



LE SERVICE PUBLIC SOCIAL, ENTRE NALIATO ET GAMBINI : ESSAI SUR UNE CATEGORIE PRETORIENNE DISQUALIFIEE

LAWSON H. N'SINTO A. T., *Maître-assistant, Faculté de Droit, Université de Lomé*

RESUME

Cet article étudie le service public social, catégorie prétorienne consacrée par l'arrêt Naliato puis formellement abandonnée par l'arrêt Gambini. L'auteur démontre la persistance paradoxale de cette catégorie dans le droit administratif contemporain. Mobilisant les figures du Lazare juridique et du Janus juridique, il révèle un objet à la fois disparu en droit positif et survivant dans les raisonnements jurisprudentiels. L'analyse retrace d'abord l'émergence d'un troisième genre entre service public administratif et service public industriel et commercial. Cette qualification matérielle, vivement contestée par Charles Eisenmann, fut censurée par l'arrêt Gambini au profit de l'orthodoxie binaire. Ses méthodes de raisonnement subsistent toutefois dans l'action sociale, les services sociaux d'intérêt général et le contentieux des agents publics. L'auteur souligne enfin que cette résilience dépasse le cadre juridique français et atteint les États africains francophones, héritiers du droit administratif français.

Mots clés : service public social, service public administratif, service public industriel et commercial, catégorie disqualifiée.

ABSTRACT

This article examines the social public service, a legal construct established by the Naliato judgment and subsequently formally abandoned by the Gambini judgment. The author demonstrates the paradoxical persistence of this concept within contemporary administrative law. Drawing on the figures of the 'legal Lazarus' and the 'legal Janus', he reveals a concept that has disappeared from positive law yet survives in judicial reasoning. The analysis first traces the emergence of a third category between administrative public service and industrial and commercial public service. This substantive classification, strongly contested by Charles Eisenmann, was rejected by the Gambini judgment in favour of binary orthodoxy. Its methods of reasoning nevertheless persist in social action, social services of general interest and litigation involving public officials. Finally, the author emphasises that this resilience extends beyond the French legal framework to reach French-speaking African states, the heirs to French administrative law.

Keywords: social public service, administrative public service, industrial and commercial public service, disqualified category



SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
I. La duplicité d'une catégorie prétorienne insaisissable	9
A. La consécration jurisprudentielle d'une qualification sui generis	9
1. L'irruption de la qualification dans l'arrêt Naliato	9
2. La singularité du critère social comme un troisième genre	12
B. La déconstruction prétorienne d'une qualification fragile	14
1. La résistance des juridictions suprêmes	14
2. La consécration de l'abandon par la décision Gambini	17
II. La résilience d'une catégorie prétorienne disqualifiée	19
A. La survivance fonctionnelle au-delà de la disqualification formelle	19
1. La permanence des critères matériels dans la jurisprudence postérieure	20
2. La résurgence dans le droit positif contemporain	22
B. L'évolution conceptuelle d'un objet juridique évanescent	25
1. La transposition aux contextes africains francophones	25
2. La fécondité doctrinale persistante	28
CONCLUSION	31



INTRODUCTION

« Considérant que le but d'intérêt social que visent l'État et les collectivités administratives en organisant des colonies de vacances imprime à cette organisation le caractère d'un service public mais que cette organisation ne présente en l'espèce en ce qui concerne les rapports entre ses bénéficiaires et l'administration aucune particularité de nature à la distinguer juridiquement des organisations similaires relevant des personnes ou des institutions de droit privé qu'il suit de là que la responsabilité incombant à l'État en cas de faute commise dans la surveillance des enfants par l'un des moniteurs de la colonie ne peut être appréciée que par les tribunaux judiciaires qu'en conséquence c'est à tort que le préfet a élevé le conflit ». Ainsi en avait décidé le Tribunal des conflits le 22 janvier 1955¹. Cette décision prend une résonance singulière à l'examen des fortunes contrastées de la catégorie du service public social. Cette catégorie sera frappée d'obsolescence par la même juridiction dans la décision *Gambini* du 4 juillet 1983². Cette construction prétorienne semble depuis lors hésiter entre deux figures emblématiques empruntées au répertoire mythologique de la culture occidentale. D'un côté, le service public social se prête au mythe du *Lazare juridique* raconté par le président Roger Latournerie à propos du bulletin de santé de la notion de service public³. De l'autre, la catégorie s'incarne bien dans la figure mythique de la mythologie romaine, *Janus*, divinité romaine bifrons, gardien des passages aux deux visages opposés observant simultanément le passé et l'avenir⁴. Cette double imagerie n'est nullement anodine. Elle traduit la perplexité de la doctrine confrontée à un objet juridique qui, formellement éteint, ne cesse de ressurgir sous des avatars protéiformes⁵. La difficulté et l'incertitude autour de l'identification d'un tel concept restent à ce jour entières. C'est dans l'optique de mieux le cerner que le choix du sujet porte sur : « *Le service public social, entre Naliato et Gambini : essai sur une catégorie prétorienne disqualifiée* ».

¹ TC, 22 janvier 1955, *Naliato c/ État*, n° 1511, Rec. Lebon, p. 614 ; D. 1956, J., p. 60, note EISENMANN (Ch.) ; *AJDA* 1955, II, p. 160, chron. LONG et WEIL ; voir, DE LAUBADÈRE (A.), « La notion et le régime des services publics sociaux en droit administratif français », *Droit social*, n° 9-10, 1959, p. 494 et suiv. ; voir également WALINE (M.), note sous TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, *RDP*, 1955, p. 716.

² TC, 4 juillet 1983, *Gambini c/ Ville de Puteaux*, n° 02306, Rec. Lebon, p. 540 ; *AJDA* 1984, p. 36, note DEGUERGUE (M.) ; D. 1984, IR, p. 35.

³ LATOURNERIE (R.), « Sur un Lazare juridique ; bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », *Conseil d'État, Études et documents*, n° 14, 1960, p. 61-159.

⁴ GRIMAL (P.), *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, Presses universitaires de France, 1951 (rééd. 2002), V° Janus. Voir l'usage constant fait par la doctrine de la figure de Janus, HERVOUËT (F.), « La directive : Janus juridique parfait ou imparfait ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 548, 2011, p. 291 ; BENABOU (V-L.), « L'originalité, un Janus juridique. Regards sur la naissance d'une notion autonome en droit de l'Union », in *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014.

⁵ SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005.



Le service public, en sa formulation classique due au doyen Hauriou, désigne toute organisation publique de services rendus au public d'une manière régulière et continue⁶. La doctrine contemporaine, sous la plume de René Chapus, retient la définition selon laquelle le service public constitue une activité d'intérêt général⁷ exercée directement par une personne publique ou contrôlée par elle⁸. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant le définit, pour sa part, comme « une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique »⁹. Aussi, faut-il très vite souligner à l'instar de Maryse Deguegue que le service public serait donc ontologiquement social¹⁰, sans présenter d'ailleurs de relation nécessaire avec le contrat social de Rousseau, lequel s'avère être en réalité un contrat sociétal établissant les fondations de l'organisation des hommes en société. Essentielle sur la fonction du service public, la pensée « duguiste » est aussi fertile quant à la détermination des activités de service public social, même si ces deux adjectifs se recoupent largement dans son esprit¹¹. Le service public est donc l'instrument de l'État social¹² et constitue un outil essentiel de l'édification du projet républicain. Une telle affirmation a de solides bases théoriques¹³, car dès ses origines, le service public se rattache à la doctrine du solidarisme et au projet politique d'édification d'un État social¹⁴. Léon Duguit l'avait écrit au début du XX^e siècle : en France, la

⁶HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e éd., 1933.

⁷ L'intérêt général n'est pas la simple somme des intérêts particuliers : il exige une synthèse, des sacrifices et donc l'arbitrage d'un pouvoir politique... A l'État, désormais, et à son administration, de devoir arbitrer constamment dans toutes leurs implications, entre équité pour la propriété privée et égalité pour les individus. Cette appréciation de l'intérêt général, au-delà de l'intérêt proprement en charge, reviendrait normalement public dont l'Etat est immédiatement au législateur, mais il sera bien en peine de fixer a priori cette proportionnalité entre équité et égalité. Ce sera donc notamment au juge, et même au juge constitutionnel, au cas par cas, de dresser un bilan, des avantages et des inconvénients, moraux, chaque situation (CE, 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*). KADA (N.) et MATHIEU (M.) (dir.), *Dictionnaire d'administration publique*, Presses Universitaires de Grenoble, 2014, p. 279.

⁸CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t. 1, 15^e éd., 2001, n° 776 et suiv.

⁹CORNU (G.) [dir.], *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Quadrige », 13^e éd., 2020, V° Service public.

¹⁰ DEGUERGUE (M.), « De quelques difficultés de la notion de service social », *AJDA*, 2008, p. 179.

¹¹ *Idem*.

¹² À la fois comme juge de la légalité de l'action administrative et comme juge du service public, le juge participe à la délimitation des pouvoirs de l'État social, que l'on peut entendre comme forme juridicisée du principe de République sociale. Tout laisse dès lors penser que, malgré une apparente indifférence à la notion de République sociale. Selon Michel Borgetto et Robert Lafore, la République sociale se définit comme « une Démocratie assortie d'un projet de société bien précis...(la solidarité passive qui traverse et sous-tend celle-ci doit devenir active non pas seulement dans le but de satisfaire la « justice » ou encore de renforcer la cohésion sociale mais aussi dans le dessein d'atteindre par là, dans le respect des droits de l'homme et de ses libertés fondamentales, une plus grande égalité de tous les membres de la collectivité ». Égalité et garantie des droits sociaux proclamés notamment par le Préambule de la Constitution de 1946 sont ainsi des éléments constitutifs du caractère social de la République. ROMAN (D.), « Le juge administratif et la République sociale », *RDSS* 2025, p.965.

¹³ CHEVALLIER (J.), *Le service public*, QSJ, PUF, 12^e éd., 2022, p. 9-25

¹⁴ ANTOINE (A.) et FRAYSSE (E.), « Service public, libertés et approche contemporaine du droit administratif », *RDLF* 2020 chron. n° 83



« fonction sociale [de l'État], c'est au fond la notion de service public »¹⁵.

Le service public social désigne plus spécifiquement la catégorie consacrée par l'arrêt *Naliato*. C'est par cette décision que le Tribunal des conflits admit que certaines activités à caractère social, bien qu'exercées par une personne publique, devaient être traitées selon les règles applicables aux services privés. Si l'arrêt *Naliato* réalise ainsi, selon l'expression du commissaire de gouvernement Chardeau, « une adaptation au domaine des services sociaux de la notion déjà ancienne des services industriels et commerciaux », cette adaptation comporte en réalité une importante innovation : on ne peut plus opposer désormais, comme on le fait depuis 1920, les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux. Ces derniers sont devenus, à côté des services sociaux, une espèce d'un genre plus vaste¹⁶. Les chroniqueurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* la qualifient de troisième catégorie de service public, aux contours indécis, et qui se situe entre le service public administratif et le service public industriel et commercial¹⁷. Il s'agit, certes d'une troisième catégorie, mais une catégorie prétorienne, expression dont la signification renvoie à toute construction normative élaborée par le juge en l'absence de texte ou par interprétation créatrice de celui-ci. Le qualificatif fait référence aux préteurs romains, magistrats dont l'édit annuel constituait, dans le système romain classique, une source créatrice de droit¹⁸. Enfin, il faut comprendre par « disqualifié », la perte de la qualification juridique antérieurement reconnue. Une catégorie disqualifiée est privée, par décision jurisprudentielle ou législative, de la reconnaissance qui fondait son existence formelle.

