opinion dominante considère*

[1047] idem, p. 796
[1048] idem.
[1049] *Il ne nous semble pas possible de définir le service public autrement que par référence à ce même étalon premier et irrécusable, parce que, au fond, c'est par rapport à cette idée que " l'auditoire universel " ressent la signification de tous les phénomènes juridiques, qu'il les situe, qu'il les classifie ; parce que c'est par rapport à elle que se formulent toutes les interrogations fondamentales de la théorie de notre droit ; c'est elle qui tisse la contexture de la relation juridique entre l'institution primaire et ses membres ; c'est donc par comparaison à cette dernière relation que peut apparaître un type inédit de relation juridique révélant l'existence d'un nouvel ordre juridique, d'une fonction institutionnelle irréductible à l'œuvre de " conservation des droits naturels et imprescriptibles ".*
[1050] idem, p. 800

comme structurels ”.

Le critère finaliste, en ce sens, n’est pas suffisant, la théorie institutionnelle étant dès lors de nature à synthétiser et à ordonner tous les traits du service public et cela sans les confondre avec la police.

Cette explication, purement théorique, est effectivement susceptible de trouver une certaine validation pratique. Dès lors, effectivement, que la police est “ la fonction de protection de l’ordre public statutaire primaire ”, elle n’a pas, contrairement aux autres services publics, besoin d’être créée pour exister ; elle n’a pas d’usagers, mais des assujettis[1051]. On est assujetti à la police administrative dès lors qu’on appartient à l’institution étatique. La police existe ainsi, en dehors de toute décision de création, comme consubstantielle à l’institution.

Sur le terrain de la responsabilité, cette première proposition a pour conséquence, vérifiée, d’interdire au détenteur du pouvoir de police de s’opposer à la mise en œuvre de sa responsabilité en arguant de ce qu’il n’existe aucune réglementation spécifique : ainsi par exemple, le maire ne pourrait se prévaloir de ce qu’il n’existe aucun service de surveillance des pistes dans sa commune pour échapper à sa responsabilité éventuelle[1052].

Une telle analyse est susceptible d’être menée s’agissant de la responsabilité des collectivités publiques en matière de travaux publics.

[1051] Idem, p. 803

[1052] CE 22 décembre 1971, Commune de Mont-de-Lans *RDP* 1972, p. 1252, note WALINE

Chapitre 3 : le patrimoine responsable en matière de travaux publics

Dans une matière[1053] qui a été pour le juge administratif *“ un véritable laboratoire où étaient mûries des expériences destinées à être généralisées ultérieurement à la responsabilité de l’ensemble des services publics ”*[1054] il a été récemment montré comment la responsabilité pour risque qu’il avait inaugurée s’était progressivement transmise dans le domaine des services publics et avait présidé à la naissance du principe d’égalité devant les charges publiques comme condition autonome d’engagement de la responsabilité des collectivités publiques[1055]. Par ailleurs, la domanialité publique, la propriété publique et la reconnaissance de la responsabilité de la collectivité publique doivent être comprises comme constituant *“ un prolongement ontologique de la personnalité publique ”*[1056].

Il est parallèlement possible d’indiquer, en ce qui nous concerne, que les solutions relatives à l’imputation des responsabilités en la matière obéissent d’abord effectivement à la double nécessité induite par le respect d’un droit fondamental d’essence institutionnel, le droit de propriété et ensuite d’un principe à valeur constitutionnelle, l’égalité des citoyens devant les charges publiques.

[1053] Telle qu’on l’a présentée : cf. première partie

[1054] J. MOREAU, Les choses dangereuses en droit administratif, *Travaux de l’association Capitant*, 1967, p. 256.

[1055] M. DEGUERGUE, thèse préc. p. 100 et s.

[1056] Philippe YOLKA : *La propriété publique, éléments pour une théorie*, LGDJ 1997, BDP t. 191, p. 493 : *“ Si la conception française fait invariablement rimer domanialité publique avec propriété publique, il faut évidemment se demander pourquoi. C’est à notre sens parce que la propriété publique “ un prolongement ontologique de la personnalité publique ”… , que le droit du domaine ménage à l’approche organique un place prééminente ”*. De la même façon, comme l’indique F. LINDITCH, *“ à la suite de ROUSSEAU, la doctrine juridique de la première moitié du 19ème siècle ne paraît plus jamais être revenue sur la formule qui affirme que “ l’Etat est la personnification de la société ” (L.M. MACAREL, Cours d’administration générale, Discours d’ouverture, Moniteur des 24-25 août 1840, p. 17). L’évolution du droit positif durant tout le XIXème siècle devait confirmer cette présentation par la reconnaissance progressive de l’ensemble des attributs de la capacité juridique ;* ***responsabilité du fait des travaux publics dès l’an VIII (la principale activité administrative d’un Etat libéral à l’époque)… ”*** : thèse préc., p. 186 et s.

On pourrait ainsi indiquer que la matière des travaux publics est évidemment tout à fait spécifique en droit administratif puisqu'elle fait l'objet d'un des plus anciens régimes législatifs dérogatoires de responsabilité. Dans ce cadre la loi du 28 pluviôse an 8 peut s'analyser comme correspondant à la résolution de la contradiction existant entre d'une part la reconnaissance au sens du système juridique français dans le cadre " l'institution primaire libérale " du **droit de propriété** comme un droit fondamental[1057], et d'autre part la nécessité pour les personnes publiques d'y porter atteinte dans un but d'intérêt général.

Il apparaît enfin que le schéma que l'on évoquait à propos des services publics de la transformation d'une activité de nature policière vers une activité d'une autre nature peut, pour l'essentiel, être appliqué s'agissant des travaux publics[1058] : c'est le cas par exemple s'agissant des travaux exécutés d'office par le maire soit en raison d'une calamité publique[1059], soit en raison de l'état de l'immeuble[1060] : il n'existe pas de véritable différence de nature entre la décision d'exécuter ces travaux et une mesure de police administrative. Ces travaux, effectués dans un but policier[1061], obéissent effectivement au régime des travaux publics[1062]. Leur légitimité policière, en ce sens, fonde leur exécution, au

---

[1057] Au même titre que la liberté semble-t-il, même si les deux n'ont pas la même portée, l'un correspondant plus fondamentalement au fondement philosophique, l'autre à l'une de ses conséquences, ou plus exactement à l'une de ses conséquences possibles.

