

L'obligation en droit public

Jacques CHEVALLIER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

RÉSUMÉ. — La question de l'obligation constitue un excellent fil conducteur pour faire ressortir la *logique de structuration* et la *dynamique d'évolution* du droit public. Le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et de non-réciprocité du rapport d'obligation : l'État souverain est posé comme la source et le foyer d'obligation pour les administrés ; s'il est lui-même sujet d'obligation, ce n'est que dans les conditions et les termes que lui-même fixe, ce qui suffit à exclure toute idée de transposition du rapport d'obligation de droit privé, dans lequel l'État n'intervient que comme *tiers ou garant* dans une relation fondamentalement à base de réciprocité. Aussi le concept d'obligation est-il d'usage peu courant en droit public. Cependant, l'État est une réalité dynamique et évolutive : déjà sa construction comme sujet de droit, à travers la théorie de la personnalité morale, et la promotion du thème du service public avaient permis, au début du siècle, de faire ressortir la dialectique de relations qui est au principe même de l'institution étatique et qu'avaient déjà mise en évidence les théories du contrat social ; le reflux actuel de la conception absolutiste de la souveraineté pousse à l'avènement de rapports plus équilibrés entre l'État et les citoyens, par l'atténuation des aspects les plus dérogoires du régime administratif, en favorisant du même coup la transposition des principes généraux de la théorie des obligations. Ce mouvement de rapprochement avec le droit privé rencontre cependant une limite : à savoir le fait qu'ici l'État n'est pas seulement tiers et garant mais encore *partie* au rapport d'obligation ; aussi toute assimilation pure et simple est-elle exclue, comme le montre d'ailleurs l'existence de règles spéciales applicables à la puissance publique dans les pays qui n'ont pas à proprement parler de droit administratif.

La question de l'obligation apparaît, paradoxalement, tout à la fois comme *familière* et *étrangère* au champ de préoccupations des publicistes – paradoxe évidemment lié à la polysémie du terme même d'obligation.

1° Si l'on entend la question de l'obligation juridique *au sens large* de « *devoir* », comme y invite la problématique de ce colloque, elle est bien entendue au cœur même du droit public. L'obligation est en effet alors indissociable de l'idée de *norme*, en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée, traduction de sa « *force obligatoire* ». Sans doute, la norme juridique n'est-elle pas toujours formulée de manière impérative, sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais, si elle peut être permissive, en autorisant

certaines conduites, ou habilitatrice, en conférant une capacité d'action, elle ne se réduit jamais à une simple constatation, à une pure description : elle comporte des prescriptions auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir. Pour Kelsen l'obligation juridique n'est ainsi rien d'autre que « la norme juridique elle-même », en tant qu'elle oblige à un certain comportement, en attachant à la conduite contraire une sanction : le propre du droit est en effet d'être un « ordre de contrainte », c'est-à-dire de réagir par des actes de contrainte aux conduites considérées comme indésirables et contraires à ses prescriptions ; l'obligation juridique n'est donc que l'expression de la puissance normative du droit, attachée à l'existence d'une sanction¹. L'idée d'obligation apparaît dans cette perspective comme indissociable de l'État en tant qu'ordre de contrainte : au-delà des obligations légales, c'est d'ailleurs tout le tissu infiniment complexe des obligations juridiques existant dans la société qui implique le support de la sanction étatique² ; dans la mesure où le droit public est centré sur le rapport du droit et de l'État, le concept d'obligation est donc pour lui un concept central et fondateur.

2° Mais l'obligation juridique peut être entendue aussi *de manière étroite*, comme le « *lien juridique* », le *vinculum iuris*, existant entre deux personnes, lien en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention³ : née d'un acte de volonté, visant à produire des effets de droit, ou de simples événements ou agissements, auxquels sont attachés des effets de droit, l'obligation implique un *lien personnel entre sujets de droit* ; elle présuppose que ces sujets soient dotés de la personnalité juridique⁴, qu'ils disposent de la capacité juridique, qu'ils aient l'aptitude à être titulaires actifs et passifs de droits⁵, qu'ils possèdent un patrimoine fait d'un ensemble de droits et d'obligations. Or, cette problématique de l'obligation semble ici se heurter à l'irréductible spécificité du droit public, résultant de la dissymétrie, du « *déséquilibre fondamental du rapport juridique* »⁶ entre l'État et les administrés : considérée comme indissociable du droit privé, elle se trouve écartée en droit public au profit de la mise en évidence d'un « *régime administratif* »⁷, caractérisé par un équilibre complexe de prérogatives mais aussi de sujétions exorbitantes du droit commun. Les prérogatives de puissance publique seraient sans doute contrebalancées par l'existence de contraintes spécifiques (principe de légalité, intérêt général...) : mais celles-ci, fondamentalement étrangères aux rapports de droit privé ne sont pas analysées par référence au concept d'obligation ; et si certains principes du droit privé des obligations ont bien été « transposés », voire même « reçus », en droit public, ils

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Dalloz, 1962, p. 157 et s. et *Théorie générale des normes*, 1979, PUF « Léviathan », 1996, p. 175 et s.

² J. Carbone, *Droit civil*, Tome IV : *Les obligations*, PUF « Thémis », 21e éd., 1978, p. 25.

³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil : les obligations*, Dalloz « Précis », 6e éd., 1996, n° 2 ; J. Carbone, *op. cit.*

⁴ J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, A. Colin « U », 2e éd., 1984 et PUF « Que sais-je ? », n° 1803, 1979.

⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 3e éd., 1996, p. 15.

⁶ A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, Tome I, 14e éd., 1996, n° 3.

⁷ G. Vedel, P. Delvolle, *Droit administratif*, PUF « Thémis », 12e éd., 1992, p. 35 et s.

sont censés avoir subi une sorte de *transmutation*, du fait de leur insertion dans un droit gouverné par une logique différente. Cette allergie au concept privatiste d'obligation renvoie à une approche foncièrement différente du phénomène juridique : le *soubassement* « *subjectiviste* » sur lequel repose la théorie privatiste des obligations se trouve contredit par la prédominance en droit public d'un *point de vue* « *objectiviste* », qui conduit à raisonner en termes de « compétence » plutôt que de « capacité » d'action juridique, de « statut » plutôt que de « convention ».