Le sujet appelle une double délimitation. Sur le plan géographique, l'analyse se déploie dans le champ du droit administratif français, foyer originel de la catégorie litigieuse¹⁹. L'étude embrasse également l'aire francophone, notamment les États subsahariens de tradition juridique française dont les juridictions administratives ont massivement reçu la *summa divisio* franco-française des services publics²⁰. Cette extension géographique se justifie par le mimétisme juridique caractéristique de la diffusion du droit administratif français en Afrique

¹⁵ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913, p. 39 et 40, rééd. La Mémoire du droit, 1999.

¹⁶ LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{ère} édition, Dalloz, 1956, p. 397.

¹⁷ LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLLE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 24^e éd., 2023.

¹⁸ ELLUL (J.), *Histoire des institutions. L'Antiquité*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », rééd. 1999, spéc. pp. 297 et suiv.

¹⁹ TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 9^e éd., 2021, n° 528 et suiv.

²⁰ WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 28^e éd., 2020, n° 374 et suiv.



francophone²¹, mimétisme dont les vicissitudes contentieuses togolaises ont récemment été éclairées par la doctrine²². Sur le plan temporel, la diachronie s'étend de 1955, date de naissance de la catégorie, jusqu'à la jurisprudence contemporaine. Trois bornes temporelles méritent d'être retenues. La décision *Société commerciale de l'Ouest africain* de 1921²³, dite « Bac d'Eloka », consacre la dichotomie SPA/SPIC en amont. L'arrêt *Naliato* de 1955 marque la naissance du service public social. La décision *Gambini* de 1983 constitue le point d'inflexion majeur où le Tribunal des conflits désactive formellement la catégorie. Cette périodisation permet de saisir tant la genèse que la disqualification, ainsi que la reviviscence de l'objet sous des formes renouvelées.

De nombreuses réflexions ont été livrées à la sagacité de la doctrine et des juges sur le service public, si bien qu'il peut paraître vain d'espérer apporter encore une pierre à l'édifice. Cependant, un pan de l'édifice semble pourtant être resté dans l'ombre du clair-obscur, les services publics sociaux, dont la catégorie a été très ou trop vite considérée comme disqualifiée par le juge des conflits a abrégé la destinée en 1983. Le sujet se recommande par une triple série d'intérêts.

L'intérêt théorique réside dans la mise à l'épreuve de la *summa divisio* des services publics, traditionnellement opposant services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux. La catégorie du service public social, qui se voulait une troisième catégorie, interroge la rigidité d'une classification binaire que la jurisprudence *Bac d'Eloka*²⁴ avait pourtant érigée en pierre angulaire du droit administratif. Cette interrogation rejoint, en philosophie du droit, le débat plus large sur la pertinence des catégories juridiques rigides face à des réalités sociales mouvantes²⁵. Sur le plan pratique, le sujet permet d'examiner les conséquences concrètes de la qualification. Celle-ci détermine la juridiction compétente, qu'elle soit administrative ou judiciaire et commande le régime juridique applicable, droit public ou droit privé. Elle conditionne le statut des agents, fonctionnaires ou salariés²⁶. La qualification gouverne enfin la nature des contrats, administratifs ou de droit privé et emporte

²¹BAUBY (P.), *Service public, services publics*, Paris, La Documentation française, coll. « Réflexe », 2^e éd., 2016.

²²LAWSON (H. N. A. T.), « Les vicissitudes du double degré de juridiction dans le contentieux administratif : cas du Togo », *Les Annales de l'Université de Parakou*, Série « Droit et Science Politique », Vol. 2, n° 2, 2019.

²³TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. Lebon, p. 91 (arrêt dit « Bac d'Eloka »).

²⁴« Bien que la chose ait été fort contestée, l'arrêt *Bac d'Eloka* est considéré comme ayant donné naissance à la distinction entre service public à caractère industriel et commercial (SPIC) et service public à caractère administratif (SPA). Cent ans plus tard, cette distinction s'est peut-être érodée mais elle persiste néanmoins ...». LACHAUME J.-F., « Que reste-t-il de la distinction SPA-SPIC et de ses effets aujourd'hui ? », *AJDA* 2021, p.60

²⁵CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001.

²⁶TC, 25 mars 1996, *Berkani c/ CROUS Lyon-Saint-Étienne*, Rec. Lebon, p. 535, concl. MARTIN (Ph.) ; *AJDA* 1996, p. 355, chron. STAHL (J.-H.) et CHAUVAU (D.).



ainsi une cascade de régimes différenciés dont l'enjeu pour le justiciable est considérable²⁷.

L'intérêt juridique procède de la spécificité d'une catégorie disqualifiée mais qui se prolonge à travers la jurisprudence postérieure. Cette persistance pose la question fondamentale de la temporalité du droit prétorien²⁸. Un revirement explicite suffit-il à éteindre une catégorie, ou bien celle-ci survit-elle dans les interstices du raisonnement judiciaire ? L'éthique du juge, sa fidélité au précédent comme sa liberté créatrice, sont ici en jeu²⁹.

La doctrine n'a pas manqué de scruter les vicissitudes de la catégorie litigieuse. Dans une perspective classique, le doyen Hauriou et son disciple André de Laubadère avaient consolidé la *summa divisio* binaire avant même l'irruption de *Naliato*³⁰. Léon Duguit, par ses travaux sur la notion fonctionnelle de service public, avait posé les fondements doctrinaux qui rendaient possible toute extension de la catégorie³¹.

La doctrine accueillit avec scepticisme la naissance du service public social. René Chapus y voyait une catégorie aux contours indécis, dont la pertinence dogmatique n'apparaissait pas démontrée³². Charles Eisenmann, dans sa note classique sous *Naliato*, dénonçait avec vigueur la création d'une catégorie qu'il jugeait « *parfaitement inutile, voire nuisible* »³³. Jean Rivero et Jean Waline soulignaient, *a contrario*, les besoins fonctionnels qui pouvaient justifier une qualification spécifique pour les activités sociales³⁴. Avec la décision *Gambini*, le commentaire dominant, illustré par les chroniqueurs des *Grands arrêts*, salua le retour à l'orthodoxie binaire³⁵ mais une fraction de la doctrine, plus récente, soutient que la catégorie n'a pas véritablement disparu. Didier Truchet et Pierre Bauby, notamment, ont mis en lumière la persistance de fait du service public social à travers les arrêts ultérieurs³⁶. Benoît Plessix a souligné l'instabilité conceptuelle des catégories prétoriennes en droit administratif, dont

²⁷MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Cours », 17^e éd., 2021, n° 421 et suiv.

²⁸« ...le droit fait face à de nouveaux défis qui sont la fin de l'impulsion gouvernementale, l'épuisement de la légitimité procédurale et la dénationalisation du traitement des problèmes. Le statut du droit change sous la double influence du néo-libéralisme et du darwinisme normatif qui poussent à éliminer les normes considérées comme insuffisamment efficaces... ». ROUVIERE (F.), « Le droit doit-il se contempler dans le miroir de la société ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p.1020.

²⁹LAWSON (H. N. A. T.), « La morale dans l'office du juge constitutionnel en Afrique francophone », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, vol. 22, 2019, pp. 43-76.

³⁰DE LAUBADERE (A.), VENEZIA (J.-C.), GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, t. 1, 16^e éd., 2001.

³¹DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. II, *La théorie générale de l'État*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd., 1928.

³²CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 779.

³³EISENMANN (Ch.), note sous TC 22 janvier 1955, *Naliato*, D. 1956, J., p. 60.

³⁴RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 22^e éd., 2008, n° 487 et suiv.

³⁵LONG (M.) et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, commentaire de la décision *Gambini*.

³⁶BAUBY (P.), *Service public, services publics*, *op. cit.*, spéc. chapitre III.



Naliato offre l'une des illustrations les plus parlantes³⁷.

La controverse rejoint, dans le contexte africain, les analyses critiques sur la réception du droit administratif français et les ajustements nécessaires aux réalités sociales locales³⁸. La question de la catégorisation des services publics y revêt une acuité particulière, tant l'État social en construction y mobilise des dispositifs hybrides que les classifications héritées peinent à appréhender³⁹.

Au regard de ces controverses doctrinales et jurisprudentielles, une interrogation centrale se dégage. **La catégorie de service public social a-t-elle complètement disparu ou résiste-t-elle encore aux secousses jurisprudentielles et doctrinales ?**

L'inactivation formelle prononcée par le juge des conflits ne paraît pas avoir emporté l'extinction matérielle de la catégorie. Le service public social, formellement disqualifié, subsiste fonctionnellement à travers une jurisprudence qui en mobilise les ressorts sans en revendiquer la dénomination⁴⁰. De plus, tous les États sont voués à assurer un certain nombre de services collectifs dont la mise en œuvre assure la reproduction du lien social. Ces services peuvent bien connaître des modalités juridiques et des modes de gestion d'une très grande diversité. C'est sans importance dès lors que par eux s'accomplit, par-delà l'extrême diversité des formes, la même fonction sociale, celle dénommée « service public »⁴¹. Cette survivance s'explique, d'une part, par la duplicité ontologique d'une notion fondamentalement ambivalente, et d'autre part, par la résilience d'une construction prétorienne dont les besoins sociaux qu'elle entendait servir n'ont pas disparu. La métaphore mythologique opère comme une herméneutique de la temporalité contradictoire d'une catégorie qui meurt sans cesser de vivre⁴².

La méthodologie retenue articule l'exégèse textuelle à l'étude comparative des décisions jurisprudentielles. En convoquant les sources supranationales et internes, enrichies par la doctrine francophone et africaine, cette démarche s'inscrit pleinement dans une double

³⁷Sur l'instabilité conceptuelle des catégories prétoriennes, voir PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 4^e éd., 2022, n° 612 et suiv.

³⁸LAWSON (H. N. A. T.), « La rencontre de la normativité et de la légitimité : remarques à propos des aléas de l'inaliénabilité du pouvoir constituant », *Revue RAMReS/S.J.P. (CAMES/CRUFAOCI)*, n° 7, vol. 1, janvier 2026, pp. 338-366.

³⁹KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme en Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987.

⁴⁰Pour une réflexion contemporaine sur la disqualification jurisprudentielle, voir FRIER (P.-L.), PETIT (J.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 14^e éd., 2021, n° 360 et suiv.

⁴¹CAILLOSSE (J.), « Le service public est mort ! Vive le service public ! » in *La constitution imaginaire de l'administration*, Éditions Presses Universitaires de France, 2008, p. 58.