[1058] Sur la difficulté de distinguer police et travaux publics, voir E. PICARD, thèse préc. p. 374 et s. et P. YOLKA *La propriété publique, éléments pour une théorie*, préc., notamment p. 457

[1059] Aux termes de l'article L. 2212-4 du CGCT, *" en cas de danger grave ou imminent, tels que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances "*.

[1060] Aux termes de l'article L. 2213-24 du CGCT, *" le maire prescrit la réparation ou la démolition des murs, bâtiments ou édifices menaçant ruine (…) "*.

[1061] Pour E. PICARD *" Les travaux immobiliers constituent des travaux publics - procédés de police à deux conditions : qu'ils répondent à la définition de la notion de travail public ; qu'ils soient exécutés, non pas en vertu des droits ou obligation que postule la propriété ou la garde de l'immeuble, mais directement sur le fondement de l'ordre public. Cette seconde condition se réalise dans deux cas : lorsque l'ordre public rend nécessaire ces travaux parce que le propriétaire ou le gardien méconnaît ses obligations statutaires ou disciplinaires ; lorsque aucune obligation ni statutaire ni disciplinaire ne pouvait contraindre le propriétaire à réaliser ces travaux pourtant nécessaires. " :* Thèse p. 776

[1062] CE 16 octobre 1964, Ville de Tulle c/ Roume, *R.* p. 476 ; *AJDA* 1964, p. 180, obs. MOREAU. La jurisprudence est par ailleurs constante pour décider que ces travaux sont

détriment des droits ou obligations que postule la propriété ou la garde de l'immeuble.

Mais un fait rend cette recherche quelque peu stérile dans le cadre qui nous occupe : que l'on estime, avec le Professeur PICARD, notamment, que la matière des dommages de travaux publics continue d'obéir à un système policier, ou, avec M. YOLKA, qu'il existe une véritable police de la conservation du domaine public, distincte de la police générale, ces considérations importent quant aux **modalités d'engagement de la responsabilité** de l'administration, et en aucune mesure s'agissant de la détermination du patrimoine public responsable.

Cette dernière question n'est pas effectivement l'occasion, on l'a vu, de difficultés particulières et ne mérite pas, malgré tout son intérêt et sous peine de s'éloigner du sujet qui nous occupe, de plus amples développements.

---

effectués aux frais de la commune, qui pourra cependant se retourner le cas échéant contre le tiers responsable. Par exemple : CE 5 mars 1971, SNCF, *R.* p. 184 ; *AJDA* 1971 p. 283, obs. LABETOULLE et CABANNES.

CONCLUSION GENERALE

“ Tout concourt donc à conclure que, parmi les personnes morales de droit public, la commune possède des droits fondamentaux spécifiques. Les autres personnes publiques territoriales ne les ont reçus que par assimilation ”.[1063]

Il nous apparaît, au terme de cette recherche, que la question de la détermination du patrimoine public responsable est sous-tendue par un réseau complexe d’impératifs dont une liste non exhaustive contiendrait à la fois les “ *a priori* intellectuels ” dont on a largement fait état, la démarche téléologique du juge au regard de l’indemnisation des victimes, ou encore le principe fonctionnel d’imputation des dommages qui résulte lui-même, en tant que principe officiellement unique d’explication, de la nécessité pour la doctrine de présenter du droit, autant que possible, un état intelligible.

En cela et comme on l’indiquait dès l’abord, cette recherche n’est pas totalement satisfaisante en ce qu’elle n’aboutit pas à cette tranquillité de l’esprit que confère la capacité à appréhender un phénomène à l’aide d’une grille de lecture unique.

Un certain nombre de points nous apparaissent cependant avoir été mis en lumière, même si cette lumière, parfois, reste pâle et n’a pas la fulgurance de l’illumination. Ce qui retiendra finalement notre attention est le fait que les communes ne se départissent pas de cette ambiguïté originelle qui font d’elles tout à la fois les héritières des collectivités d’ancien régime, auxquelles le pouvoir central s’impose, et un échelon de la hiérarchie administrative, ambiguïté, que rend vivante la double appartenance du Maire.

Inscrite au cœur même de la construction de l’Etat en France, elle interdit de tenter de rendre compte, même une fois résolues les questions complexes

---

[1063] R. DRAGO, Droits fondamentaux et personnes publiques, préc. p. 131

relatives au droit pur de la responsabilité, de la question de la détermination du patrimoine public responsable en termes univoques.

Cette situation, naturellement, est renforcée par le fait que le compromis historique duquel résulte cette situation a consisté à confier au Maire, dans une optique purement pragmatique, et sous le contrôle de “ l’envoyé en mission ”, quelle qu’ait été l’appellation utile selon les époques, la tâche la plus fondamentale pour un régime politique, c’est-à-dire le maintien de l’ordre public, c'est-à-dire de la paix civile.

Cependant, les évolutions jurisprudentielles évoquées, et notamment celles qui, à la suite de l’arrêt SAPI, reconnaissent la possibilité à la victime d’actionner directement une collectivité autre que la commune pourraient être le signe d’une prise en compte d’une vision moins univoque du principe fonctionnel d’imputation des dommages. La décision *District urbain de Toul*[1064] qui condamne le District à indemniser la victime alors même que la loi ne réalise aucun transfert en matière de police au bénéfice des districts urbains nous paraît assez exemplaire à cet égard.

Dès lors, la volonté du juge de favoriser l’indemnisation des victimes pourrait aboutir à remettre en cause des décisions comme celle rendue en 1990 par le Conseil d’Etat dans l’affaire *Abadie* relative aux plans ORSEC, qui constitue peut être le point ultime de cette mise en œuvre caricaturale d’une conception étroite du principe fonctionnel, dont nous avons tenté d’éclairer les prémisses.

Il reste que l’invite du Professeur CHAPUS relative à la nécessité pour le Conseil d’Etat de préciser l’état du droit en matière de détermination du patrimoine public responsable[1065] reste valablement posée : les décisions sont effectivement peu compréhensibles et, à l’occasion, trop sévères à l’encontre notamment des patrimoines communaux. Il nous semble, à la fin de ce travail,

---

[1064] CAA Nancy 4 décembre 1997, District urbain de Toul, req. n° 94NC00119, *préc.*
[1065] J. MOREAU, *JCA* fasc. 836, p.2, préc.

que les solutions souhaitées devraient, dans le cadre d'une simplification des règles, prendre en considération une vision renouvelée du principe fonctionnel d'imputation de la responsabilité.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DIVERS

ADDA J. *Les pouvoirs de police du maire,* Berger-Levrault coll. Administration locale, 2000

ANTOINE P. - LANDEL M. *Responsabilités et assurances des collectivités locales,* Economica 1985

ARNAUD A.-J. (dir.) *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* LGDJ 2ème éd. 199 ”

BENOIT F.P., Le droit administratif français, Dalloz, 1968

J. BOURDON, J.-M. PONTIER, J.-C. RICCI, *Droit des collectivités territoriales,* PUF Thémis 2ème éd. 1998

BURDEAU G. *Traité de science politique*, LGDJ, 3ème éd. 1980

BURDEAU G. *L'Etat*, Seuil Points collection essai, 1992

BURDEAU G., HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, 23ème éd. LGDJ 1993.