Reste cependant à savoir si la faible place accordée en droit public au concept d'obligation⁸ traduit une *opposition radicale d'essence* avec le droit privé, ou s'il ne s'agit pas plus simplement d'une *conceptualisation différente*, voire d'une convention de langage : la « sujétion » n'est-elle pas l'enveloppe d'une authentique « obligation » ? Et la théorie des obligations n'est-elle pas présente au cœur même du droit public, à travers la transposition de certains de ses principes essentiels ? En fin de compte, existe-t-il vraiment une impossibilité radicale à raisonner en droit public en termes d'obligation, à reconstruire le droit public en partant de la théorie générale des obligations ? Le fait même que cette application ne suscite pas de problème particulier dans un certain nombre de pays, où n'existe pas ce corpus de règles dérogatoires du droit commun qu'est en France le droit administratif, semble le démontrer : on est ainsi renvoyé au modèle étatique qui a été construit en France à partir d'une ligne ferme de démarcation tracée entre public et privé ; mais de multiples signes semblent montrer qu'une version plus souple de cette distinction tend désormais à prévaloir⁹.

Plus généralement, la *relecture du droit public par référence à l'idée d'obligation* permet de souligner la *dynamique d'évolution* de ce droit :

— le principe de souveraineté au fondement de la construction étatique a créé les conditions d'un *rapport structurellement dissymétrique* entre l'État et les administrés, en plaçant le droit public au départ sous le sceau de l'unilatéralité (I) ;

— la construction à la fin du XIX^e siècle de la *théorie de la personnalité morale* modifie les perspectives, en permettant à l'État d'entrer dans le « commerce juridique », à l'instar de tout sujet de droit, mais la persistance d'un ensemble de règles dérogatoires du droit commun atteste de la singularité de la personnalité étatique (II) ;

— l'*atténuation du particularisme* du « régime administratif » amène à poser la question de l'obligation en droit public sous un éclairage nouveau (III).

I. — LA STRUCTURE DISSYMMÉTRIQUE

Le principe de souveraineté donne à l'idée d'obligation une portée tout à fait singulière en droit public : doté d'une puissance suprême de domination, c'est-à-dire d'une puissance irrésistible et inconditionnée, l'État apparaît comme le foyer de toute normativité, le siège de toute contrainte et donc la source de toute obligation ; en retour, il ne saurait se trouver placé dans un rapport d'obligation que dans la mesure où il l'a expressément voulu et accepté, par le jeu de sa volonté souveraine. Le rapport d'obligation

⁸ Voir à titre d'exception, M. Waline, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges Julliot de la Morandière*, 1964.

⁹ CURAPP, *Public/privé*, PUF, 1995.

dans lequel est impliqué l'État se trouve ainsi caractérisé par une *structure inégalitaire*, régi par un principe de *non-réversibilité*, de *non-réciprocité* ; néanmoins, cette non-réciprocité trouve ses limites dans les contraintes inhérentes à l'existence même du droit public.

A. — L'État source d'obligations

1° C'est à Bodin on le sait que l'on doit l'invention du concept de « *souveraineté* », qui constitue à ses yeux l'essence même de la « *République* » : « *puissance absolue et perpétuelle* » d'une République, l'essence de la souveraineté réside pour lui dans « *la puissance de donner et casser la Loy, à tous en général et à chacun en particulier* » ; le souverain dispose d'une puissance de commandement qui résulte de sa « *volonté* » propre et non pas du consentement des sujets qui sont tenus à l'obéissance. L'État est ainsi posé comme le foyer de toute obligation juridique ; en revanche, aucune obligation ne saurait lui être imposée sans son consentement. Sans doute, les théories du contrat social s'efforceront-elles de montrer que le lien politique est fondé sur un principe de réciprocité : la mise en place de l'État sera ainsi justifiée par les impératifs de sécurité (Hobbes), de liberté (Spinoza) ou de propriété (Locke), qui constituent les finalités de son institution et sont donc, en tant que telles, pour lui source d'obligation ; néanmoins, ce fondement contractualiste apparaît en fin de compte comme une caution ou une légitimation de la puissance étatique – comme en témoigne d'ailleurs la difficulté de concevoir la résistance à l'oppression.

La souveraineté se caractérise par le pouvoir de commandement unilatéral que l'État détient sur ses ressortissants, pouvoir qui s'exprime dans/par la norme juridique : l'État a le pouvoir d'imposer certaines obligations de comportement sous peine de sanction ; impliquant un véritable « *pouvoir d'exigibilité* », la contrainte se traduit par la faculté d'obtenir des destinataires qu'ils se conforment aux normes édictées, indépendamment de leur consentement et au besoin contre leur gré. Cette *unilatéralité* qui exprime l'inégalité foncière des rapports entre l'État et les individus, domine l'ensemble du droit étatique : elle implique tout à la fois l'obéissance due à la loi, l'exécution des décisions de justice et l'application des décisions administratives ; et elle sera au principe de la création de ce corpus de règles juridiques dérogatoires du droit commun que constitue le droit administratif¹⁰.

2° Le pouvoir de *prescription juridique* dont dispose l'administration établit ainsi une opposition radicale avec les rapports de droit qu'on rencontre dans le reste de la vie sociale. Certes, l'acte unilatéral existe aussi, et à une large échelle¹¹, en droit privé, où l'on rencontre de nombreuses hypothèses de rapports juridiques non fondés sur l'accord de volontés : comme l'a montré M. Hauriou, toute institution est amenée à imposer à ses membres un ensemble de « *disciplines* » nécessaires à sa survie et à son dévelop-

¹⁰ J. Chevallier, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 57-70.