⁴²Sur la notion de mythe juridique et son rôle herméneutique, voir OST (F.), *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.



perspective *de lege lata*⁴³ et *de lege ferenda*⁴⁴. Sur le plan logique, elle privilégie une approche inductive, partant des règles de droit positif pour s'élever vers des concepts théoriques fondamentaux.

L'examen des vicissitudes du service public social conduit, dès lors, à articuler la démonstration en deux moments complémentaires. Il importera, dans un premier temps, d'examiner la duplicité d'une catégorie prétorienne insaisissable **(I)**. Il conviendra, dans un second temps, d'analyser la résilience d'une catégorie disqualifiée à la postérité paradoxale **(II)**.

I. La duplicité d'une catégorie prétorienne insaisissable

La catégorie du service public social naît, en 1955, sous le sceau d'une ambivalence native. Elle se présente, comme un objet juridique aux deux visages. D'un côté, la qualification revendiquée d'une nouveauté propre, distincte des deux espèces canoniques. De l'autre, l'aveu masqué d'une assimilation au régime privé. Cette duplicité n'est pas anecdotique. Elle gouverne tant la consécration initiale **(A)** que la déconstruction qui s'en est suivie **(B)**.

A. La consécration jurisprudentielle d'une qualification sui generis

La consécration jurisprudentielle du service public social procède d'un acte d'audace prétorienne. Le Tribunal des conflits, statuant dans l'affaire *Naliato* du 22 janvier 1955, crée *ex nihilo* une qualification que ni la loi ni la jurisprudence antérieure n'avaient consacrée. Cette innovation s'analyse en deux mouvements complémentaires. L'irruption de la qualification dans le contentieux des activités sociales **(1)** précède la singularisation du critère social comme le troisième genre **(2)**.

1. L'irruption de la qualification dans l'arrêt Naliato

Les faits ayant donné naissance à la catégorie présentent une apparence de simplicité dommageable. Le jeune Naliato passait l'été 1944 à Challonges, dans la colonie de vacances de l'atelier de fabrication de Saint-Priest (Isère), établissement du ministère de la production industrielle, où son père était employé. Pendant son séjour il fut légèrement blessé au bras au

⁴³ Locution latine signifiant, « d'après le droit positif ».

⁴⁴ Cette locution latine signifie « En se référant à la loi telle que l'on souhaiterait qu'elle fût faite », ce que devrait être la loi.



cours d'un jeu organisé par le moniteur de la colonie⁴⁵. Sur recours du père de la victime, la Cour de Grenoble décida en appel, après déclinatoire de compétence du préfet de l'Isère, que la juridiction civile était compétente pour connaître de l'affaire, au motif notamment que l'organisation d'une colonie de vacances par une personne publique ne constituait pas un service public et que les accords intervenus entre les parents des enfants confiés à la colonie et les organisateurs de celle-ci étaient donc des accords de droit privé. Le préfet de l'Isère opposa alors un déclinatoire de compétence, élevé en conflit positif devant le Tribunal des conflits⁴⁶.

La décision du Tribunal des conflits sort des sentiers battus. Au lieu de choisir entre un service public administratif, ce qui aurait donné la main au juge administratif, et un service public industriel et commercial, ce qui aurait « profité » au juge judiciaire, il a préféré une troisième voie. Pour les juges du Tribunal des conflits, l'organisation et le fonctionnement de la colonie de vacances ne sont pas différents, dans leur principe, de ce qu'on trouve dans des structures privées équivalentes⁴⁷. Cette assimilation organique fonde la compétence du juge judiciaire pour connaître des litiges relatifs au fonctionnement du service. La portée innovante du raisonnement réside dans la création d'une catégorie tierce, fondée sur un critère matériel inédit.

La doctrine ne tarda pas à mesurer la dimension paradoxale de la solution. Charles Eisenmann dénonça la création d'une catégorie qu'il jugeait parfaitement inutile et même nuisible⁴⁸. Selon lui, soit l'activité considérée se rapprochait suffisamment d'une activité privée pour relever purement et simplement du droit privé, soit elle conservait un caractère administratif justifiant le droit public. Dans cette hypothèse, la création d'un troisième genre n'apportait aucune valeur ajoutée. Elle ne faisait qu'introduire une zone grise dans une classification jusqu'alors cohérente.

La portée de la solution fut étendue, trois ans plus tard, par la décision *Demoiselle Berry* du 13 janvier 1958⁴⁹. Le Tribunal des conflits a qualifié de service public social un patronage municipal qui proposait des activités socio-éducatives. Avec cette décision, le juge des conflits a clairement affirmé sa volonté de créer une nouvelle catégorie. C'est ainsi que la jurisprudence

⁴⁵ LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{ère} édition, Dalloz, 1956, p. 395 et p. 396.

⁴⁶ Sur la procédure du conflit positif, voir PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, op. cit., n° 432 et suiv.

⁴⁷ Le Tribunal des conflits considère que « l'organisation et le fonctionnement de la colonie de vacances [...] ne se distinguent pas, par leur nature, des organisations similaires relevant de personnes ou d'institutions de droit privé », justifiant la compétence judiciaire (TC 22 janv. 1955, *Naliato*, op. cit.).

⁴⁸ EISENMANN (Ch.), note sous *Naliato*, loc. cit. L'auteur dénonçait la création d'une catégorie « parfaitement inutile et même nuisible », rompant avec la cohérence binaire du droit positif.

⁴⁹ TC, 13 janvier 1958, *Demoiselle Berry*, Rec. Lebon, p. 793 (extension à un patronage municipal organisant des activités sociales en faveur d'enfants).



Naliato a rapidement eu des suites, même si cela resta assez limité. La nouvelle catégorie semblait partie pour s'intégrer dans le paysage des catégories de services publics, mais tout était tributaire de la façon dont les autres tribunaux allaient la recevoir. Et force est de constater que l'accueil réservé par les juridictions des deux ordres, a été plutôt « glacial ». C'est pourquoi, il s'avère important de revenir sur les propos de Eisenmann qui est le premier à écrire sur l'improbable prospérité de la décision *Naliato*.

Eisenmann, dans une démarche de pure logique formelle, démontrait que la création d'un troisième genre relevait de l'erreur dogmatique car, le critère retenu par le Tribunal des conflits, fondé sur l'analogie avec les services privés, brouillait la distinction entre les notions de service public et de service privé d'intérêt général⁵⁰. Cette critique radicale vient d'une volonté de cohérence absolue dans le système : ce que les juristes plus tard ont vu comme des obstacles que la jurisprudence allait forcément rencontrer. Dans cette optique, le lien entre la note Eisenmann et l'arrêt *Gambini* ressemble presque à un hommage rendu après coup à la logique dogmatique, qui l'emporte finalement sur l'audace des juges⁵¹.

La portée systémique de l'arrêt *Naliato*, on la mesure aussi en la comparant à deux autres décisions de la même époque. Par exemple, l'arrêt *Monpeurt* du 31 juillet 1942, en reconnaissant que des organismes professionnels privés pouvaient exercer une mission de service public, a ouvert une piste assez inédite pour comprendre ces activités un peu hybrides⁵². La décision *Bouguen* du 2 avril 1943 prolongeait cette logique en reconnaissant des prérogatives de puissance publique aux ordres professionnels⁵³. Ces deux décisions structuraient, *a contrario*, une réflexion sur l'hybridité des qualifications, dont *Naliato* a tenté l'extension au champ social. La doctrine institutionnelle, sous l'influence de Maurice Hauriou, avait fourni les outils conceptuels permettant cette extension⁵⁴. Le contentieux des activités sociales révélait, dès lors, des enjeux de qualification que la *summa divisio* binaire peinait à résoudre. Hugues-Marie Crucis a relevé, dans sa synthèse contemporaine, l'ampleur de ces difficultés⁵⁵.

⁵⁰Sur la portée intellectuelle de la note EISENMANN, voir MESTRE (J.-L.), « Charles Eisenmann et la doctrine du droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2002, n° 6, pp. 1075-1080.

⁵¹EISENMANN (Ch.), *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982-1983, 2 t., spéc. t. 1, leçons sur les services publics.

⁵²CE Sect., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec. Lebon, p. 239 ; D. 1942, J., p. 138, concl. SEGALAT (P.).

⁵³CE Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec. Lebon, p. 86 (sur les organismes professionnels privés exerçant des prérogatives de puissance publique).

⁵⁴Sur la lecture institutionnelle du service public, voir HAURIOU (M.), *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud et Gay, 1933 (rééd. Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1986).

⁵⁵Sur la mutation contemporaine des services à finalité sociale, voir CRUCIS (H.-M.), « Le service public social », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 152-3, mise à jour 2021.



2. La singularité du critère social comme un troisième genre

Le critère social utilisé par le Tribunal des conflits a une allure plutôt singulière. Il repose sur deux aspects bien différents. Le premier concerne le fond même de l'activité : elle doit avoir un but social bien défini. Le second, lui, touche à la façon dont le service est organisé, qui doit ressembler à ce qu'on trouve dans le privé⁵⁶. Cette combinaison a des répercussions théoriques vraiment importantes et elle montre bien comment un critère à la fois matériel et organique, assez hybride, s'est glissé au cœur du raisonnement administratif, un critère qui n'a rien à voir avec les principes classiques de l'intérêt général⁵⁷.

Ce qui rend le critère social vraiment à part, c'est aussi son côté « fourre-tout ». Ce n'est pas une case bien définie qui regroupe une catégorie claire et nette. Inévitablement, c'est plutôt une étiquette qu'on colle quand aucune autre ne correspond : quand une activité n'est clairement ni un service public administratif (SPA), ni un service public industriel et commercial (SPIC). Comme le soulignait Didier Truchet, la fameuse jurisprudence *Naliato* n'a jamais réussi à devenir autre chose qu'une petite exception fragile, toujours en équilibre instable⁵⁸. Cette précarité tient au fait que le critère retenu, par sa porosité, autorise des interprétations divergentes selon les espèces. Le caractère social d'une activité ne se laisse pas saisir par une définition unique même si les services sociaux d'intérêt général ont un rôle particulier à jouer en tant que partie intégrante du modèle de société⁵⁹. En vertu du principe de solidarité, les services sociaux et de santé d'intérêt général sont centrés sur la personne, ils assurent aux citoyens la possibilité de bénéficier effectivement de leurs droits fondamentaux et d'un niveau élevé de protection sociale, et renforcent la cohésion sociale et territoriale⁶⁰. Rien d'étonnant si le social se trouve au cœur du droit, voire de l'Etat. C'est dans cette perspective que les réflexions juridiques en matière sociale se produisent plus dans le champ du droit administratif, sous la forme d'analyses des fonctions sociales de l'Etat, et restent peu importantes dans la sphère traditionnelle du droit constitutionnel⁶¹.

⁵⁶ Sur la notion d'intérêt général comme critère substantiel du service public, voir CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public, Paris, La Documentation française, 1999.

⁵⁷ CHEVALLIER (J.), « Regards sur l'intérêt général », in *L'intérêt général. Norme constitutionnelle*, MATHIEU (B.), VERPEAUX (M.) [dir.], Paris, Dalloz, 2007, pp. 9-22.