BRAIBANT G. et STIRN B. *Le droit administratif français,* Presses de Science Po. Et Dalloz, 4ème éd. 1997

CASSON P. *Les fonds de garantie*, LGDJ, 1999

CHAPONNEAUX F., GIRAULT P., RICHARD E., *La police municipale*, Imprimerie nationale Editions, 1999

CHAPUS R., *Droit administratif général*,

CHARLES H., *Droit de l'urbanisme,* PUF Thémis 1997

CHAUVIN F. *La responsabilité des communes,* Dalloz, collection Connaissance du droit, 1996

CHEVALLIER J. *L'Etat de droit* , Montchrestien, coll. Clefs Politique, 2ème éd.1995

CORNU G., Vocabulaire juridique, PUF 2000

DARCY G., *La responsabilité de l'administration*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 1996

DESMONS E., *La responsabilité pénale des agents publics*, PUF, collection Que sais-je, 1998.

DOUENCE J.-C. , *La commune,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994

DUFAU J., *Le droit des travaux publics,* PUF collection droit fondamental, 1998

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Armand Colin 1913, rééd. 1999, éditions de la mémoire du droit.

EWALD F. *Histoire de l'Etat Providence,* éd. Livre de Poche coll. Biblio essais, 1996.

FAVOREU L. et alii, *Droit constitutionnel,* Précis Dalloz 1999

FRYDMAN F ; HAARSSCHER G., *La philosophie du droit*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 1998

GILBERT G. (dir.) *La décentralisation dix ans après,* L.G.D.J.1993

GUETTIER G. *La responsabilité administrative,* L.G.D.J, collection Systèmes, 1996

HAROUEL J.-L. et alii, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution,* PUF coll. Droit fondamental, 7ème éd. 1996.

HAURIOU M. *Principes de droit public,*. Sirey 1910

HAURIOU M. *Précis de droit administratif et de droit public,* 6ème éd. Sirey 1907.

HAURIOU M. *Précis de droit constitutionnel,* 2ème éd. Sirey 1929, réed. CNRS 1965

HEGEL G.W.F, *Principes de la philosophie du droit,* Tel Gallimard 1997

JONAS H. *Le principe responsabilité,* Champs Flammarion, 1998

KELSEN H., *Théorie générale des normes,* PUF Léviathan 1996

KELSEN H., *Théorie pure du droit,* Bruylant, LGDJ 1999

MENY Y., *le système politique français,* Montchrestien coll. Clefs, 1998

MESTRE J. L., *Introduction historique au droit administratif français.* PUF 1985

MORAND-DEVILLER J. *Le permis de construire,* Dalloz coll. Connaissance du droit, 1997

ODENT R., *Cours de contentieux à l'IEP de Paris,* Les Cours de droit, 1981.

PETIT-DUTAILLIS, *Les communes françaises, caractères et évolutions des origines au XVIIIe siècle,* Albin Michel, Paris 1947

PAILLET M. *La responsabilité administrative,* Cours Dalloz, juin 1996.

RICHER D. *Les droits du contribuable dans le contentieux fiscal,* LGDJ coll. Systèmes, 1997.

RICOEUR P. *Le Juste,* Editions Esprit, octobre 1995.

RICOEUR P. *Lectures 1 : autour du politique,* Seuil, coll. Points Essais, 1999.

RICOEUR P. *Le Juste 2,* Editions Esprit, février 2001.

VINEY G. *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité,* LGDJ, 2ème éd.1995

THESES

BRECHON-MOULENES C. , *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, BDP LGDJ 1974, t. 112.

CARVAL S. , *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*,

COUDRAY Y., *la détermination de la collectivité publique responsable par le juge administratif*, thèse Rennes 1979

CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée*, BDP n° 8 LGDJ 1957

DELVOLVE P. *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, BDP n° 88, LGDJ 1969

DEGUERGE M. *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, BDP n° 171, 1994

DOAT M. *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Thèse Toulouse I, 1994

DOUENCE J.-C. *Recherches le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, BDP n° LXXXI, LGDJ 1968

EMERI C. *De la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs*, BDP n° LXVI, LGDJ1966

FAURE B. *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, BDP n° 200, 1998

GAUDEMET Y. *Les méthodes du juge administratif* , LGDJ, BDP n° 108, 1972

GENOVESE M. : *La responsabilité des services d'incendie et de secours*, Thèse Nice 1999

JOURDAIN P. *Recherche de l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale,* Thèse Paris 1982

JOYAU M. *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises,* LGDJ, BDP n° 198, 1998

LAPEROU B. *Responsabilité civile et imputabilité,* Thèse Nancy II, 1999

LINDICH F., *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif,* BDP n°176, 1997

MOURGEON , *La répression administrative,* BDP, n° 75, 1967

MELLA E. , *Contribution à la théorie de l'acte administratif local,* Thèse Bordeaux IV, 1999

PICARD E. , *La notion de police administrative,* LGDJ BDP n° 146, publications de l'Université de Rouen 1984

PARMENTIER – LUGET A. , *La responsabilité administrative en matière d'urbanisme,* Thèse Poitiers 1996.

PONTIER J.-M. *L'Etat et les collectivités locales (la répartition des compétences),* LGDJ BDP n° 127, 1978

RIALS S. *Le juge administratif français et la technique du standard,* BDP n°CXXXV, 1980

SCHAEGIS C. *Progrès scientifique et responsabilité,* CNRS Editions, Paris 1998

SFEZ L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* LGDJ Paris 1966, p.87.

SOUSSE M. *La notion de réparation de dommages en droit administratif,* LGDJ BDP n°174, 1994

TEITGEN *La police municipale,* thèse Nancy 1934

YOLKA P. *La propriété publique, éléments pour une théorie,* LGDJ BDP n° 191, 1997

ARTICLES

AMSELEK P., La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative, in *Etudes de droit public*, éd. Cujas 1964, pp. 289-376.