¹¹ J.-C. Venezia, « Puissance publique, puissance privée », *Mélanges Eisenmann*, Cujas, 1974, p. 370.

pement ; et les phénomènes d'autorité et de subordination ne sont pas non plus absents des rapports inter-individuels. Néanmoins, l'acte administratif unilatéral présente des caractéristiques spécifiques dès l'instant où il prend la forme de la *décision exécutoire*, s'imposant aux administrés avec force obligatoire : le « privilège de décision exécutoire » se traduit à la fois par le fait que l'administration a la faculté d'édicter des obligations, de conférer des droits, de forger des interdits de sa propre initiative et indépendamment du consentement des intéressés (*pouvoir de décision unilatérale*) et qu'elle est dispensée de s'adresser au juge pour obtenir des administrés qu'ils obéissent à des prescriptions (*privilège du préalable*). Ce privilège revient à faire bénéficier les actes administratifs d'une « présomption de légalité », puisqu'ils se trouvent intégrés de plein droit à l'ordonnement juridique, sans examen préalable de leur conformité : même l'existence d'un recours juridictionnel n'empêche pas l'administration de poursuivre l'exécution de ses décisions, compte tenu du principe du caractère non suspensif des recours ; la combinaison de ces règles donne aux décisions prises par l'administration une force juridique particulière, inférieure à celle des jugements mais supérieure à celle des actes privés, qualifiée par M. Hauriou d'« *autorité de chose décidée* »¹². Cette puissance administrative est renforcée par le privilège du recours à la force matérielle, qui se manifeste sous deux aspects, l'un positif, l'autre négatif : d'une part, il implique que l'administration puisse faire usage de la force, dans les conditions fixées par l'ordre juridique (poursuites pénales, répression administrative, voire exceptionnellement exécution forcée) ; d'autre part, il est attesté par le fait que les administrés ne sauraient, ni contraindre l'administration à faire usage de la « force publique », ni retourner celle-ci contre elle, aucune voie d'exécution forcée n'étant envisageable à son endroit.

Alors qu'une personne privée ne saurait en principe par un acte unilatéral de volonté mettre une obligation à la charge d'autrui, l'État a ainsi le privilège d'imposer des obligations aux individus sans leur consentement : indissolublement lié à l'idée de souveraineté, ce privilège modifie radicalement la nature du lien juridique sur lequel s'appuie la théorie des obligations ; cependant, le principe de non-réciprocité rencontre certaines limites.

B. — L'État sujet d'obligations

1° La souveraineté n'implique pas que l'État dispose d'un pouvoir absolu et sans limites. D'une part, sa puissance est *encadrée par des règles*, coulée dans le moule d'un statut juridique : sans doute, comme le dit Carré de Malberg, l'idée de souveraineté postule-t-elle que l'État reste « *maître de se fixer sans cesse les règles qui sont de nature à le limiter* » ; mais, même dans cette perspective qui rejoint la doctrine allemande de l'auto-limitation¹³, l'ordre juridique n'en est pas moins source de contrainte, d'obligation, pour les organes de l'État. D'autre part, l'État se trouve confronté, non seulement au niveau international mais aussi au niveau interne, à des sujets, investis d'une capacité

¹² Voir R.G. Schwartzberg, LGDJ, 1970.

¹³ La doctrine française cherchera en général à fonder l'État de droit sur des bases plus solides, en faisant du droit une réalité distincte de l'État et supérieure à lui (voir J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien « Clefs », 3e éd. 1999).

d'action autonome, dotés d'une volonté propre et dont les droits et intérêts bénéficient d'une protection juridique : des *rappports juridiques* vont ainsi nécessairement se nouer entre l'État et les administrés, au-delà de la relation à base de commandement et d'autorité ; l'État n'apparaît plus ici seulement comme générateur d'obligation, créancier à l'égard des administrés, mais encore comme *redevable* ou *débitéur* vis-à-vis d'eux.

La construction d'un droit administratif spécifique répond à l'idée que ce lien est irréductible aux rapports juridiques entre particuliers, précisément parce qu'il est imprégné par l'inégalité foncière résultant du principe de souveraineté : l'administration a le double pouvoir d'imposer aux administrés des obligations et de recourir à la force matérielle pour les faire exécuter ; les règles juridiques qui définissent le cadre dans lequel elle est habilitée à se mouvoir, les conditions dans lesquelles elle fait usage de ses prérogatives ont de ce fait une nature et une portée sans commune mesure avec celle des règles de droit commun et doivent être appréciées par une juridiction spéciale. Néanmoins, d'emblée apparaît aussi l'idée que la « puissance publique » n'imprègne pas toujours, ou pas de la même façon, tous les actes administratifs¹⁴ : il convient dès lors, sans se laisser arrêter par le fait que l'administration est en cause, d'analyser les conditions et les formes de son action pour déterminer le droit applicable et la juridiction compétente. Les actes de l'administration relèveront ainsi d'un régime juridique différent selon que la puissance publique y est plus ou moins apparente : au sommet, les actes discrétionnaires ou de pure administration, dans lesquels la puissance publique se manifeste avec le plus d'intensité et qui échappent à tout recours contentieux ; au-dessous, les actes dans lesquels l'administration, tout en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, heurte des droits et des intérêts juridiquement protégés et qui relèvent de la juridiction administrative ; enfin, les actes dans lesquels la puissance publique n'est pas en cause et qui, ne posant que des questions de droit privé, doivent être déferés aux tribunaux judiciaires.

2° On aboutit ainsi tout naturellement à la distinction de *deux faces de l'État et de l'administration* : d'une part, l'État souverain et l'administration puissance publique, qui ne sauraient être sujets de véritables « obligations » au sens civil du terme ; d'autre part, l'État et son administration, capables d'entrer dans un authentique rapport d'obligation et justiciables à ce titre du même droit et du même juge que les personnes privées. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco*¹⁵, David note ainsi que l'État peut agir de deux manières différentes : comme « *personne civile ou propriétaire* », il est soumis aux mêmes règles que les simples particuliers et relève de la compétence judiciaire ; comme « *puissance publique* », il échappe au droit privé et n'est justiciable que de la juridiction administrative, sauf exceptions déterminées par la loi. De même, E. Laferrière¹⁶ sera conduit à distinguer dans l'action administrative deux types de situations, caractérisées par la différence des procédés utilisés. Tantôt l'administration apparaît « *comme dépositaire d'une part de l'autorité ou de la puissance qui est un des attributs du pouvoir exécutif* » : les actes d'autorité qu'elle prend sont une manifestation de souveraineté et doi-

¹⁴ J. Chevallier, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Vol. 2, PUF, 1979, p. 3-58.

¹⁵ *Dalloz*, 1873, III, p. 71.

¹⁶ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1re éd. 1887, p. 88.

vent relever de la compétence administrative. Tantôt, elle apparaît « *en qualité de gérant et d'intendant des services publics* » : les actes de gestion qu'elle accomplit sont identiques à ceux des particuliers et doivent donc être soumis au même régime. Quant aux communes, elles sont rejetées du côté du droit privé, par application de la théorie du « *pouvoir municipal* ».