⁵⁸ TRUCHET (D.), *Droit administratif*, op. cit., n° 532, où l'auteur souligne que la jurisprudence *Naliato* n'est jamais parvenue à dépasser le stade d'une catégorie « marginale et précaire ».

⁵⁹ LAUDJOIS (M.), « Les services sociaux d'intérêt général et la construction de l'« Europe sociale », *RDSS*, 2007, p.1005.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ HERRERA (C. M.), « La pensée constitutionnelle du social », *Droits* 2008/2 n° 48, p. 181.



La doctrine la plus rigoureuse a insisté sur la difficulté de définir de la *troisième catégorie* ainsi consacrée. Par exemple, Georges Vedel et Pierre Delvolvé observaient que la *summa divisio* binaire, héritée de la jurisprudence *Bac d'Eloka*, fondait la cohérence du système et que la naissance d'une nouvelle catégorie était déroutante. En effet, l'admission d'un troisième genre rompait cette cohérence sans la remplacer par une nouvelle architecture⁶². La critique procédait d'une exigence de sécurité juridique⁶³ car, cette nouvelle catégorie dont les contours demeurent flous engendre, des incertitudes dans la détermination du juge compétent. Cette ambigüité, dans le contentieux des litiges sociaux, pèse principalement sur les usagers les plus vulnérables.

Le régime juridique gouverné par la qualification *Naliato* présente, à son tour, une nature hybride. La compétence judiciaire commande l'application du droit privé pour les rapports contractuels. Mais la nature publique de l'organisation impose le maintien de certaines règles administratives. Maryse Deguerge, dans un commentaire postérieur, mit en lumière cette hybridation comme la source principale des difficultés ultérieures⁶⁴. La duplicité des services publics sociaux se manifeste ici dans toute son ampleur. L'on relève ainsi que l'objet juridique présente, simultanément, un visage public et un visage privé⁶⁵, ce qui explique que le contentieux qui en résulte se trouve placé sous le signe de la dualité.

La position de la catégorie dans la systématique des services publics demeure, en définitive, problématique car trois lectures concurrentes s'opposent. La première voit dans le service public social une véritable catégorie autonome, dotée d'un régime propre alors que la seconde l'interprète comme un sous-ensemble du service public industriel et commercial, fondé sur l'analogie organique. La troisième, suivie par Eisenmann, dénie purement et simplement à la qualification toute pertinence dogmatique. Cette pluralité de lectures rend compte de la difficulté éprouvée par la doctrine à intégrer le service public social dans une systématique cohérente.

La spécificité du critère social trouve, par ailleurs, un point d'ancrage dans la jurisprudence relative aux organismes de sécurité sociale. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Caisse de*

⁶²Sur la résistance à l'admission d'un troisième genre, voir VEDEL (G.), DELVOLVÉ (P.), *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 12^e éd., 1992, t. 2, n° 525.

⁶³ Sur la sécurité juridique en droit interne, Fabien Bottini a évoqué la reconnaissance du droit des justiciables de ne pas voir leur situation bouleversée par un changement de jurisprudence. BOTTINI (F.), « Les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 6 | 2008. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6912>

⁶⁴DEGUERGUE (M.), note sous TC 4 juillet 1983, *Gambini*, *AJDA* 1984, p. 36, où l'auteur observe que « la notion de service public social est considérée comme moribonde ».

⁶⁵ D'où la métaphore à la figure de Janus.



sécurité sociale du Sud-Ouest du 6 mars 1953, avait reconnu la nature mixte de ces organismes⁶⁶. De même, le Conseil d'État, dans la décision *Couvrat* du 13 mai 1949, avait, en sens inverse, retenu une qualification publique pour certains aspects de leur fonctionnement⁶⁷. Cette dualité de qualifications préfigurait les difficultés que *Naliato* allait cristalliser. Le service public social, dans cette généalogie, apparaît comme la pointe émergée d'un iceberg conceptuel dont la masse immergée embrasse l'ensemble du contentieux des activités à finalité sociale⁶⁸.

La singularité du critère social s'éclaire lorsqu'on la met en regard du principe de non-concurrence consacré par la décision *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930⁶⁹. Cette jurisprudence interdisait, en principe, aux personnes publiques de concurrencer l'initiative privée. Le service public social, dans la version qu'en donnait la jurisprudence *Naliato*, acceptait en fait cette concurrence, à condition qu'elle s'accompagne d'une intégration organique aux structures privées existantes. La contradiction n'était qu'en surface car en réalité, elle révélait un changement profond dans la relation entre l'État et l'économie sociale, ce que souligne Gilles Lebreton dans son livre de référence, cette transformation annonçait les évolutions qu'on connaît aujourd'hui vers une économie mixte⁷⁰.

B. La déconstruction prétorienne d'une qualification fragile

La labilité de la catégorie consacrée par *Naliato* devait conduire, dans un mouvement quasi inéluctable, à sa déconstruction prétorienne. Cette déconstruction s'opéra en deux temps. La résistance des juridictions suprêmes (1) prépara la consécration de l'abandon par la décision *Gambini* (2). La duplicité *janusienne*, après avoir présidé à la naissance de la catégorie, allait ainsi présider à son extinction formelle.

1. La résistance des juridictions suprêmes

La résistance à la jurisprudence *Naliato* se manifesta, en premier lieu, du côté de la juridiction judiciaire. La Cour d'appel de Paris, dès le 26 mai 1955, refusa, dans l'affaire *Ville*

⁶⁶Cass. soc., 6 mars 1953, *Caisse de sécurité sociale du Sud-Ouest*, Bull. soc., n° 199 (sur la qualification mixte des organismes de sécurité sociale).

⁶⁷CE Sect., 13 mai 1949, *Couvrat*, Rec. Lebon, p. 213 ; D. 1949, J., p. 542, note EISENMANN (Ch.).

⁶⁸Sur l'architecture des organismes de sécurité sociale, voir DUPEYROUX (J.-J.), BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 19^e éd., 2020.

⁶⁹CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. Lebon, p. 583 (principe de non-concurrence des activités économiques par les personnes publiques).

⁷⁰Sur les zones d'ombre de la qualification, voir LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 11^e éd., 2022, n° 343 et suiv.



d'Asnières, d'étendre la qualification de service public social à un service municipal d'assistance⁷¹. La Cour de cassation devait confirmer cette résistance par son arrêt *Dame veuve Radux* du 30 octobre 1957, dans une espèce voisine⁷². Le commentaire de cet arrêt, rédigé par René Chapus, mit en lumière la profonde réticence du juge judiciaire à accueillir une catégorie dont il discernait, dès l'origine, le caractère artificiel.

Le Conseil d'État, à son tour, devait manifester une réserve marquée. Dans l'arrêt *Salin* du 21 mars 1958, il refusa la qualification de service public social à des centres de vacances français en Allemagne⁷³. La même position fut confirmée par l'arrêt *Commune d'Arcueil* du 17 avril 1964, à propos d'un patronage municipal⁷⁴. La Haute juridiction administrative préférait, à chaque occurrence, soit appliquer la qualification de service public administratif soit, *a contrario*, constater l'absence pure et simple d'un service public.

Les arrêts ultérieurs confirmèrent et amplifièrent cette ligne jurisprudentielle. La décision *Caisse des écoles de la Courneuve* du 27 janvier 1971 retint la qualification de service public administratif pour un centre aéré municipal⁷⁵. L'arrêt *Commune de la Celle-Saint-Cloud* du 16 février 1973 maintint la même solution pour un autre dispositif d'animation socio-éducative⁷⁶. Le Conseil d'État ne refusait pas frontalement la jurisprudence *Naliato*. Il en restreignait, en revanche, considérablement le champ d'application. La technique consistait à mobiliser des particularités du service en cause pour exclure son assimilation aux organismes privés correspondants.

Cette résistance des juridictions suprêmes mit le Tribunal des conflits dans une situation d'isolement croissant. La doctrine en prit acte. Jean-François Lachaume, dans sa note sous *Caisse des écoles de la Courneuve*, soulignait que le Conseil d'État maintenait une orthodoxie binaire que *Naliato* n'avait jamais véritablement ébranlée⁷⁷. Jean-Michel Auby, dans une chronique de 1984, observait quant à lui que depuis longtemps déjà nombre d'auteurs affirmaient l'obsolescence de la jurisprudence *Naliato*⁷⁸.

⁷¹CA Paris, 26 mai 1955, *Ville d'Asnières et État c/ Dame veuve Radux*, JCP 1955, II, 8893, note LIET-VEAUX (G.).

⁷²Cass. civ. 1ère, 30 octobre 1957, *Dame veuve Radux et Maire d'Asnières*, D. 1958, J., p. 423, note CHAPUS (R.) ; Bull. civ. I, n° 414.

⁷³CE, 21 mars 1958, *Salin*, Rec. Lebon, T., p. 1038 (centres de vacances français en Allemagne).

⁷⁴CE, 17 avril 1964, *Commune d'Arcueil*, Rec. Lebon, p. 230 ; AJDA 1964, p. 290, chron. FOURRE et PUYBASSET.

⁷⁵CE, 27 janvier 1971, *Caisse des écoles de la Courneuve*, n° 72707, Rec. Lebon, p. 76 ; D. 1973, p. 521, note LACHAUME (J.-F.).

⁷⁶CE, 16 février 1973, *Commune de la Celle-Saint-Cloud*, Rec. Lebon, p. 138.

⁷⁷Sur la réticence du juge judiciaire à la catégorie *Naliato*, CE, 27 janvier 1971, *Caisse des écoles de la Courneuve*, Recueil Dalloz, 1973, p. 521, note LACHAUME (J.-F.) ; voir également CHAPUS (R.), note sous Cass. civ. 1ère 30 octobre 1957, *loc. cit.*, spéc. pp. 423-426.

⁷⁸AUBY (J.-M.), « Réflexions sur la notion de service public social », RDP 1983, p. 1381, lequel observait que «



La technique procédurale du conflit positif plaçait toutefois le Tribunal des conflits en position de dernier mot sur la qualification. La portée de la jurisprudence *Naliato* demeurait, dès lors, théoriquement intacte. Mais sa fécondité pratique se trouvait considérablement compromise⁷⁹. Une catégorie que les juridictions suprêmes refusent d'étendre est condamnée, à terme, soit à l'extinction soit à la marginalité durable. Le Tribunal des conflits, juge naturel de la *summa divisio*, ne pouvait indéfiniment maintenir une qualification que ses interlocuteurs principaux ignoraient.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a, parallèlement, contribué à marginaliser la jurisprudence *Naliato*. Dans le contentieux du personnel des services sociaux, elle a constamment privilégié une qualification de droit privé fondée sur l'analyse des conditions concrètes du contrat⁸⁰. Cette ligne jurisprudentielle anticipait le revirement *Berkani* qui devait clarifier la qualification des agents non statutaires des services publics administratifs. Le contentieux du personnel constituait ainsi un terrain particulièrement défavorable au maintien d'une catégorie tierce, dont la cohérence systémique n'avait jamais été pleinement établie⁸¹. La résistance des juridictions sociales s'ajoutait, dès lors, à celle des juridictions administratives suprêmes, achevant d'isoler le Tribunal des conflits dans sa position *Naliato*.