AMSELEK P., La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative, *Mélanges Eisenman,* 1975 p. 233

AMSELEK P., La phénoménologie du droit, *Archives de philosophie du droit,* 1972, pp. 185-259

AUBY J.B. *Responsabilité en matière d'urbanisme,* Ency. Dalloz, avril 2000

BERLIA G., Essai sur les fondements de la responsabilité civile en droit public français, *RDP 1951,* pp. 685-704

BENOIT F.-P. Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité). *J.C.P.* 1957.I.1351

BENOIT F.-P. Les attributions des collectivités locales, in *Encyclopédie Dalloz, Collectivités locales,* 1987

BENOIT F.-P. Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, in *Mélanges PEISER*, pp.22-38

BOCKEL A. La responsabilité des collectivités locales du fait des actes des autorités de tutelle, *Revue administrative* 1966, p. 139

BON P. *La police municipale,* in *Encyclopédie Dalloz, Collectivités locales,* 1995

BRECHON-MOULENES C. Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction administrative, *Encycl. Dalloz Responsabilité de la puissance publique*

BRECHON-MOULENES C. Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction judiciaire, *Encycl. Dalloz Responsabilité de la puissance publique*

CAILLOSSE J., Quelle(s) participation(s) aux affaires communales ? Eléments de réponse du droit français, *Pouvoirs* 2000 n° 95 p. 117

CARCENAC M. De la responsabilité sans faute à la " faute objective " *RGDA* 1998, n° 1 p. 32 et s.

CHEVALLIER J. La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative. *J.C.P.* 1970.I.2323

CHEVALLIER J., L'analyse institutionnelle, in *L'institution*, CURAPP PUF, Paris 1981, p. 3

DAVIGNON J-F . L'évolution des conditions d'imputation et de la mise en jeu de la responsabilité locale : manager l'imprévisible in *La gestion locale face à l'insécurité juridique*, l'Harmattan, Paris 1996, p. 183-197

DEBARD T., " L'égalité des citoyens devant les charges publiques, fondement incertain de la responsabilité administrative ", D. 1987, chron. p. 157

DEBOUY C. Le droit français de la responsabilité : métamorphose ou permanence ?, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF 1998 pp. 246

DENOIX de SAINT-MARC R. imputabilité du dommage, *ency. Dalloz*

DARCY G. Pluralité de coauteurs d'un dommage de travail public et étendue de l'action récursoire des caisses de Sécurité sociale, *R.A.* 1978 p. 41

DARCY G. Université et rationalité dans la construction révolutionnaire, in Révolution et décentralisation : le système administratif français et les principes révolutionnaires, Economica 1989, p. 47

DARCY G. La responsabilité des établissements publics hospitaliers, *LPA.* 1999 n° 189 p. 37

DARCY G. La décision exécutoire, *AJDA* 1994, p. 663

DARCY G. L'entrée historique des collectivités locales dans le droit public, in *Les collectivités locales et le droit,* Dalloz 2001, pp. 97-113.

DEBOUY C. Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence ?, *C.J.E.G.* 1997 p. 327

DEGUERGUE M. Le contentieux de le responsabilité : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique. *AJDA* 1995 Spécial, p. 219

DEGUERGUE M. Causalité et imputabilité *Jcl. droit administratif*, fasc. 830, 2000.

DEGUERGUE M. La responsabilité administrative et le principe de précaution, *RJE* 2000 p. 105

DELVOLVE P . La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif, *Mélanges Marty,* pp. 407-447

DOUENCE J.-C., Réflexion sur la vocation générale des collectivités locales à agir dans l'intérêt public local, in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Editions de l'aube, 1999, p. 317

DRAGO R. Les atteintes à l'ordre public, in *L'ordre public,* R. POLIN (dir.), PUF collection Politique, 1996 pp. 47-52

DRAGO R., Droits fondamentaux et personnes publiques, *AJDA* n° spécial juillet-août 1998, pp. 130-135

DREIFUSS M. Service de stationnement payant et délégation de service public, *AJDA* 2001 pp. 129-135.

EISENMAN Ch. Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-

contractuelle des personnes (collectives) publiques, *JCP*. 1949.I.751

ESMEIN P. Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, *D.* 1964 pp. 205-216

EWALD F. La faute civile, droit et philosophie, *Droits*, 1987 n° 5, p. 45 et s.

FAURE B. La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel, *AJDA*, 1998 p. 547 et s.

FAURE B. Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, in *Quel avenir pour l'autonomie des collectivités locales ?*, Editions de l'aube, 1999, p. 343

FAURE B. Peut-on ne pas affirmer un particularisme du Droit des collectivités locales ? in *Les collectivités locales et le droit* , Dalloz 2001 pp. 13-29

FLOUR Y. Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ?, *Droits.* 1987 n ° 5 pp. 29-43

FROMENT J.-C. Remarques sur les enjeux et la portée d'une " criminalisation " du droit administratif, *RDP* 2001 pp. 555-606

GARAPON A. , Pour une responsabilité civique, *Esprit*, Mars-avril 1999, p. 237

GAZZANIGA J.-L., Les métamorphoses historiques de la responsabilité, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème Journées René SAVATIER, *PUF* Poitiers 1998, pp. 3-18

GRAS P. La responsabilité administrative des communes en matière d'environnement, *Gaz. pal.* 1998, n°175 p. 36-41

GUETTIER C. L'Etat face aux contaminations liées à l'amiante, *AJDA* 2001 pp. 529-537.

HELIN J.-C. Le contrôle de légalité des actes locaux en France, *AJDA* 1999, p. 767.

HAURIOU M. La liberté politique et la personnalité morale de l'Etat, *RTDciv.* 1923, p. 331

HAURIOU M. La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social), in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté* Bibliothèque de philosophie politique et juridique, Université de Caen 1986 p. 89

HEBRAUD P. Maurice HAURIOU et les civilistes, in *Recueil de l'académie de législation, tome XCIII* p. 13

HEMERY V. Le partenariat, une notion juridique en formation ?, *RFDA* mars-avril 1998, p. 347

HERMAN J. Le juge pénal, juge normal de l'administration ?, *Dalloz* 1998 pp. 195-202 **JEZE G.** Essai de théorie générale de la compétence, RDP. 1923, p. 58

LAMBERT-FAIVRE Y. L'éthique de la responsabilité, *RTD civ.* 1998 n°1 pp.2-22

LAMBERT-FAIVRE Y. De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité, *D.* 1992 pp.311-314

LINARES A., commentaire de la loi n°96-369 relative aux services d'incendie et de secours, *AJDA* 1997, p. 168

LINDITCH F. La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'Etat dans la doctrine française, in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses universitaires de Strasbourg 1997, p. 179.