Tout le problème au cours du XIX^e siècle consistera dès lors, d'une part à tracer la ligne de démarcation entre ces deux faces de l'État, d'autre part à définir les contours du « régime » applicable aux activités marquées par la puissance publique. Le problème se posera d'abord en matière de *responsabilité extra-contractuelle*. Jusqu'à l'arrêt *Blanco*, le Conseil d'État se référera à la théorie dite de l'« *État débiteur* », fondée sur deux textes de portée juridique très incertaine¹⁷, pour asseoir sa compétence mais aussi exiger un texte législatif spécial pour ouvrir droit à réparation : pendant tout le XIX^e siècle, le principe est donc celui de l'irresponsabilité de la puissance publique¹⁸ ; il n'y a donc pas d'obligation générale de réparation pour les dommages causés. S'il abandonne en 1873 la théorie de l'État débiteur, l'arrêt *Blanco* écarte l'application des règles du code civil en matière de responsabilité administrative, l'accent mis sur la nécessité de « *concilier les droits de l'État avec les droits privés* » marquant suffisamment la distance prise avec la théorie civiliste des obligations ; et ce n'est qu'au début du siècle, avec l'arrêt *Thomaso-Grecco* (1905), que l'obligation pour les personnes publiques de réparer, même en l'absence de texte, les dommages causés par l'exercice d'activités de puissance publique sera affirmée. En matière de *contrats*, un partage sera assez vite établi, hors des marchés de travaux publics, entre les cas dans lesquels l'administration entend se placer dans le cadre du droit commun ou se placer sous un régime spécifique, en écartant du même coup la règle fondamentale de l'article 1134, qui est au principe de la théorie contractuelle civiliste. Enfin, pour le *domaine*, une distinction sera faite, à partir du traité de Proudhon (1833-1834), entre les biens susceptibles d'appropriation, et relevant alors des règles normales du code civil, et les biens du domaine public, frappés à la différence de la propriété privée d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité et sur lesquels les personnes publiques étaient censées n'avoir qu'un simple « *droit de garde* ».

Ainsi, le droit administratif a-t-il été construit sur la base d'une claire rupture avec le droit privé des obligations : sans doute, l'État est-il parfois amené à se couler dans le moule du droit privé ; mais ce n'est plus l'État souverain, l'administration puissance publique, aussi la théorie des obligations peut-elle alors s'appliquer sans inconvénient. L'autonomie du droit public est ainsi sauvegardée au prix d'un dédoublement artificiel de l'État, contre lequel la doctrine publiciste allait bientôt réagir.

¹⁷ La loi des 17 juillet-8 août 1790, selon laquelle « *L'Assemblée Nationale décrète comme un principe constitutionnel que nulle créance sur le Trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État qu'en vertu d'un décret de l'Assemblée Nationale, sanctionné par le Roi* » visait en fait les arrières de l'Ancien Régime et le décret du 26 septembre 1793, selon lequel « *La Convention nationale décrète que toutes les créances de l'État seront réglées administrativement* » était relatif au problème de la liquidation technique des dettes.

¹⁸ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 12^e éd., 1998, n° 1399.

II. — LE PROCESSUS DE PERSONNIFICATION

La reconnaissance de l'État comme authentique personne morale donne apparemment à la question de l'obligation en droit public une portée toute nouvelle : ce statut implique en effet « *la détention de la capacité à être titulaire de droits et à contracter des obligations* »¹⁹ ; si tant est, comme le relevait Michoud, que la notion de personnalité morale est « *une notion générale, commune au droit public et au droit privé* », l'État devient un *sujet de droit*, comparable, sinon identique, aux autres. Il n'y a plus d'incompatibilité entre le concept d'État et le rapport classique d'obligation ; mieux encore, l'idée de personnalité morale de l'État impose de réunifier ce qui avait été artificiellement disjoint dans le cadre de la distinction de l'État-puissance publique et de l'État-personne civile. Néanmoins, cette consécration, qui ne s'est pas faite sans résistances, n'implique pas pour autant la fin de l'autonomie du droit public.

A. — L'État personne morale

1° La conception de l'État comme personne morale²⁰ est le produit d'une évolution de la doctrine et du droit positif. Sur un plan doctrinal, c'est à la fin du XIX^e siècle que s'est imposée (et les travaux de Michoud et d'Hauriou y ont fortement contribué) la thèse de la personnalité morale de l'État ; sans doute, la théorie a-t-elle des racines philosophiques plus anciennes : cependant, au-delà des discussions dans la pensée juridique sur le concept même de personnalité morale, comment l'État, en tant que puissance souveraine et source du droit, pouvait-il être considéré comme un authentique « *sujet de droit* » ? La thèse l'emporte à la fin du XIX^e siècle, d'abord dans la doctrine germanique, puis dans la doctrine française – au prix des controverses classiques et récurrentes sur le caractère réel ou fictif de la personnalité morale. Ce ralliement doctrinal est indissociable d'une évolution du droit public dans un sens libéral : le droit administratif est conçu moins comme un droit de privilège que comme un moyen de protection des droits des administrés ; et le critère de la puissance publique est désormais combiné avec le critère finaliste du service public.

L'antinomie entre l'État et les autres sujets de droit, et entre le droit public et le droit privé, paraît dès lors moins évidente. Par sa construction de la théorie de l'institution, Hauriou mettra bien en évidence ce rapprochement : l'État n'est plus considéré par lui que comme une variante d'institution ; et la personnification devient le point d'aboutissement ultime du processus d'institutionnalisation que l'État atteindrait avec le développement de la liberté politique et du gouvernement représentatif.

2° La théorie de la personnalité morale étatique est lourde d'implications. D'abord, elle garantit, non seulement la continuité, mais encore *l'unité* de l'État. L'État se présente, par-delà la diversité de ses organes et de ses fonctions, comme un ensemble unifié, une entité unique. La personnalité morale permet donc de dépasser les théories qui

¹⁹ F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ « *Bibl. droit public* », n° 176, 1997, p. 3.

²⁰ J. Chevallier, *L'État*, Dalloz « *Connaissance du droit* », 1999, p. 35 et s.

avaient tendu au cours du XIX^e siècle à opposer l'État-puissance et l'État-personne : quelles que soient la consistance de ses activités et la nature des règles qui leur sont applicables, l'État constitue une seule et même personne juridique, personne comportant deux faces, l'une interne, l'autre externe ; et cette unité implique que ses éléments constitutifs ne sauraient être eux-mêmes dotés d'une personnalité propre.