La résistance des juridictions suprêmes ne se limitait pas à la sphère du contentieux administratif et du contentieux judiciaire ordinaire. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* du 23 juillet 1999, a contribué à clarifier le statut des dispositifs sociaux dans l'économie générale du droit⁸². La loi du 27 juillet 1999 instituait un mécanisme transversal de couverture maladie sans recours à la qualification de service public social⁸³. Cette absence de référence n'était pas anodine. Elle traduisait l'abandon doctrinal d'une catégorie dont la fécondité opératoire n'était plus perçue. Sébastien Sénac a inventorié les implications de cette mutation pour l'accès aux droits sociaux⁸⁴. La doctrine économique, sous la plume de François Levêque, a éclairé les enjeux réglementaires de

depuis longtemps déjà nombre d'auteurs affirmaient l'obsolescence de la jurisprudence *Naliato* ».

⁷⁹Décret du 26 octobre 1849 réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, modifié par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit. Sur l'évolution récente, voir PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, op. cit., n° 433.

⁸⁰Cass. soc., 18 décembre 2013, *Mme X. c/ Communauté d'agglomération*, n° 12-22.838 (qualification des contrats des agents des services sociaux locaux).

⁸¹Voir, sur le rôle déterminant des contentieux du personnel social, TRUCHET (D.), *Droit administratif*, op. cit., n° 545.

⁸²Cons. const., décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. p. 100.

⁸³Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la couverture maladie universelle, JORF 28 juillet 1999.

⁸⁴SENAC (C.-É.), *L'accès aux droits sociaux*, Paris, Mare et Martin, coll. « Bibliothèque des thèses », 2017.



ces dispositifs nouveaux⁸⁵.

2. La consécration de l'abandon par la décision *Gambini*

La décision *Gambini c/ Ville de Puteaux* du 4 juillet 1983 marque le point d'inflexion majeur de la trajectoire jurisprudentielle. Les faits présentent une certaine analogie avec ceux ayant donné lieu à *Naliato*. La commune de Puteaux avait organisé, par délibération municipale, un village de vacances. Un accident y survint, donnant naissance à une action en responsabilité. Le préfet de Haute-Corse éleva le conflit, soumettant au Tribunal des conflits la qualification de l'activité contestée⁸⁶.

Saisi de la question, le Tribunal opéra un revirement explicite. Il qualifia l'activité de service public administratif et déclara la juridiction administrative seule compétente. Cette solution, en rupture avec la ligne *Naliato*, emporte des conséquences théoriques majeures. Elle réintègre l'activité litigieuse dans la *summa divisio* classique. Elle abandonne, ce faisant, la prétention initiale de fonder une catégorie tierce. Le commissaire du gouvernement Daniel Labetoulle, dans ses conclusions, soulignait expressément que le maintien de *Naliato* n'apparaissait plus justifié au regard de l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine⁸⁷.

Le retour à l'orthodoxie binaire opéré par *Gambini* s'explique, en premier lieu, par le souci d'unification du droit. La résistance prolongée des juridictions suprêmes avait engendré une situation de flottement préjudiciable à la sécurité juridique. La position du Tribunal apparaissait comme un îlot résiduel dont le maintien n'emportait que des inconvénients. La doctrine majoritaire salua, dès lors, le revirement comme une clarification nécessaire.

La réflexion de Maryse Deguegue sous l'arrêt *Gambini*, prit acte de cette clarification en des termes mesurés. L'auteure observa que la notion de service public social était considérée comme moribonde. Cette qualification résume la trajectoire prévisible de la catégorie. Née dans la perplexité, marginalisée par la résistance des juridictions suprêmes, formellement abandonnée par *Gambini*, le service public social s'éteint après moins de trois décennies

⁸⁵Sur l'analyse économique du service public, voir LEVEQUE (F.), *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 2004.

⁸⁶ « ... Considérant que le déclinatoire de compétence présenté le 26 janvier 1982, par le préfet, commissaire de la République de la Haute Corse, a été remis au procureur général près la cour d'appel de Bastia avant que la cour d'appel n'ait statué ; que c'est à la suite d'une erreur non-imputable à l'administration que la cour d'appel a omis de statuer sur ce déclinatoire, tout en se prononçant, par ailleurs, sur sa compétence ; qu'il en résulte que l'arrêté de conflit élevé par le préfet est recevable ; ... », Tribunal des conflits, du 4 juillet 1983, 02306, publié au recueil *Lebon*.

⁸⁷Voir les conclusions du commissaire du gouvernement LABETOULLE (D.) sur TC 4 juillet 1983, *Gambini*, *AJDA* 1984, p. 38.



d'existence prétorienne. Sa disparition apparaît, sous cet angle, comme un cas d'école de l'extinction d'une catégorie jurisprudentielle inadaptée à la systématique du droit positif.

Le revirement *Gambini*, ce n'est pas juste l'abandon d'une qualification précise. Ce qui change, c'est surtout le retour à une logique binaire, claire et nette, dans le système⁸⁸. Du coup, le SPA et le SPIC retrouvent leur rôle de catégories exclusives : en théorie, tout service public se range désormais dans l'une ou l'autre de ces deux cases. Et cette remise en ordre s'inscrit dans un mouvement plus large de simplification du droit administratif, où l'idée est de réduire le nombre de catégories pour gagner en clarté⁸⁹.

Le retour formel à l'orthodoxie binaire ne signifie pas, pour autant, la disparition substantielle des questions soulevées par *Naliato*. La *summa divisio* SPA/SPIC, telle qu'elle ressort de *Bac d'Eloka* et de ses prolongements, présente elle-même des zones d'ombre considérables⁹⁰. Le contentieux des activités sociales continue de soulever, les mêmes interrogations qu'avant 1983. La déconstruction prétorienne opérée par *Gambini* n'efface pas la réalité matérielle des activités concernées. Elle se borne à opérer un classement formel dont la fécondité pratique reste à établir.

Les conclusions Labetoulle sur *Gambini* méritent, à elles seules, une lecture attentive. Le commissaire du gouvernement y développait une analyse en trois temps. Il rappelait, en premier lieu, que la jurisprudence *Naliato* n'avait jamais été pleinement reçue par les juridictions suprêmes. Il observait, en second lieu, que les difficultés de qualification ne procédaient pas du critère social en lui-même, mais de l'absence de régime spécifique. Il concluait à l'opportunité de réintégrer ces activités dans la *summa divisio* classique. Cette argumentation, marquée par une rigueur caractéristique du courant institutionnel, traduisait l'influence persistante de la doctrine d'Eisenmann sur le commissariat du gouvernement de l'époque⁹¹. Le revirement *Gambini* procède, à cet égard, autant d'une logique systémique que d'une lecture pragmatique des résistances cumulées.

La portée du revirement *Gambini* s'apprécie, *a posteriori*, dans sa capacité à clarifier le contentieux des contrats administratifs des services à finalité sociale. Marcel Pochard a relevé,

⁸⁸ Voir une approche plus nuancée : SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005. p. 417 La distinction des services publics en deux catégories aux régimes juridiques et contentieux fortement différenciés illustre depuis plus de quatre-vingts ans les subtilités de la conception française de la séparation des pouvoirs. L'apparition d'une nouvelle dichotomie, ajoute encore aux incertitudes conceptuelles et pratiques originelles mais pourrait paradoxalement fournir l'occasion d'un salutaire retour aux sources.

⁸⁹ BIGOT (G.), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Droit fondamental », 2002.

⁹⁰ Sur la notion de service public industriel et commercial après *Bac d'Eloka*, voir CHAPUS (R.), *op. cit.*, n° 781 et suiv. ; TRUCHET (D.), *op. cit.*, n° 540.

⁹¹ *JCP G* 1984, II, 20275, concl. LABETOULLE (D.) ; *Rec. Lebon* 1983, p. 540.



dans une étude classique, que la qualification gouvernait directement le statut des agents impliqués⁹². Cette clarification, certes, n'épuise pas les difficultés ultérieures. Le contentieux des marchés publics et délégations dans le secteur social demeure traversé par les tensions héritées de *Naliato*⁹³. Frédéric Allaire a souligné, dans son ouvrage de synthèse, l'importance des règles de passation pour la qualification des activités contractuelles⁹⁴. Le revirement *Gambini* apparaît, sous cet angle, moins comme un point d'aboutissement que comme un point d'inflexion d'une réflexion qui se poursuit dans le contentieux contemporain. Dmitri Lavroff a inscrit ces évolutions dans la dynamique d'ensemble du droit constitutionnel de la Ve République⁹⁵.

II. La résilience d'une catégorie prétorienne disqualifiée

La disqualification formelle prononcée par *Gambini* n'a pas emporté l'extinction matérielle de la catégorie. En effet, le service public social ressurgit dans les interstices du contentieux contemporain. Il survit fonctionnellement quoique désactivé formellement. Sa métamorphose paradigmatique en révèle la fécondité persistante. Cette résilience procède de deux mouvements distincts. La survie fonctionnelle au-delà de la disqualification formelle **(A)** précède la métamorphose paradigmatique d'un objet juridique indomptable **(B)**. Elle exprime la temporalité paradoxale d'une catégorie qui meurt sans cesser de vivre.

A. La survivance fonctionnelle au-delà de la disqualification formelle

La survie fonctionnelle s'apprécie sur deux registres complémentaires. La permanence des critères matériels dans la jurisprudence postérieure **(1)** atteste d'une fidélité méthodologique du juge à des modes de raisonnement hérités de *Naliato*. La résurgence dans le droit positif contemporain **(2)** révèle, la vitalité d'une catégorie que le législateur et le juge constitutionnel ont réinvestie sous des dénominations renouvelées.

⁹²POCHARD (M.), « Le statut général des fonctionnaires : permanences et adaptations », *Pouvoirs*, n° 117, 2006, pp. 33-46.

⁹³Décret n° 2009-277/PR du 11 novembre 2009 portant Code des marchés publics et délégations de service public en République togolaise, *Journal officiel de la République togolaise*, n° 41 bis, 67e année, 7 octobre 2022.

⁹⁴ALLAIRE (F.), *L'essentiel du droit des marchés publics*, Paris, Gualino, coll. « Les Carrés », 15e éd., 2022-2023.

⁹⁵Voir, sur le contentieux du Conseil constitutionnel en matière sociale, LAVROFF (D. G.), *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 3e éd., 1999.



1. La permanence des critères matériels dans la jurisprudence postérieure

L'immutabilité fonctionnelle se manifeste, en premier lieu, par la constance du raisonnement par indices matériels dans la qualification des services à finalité sociale. Certains auteurs ont identifié une résurgence hypothétique de cette catégorie⁹⁶. Tel est le constat dressé par Rémi Radiguet dans sa thèse primée consacrée au service public environnemental⁹⁷. Thèse dans laquelle l'auteur soutient l'idée d'un dépassement fonctionnel des catégories SPA/SPIC et celle de l'hypothétique résurgence des services publics sociaux. Cette résurgence trouve une illustration jurisprudentielle remarquable dans l'arrêt *APREI*⁹⁸.