LLORENS F. Commentaire de la loi n° 96-369 du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours, *AJDA* 1996 pp.168-177

LOCHAK D. Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, in *Le droit administratif en mutation, CURAPP* 1993 pp.275-316

LOCHAK D. Transfusion et responsabilité administrative , *Revue trimestrielle du ressort de la Cour d'Appel de Versailles*, 1993 n° 30 p. 127

MASPETIOL R. L'idée d'Etat chez Maurice HAURIOU, *Archives de philosophie du droit* n°13 1968 pp.249-265

MADIOT Y. La subrogation en droit administratif, *AJDA* 1971 pp. 325-344

MADIOT Y. Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales, *RFDA* 1996 p. 964

MARCHESSOU P., Les incendies et la responsabilité de la puissance publique, RDP 1980, p. 736

MARTIN P. Responsabilité pénale des personnes morales de droit public, *Jcl. droit administratif*, fasc. 803, 1999.

MAZERES J.-A., les collectivités locales et la représentation, essai de problématique élémentaire, *RDP* 1990, p. 607

MAZERES J.-A, La théorie de l'institution de Maurice HAURIOU ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué, in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques MOURGEON*, Bruylant 1998 p. 239.

MILLARD E. Hauriou et la théorie de l'institution, *Droit et société* 1995 pp. 381-412

MISLAN A. Le juge administratif et la responsabilité des collectivités locales en matière de sécurité industrielle, *Gaz. pal.* 1998, n° 175 p. 42-47

MODERNE F. La détermination du patrimoine responsable dans le contentieux des dommages de travaux publics **,** *C.J.E.G.* 1966/1967, n°196 p. 43s., n°197 p.67s., n°198 p.1s.

MORAND-DEVILLER J. ET MONCHAMBERT S., Les nouvelles responsabilités des collectivités locales, *R.D.P*. 1988, pp. 991-1058. (ici, p. 992)

MOREAU J. De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel (contribution à l'étude des rapports entre police administrative et contrat), *AJDA* 1965, p. 3

MOREAU J. Détermination du patrimoine public responsable, *Jcl. droit administratif*, fasc. 836, 1994.

MOREAU J. Responsabilité du fait d'actes de tutelle et de contrôle, *Jcl. droit administratif*, fasc. 918, 1995.

MOREAU J. Responsabilité administrative et sécurité publique (Droit positif et perspectives d'évolutions, *AJDA* n° spécial 1999, pp. 96-99.

MOREAU J. La responsabilité hospitalière, matrice du droit contemporain de la responsabilité administrative in *Etudes en l'honneur de Pierre SANDEVOIR*, L'Harmattan 2000, pp. 133 - 142

PAILLET M. *Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français,* Mélanges Auby pp. 259-276

PEYRICAL J-M.. *Réflexions autour de la sphère des compétences particulières des communes,* Dalloz, 1998, pp. 341-344

POLLMAN C. L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, *R.D.P.* 1996, pp. 1653-1714

PRETOT X. L'Etat et la police administrative, *Administration* juillet 1990 pp. 19-24

PRETOT X. La responsabilité des services d'incendie et de secours, *RDP* 1998, n°4 pp. 1001-1011

PONTIER J. M Le législateur, l'assureur et la victime, *RFDA* 1986 pp**.** 98-112

PRIEUR M. Les plans ORSEC, *Droit et ville,* 1985, n° 20, p. 201

RADE Ch. Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, *D.* 1999 pp**.** 313-319

ROQUES F. L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité, *AJDA* 1991, p.75.

SALAS D. Du déclin de la faute à la tentation du bouc émissaire, in *Métamorphoses de la responsabilité,* Droits et Cultures n° 31, 1996, L'Harmattan, p. 128

SALAS D. Le moment pénal de notre démocratie in *Justices* n° 2, L'Etat devant le juge pénal, *Dalloz* 2000.

SANDEVOIR P. Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière, *RDP* 1994, pp. XX

TANGUY Y. L'institution dans l'œuvre de M. HAURIOU, *RDP* 1991 p. 60

TERRE F. L'Humanité, un patrimoine sans personne, in *Mélanges ARDANT, Droit et politique à la croisée des cultures,* LGDJ 1999, pp. 339- 351

TRUCHET D. Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer, *RDSS* 1993 p. 1 et s.

TRUCHET D. L'autorité de police est-elle libre d'agir ?, *AJDA* 1999, n° spécial, p. 81

VANDELLI L., La cellule de base de toutes les démocraties, in *Pouvoirs* n° 95, 2000 : *La commune en France et en Europe.*

VEDEL G. L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour faute de service, in *Mélanges Savatier,* D. 1965 p. 921

VENEZIA J.Cl. : “ Les idées de Charles Eisenmann en matière de responsabilité de l’administration ”, in *La pensée de Charles Eisenmann* (Sous la direction de Paul AMSELEK), Economica-PUAM, 1986, p.215

VILLEY M. Esquisse historique sous le mot “ responsable ”. Archives de philosophie du droit , n°22 pp. 45-58

VINEY G. De la responsabilité personnelle à la répartition des risques , in *Archives de philosophie du droit*, pp. 5-22

VINEY G. Les métamorphoses de la responsabilité, Rapport de synthèse des 6ème Journées René SAVATIER, *PUF* Poitiers 1998, pp.322-339

WALINE J. L’évolution de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques *EDCE* n°45, pp. 459-477

WEBER Y. Actions en garantie (Actions récursoires et action subrogatoire), *Encycl. Dalloz, responsabilité de la puissance publique*

WEINBERGER O., Les théories institutionnalistes du droit , in *Controverses autour de l’ontologie du droit*, PUF 1989, pp. 69-83

NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

BARBET., conclusions sur CE 23 février 1951, *Desgranges, R.* p. 112

BON. P, note sous CE 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro* et CE 21 juin 2000 *Ministre de l'équipement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, RFDA* 2000, p. 1096

BONICHOT J-C., conclusions sur CE Sect., *Consorts Dubouloz, RFDA* 1994 pp. 36-42

BRAIBANT G., conclusions sur CE Sect. 21 février 1964, *Cie d'assurance la Paternelle et Ville de Wattrelos, R.* p. 118

CASANOVA, Conclusions sur CE Sect. 9 juin 1995, *Ministre des affaires sociales c/ M. Lesprit, AJDA* 1995, p. 745

DAYRAS Conclusions sur CE Ass. 3 juin 1938, *société des établissements. H. Pellet et Cartonneries de Saint-Charles, R.* P. 521

DARCY G. observations sous CE 25 mai 1990, *M. Abadie et autres, AJDA* 1990 pp. 824-828.