Mais surtout, la personnification implique que l'État devient une entité juridique, un *sujet de droit*, qui entre, selon l'heureuse expression de G. Burdeau, dans « *le commerce juridique* », en étant confronté à d'autres sujets de droit. L'État se trouve comme toute personne juridique titulaire d'un ensemble de *droits subjectifs*²¹ mais aussi sujet d'*obligations*, dont la liste ne diffère plus fondamentalement de celle qu'on trouve en droit privé. La théorie de la personnalité morale conduit ainsi irrésistiblement à une *relecture subjectiviste* du droit public, radicalement incompatible avec la conception objectiviste traditionnellement dominante. Ce constat explique les vives résistances que la théorie de la personnalité morale rencontrera dans une partie de la doctrine publiciste. Duguit relèvera ainsi justement que l'idée de personnalité morale relèverait d'une vision « subjectiviste », concevant le droit sous la forme de « droits subjectifs » attribués à des « sujets de droit » : la souveraineté devient elle-même, dans cette perspective, un « droit subjectif » attribué à la « personne juridique » État ; la conception objectiviste, qui est pour lui la seule acceptable, devrait conduire au contraire à refuser toute idée de droit subjectif et de sujet de droit et à abandonner les concepts de souveraineté et de personnalité morale de l'État. Cette analyse sera reprise par R. Bonnard, pour qui le concept de personne juridique « *devrait disparaître de la science du droit* ». En dépit de ces oppositions, la théorie de la personnalité morale s'imposera dans la doctrine publiciste, en entraînant du même coup un ensemble de remaniements dans la structure conceptuelle du droit public.

B. — *Les effets de la personnification*

1° La théorie de la personnalité morale fait de l'État le *support de droits et d'obligations* : à ce titre, elle permet de régler un ensemble de controverses, de dissiper un certain nombre d'incertitudes, en parachevant la construction du droit public ; et ces progrès passent par un mouvement de rapprochement avec la condition des autres sujets de droit. Tout comme les auteurs allemands avaient considéré la théorie de la personnalité morale comme « *la condition préalable à la construction juridique du droit public* » (Gerber), indispensable pour fonder son autonomie, Hauriou y verra le moyen d'emprisonner l'État « *dans les mailles du filet juridique* » ; et ce n'est pas le fait du hasard si le développement du droit administratif, qui connaît alors son « *âge d'or* », est concomitant avec la construction de la théorie de la personnalité morale.

²¹ F. Linditch construit ainsi dans la troisième partie de sa thèse toute une théorie des « droits subjectifs » reconnus à l'administration, en analysant successivement leurs sources (actes juridiques unilatéraux ou bilatéraux, faits juridiques volontaires ou involontaires) et leur sanction (protection au moyen de privilèges, sujétions et contrôles, sanctions administratives ou juridictionnelle) – véritable relecture du droit administratif à travers un prisme subjectiviste.

La question du statut des biens du *domaine public* peut ainsi être posée de manière différente : en tant que sujet de droit, l'État dispose d'un véritable patrimoine, ce qui implique un droit de propriété sur les biens du domaine public, et non seulement un droit de protection et de surveillance ; dès 1897, M. Hauriou affirme ainsi que « *le droit du domaine public est bien un droit de propriété* ». Et cette idée s'imposera progressivement en doctrine et en jurisprudence, avant d'être plus récemment étendue aux autres personnes morales de droit public, comme les établissements publics (*Mansuy*). De même, la personnalité morale permet de donner un soubassement solide au développement des pratiques contractuelles et de construire une véritable théorie du *contrat administratif*, en s'adossant aux principes fondamentaux du droit des contrats : comme tout contrat, le contrat administratif repose sur un certain équilibre de droits et obligations entre les parties ; en s'engageant dans la voie contractuelle, l'État reconnaît l'existence d'autres volontés, avec lesquelles il juge nécessaire de composer. Le rapport de droit public s'infléchit ainsi dans le sens de la bilatéralité et de la réciprocité. Quant à la *responsabilité administrative*, elle connaît une refondation significative à partir de l'arrêt *Blanco* et de la fin de l'État débiteur : l'État n'est plus considéré comme un souverain, qui consent à réparer dans les conditions qu'il fixe discrétionnairement, mais comme tenu d'indemniser à l'instar de toute autre personne juridique les dommages qu'il cause à autrui ; là encore, la responsabilité civile constitue la référence nécessaire, à partir de laquelle sera édifiée la théorie de la responsabilité administrative.

2° Néanmoins, cette personnalité reste singulière. L'État est en effet considéré comme une personne juridique différente des autres ; et cela suffit à écarter toute idée d'application des règles du droit privé, en justifiant la construction d'un « régime » spécifique (le régime administratif) : par là, se trouve fondée l'autonomie du droit administratif, expurgé de toute référence à la théorie civiliste des obligations.

Cette spécificité, à vrai dire déjà attestée par le fait qu'à la différence des autres personnes morales, y compris de droit public (collectivités locales, établissements publics), l'État ne tire pas sa personnalité morale d'un acte juridique formel²², réside tout entière dans l'idée de souveraineté ou de puissance publique, qui en est la matérialisation. La *puissance publique* va imprégner l'ensemble des liens juridiques, même à base de réciprocité apparente, tissés par l'État avec les autres sujets de droit, en se traduisant par l'application de règles dérogatoires au droit commun, dans lesquelles se profilent les prérogatives de puissance commandante. Même si l'État est désormais reconnu comme propriétaire des biens du *domaine public*, cette propriété n'en diffère pas moins de la propriété privée²³ par un principe fondamental d'inaliénabilité, destiné à garantir le maintien des dépendances domaniales à leur affectation, et par un régime de protections,

²² Constatant « *l'impossibilité de toute démarche visant à identifier l'acte par lequel l'État s'érigerait en personne morale* », F. Linditch en fait une « *structure générative spécifique* » (p. 81) : la personnalité juridique de l'État ne trouverait pas sa source dans un acte constitutif formel mais serait la résultante d'une « *succession de règles, lesquelles en s'additionnant ont peu à peu donné du pouvoir une image proche de celle des autres sujets de droit* » (p. 104).