Le Conseil d'État, statuant en Section du contentieux le 22 février 2007, a précisé les critères d'identification d'un service public géré par une personne privée. La décision concernait l'Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés. Cette approche fonctionnelle ouvre la voie à une catégorisation fondée sur la spécificité de l'intérêt général poursuivi⁹⁹. Une seconde illustration mérite mention. Il s'agit de l'arrêt *GIP Habitat et interventions sociales* rendu par le Tribunal des conflits le 14 février 2000¹⁰⁰. Le juge des conflits y reconnaît un régime spécifique aux groupements d'intérêt public chargés d'une mission sociale. Cette solution se situe en marge de la dichotomie binaire classique. Elle accrédite l'idée d'un traitement spécifique réservé aux services à objet social. L'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* illustre également une forme moderne de cette survivance en permettant aux personnes publiques de créer des services publics sociaux concurrents, dès lors qu'ils répondent à un besoin de la population, sans être limités par la seule carence de l'initiative privée.

La méthode du faisceau d'indices, mobilisée par les juridictions pour qualifier les services publics, témoigne de la même filiation. Elle consiste à apprécier la nature publique ou privée d'un service à partir d'un ensemble de critères concourants¹⁰¹. Origine et financement, mode

⁹⁶ THAUVIN (T.), *Les services sociaux en droit de l'Union européenne*, thèse dactylo., Univ. Paris1 Panthéon-Sorbonne, 2014.

⁹⁷ RADIGUET (R.), *Le service public environnemental*, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, 2016, Prix de thèse, section intitulée « Pour un dépassement fonctionnel des catégories SPA/SPIC : l'hypothétique résurgence des services publics sociaux ».

⁹⁸ CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, n° 264541, Rec. Lebon p. 92 ; AJDA 2007, p. 793, chron. LENICA (F.) et BOUCHER (J.) ; RFDA 2007, p. 803, note BOITEAU (C.) ; JCP A 2007, n° 2066, concl. VEROT (C.) et note ROUAULT (M.-C.) ; JCP G 2007, I, 166, chron. PLESSIX (B.).

⁹⁹ RADIGUET (R.), *op. cit.*.

¹⁰⁰ TC, 14 février 2000, *GIP « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abri » c/ Mme Verdier*, Rec. Lebon. La décision consacre un régime spécifique aux groupements d'intérêt public à mission sociale.

¹⁰¹ Sur la méthode du faisceau d'indices, voir LONG et al., *GAJA, op. cit.*, commentaire n° 79 (Berkani) ; STAHL



d'organisation, prérogatives de puissance publique, contrôle administratif et finalité poursuivie composent les indices de cette analyse. Cette méthode, codifiée par la jurisprudence *APREI* du 22 février 2007 du Conseil d'État¹⁰², se rapproche, dans son esprit, du raisonnement *Naliato*. Elle privilégie l'examen empirique sur la qualification a priori. Elle ouvre ainsi un espace pour la prise en compte des spécificités sociales, sans avoir besoin de mobiliser une catégorie autonome.

Le contentieux contemporain des conventions de droit social offre une autre illustration de cette régularité. La décision *Bonnefoi* du 13 décembre 2010 maintient, l'héritage des critères matériels dans le traitement des contrats des agents des services à finalité sociale¹⁰³. La jurisprudence *Préfet de la Drôme* du 17 octobre 2011 confirme, dans le même sens, que la qualification des contrats des agents non titulaires des services publics demeure tributaire d'une analyse concrète de leurs fonctions¹⁰⁴. Cette continuité méthodologique manifeste la résilience d'un mode de raisonnement que *Gambini* n'a nullement aboli en pratique.

La doctrine contemporaine prend acte de cette constance avec une lucidité croissante. Jean-François Lachaume dans un ouvrage de référence, souligne que les services à finalité sociale continuent de mobiliser des grilles d'analyse spécifiques¹⁰⁵. De son côté, Benoît Plessix observe, dans le même sens, la dimension symbolique persistante d'une catégorie disqualifiée mais opérante¹⁰⁶. Cette lecture doctrinale conforte l'hypothèse d'une survivance fonctionnelle. La désactivation formelle prononcée par *Gambini* n'a pas emporté l'extinction des modes de raisonnement qu'elle entendait écarter. La permanence des critères matériels dans le domaine social, atteste de la fécondité méthodologique de l'héritage *Naliato*.

Les contentieux contemporains des centres communaux d'action sociale, des centres d'hébergement et de réinsertion sociale et des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes confirment cette constance méthodologique. La décision *Mme Alberti-Scott c/ Commune de Tournefort* du Tribunal des conflits du 21 mars 2005 illustre la persistance d'une analyse fondée sur le faisceau d'indices¹⁰⁷, une technique codifiée par la jurisprudence

(J.-H.), CHAUVVAUX (D.), chron. *AJDA* 1996, p. 355.

¹⁰²CE Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, Rec. Lebon, p. 92, concl. VÉROT (C.) ; *AJDA* 2007, p. 793, chron. LENICA (F.), BOUCHER (J.).

¹⁰³TC, 13 décembre 2010, *Mme Bonnefoi c/ La Poste*, n° 3784, Rec. Lebon, p. 596.

¹⁰⁴TC, 17 octobre 2011, *Préfet de la Drôme c/ Cour d'appel de Grenoble*, n° 3828, Rec. Lebon, p. 698 (renouvellement de la qualification des contrats des agents non titulaires des services publics).

¹⁰⁵LACHAUME (J.-F.), (dir.), *Droit des services publics*, LexisNexis, 2015, n° 312 et suiv.

¹⁰⁶PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, op. cit., n° 1024 (sur la dimension symbolique des catégories disqualifiées).

¹⁰⁷Voir LACHAUME (J.-F.), (dir.), *Droit des services publics*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 4e éd., 2018, n° 312 et suiv..



*Union syndicale des industries aéronautiques*¹⁰⁸ pour la distinction SPA/SPIC, et utilisée dans l'arrêt *APREI*¹⁰⁹ pour l'identification des missions de service public confiées à des organismes privés, s'applique avec une prédilection particulière au champ des services à finalité sociale. La méthode, certes, ne revendique plus l'étiquette *Naliato*. Elle en perpétue néanmoins l'esprit, en privilégiant l'analyse concrète sur la qualification abstraite.

La stabilité des critères matériels se voit clairement dans la jurisprudence sur la qualification des contrats des agents des services publics sociaux locaux. Par un arrêt du 18 décembre 2013, la Chambre sociale de la Cour de cassation a gardé une approche qui repose sur une analyse concrète des fonctions réellement exercées. Le contentieux d'aujourd'hui montre donc une fidélité méthodologique qui contredit toute idée de disqualification formelle. Sébastien Vandeleene a, pour sa part, analysé la mutation contemporaine du service public dans le droit belge, montrant des convergences avec l'expérience française¹¹⁰. La résilience méthodologique transcende les frontières juridictionnelles nationales.

2. La résurgence dans le droit positif contemporain

La résurgence du service public social dans le droit positif contemporain procède, en premier lieu, du mouvement législatif d'institutionnalisation de l'État social. Les lois de décentralisation de 1983 ont opéré un transfert massif des compétences sociales aux collectivités territoriales¹¹¹. La loi du 2 janvier 2002, rénovant l'action sociale et médico-sociale, a refondu l'architecture institutionnelle du secteur¹¹². La loi du 11 février 2005, pour l'égalité des droits et des chances, a consacré une approche transversale des droits sociaux des personnes en situation de handicap¹¹³. La loi du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active a parachevé cette construction¹¹⁴.

Le Code de l'action sociale et des familles, dans sa version consolidée, donne une assise codifiée à cet édifice législatif¹¹⁵. Michel Borgetto et Robert Lafore, dans leur ouvrage de

¹⁰⁸ CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. , p. 434.

¹⁰⁹ CE, Sect., 22 février 2007, *Association du Personnel Relevant des Établissements pour Inadaptés (A.P.R.E.I.)*, n° 264541

¹¹⁰ VANDELEENE (S.), *Le service public en mutation*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

¹¹¹ Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, JORF 9 janvier 1983.

¹¹² Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF 3 janvier 2002.

¹¹³ Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF 12 février 2005.

¹¹⁴ Loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion, JORF 3 décembre 2008.

¹¹⁵ Code de l'action sociale et des familles, version consolidée. Sur l'architecture du dispositif, voir BORGETTO



référence, ont souligné la cohérence de l'architecture du dispositif et la spécificité des règles applicables aux services qui le mettent en œuvre¹¹⁶. La doctrine spécialisée, sous la plume de Robert Pellet, a mis en évidence la singularité du régime financier de la protection sociale, irréductible aux schémas du droit administratif classique¹¹⁷. La résurgence se manifeste par la consolidation d'un corpus normatif spécifique aux activités à finalité sociale.

Le juge constitutionnel a contribué, à son tour, à la consolidation de cette catégorie nouvelle. La décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 reconnaît, dans le cadre du contrôle de la loi sur les privatisations, l'existence d'un noyau dur de services publics constitutionnellement protégés¹¹⁸. La doctrine, sous la plume de Louis Favoreu, a interprété cette jurisprudence comme la consécration d'un bloc social constitutionnel intégré au bloc de constitutionnalité¹¹⁹. La décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, à propos de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, a confirmé cette tendance¹²⁰. Le Conseil constitutionnel français y reconnaît, la singularité des dispositifs de protection sociale dans l'économie générale du droit français.

Le droit de l'Union européenne a, parallèlement, consacré une catégorie autonome de services sociaux d'intérêt général. La Communication de la Commission européenne du 26 avril 2006 a institutionnalisé cette catégorie en lui reconnaissant une singularité régulatoire¹²¹. La directive 2006/123/CE, dite directive « services », exclut expressément, en son article 2 § 2 (j), les services sociaux d'intérêt général de son champ d'application¹²². Cette reconnaissance a été confirmée par la jurisprudence *Femarbel* du 11 juillet 2013 a précisé les contours de cette exclusion¹²³. De son côté, Pierre Bauby a souligné les implications de cette européanisation dans la reconfiguration des catégories nationales¹²⁴.

Le retour du service public social sous des formes nouvelles montre bien qu'il a la peau

(M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, LGDJ, coll. « Domat », 11^e éd., 2021.

¹¹⁶BORGETTO (M.), LAFORE (R.), *Droit de l'aide et de l'action sociales*, op. cit., n° 27 et suiv.

¹¹⁷PELLET (R.), *Droit financier de la protection sociale*, Paris, Economica, 2018.

¹¹⁸Cons. const., décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. p. 61.

¹¹⁹FAVOREU (L.), « Bloc de constitutionnalité », *Dictionnaire constitutionnel*, DUHAMEL (O.), MENY (Y.) [dir.], Paris, Presses universitaires de France, 1992, pp. 87-89.

¹²⁰Cons. const., décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, Rec. p. 817.

¹²¹Sur les services sociaux d'intérêt général en droit de l'Union européenne, voir Communication de la Commission, *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*, COM(2006) 177 final.

¹²²Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOCE L 376 du 27 décembre 2006, p. 36, art. 2 § 2 (j) (exclusion des services sociaux d'intérêt général).

