

de confondre la zone d'opportunité d'un administrateur avec le droit de propriété d'une personne privée. La liberté de choix ne comporte en aucune façon la liberté d'abuser.

FAUT-IL ATTRIBUER A L'OPPORTUNITÉ UN CARACTÈRE « ACTIF »
ET A LA RÉGULARITÉ UN CARACTÈRE « PASSIF ».

D'après certains, l'opportunité serait le domaine de l'initiative et de l'action.

Le règlement formulerait des interdictions ou organiserait des procédures.

En théorie, cette conception est erronée, car la réglementation comporte des *obligations de faire*, telles que l'obligation pour les ordonnateurs de payer leurs créanciers ou d'émettre un titre exécutoire contre leurs débiteurs. Malheureusement, on doit observer que les règles de la comptabilité publique sont très souvent (on peut dire traditionnellement) dépourvues de sanctions lorsqu'elles expriment des obligations de faire, alors qu'elles s'appliquent avec une grande efficacité lorsqu'elles ont la forme d'une interdiction ou d'une procédure.

Nous rencontrons ici une lacune très générale de notre droit administratif : les plus importantes des obligations « actives » ne sont sanctionnées que par le contrôle hiérarchique. Ainsi, un ordonnateur qui ne veut pas payer son créancier peut s'en dispenser, même après une condamnation par le Conseil d'État. Le créancier d'un organisme public n'a pas, en effet, comme le créancier d'un organisme privé, la possibilité de saisir les fonds et le comptable ne peut se substituer à l'ordonnateur ni pour émettre un titre de recette ni pour émettre un ordre de paiement. L'arsenal classique de la réglementation contient cependant quelques dispositions en vue de faire respecter certaines obligations « de faire » notamment le droit de substitution du préfet en cas de défaillance du maire — et nous aurons l'occasion de donner d'autres exemples plus récents de cette tendance. Mais ce ne sont encore que des cas exceptionnels.

En général, il demeure vrai — sans doute parce que l'on a été trop longtemps inspiré par les traditions d'une administration impériale — qu'on est désarmé quand on veut obliger un fonctionnaire à prendre une initiative et qu'il est beaucoup plus facile de l'empêcher d'agir ou de l'amener à suivre une procédure.

LE VÉRITABLE CRITÈRE EST LIÉ A LA NOTION DE RESPONSABILITÉ
ET A LA FAÇON DE JUGER LES ACTES DE L'ADMINISTRATEUR.

Le premier objectif que nous nous sommes proposé dans ce chapitre consiste à comprendre la nature réelle de la distinction entre l'opportunité et la régularité. Les divers critères que nous avons énumérés jusqu'ici (ordonnateur, comptable — liberté, contrainte — actif, passif) nous permettent d'« encadrer » cet objectif, mais pas de l'atteindre. Pour parvenir à notre but, il faut faire appel à une autre notion juridique : celle de la *responsabilité*.

Comme nous l'avons déjà observé, un administrateur est responsable de tous ses actes, quels qu'ils soient, mais il n'est pas jugé de la même façon s'il agit dans la zone réglementaire ou s'il agit dans la zone d'opportunité. Et c'est cette *différence de jugement* qui permet de bien opposer les deux zones.

Dans la zone réglementaire, l'action d'un fonctionnaire peut être examinée objectivement sur le terrain du droit. La seule question, qui se pose, consiste à savoir si la règle a ou non été appliquée ; et la reconnaissance d'une infraction comporte à tout le moins une certaine condamnation morale.

Dans la zone de l'opportunité, on est amené à considérer l'objet et les fonctions de chaque service pour apprécier les *résultats*. On ne peut éviter de mettre en cause les facultés intellectuelles de l'administrateur, qui peut très bien par exemple être écarté d'un emploi sans avoir commis à proprement parler de « faute ».

Dans le domaine de la régularité, un administrateur *a tort ou a raison* ; dans celui de l'opportunité, *il réussit ou il échoue*.

Ajoutons que, dans la plupart des cas, il est beaucoup plus malaisé de juger un échec ou une réussite qu'une faute, car entre l'échec complet et la réussite brillante il peut y avoir toute une gamme de nuances. Il s'ensuit que la régularité est défendue par un arsenal de sanctions claires, telles que celles prévues pour les comptables, alors que toutes les contestations sur l'opportunité conduisent soit à une responsabilité politique devant une assemblée ou un corps électoral, soit (pour les fonctionnaires) à une responsabilité hiérarchique, c'est-à-dire