²³ P. Yolka, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997.

destiné à assurer la conservation de ces dépendances dans un état matériel satisfaisant²⁴. De même, la spécificité des *contrats administratifs* réside dans les prérogatives exorbitantes reconnues à l'administration²⁵, à travers les pouvoirs de direction et de contrôle, de sanction à l'égard du co-contractant, de résiliation dans l'intérêt du service, voire même de modification unilatérale des conditions d'exécution : si l'existence de ce dernier pouvoir en l'absence de stipulations contractuelles avait été parfois mise en doute²⁶, la jurisprudence l'a explicitement consacré, en considérant qu'il faisait partie des « règles générales applicables aux contrats administratifs »²⁷ : la seule contrepartie pour le co-contractant est le droit à des dommages-intérêts, au nom de l'équilibre financier du contrat. Enfin, l'autonomie du droit de la *responsabilité administrative*, solennellement affirmé dans l'arrêt *Blanco*, se traduit par des fondements spécifiques (la responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques) et des règles d'indemnisation particulières. On voit ainsi que la réunification opérée sous couvert de la théorie de la personnalité morale est restée en trompe l'œil : tandis que la théorie de la gestion privée assurait le maintien, voire l'extension, des hypothèses de soumission de l'État au droit commun des obligations, l'idée de souveraineté subsistait à travers les prérogatives exorbitantes de puissance publique.

Plus profondément, le subjectivisme auquel paraissait conduire irrésistiblement la théorie de la personnalité morale a été contrebalancé par la persistance de la primauté du point de vue objectiviste, concevant l'État comme le produit des déterminations de l'ordre juridique : ainsi la notion de « *capacité* » afférente à celle de « *personnalité* », qui se traduit par l'aptitude à être titulaire de droits et sujets d'obligations, ne trouve guère place en droit administratif, qui préfère utiliser celle de « *compétence* »²⁸ ; on retrouve ce faisant la perspective kelsenienne, concevant l'État comme une simple fiction, par laquelle l'ordre juridique se trouve « *personnalisé* ».

L'érection de l'État en « *sujet de droit* » n'a donc pas produit les effets qu'on pouvait escompter : ce sujet reste en effet « *souverain* » et s'il entre dans le commerce juridique, c'est avec un statut particulier ; aussi la théorie civiliste des obligations paraît-elle peu transposable, en dépit des emprunts qui lui sont faits. La question est cependant de savoir si cette stricte démarcation n'est pas en voie d'être remise en cause.

²⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome II, Montchrestien, 11e éd., 1998, n° 501 et s.

²⁵ Même si l'arrêt *Deplanque* de 1907 a d'abord semblé prendre une orientation différente, comme le souligne justement R. Drago.

²⁶ Voir par exemple F. P. Benoît, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs », *JCP* 1963, I, n° 1775.

²⁷ C.E. 2 fév. 1983, *Union des transports urbains régionaux*, *RFDA* n° 1, 1984, p. 459, note Llorens et 6 mai 1985, *Ministre des PTT c/Ricard*, *RFDA* 1985, n° 5, p. 697.

²⁸ G. Jèze (« Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit administratif français », *RDP* 1923, p. 58-76) considère ainsi que si elles consistent l'une et l'autre dans le pouvoir de faire des actes juridiques, la « *compétence* », qui est propre à l'administration, se distingue de la « *capacité* » par le fait qu'elle n'est que d'attribution, doit être exercée dans l'intérêt général et se caractérise par les conditions particulières de sa mise en œuvre : l'idée force de la thèse de F. Linditch est que les deux notions ne sont pas incompatibles mais au contraire coexistent en droit administratif, la personnalité morale apparaissant comme le support d'un ensemble de « *droits subjectifs* » révélant l'existence d'une « *capacité* » juridique d'action parallèlement à l'idée de « *compétence* ».

III. — LE MOUVEMENT DE RÉÉQUILIBRAGE

Le principe de souveraineté semble opposer à première vue un obstacle infranchissable à toute transposition en droit public de la théorie classique des obligations : ce n'est que lorsque l'État décide de faire rétention de ses prérogatives de puissance, de se placer dans les conditions du droit privé, et cette décision est elle-même une manifestation de sa souveraineté, que le contexte juridique change et que des relations plus équilibrées peuvent s'instaurer. Néanmoins, cette présentation ne saurait donner entière satisfaction pour au moins trois raisons : d'abord, la souveraineté n'a pas interdit dans certains systèmes, et notamment dans les pays anglo-saxons, que l'État soit soumis au droit commun, par application des préceptes du *Rule of law* ; ensuite, la souveraineté n'a pas exclu que l'État soit confronté à d'autres sujets de droit sur un pied d'égalité, cette fois dans l'ordre international – et l'opposition traditionnelle entre les deux faces, interne et externe, de la souveraineté gagnerait sans doute à être réévaluée, d'autant que les États sont de plus en plus souvent amenés à nouer dans l'ordre international des rapports de nature contractuelle, non plus seulement avec d'autres États, mais aussi avec des personnes privées²⁹ ; enfin, la souveraineté tend à être, dans les sociétés contemporaines, menacée par l'apparition de mécanismes nouveaux de régulation, de nature transnationale, qui poussent à la remise en cause de certains de ses attributs. Cependant, cette dimension extérieure joue davantage comme un accélérateur d'un mouvement qui s'inscrit dans une dynamique plus large, qu'avait préfigurée au début du siècle la théorie du service public.

A. — *La refondation du droit administratif*

1° On peut trouver paradoxal de revenir à ce stade sur la théorie du service public, alors même que la conception française du service public a subi au cours des dernières années de rudes assauts et connaît un incontestable infléchissement³⁰. Et pourtant, cette théorie modifie en profondeur la représentation du lien politique, la conception du rapport d'obligation dans l'ordre du public et par-là même les fondements du droit administratif.

Avec le service public la *charge de l'obligation* se trouve en effet déplacée des administrés vers l'État : alors que l'État était érigé en instance supérieure, dotée d'une puissance inconditionnée et irrésistible, il est désormais placé dans un statut de subordination, assujéti au droit et mis au service des citoyens ; son rôle n'est plus que de fournir les prestations qu'appelle la solidarité sociale. C'est ainsi que pour Duguît, qui s'inscrit dans la droite ligne du solidarisme, le rôle des gouvernants est de travailler à la réalisation et au développement de la solidarité, en prenant en charge les activités d'intérêt général indispensables à la vie collective ; et les prérogatives qu'ils détiennent ne sont que le moyen d'accomplir au mieux cette obligation. Dans la logique d'un solidarisme faisant dépendre la cohésion sociale d'un équilibre subtil de dettes et de créances, le ser-

²⁹ C. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci », *Mélanges Thierry, Pedone*, p. 247 et s.