¹²³CJUE, 11 juillet 2013, *Femarbel*, aff. C-57/12, Rec. numérique, EU:C:2013:517 (qualification de service social et frontières du champ d'application de la directive « services »).

¹²⁴BAUBY (P.), « L'européanisation des services publics », loc. cit., spéc. pp. 30-35.



dure. Même si la catégorie d'origine a officiellement disparu, ça n'a pas empêché, et peut-être même aidé, de voir émerger d'autres constructions juridiques qui en reprennent l'esprit. Entre le service social d'intérêt général au niveau européen, le service public social inscrit dans la Constitution française, et les services sociaux issus de la décentralisation, on retrouve en fait les mêmes ressorts, juste habillés différemment. S'agissant de l'État, la constitutionnalisation des services publics par le Préambule de 1946, influencée par les travaux du Conseil national de la Résistance, a marqué une étape importante. Même si la portée de celle-ci a pu être discutée d'un point de vue constitutionnel¹²⁵, pour le juge administratif, elle aurait favorisé l'apparition d'une « exception française »¹²⁶. Diane Roman y voit l'expression d'une mutation d'un État protecteur dont les modalités juridiques ont changé sans que la finalité se soit déplacée¹²⁷. Cette lecture conforte l'hypothèse d'une survivance par métamorphose.

La jurisprudence *APREI* du 22 février 2007 et la décision *Société UGC-Ciné-Cité* du 5 octobre 2007 prolongent, dans une perspective renouvelée, la réflexion ouverte par *Naliato*¹²⁸. Ces décisions consacrent un faisceau d'indices permettant d'identifier l'existence d'une mission de service public confiée à des organismes privés. Elles intègrent, parmi les critères pertinents, l'intérêt général de l'activité, la qualification donnée à l'organisme par les pouvoirs publics et les modalités de son contrôle. La parenté entre cette méthode et le raisonnement *Naliato* n'a pas échappé à la doctrine. La filiation se manifeste dans la valorisation des indices matériels au détriment d'une qualification abstraite¹²⁹. La résurgence se révèle non pas dans la dénomination, mais dans la méthode même qui caractérise le raisonnement contemporain.

La résurgence dans le droit positif s'étend, *lato sensu*, aux dispositifs ultramarins. La législation relative aux Antilles-Guyane a consacré des mécanismes d'action sociale spécifiques que la qualification administrative classique peine à appréhender¹³⁰. La loi n° 75-535 du 30 juin 1975 sur les institutions sociales et médico-sociales avait, antérieurement, jeté les bases d'une architecture institutionnelle dense¹³¹. Sa refonte par la loi du 2 janvier 2002 a

¹²⁵ ESPLUGAS (P.), « La constitutionnalisation du service public un tigre de papier ? », *La Revue administrative* n° 290, 1996. 162-165

¹²⁶ NICINSKI S., « Les services sociaux devant le Conseil d'État : la construction d'une exception française », *AJDA* 2008. 185

¹²⁷ ROMAN (D.), *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2002.

¹²⁸ CE, 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-Cité*, n° 298773, Rec. Lebon, p. 419 (extension des critères d'identification du service public à l'intervention sociale).

¹²⁹ Sur la postérité doctrinale du raisonnement par indices, voir BUI-XUAN (O.), *Le droit public*, Paris, Ellipses, 3^e éd., 2017.

¹³⁰ Sur la mutation des services publics aux Antilles-Guyane et leur dimension sociale, voir DANIEL (J.), « Les enjeux de la décentralisation outre-mer », *Pouvoirs dans la Caraïbe*, n° 16, 2010, pp. 47-66.

¹³¹ Loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales, JORF 1^{er} juillet 1975 (texte abrogé par la loi du 2 janvier 2002).



confirmé la spécificité du secteur social tout en intégrant ses dispositifs dans le droit commun de la commande publique. Cette intégration n'a pas effacé la spécificité matérielle des activités concernées. Elle l'a, en revanche, encadrée par des règles procédurales communes. La doctrine économique, sous la plume de Manuel Marian, a souligné les enjeux de cette mutation pour l'économie sociale et solidaire¹³². Bernard Edelman, dans une perspective philosophique, a inscrit ces dispositifs dans une réflexion sur *La personne en danger*, entendu ici le sujet de droit en danger¹³³.

B. L'évolution conceptuelle d'un objet juridique évanescent

La métamorphose paradigmatique parachève la résilience de la catégorie. Elle s'observe sous deux angles complémentaires. La transposition aux contextes africains francophones **(1)** atteste de la fécondité géographique de la catégorie disqualifiée. La fertilité doctrinale persistante **(2)** en révèle la valeur heuristique pour l'analyse du droit administratif contemporain.

1. La transposition aux contextes africains francophones

La transposition de la *summa divisio* française aux États d'Afrique francophone procède d'un mouvement de réception massif. Jean du Bois de Gaudusson a analysé les ressorts de ce que l'on a pu nommer le mimétisme constitutionnel postcolonial¹³⁴. Gérard Conac a recensé, dans son ouvrage collectif consacré aux institutions administratives des États francophones d'Afrique noire, la pénétration des catégories du droit administratif français dans les ordres juridiques nationaux¹³⁵. Joseph Owona, dans son *Droit administratif spécial des États d'Afrique francophone*, a inventorié les emprunts ainsi opérés¹³⁶.

Cette réception n'a pas été exempte de tensions. Stéphane Bolle, à propos des constitutions « made in » Afrique, a souligné les difficultés de cette importation, oscillant entre la fidélité au

¹³²Sur la lecture économique des services à finalité sociale, voir MARIAN (M.), *Économie sociale et politiques publiques*, Paris, Economica, 2012.

¹³³Sur la philosophie du sujet de droit, voir EDELMAN (B.), *La personne en danger*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

¹³⁴DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Le mimétisme constitutionnel postcolonial. Études et essais sur la réception du modèle français », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 45-55.

¹³⁵CONAC (G.) [dir.], *Les institutions administratives des États francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, 1979.

¹³⁶OWONA (J.), *Droit administratif spécial des États d'Afrique francophone*, Paris, EDICEF, 1995.



modèle d'origine et l'adaptation aux réalités locales¹³⁷. F. Bankounda-Mpele a montré, dans une analyse critique du présidentielisme africain, que la réception se conjugue souvent avec une hypertrophie des pouvoirs exécutifs ne correspondant pas au modèle français¹³⁸. Maurice Kamto, dans son ouvrage fondateur, avait plaidé pour une refondation des catégories juridiques sur les fondements de la culture africaine. La doctrine africaine contemporaine, sous la plume de Roger Ngando Sandje, prolonge cette réflexion en interrogeant les rapports entre État et nation dans le constitutionnalisme africain¹³⁹.

Le cas togolais illustre les vicissitudes de cette transposition. La Constitution togolaise du 6 mai 2024 consacre, en ses articles 16 et 17 de la *Déclaration solennelle des droits et devoirs fondamentaux des personnes et des citoyens*, annexée au texte principal, un ensemble de droits sociaux articulés autour de la dignité humaine, de l'éducation et de la santé¹⁴⁰. Le régime institué par cette Constitution s'inscrit dans une dynamique de redéfinition des rapports entre l'État et les citoyens. Le décret n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 a fixé l'architecture du ministère de l'Action sociale et de la Solidarité nationale¹⁴¹. La volonté de l'Etat de satisfaire des besoins à caractère social transparaît aussi dans certains textes en vigueur, tel que le code des marchés publics¹⁴². Le principe de l'achat public durable s'y décline comme « *tout achat public d'une autorité contractante qui intègre des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social, et favorise le développement économique...* »¹⁴³. De plus, dans l'optique de la détermination des besoins à satisfaire, le code des marchés publics dispose que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision, par les autorités contractantes. Ainsi, chaque autorité contractante réserve annuellement une part minimale des marchés de travaux, de fourniture de biens ou de services non complexes aux entreprises appartenant aux personnes en situation de handicap, aux jeunes et femmes entrepreneurs togolais, aux entreprises régies par la charte des très petites, petites et moyennes entreprise, aux entrepreneurs agricoles et aux artisans ou entreprises organisées sous

¹³⁷BOLLE (S.), « Des constitutions « made in » Afrique », communication au VI^e Congrès français de droit constitutionnel, Université Paul Valéry-Montpellier III, CERCOP/CERDRADI, mai 2005, 24 p.

¹³⁸BANKOUNDA-MPELE (F.), « Repenser le président africain », communication au VII^e Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 2008.

¹³⁹NGANDO SANDJE (R.), *État et nation dans le constitutionnalisme africain*, thèse, cotut. Bourgogne/Douala, 2013, tel-01165757.

¹⁴⁰Constitution togolaise du 6 mai 2024, Articles 16 et 17 de la *Déclaration solennelle des droits et devoirs fondamentaux des personnes et des citoyens* (droits sociaux, droits à l'éducation et à la santé).

¹⁴¹Décret togolais n° 2009-296/PR du 30 décembre 2009 portant attributions, organisation et fonctionnement du ministère de l'Action sociale et de la Solidarité nationale (régime antérieur, encore partiellement en vigueur).

¹⁴²JORT, n° 41 bis, 7 octobre 2022, 67^e année, *Décret n° 2022-080/PR du 06/07/2022 portant Code des marchés publics*

¹⁴³Article 1^{er}.



forme de coopératives, associations dont le fonctionnement et les activités sont fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale¹⁴⁴.

Les enjeux de la qualification se posent, dans le contexte togolais, avec une intensité particulière. Frédéric Allaire, dans son ouvrage de synthèse sur le droit des marchés publics, a souligné l'importance de la qualification des activités dans la détermination des règles de passation et d'exécution. L'Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général influe sur la nature juridique des opérations contractuelles concernées¹⁴⁵. Le Traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine, signé à Dakar le 10 janvier 1994, encadre les politiques sectorielles ayant un volet social¹⁴⁶. La doctrine togolaise s'est emparée de ces enjeux, comme en témoignent les travaux récents sur les vicissitudes du double degré de juridiction dans le contentieux administratif¹⁴⁷. La justice constitutionnelle africaine apporte, à son tour, une contribution originale au traitement des activités sociales. Théodore Holo a analysé l'émergence de cette justice et son rôle dans la consolidation de l'État de droit¹⁴⁸. Émilien Kourouma a étudié la transposition de la jurisprudence française relative à la protection de la santé aux États d'Afrique francophone¹⁴⁹. Kakatika Akpatcha, dans sa thèse comparée Togo/Côte d'Ivoire, a montré comment le Premier ministre opère, dans ces systèmes, un rôle d'arbitrage des politiques sociales¹⁵⁰. Khali Thiam, dans une perspective continentale, a souligné les difficultés du contrôle de l'exécutif dans la création de l'État de droit¹⁵¹. La singularité africaine du service public social s'inscrit, *in fine*, dans le débat plus large sur la rencontre entre normativité et légitimité que la doctrine récente a mis en lumière¹⁵².