DUCHON-DORIS J.C. Conclusions sur CAA Marseille, plén., 21 janvier 1999, Ministre de l'intérieur c/ Commune de Saint Florent et autres, *RFDA* 1999, p. 1032-1041.

FOURNIER et COMBARNOUS, chronique sous CE 23 mai 1958, *Consorts Amoudruz, AJDA* 1958, p. 309

GALABERT Conclusions sur CE Ass. 28 avril 1967, *Lafont, R. 182*

GALMOT Conclusions sur CE Sect. 14 octobre 1966, *Marais, D.* 1966. p. 636-638

GOULARD Conclusions sur CE Section, 27 septembre 1997, *Commune d'Arcueil, RJF* 1998, n° 2 p. 81

GULDNER Conclusions sur CE 8 décembre 1958, *Commune de Dourgne*

HEUMANN Conclusions sur CE, Section, 14 avril 1961, *Dame Rastouil*, *AJDA* 1961, p. 301

KAHN Conclusions sur CE 22 mars 1957, *Jeannier*, *D.* 1957 p. 748

LEBRETON Note sous CE 13 mars 1998, *Améon et autres* et 29 avril 1998, *Commune de Hannapes* *D.* 1998, pp. 535-538

LEGAL Conclusions sur CE Ass. 9 avril 1993, M.D. *R.* p.110

LEGAL Conclusions sur CE Section 16 novembre 1992, Ville de Paris, *RFDA* 1993 p. 54

LABETOULLE, Conclusions sur CE 21 mars 1980, *Vanderielle*, *R.* 163

LAURENT conclusions sur CE 1er Octobre 1954, *Sieur Bernard*, *R.* p. 505

LIET-VEAUX G. note sous CE 24 juin 1949, *Commune de St Servan*, *R.* p. 310, *R.A.* 1949, p. 345.

MÉRIC Conclusions sur CE Ass. 13 juillet 1962, Ministre de la santé publique c/ Lastrajoli, *RDP* 1962, 985

MÉRIC Conclusions sur CE Section, 14 juin 1963, Epoux Hébert, *R.* p. 364

MODERNE et BON, commentaire sous CE 4 juillet 1980, Chevrier, *D.* 1980 IR p. 502

MORAND-DEVILLER J. et MORENO D., *La nature des pouvoirs conférés au maire en matière d'interruption des travaux violant les dispositions du code de l'urbanisme*, note sous CE Section, 16 novembre 1992, *Ville de Paris*, *RFDA* 1993, p. 602

MOREAU J. Observation sous CE 22 juin 1987, *Ville de Rennes*, *AJDA* 1988, p. 65

ORDONNEAU Conclusions sur CE 20 décembre 1963, *Dame Bouvot-Chevrier*, *R.* p. 645

PRÉTOT X. Note sous CE Sect. 14 mars 1986, *Communauté urbaine de Lyon c/ Société SAPI*, *RFDA* 1986 p. 930

PRÉTOT X. Note sous CE 18 novembre 1994, *Mme Marcel Sauvi*, *AJDA* 1995 p. 253

ROUX M. Conclusions sur CE, Sect. 14 mars 1986 *Communauté Urbaine de Lyon c/ Sté SAPI RFDA* 1986 p. 922.

SCHAEGIS C. note sous CAA Lyon 13 mai 1997, M. Balusson et autres, Mutuelles du Mans et autres, *D.* 1998, jurisprudence p. 11

TOUVET, Conclusions sur CE Section 13 mars 1998, M. Ameon et autres, *CJEG mai 1998*, p. 192

TOUVET, Conclusions sur CE Section, 21 juin 2000, Ministre de l'équipement et des transports c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin. *RDP* 2000 p. 1247

WALINE J. Note sous CE 8 décembre 1958, *Commune de Dourgne*, *RDP* 1959, p. 990

INDEX THEMATIQUE

A

Activités fiscales :
voir faute lourde

Actions en garantie :
- action récursoire :17, 56, 110, 112, 145, 149, 152-153, 204-207, 209, **211-226**
- action subrogatoire : 152, 204, 205, **206-211,** 216, 233

Activités médicales
- transfusions sanguines : 33, 39, 89, **116-118, 135-140,** 153, 216
- vaccinations obligatoires : 36, 125, **151-152**
- faute médicale : 38, 39, **135-136**
- aléa thérapeutique : 37, 135, **137**
- régime: 135-140

Amiante : 119, 139

Assurance
- et responsabilité : 14, 53, 55, 6, 118, 332

C

Causalité
- causa proxima: 70-71
- causalité adéquate : 11, 32, 68, 70, **74-76**
- équivalence des conditions: 70-72, 80.
- imputation : 7, 8, 20-21, 29, 31, 60, **66-85,** 129, 131-133, 149, 233, 236
- imputabilité: 24, 29, 31, 66, 68, 69, **75-76**, 184
- lien de causalité : 11, 30, **75-76,** 115, 117, 142, 143, 145, 214.

Compétence :
- attributions: 46, 47, 48, 296, 298, **310-315,** 325, **328-340**
- capacité: 29, 47, **48-50, 308-310,** 325, 329, 343
- pouvoir: **293-301,** 309
- habilitation: 49, **310**, 319
- fonction : 33, **310**

Coopération intercommunale : 133, 180, 181**, 186-200,** 337

Clause générale de compétence: 308, 314, 315-323.

E

Egalité devant les charges publiques (rupture): 50, **52-53**, 124, 369
voir également risque

F

Fait dommageable: 68-69, 73, 76-77

Faute :
- de service : 16, 17, 55, 74, 76, 127, 206, 222, 225-226
- détachable du service: 16, 127, 217
- lourde: 38-42, 113-114, 36, 137; 360-362
- personnelle: 16, 17, 76, 127, 211, 222-226
- simple : 41, 117, 135, 136, 171, 173, 360-362
- présumée : *voir présomption*

Fonds d'indemnisation : voir réparation

Forfait de pension : voir réparation

I

Incendie :
- lutte contre l'incendie : 14-15, 39, **155,** 161, 166, 190, **192-195,** 197, 361-365.
- commune lieu du sinistre : 112, **155,** 161, 187, 190, 194, 329

Interférences fonctionnelles :
- structurelles: **160-179**
- occasionnelles: **179-192**

Institution : voir théorie de l'institution

L

Lien avec le service : voir faute personnelle

N

Nucléaire : 103-104

P

Patrimoine
- Notion : 63, 72, 86

Police administrative
- et responsabilité: 14, 24, 39, 58, 80, 150, 167, 179, 180, 183, **186-187,** 232, 234, 276-277, 296, 298, 303
- indivisibilité : 154-157, **345-347**
- incessibilité: 347-353
- police d'Etat : 173-177

Principe de précaution : 30, 37-38, 139

Principe fonctionnel d'imputation: 19-21, 177, 186, 197, 306, 307, 339, 373-374.