³⁰ J. Chevallier, *Le service public*, PUF « Que sais-je ? », n° 2359, 4e éd., 1997.
[p. 179-194] J. CHEVALLIER *Arch. phil. droit* 44 (2000)

vice public repose ainsi sur l'idée d'une *dette à la charge des gouvernants* : que ce soit pour la délimitation de son champ d'intervention ou pour la définition de ses moyens d'action, l'État est soumis à une contrainte de but, en étant mis au service des gouvernés ; dissipant, comme l'a écrit G. Vedel, « *les vieux fantômes de la souveraineté illimitée et de la transcendance absolue de la puissance publique* », la notion de service public sonne le glas de la conception de l'État comme puissance suprême. Coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants, l'État n'a pour fonction que de *servir* : ce n'est plus une instance de contrainte et de domination, mais un « commis du social », un honnête gérant, un fidèle serviteur ; le pouvoir se transforme en fonction, le « droit de commander » en « obligation de gérer ».

2° Corrélativement, le sens de la relation au public s'inverse. Utilisant les services que l'État met à sa disposition, recourant aux prestations qu'il lui offre, l'*usager* apparaît comme le *créancier*, le bénéficiaire et le référent ultime de son action : il est censé ne plus subir l'imposition unilatérale de disciplines mais tirer au contraire profit d'une gestion qui satisfait ses attentes, en lui permettant d'obtenir des biens à des conditions plus favorables que celles du marché ; il y a donc *inversion du rapport avec l'État*, puisque les attentes légitimes de résultat sont désormais celles de l'*usager* vis-à-vis des services publics, et non plus celles de l'État vis-à-vis des assujettis. Le contenu du régime de service public traduit dans l'ordre juridique ce basculement : la « *loi du service* » (Duguit) qui domine la gestion publique signifie que l'administré a désormais des *droits* à faire valoir à l'encontre de l'administration et dispose de moyens d'action pour les mettre en œuvre³¹ ; les obligations de service public (les fameuses « lois de Rolland ») ne sont que l'envers d'un statut positif de l'*usager* qu'elles transcrivent en termes de contraintes pour l'administration.

On voit ainsi s'esquisser une réévaluation de la relation à l'État qui, en fin de compte, fait écho au vieux thème du *contrat social* : provoquant une véritable refondation du droit administratif, elle entraînera la remise en cause de certains privilèges administratifs et le développement d'une jurisprudence davantage protectrice des droits individuels. Sans doute, loin de supprimer l'idée de puissance publique, le service lui confère-t-il en fin de compte une nouvelle légitimité : le droit administratif reste conçu comme un droit dérogatoire, conférant à l'administration des prérogatives exorbitantes du droit commun ; et la théorie du service public aura pour effet paradoxal d'entraîner l'extension du champ d'application de ces dérogations, du fait de la remise en cause de la distinction des actes d'autorité et de gestion et du statut des collectivités locales. Il n'en reste pas moins que la promotion du thème du service public marque une rupture profonde avec la conception traditionnelle de l'obligation en droit public. On peut considérer que les développements actuels n'en sont que le prolongement lointain.

³¹ L'idée selon laquelle les usagers seraient détenteurs de véritables « droits subjectifs » vis-à-vis de l'administration sera d'ailleurs avancée par R. Bonnard, qui n'hésite pas à se séparer sur ce point de Duguit.

B. — *L'infléchissement de la relation administrative*

Le rééquilibrage de la relation administrative est le produit d'un double phénomène d'atténuation des privilèges administratifs et de reconnaissance aux administrés de nouveaux droits : il tend de ce fait à réduire le particularisme d'une relation traditionnellement marquée par l'empreinte de l'unilatéralité ; même si elle conserve des caractéristiques spécifiques, dans la mesure où elle reste adossée au monopole de la contrainte, cette relation peut désormais être pensée de plus en plus par référence à la théorie générale des obligations.

1° *Le « régime administratif »*, qui était l'expression tangible de l'irréductible singularité de la relation administrative, tend à perdre progressivement certains aspects dérogatoires. Cette évolution résulte de facteurs divers³². D'abord, la *pression exercée au niveau européen*, tant par les instances communautaires au nom de la libre concurrence (action dont l'effet s'est fait particulièrement sentir en ce qui concerne le droit des marchés publics) que par la Cour de Strasbourg au nom de la protection contre l'arbitraire administratif ; l'intégration dans l'ordre juridique français des principes du droit communautaire et européen mais aussi l'impact de la jurisprudence européenne ont eu pour effet de modifier les équilibres traditionnels du droit administratif : c'est ainsi que la mise en cause du fonctionnement de la juridiction administrative à Strasbourg, sur la base de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en raison de sa lenteur, de l'inégalité des parties et de l'insuffisance des moyens de contrainte vis-à-vis de l'administration a entraîné un réexamen en profondeur du système français de juridiction administrative, afin d'assurer une réelle égalité des justiciables. Ensuite, le *mouvement de contestation du droit administratif*, réapparu dans certains cénacles intellectuels et cercles politiques à la faveur de la crise de l'État providence : dans le droit fil des critiques formulées au cours du XIX^e siècle à l'encontre d'un droit administratif perçu comme antinomique avec le libéralisme, on reproche à ce droit d'être par essence un droit d'inégalité et de privilège ; et ce mouvement trouvera un écho au sein du champ juridique, la doctrine n'hésitant plus à poser la question sacrilège de l'adaptation du système de contrôle de l'administration aux données nouvelles du monde contemporain. Enfin, les *défis nouveaux* auxquels le juge administratif a été confronté, notamment du fait de l'essor des juridictions constitutionnelle et européennes : désormais inséré dans un espace juridictionnel concurrentiel, le juge administratif a été contraint de réagir par des infléchissements significatifs de sa jurisprudence, par exemple en matière de responsabilité (*Bourgeois*, 1990, *Bianchi*, 1993) ; tout se passe comme si le Conseil d'État avait cherché à conforter son image libérale, par un « *intense activisme jurisprudentiel* »³³.