Présomption : 35-36
- de faute : 100
- de responsabilité: 151

R

Réparation
- fonds d'indemnisation : 106, 117, 119, 208
- forfaitaire : **97-98**, 102, 104, 105
- partage de responsabilité : 204, 224, 227

Responsabilité :
- objectivation : **31-35**, 36, 43
- et personnalité morale : 45, 46-50, 128, 267, 309, **325-328**
- primaire : 95, 121, 123, **158 s.,** 187, 205-206, 209, 211-213
- secondaire : 200-226

Responsabilité de l'administration
- pour faute : 52, 55, 61, 68, 94, 135
- sans faute : 50, 99, 103, 123, 135, 137, 141, 142
- du fait d'autrui : 45, **50-60,** 211, 385

Régimes législatifs de responsabilité
- substitution de responsabilité : 90-91, 94, **106-112**
- indemnisation : 91, **115-125**

Risque :
- collaborateurs occasionnels: **129-131**, 145, 166, 167, 173, 174, 214
- sériel : 135, 138, 228
- socialisation : 228

S

Solidarisme : 283

Services publics
- et responsabilité : 335-369

- et police administrative : 357-366

T

Travaux publics: 43, 89, 105, 108, 111, **140-150**, 184, 226, 369,

Théorie de l'institution
- évaluation : 228-274

Tutelle : *voir interférences fonctionnelles*

U

Urbanisme : 132, 163, 328, 329, 330, **332-339**

V

Vitalisme : 248, **260-261**, 276

TABLES DES MATIERES

SOMMAIRE **4**

INTRODUCTION GENERALE **6**

CHAPITRE LIMINAIRE : 10

LE CONCEPT GENERAL DE RESPONSABILITE 10

SECTION 1 : 11

LA RECHERCHE DE LA PERSONNE RESPONSABLE 11

Sous-section 1. L'utilité de la recherche : **11**

I. Le cadre général du problème 11

II. Les différentes tentatives de découverte d'un " critère " : 18

A. Le critère fonctionnel : 19

B. Le critère décisionnel 21

Sous-section 2 : les enjeux de la recherche **24**

SECTION 2: 26

LE CADRE GENERAL DE LA RECHERCHE : 26

LA RESPONSABILITE EN DROIT PUBLIC 26

Sous-section 1. Les évolutions du concept de responsabilité : **26**

I. Les mutations du concept de responsabilité 27

A. Le " manque de fermeté " apparent du concept de responsabilité: 28

1. Un concept imprécis **28**

2. Des éléments de mutation : **30**

B. l'objectivation de la responsabilité 31

1. Une évolution fondamentale du droit de la responsabilité **31**

2. Une nouvelle hiérarchie des fonctions de la responsabilité **33**

II. La mise en œuvre de la responsabilité administrative au regard du mouvement général d'objectivation de la responsabilité. 35

A. Faute lourde 38

B. Théorie du risque 43

Sous-section 2. La responsabilité des personnes publiques **46**

I. Les conditions de la responsabilité 46

A. L'attribution de la personnalité morale : 46

B. Les conséquences de cette attribution 48

II. Une responsabilité du fait d'autrui : 50
A. Le fondement traditionnellement admis : 50
B. Une responsabilité du fait d'autrui autonome ?..... 53
III. Un système spécifique fondé sur le critère fonctionnel :..... 60
A. Les difficultés d'ordre pratique :..... 61
B. Les difficultés d'ordre théorique :..... 62

PREMIERE PARTIE : 64

PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA DÉTERMINATION..... **64**

DES RESPONSABLES EN DROIT ADMINISTRATIF..... 64

TITRE 1 :..... 66
LES PRINCIPES PRESIDANT A LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES PERSONNES PUBLIQUES : IMPUTATION ET CAUSALITE..... 66
CHAPITRE 1 : DEUX NOTIONS DONNEES POUR DIFFERENTES..... 68
Section 1 : Définitions..... 69
I. Causalité : 69
II. Imputation : 72
Section 2. Différences 73
CHAPITRE 2 : UNE UTILITE CONCURRENTE..... 78
Section 1 : Un usage qui semble indistinct..... 78
Section 2. Les différences dans le cadre du contrôle du juge administratif 81
TITRE 2 : 85
LA DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE :..... 85
SITUATIONS SIMPLES ET SITUATIONS COMPLEXES..... 85
SOUS - TITRE 1..... 88
LES CAS SIMPLES DE DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE 88
Chapitre 1. L'intervention législative 89
Section 1. Les difficultés relatives à la diversité des régimes législatifs de responsabilité. 90
I. Les éléments d'une analyse :..... 90
II. Tentative de synthèse :..... 92
A. Indemniser les dommages causés par l'activité licite de l'administration : 93
B. Trouver un débiteur solvable : 94
Section 2. Les divers régimes législatifs : tentative de typologie..... 96

I. Les régimes limitant l'indemnisation des victimes : la réparation forfaitaire . 97
A. Le régime des pensions 98
B. L'indemnisation des dommages de guerre : 101
C. Dommages causés par utilisation de l'énergie nucléaire 103
D. Autres cas : 104
II. Les régimes permettant ou facilitant l'indemnisation des victimes : 106
A. Les régimes de responsabilité dérogatoires. 106
B. Les régimes d'indemnisation proprement dits : 115
Chapitre 2. 125
Régime jurisprudentiel : 125
règles générales et règles dérogatoires 125
Section 1. Les règles générales de détermination du patrimoine public responsable 127
I. La personne publique de rattachement. 127
A. La Responsabilité du fait de l'activité des collaborateurs occasionnels de l'administration : 129
B. L'imputation de la responsabilité à une collectivité non ressortissante131
II. La personne publique compétente. 133
Section 2 : L'invention de règles spécifiques pour certains cas particuliers 135
I. La nécessité de résoudre des difficultés techniques d'imputabilité..... 135
A. La responsabilité en matière de santé publique : 135
B. La responsabilité en matière de travaux publics : 140
II. Les dommages causés par *l'étroite collaboration* de plusieurs services publics : 150
A. Faciliter l'indemnisation des victimes..... 151
B. L'indivisibilité du pouvoir de police : 154
SOUS - TITRE 2 : 157
LES CAS COMPLEXES DE DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE 157
Chapitre 1. Détermination de la responsabilité primaire : 158
la personne répondante 158
Section 1. Interférences fonctionnelles structurelles : 160
I. Interférences fonctionnelles structurelles dans le cadre des rapports Etat - commune 162
A. Le maire, agent de l'Etat : 162
B. Intervention du préfet dans les compétences décentralisées : la tutelle169
II. Interférences fonctionnelles dans le cadre des rapports Etat - département. 177
Section 2. Interférences fonctionnelles occasionnelles 179
I. La responsabilité en matière de mise à disposition de services 182