Le résultat est sans équivoque : tandis que le particularisme du régime de la domanialité publique est de plus en plus contesté³⁴, le droit des contrats administratifs a connu

³² J. Chevallier, « L'évolution du droit administratif », *RDP* 1998, n° 4-5, p. 1792-1809.

³³ O. Cayla, « Le coup d'État de droit », *Le Débat*, n° 100, mai-août 1998, p. 108 et s.

³⁴ C. Lavialle, *Droit administratif des biens*, PUF « Droit fondamental », 1996.

de sensibles inflexions sous la pression des instances communautaires³⁵, notamment en ce qui concerne les procédures de passation, et le droit de la responsabilité administrative s'est rapproché du droit commun, notamment en ce qui concerne les conditions d'indemnisation : *l'écart entre le régime administratif et le droit commun des obligations tend ainsi à se réduire*. Ce processus de rapprochement pose du même coup le problème de la justification de l'existence d'un droit administratif distinct du droit privé. Tout se passe comme si le droit administratif était désormais placé dans un redoutable étau : sa légitimité dépend désormais d'un alignement sur les jurisprudences les plus en pointe dans la protection des droits individuels ; mais cet alignement réduit dans le même temps la spécificité qui était le fondement même de son institution... L'élargissement de la compétence des tribunaux judiciaires en matière administrative apparaît dès lors comme le sous-produit logique de cette évolution : un mouvement important en ce sens s'est effectivement produit au cours des dernières années, soit par le jeu du passage de certains services publics dans l'orbite du droit privé (Poste et Télécommunications en 1990), soit par le biais de l'unification de certains contentieux (comme celui de la concurrence en 1987).

2° Corrélativement, de *nouveaux droits* ont été reconnus aux administrés : traduits en termes d'obligations nouvelles pour l'administration, ils contribuent au rééquilibrage de la relation administrative. C'est ainsi que le principe du secret, garant de l'unilatéralité, a été mis en cause à la faveur des trois grandes lois de la fin des années soixante-dix qui, relatives respectivement à l'accès aux fichiers informatisés (6 janvier 1978), l'accès aux documents administratifs (17 juillet 1978) et la motivation des décisions administratives (11 juillet 1979), s'inscrivent dans le cadre de ce que l'on a pu appeler la « *troisième génération des droits de l'homme* », axée sur l'information et la communication. De nouveaux principes tendent d'ailleurs à cheminer, malgré certaines réticences jurisprudentielles, qui, conférant à l'administré de nouveaux droits, sont aussi source de nouvelles obligations pour l'État : *principe de précaution*, qui implique une obligation d'abstention ou d'action en fonction des risques potentiels pour le public ; principe de *sécurité juridique*, voire de *confiance légitime*, qui impliquent certaines obligations concernant le mode de production du droit.

Parallèlement, les administrés ont conquis un droit de regard sur les décisions qui les concernent plus directement : tandis que les garanties offertes par l'enquête publique ont été renforcées (loi du 12 juillet 1983), l'introduction des principes du contradictoire pour les décisions individuelles devant être motivées (décret du 28 novembre 1983) a étendu les droits de la défense ; toutes ces garanties sont renforcées par le projet de loi sur les « *droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* » déposé à l'Assemblée Nationale le 13 mai 1998 et en cours de discussion au Parlement³⁶. Un mouvement irrésistible semble pousser au développement d'une procédure administrative non contentieuse qui, restée longtemps embryonnaire en France, constitue un moyen essen-

³⁵ R. Drago, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, n° 12, 1990, p. 117 et s.

³⁶ Adopté par le Sénat le 10 mars 1999, le texte prévoit un ensemble de dispositions de nature très différente et de portée très inégale, allant de la proclamation de principes très généraux, tels que « l'accès simple aux règles de droit ou la levée de l'anonymat administratif », à des dispositions très précises, comme en matière de délais.

tiel d'atténuation de l'unilatéralité. La promotion du thème de la *citoyenneté administrative* s'inscrit pleinement dans cette perspective : alors que la relation administrative a été construite sur la base d'une claire opposition avec la relation politique (citoyen dans l'ordre politique, l'individu devenant sujet dans l'ordre administratif), cette distinction entre les deux faces (politique et administrative) de la relation à l'État tend à s'estomper ; dans son rapport avec les services administratifs, l'administré n'est pas un simple assujéti mais continue à être titulaire de l'ensemble des droits afférents à son statut de citoyen. Ainsi, retrouve-t-on la logique qui était sous-jacente à la doctrine du service public du début du siècle.

La question de l'obligation constitue donc un excellent fil conducteur pour faire ressortir la *logique de structuration* et la *dynamique d'évolution* du droit public. Le droit public a été bâti à partir d'un principe fondamental d'unilatéralité et de non-réciprocité du rapport d'obligation : l'État souverain est posé comme la source et le foyer d'obligation pour les administrés ; s'il est lui-même sujet d'obligation, ce n'est que dans les conditions et les termes que lui-même fixe, ce qui suffit à exclure toute idée de transposition du rapport d'obligation de droit privé, dans lequel l'État n'intervient que comme *tiers ou garant* dans une relation fondamentalement à base de réciprocité. Aussi le concept d'obligation est-il d'usage peu courant en droit public. Cependant, l'État est une réalité dynamique et évolutive : déjà sa construction comme sujet de droit, à travers la théorie de la personnalité morale, et la promotion du thème du service public avaient permis, au début du siècle, de faire ressortir la dialectique de relations qui est au principe même de l'institution étatique et qu'avaient déjà mise en évidence les théories du contrat social ; le reflux actuel de la conception absolutiste de la souveraineté pousse à l'avènement de rapports plus équilibrés entre l'État et les citoyens, par l'atténuation des aspects les plus dérogatoires du régime administratif, en favorisant du même coup la transposition des principes généraux de la théorie des obligations. Ce mouvement de rapprochement avec le droit privé rencontre cependant une limite : à savoir le fait qu'ici l'État n'est pas seulement tiers et garant mais encore *partie* au rapport d'obligation ; aussi toute assimilation pure et simple est-elle exclue, comme le montre d'ailleurs l'existence de règles spéciales applicables à la puissance publique dans les pays qui n'ont pas à proprement parler de droit administratif.

CERSA

83bis rue Notre-Dame des Champs
75006 Paris