II. La responsabilité en matière de coopération intercommunale 186
A. Le principe initial 186
B. De nouveaux éléments..... 189
C. Tentative de systématisation..... 195
Chapitre 2. 200
Détermination de la responsabilité secondaire : 200
la personne responsable 200
Section préliminaire : précisions 203
Section 1 : l'action subrogatoire..... 206
I. Fondement : 206
II. Principe :207
III. Mise en œuvre :..... 207
Section 2. L'action récursoire. 211
I. Principe 211
II. Fondement :..... 212
III. Mise en œuvre..... 215
A. Juge judiciaire et juge administratif..... 215
B. La nécessité de distinguer selon la qualité des auteurs..... 219
C. Les actions en garantie dans le cadre des dommages de travaux publics : 226

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : 228

DEUXIEME PARTIE : 231

TENTATIVE D'ONTOLOGIE DE LA DÉTERMINATION DES RESPONSABLES EN DROIT ADMINISTRATIF 231

TITRE PRELIMINAIRE : 239
ACTUALITE DE LA THEORIE DE L'INSTITUTION..... 239
CHAPITRE 1 : DES THEORIES EN GENERAL ET DE LA RECHERCHE JURIDIQUE..... 239
I. De l'utilité des théories : 239
II. La théorie de l'institution au sein des théories de l'Etat..... 241
A.Une théorie idéaliste..... 241
B. Différentes étapes : 243

CHAPITRE 2. LA THEORIE DE L'INSTITUTION : 246
Section 1. L'originalité du concept d'institution chez HAURIOU 246
I. L'institution : sens commun 246
A. Définitions : 246
B. Synthèse 247
II. L'institution dans la théorie du doyen HAURIOU : 248
A. l'idée d'œuvre : 251
B. Le pouvoir : 252
C. La manifestation de communion : 254
D. Une production normative : 256
1. Droit disciplinaire : 257
2. Droit statutaire : 258
Synthèse : 258
Section 2. Evaluation épistémologique 264
I. Utilité et actualité de la théorie de l'institution : 264
A. Une théorie antinormativiste 267
B. Une vocation à tout expliquer : 267
II. Les critiques formulées à l'encontre de la théorie : 270
A. D'ordre épistémologique : 270
B. Critiques d'ordre idéologique : 273
III. Synthèse : 275
TITRE 1 ESSAI D'ANALYSE INSTITUTIONNELLE DE LA DETERMINATION 280
DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE 280
CHAPITRE 1 : INSTITUTION, POUVOIR ET REGLEMENTATION 280
Section 1. Institution et liberté : l'Etat 282
I. Idée d'œuvre : 282
II. Pouvoir : 284
III. Manifestations de communion : 286
Section 2. Institution et sécurité : la commune 289
I. La commune garantit la sécurité de ses membres 290
II. La question du pouvoir réglementaire spécifique des communes : 293
III. Les manifestations de communion : 301
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : 306
CHAPITRE 2 : 307
ANALYSE INSTITUTIONNELLE ET 307
DETERMINATION DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE 307
Section 1 : la question de la compétence 308
A. Les différents " titres d'action " 308

1. La compétence n'est pas la capacité : 308
2. La compétence n'est pas le pouvoir :..... 309
3. La compétence n'est pas seulement l'habilitation : 310
4. L'attribution se dit d'une compétence : 310
5. La compétence peut participer d'une fonction :..... 310
B. Synthèse : compétences et attributions 311
C. La clause générale de compétence :..... 315
Conclusion de la section 1 : 323
Section 2 : la question de la responsabilité 325
I. Personnalité morale, institution et responsabilité :..... 326
II. Compétences, attributions et responsabilité : 328
A. La responsabilité dans le cadre des attributions :..... 328
1. L'intervention " au nom " ou " pour le compte de… "..... 329
2. Exemple d'attribution transférée : 332
B. La responsabilité dans le cadre strict des compétences :..... 340
CONCLUSION DU TITRE 1 :..... 342
TITRE 2 : 343
ESSAI DE SYSTEMATISATION DES TECHNIQUES DE DETERMINATION 343
DU PATRIMOINE PUBLIC RESPONSABLE..... 343
CHAPITRE 1 : LE PATRIMOINE RESPONSABLE EN MATIERE DE POLICE ADMINISTRATIVE 344
Section 1. Les règles qui président la matière : 345
I. La règle de l'indivisibilité du pouvoir de police 345
II. La règle de l'incessibilité du pouvoir de police 347
A. L'explication traditionnelle tenant à l'inaliénabilité des compétences : 348
B. L'explication proposée par le professeur MOREAU 350
III. La règle de l'obligation de prendre les mesures de police..... 351
Section 2. la raison d'être de ces règles et leurs conséquences en matière de détermination du patrimoine public responsable : 353
I. Tentative d'explication des règles en matière de police : 353
II. Les conséquences en matière de détermination du patrimoine public responsable : ... 354
CHAPITRE 2 : LE PATRIMOINE RESPONSABLE EN MATIERE DE SERVICE PUBLIC 355
Section 1. La thèse majoritaire du critère finaliste..... 355
Section 2. La théorie proposée par le professeur PICARD : 356
I. La notion de police comme critère de compétence du juge administratif en matière de service public. 357
A. Une différence de nature : 357
B. Conséquences sur le terrain de la responsabilité :..... 360

C. Conséquences quant au régime de mise en œuvre de la responsabilité :361

D. La mise en œuvre de la responsabilité de certains services reste cependant soumise à l'ancien système : 363

II. Le cadre institutionnel 366

CHAPITRE 3 : LE PATRIMOINE RESPONSABLE EN MATIERE DE TRAVAUX PUBLICS 369

BIBLIOGRAPHIE 376

INDEX THEMATIQUE 395

TABLES DES MATIERES..... 399