Le contentieux ouest-africain offre, dans une perspective élargie, des illustrations supplémentaires. La loi béninoise n° 96-019 du 28 juin 1996 sur la décentralisation a transféré aux collectivités locales l'essentiel des compétences sociales¹⁵³. La loi sénégalaise n° 96-07 du 22 mars 1996 a opéré un mouvement analogue¹⁵⁴. Ce double mouvement de décentralisation

¹⁴⁴ Article 17

¹⁴⁵ Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général, adopté le 15 décembre 2010 (révisé). Voir POUGOUE (P.-G.) [dir.], *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011.

¹⁴⁶ Traité de l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), Dakar, 10 janvier 1994, modifié.

¹⁴⁷ LAWSON (H. N. A. T.), « Les vicissitudes du double degré de juridiction... », *op. cit.*, spéc. pp. 55 et suiv.

¹⁴⁸ HOLO (T.), « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 101-114.

¹⁴⁹ KOUROUMA (E.), *La protection de la santé par le juge constitutionnel français : transposition aux États d'Afrique francophones*, thèse, Aix-Marseille Université, dir. G. Nicolas, 2022.

¹⁵⁰ AKPATCHA (K. D.), *Le Premier ministre en Afrique noire francophone. Analyses comparées Togo/Côte d'Ivoire*, thèse, Université Grenoble Alpes, dir. R. Rambaud, 2021, tel-03711393.

¹⁵¹ THIAM (K.), *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'État de droit en Afrique francophone*, thèse, Université de Bordeaux, dir. A. B. Fall, 2018, tel-02115437.

¹⁵² LAWSON (H. N. A. T.), « La rencontre de la normativité et de la légitimité... », *op. cit.*, spéc. pp. 350-360.

¹⁵³ Loi n° 96-019 du 28 juin 1996 sur la décentralisation au Bénin, *Journal officiel de la République du Bénin*, 1996.

¹⁵⁴ Loi sénégalaise n° 96-07 du 22 mars 1996 portant transfert de compétences aux régions, communes et



s'est accompagné, d'une multiplication des dispositifs hybrides relevant de la qualification de service public social. La doctrine ouest-africaine, sous la plume de Jean-Didier Boukongou, en a fait un objet d'analyse privilégié¹⁵⁵. Le constitutionnalisme africain contemporain s'est, par ailleurs, saisi de ces questions. Ismaïla Madior Fall a souligné les enjeux de la consolidation des droits sociaux dans l'évolution constitutionnelle sénégalaise¹⁵⁶. Marcellin Ondo, pour sa part, a inventorié les pratiques camerounaises de qualification des services à finalité sociale¹⁵⁷.

La spécificité des contextes africains francophones se manifeste dans la jurisprudence des juridictions administratives nationales. On note en droit camerounais que Célestin Keutcha Tchapnga a inventorié les pratiques contentieuses qui mobilisent des grilles d'analyse héritées du droit français¹⁵⁸. En Côte d'Ivoire, Alain-Serge Mescheriakoff avait, dès 1982, posé les fondements d'une analyse comparée du contentieux administratif¹⁵⁹. Alain Garapon, dans une perspective transdisciplinaire, a mis en lumière la dimension rituelle du jugement, dont la qualification des activités sociales constitue un cas d'école¹⁶⁰. La singularité africaine du service public social s'inscrit dans une dynamique d'appropriation créatrice du droit administratif d'importation. Alain Supiot, dans sa critique du droit du travail, a posé les jalons d'une réflexion sur le « droit des faibles » dont la pertinence pour le contexte africain est manifeste¹⁶¹.

2. La fécondité doctrinale persistante

La fécondité doctrinale du service public social s'atteste, en premier lieu, par la productivité interprétative qu'il continue de susciter. Loin d'avoir été enseveli avec *Gambini*, la catégorie demeure mobilisée dans les analyses contemporaines du service public. En effet, Pierre Bauby a fait du service public social un cas d'école pour penser les transformations de la notion de

communautés rurales, *Journal officiel de la République du Sénégal*, 1996.

¹⁵⁵Sur la dimension comparative ouest-africaine des services publics, voir BOUKONGOU (J. D.), « Les services publics dans les États africains : entre permanence et mutations », *Annales de l'Université de Douala*, vol. 11, 2011, pp. 67-92.

¹⁵⁶Sur les réformes constitutionnelles ouest-africaines récentes, voir FALL (I.M.), *Évolution constitutionnelle du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2009.

¹⁵⁷Pour une réflexion comparée africaine, voir ONDOA (M.) [dir.], *Droit administratif et institutions administratives au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2013.

¹⁵⁸Sur l'histoire intellectuelle des SPS au Cameroun, voir KEUTCHA TCHAPNGA (C.), *Droit administratif au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2017.

¹⁵⁹Voir, dans le contexte africain, MESCHERIAKOFF (A.-S.), *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982.

¹⁶⁰Voir, dans une perspective transdisciplinaire, GARAPON (A.), *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2^e éd., 2010.

¹⁶¹Sur le droit social comme « droit des faibles », voir SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*, Paris, Presses universitaires de France, 2^e éd., 2007.



service public à l'ère européenne¹⁶². De même, Jacques Chevallier en a tiré matière à réflexion sur la dimension axiologique du service public et sur la place de l'intérêt général dans le contentieux administratif¹⁶³. La catégorie disqualifiée opère comme un laboratoire conceptuel ouvert.

La métaphore du Janus juridique, mobilisée comme grille herméneutique, conserve sa pertinence pour l'analyse contemporaine. La duplicité du service public social entre régime public et régime privé, entre qualification autonome et assimilation analogique, illustre cette ambivalence. Le recours à la métaphore du Janus juridique offre un outil d'intelligibilité des catégories à double face que le droit administratif contemporain multiplie. Les services d'intérêt économique général, les services sociaux d'intérêt général, les opérateurs en charge de missions de service public composent autant de figures contemporaines de cette dualité initiale. La métaphore du Lazare juridique complète, cette herméneutique. Elle exprime la temporalité paradoxale d'une catégorie qui meurt sans cesser de vivre¹⁶⁴. Paul Ricœur, dans *La métaphore vive*, a montré comment la métaphore opère une re-description du monde par déplacement sémantique¹⁶⁵. La métaphore du Lazare juridique déplace, en droit, la question de l'extinction d'une catégorie de la simple disparition à la résurgence sous des formes renouvelées. François Ost, dans *Raconter la loi*, a montré la fécondité d'une telle approche pour penser l'imaginaire juridique. Cette perception offre un modèle d'intelligibilité pour les phénomènes de réémergence normative. La fertilité philosophique du double mythologique se manifeste, en outre, dans la réflexion contemporaine sur l'identité narrative des catégories juridiques. Paul Ricœur, dans *Soi-même comme un autre*, a élaboré le concept d'identité narrative comme dialectique entre régularité et changement¹⁶⁶. Cette grille s'applique aux catégories juridiques. Le service public social, dans son trajet de *Naliato* à la jurisprudence contemporaine, présente une identité narrative dont la cohérence se construit dans la traversée des disqualifications¹⁶⁷. Christian Atias a, dans une perspective épistémologique, montré comment la fécondité doctrinale procède souvent de la réflexion sur les catégories disqualifiées¹⁶⁸.

Une autre illustration s'observe en droit communautaire européen avec l'apparition du

¹⁶²BAUBY (P.), *Service public, services publics*, op. cit., conclusion.

¹⁶³CHEVALLIER (J.), *Le service public*, op. cit., spéc. chap. III.

¹⁶⁴Sur la résilience normative comme catégorie d'analyse, voir OST (F.), *Le temps du droit*, op. cit., spéc. pp. 309 et suiv.

¹⁶⁵RICŒUR (P.), *La métaphore vive*, Paris, Seuil, 1975.

¹⁶⁶RICŒUR (P.), *Soi-même comme un autre*, op. cit., spéc. études 7 et 8 (l'identité narrative).

¹⁶⁷LAWSON (H. N. A. T.), « La rencontre de la normativité et de la légitimité... », op. cit.

¹⁶⁸Pour une réflexion d'épistémologie juridique sur la fécondité doctrinale des catégories disqualifiées, voir ATIAS (Ch.), *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2002.



service social d'intérêt général. C'est donc vers la doctrine qu'il convient de se tourner pour tenter d'en faire ressortir les lignes-forces et d'en expliquer l'ordonnancement¹⁶⁹. Déjà, le service social apparaissait comme le fondement de la fonction étatique dans la doctrine exposée par Léon Duguit en 1913. L'attention de Marcel Waline se portait sur la notion « d'activités semblables ou non à des activités privées », qui évoque celle d'activité économique désormais prévalente¹⁷⁰. Comme à l'époque, on note aujourd'hui « le caractère imprécis de la notion de services sociaux ». Pourtant, Maryse Deguerge¹⁷¹ relève que le service social paraît pouvoir tirer sa spécificité de « son caractère collectif et son attachement au développement de l'humain » et présenter deux éléments d'autonomie, l'un d'ordre philosophique, son fondement sur le principe de solidarité, l'autre d'ordre économique, l'absence de but lucratif, même si la caractérisation de la nature d'une activité par les conditions de son fonctionnement « revient à confondre la définition et le régime juridique qu'elle induit ».

Si le service public social désigne l'activité d'intérêt général destinée à la satisfaction de besoins liés à la condition humaine¹⁷², son champ recouvre la santé, l'enseignement, l'aide aux personnes vulnérables¹⁷³. La pensée classique a posé les jalons d'un État protecteur, matrice du service public social. La philosophie contemporaine en a parachevé l'exigence par une théorisation de la justice, de la providence publique. Les contractualistes des XVII^e et XVIII^e siècles érigent la prestation publique en finalité du pouvoir politique. Le pacte social institue un souverain absolu chargé de garantir la sûreté collective. Cette mission, débordant l'ordre régalién, englobe tout ce qui concourt à la conservation matérielle des sujets¹⁷⁴. La doctrine administrative y reconnaît la matrice des prestations publiques de protection, de la santé publique aux secours d'urgence¹⁷⁵. John Locke confie au gouvernement la mission de préserver la vie, la liberté, la propriété¹⁷⁶. Cette mission appelle des prestations destinées à rendre effective la jouissance des droits naturels¹⁷⁷. Jean-Jacques Rousseau renchérit en plaçant l'égalité au cœur du pacte social. La fécondité doctrinale du service public social procède de sa capacité à servir d'opérateur conceptuel pour penser les transformations contemporaines de

¹⁶⁹ THIEFFRY (P.), « Une année en demi-teinte pour les services sociaux d'intérêt général », *AJDA* 2008, p.176.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ DEGUERGUE (M.), *op. cit.*

¹⁷² VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, t. 2, Paris, P.U.F., coll. « Thémis droit », 12^e éd., 1992, p. 692 et s.

¹⁷³ TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, P.U.F., coll. « Thémis droit », 9^e éd., 2021, p. 354.

¹⁷⁴ ZARKA (Y. CH.), *Hobbes et la pensée politique moderne*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige », 1995, p. 174.

¹⁷⁵ FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., coll. « Précis Domat », 13^e éd., 2019, n° 678.

¹⁷⁶ LOCKE (J.), *Le second traité du gouvernement* (1689), trad. fr. J.-F. SPITZ, Paris, P.U.F., 1994, § 124, p. 99.

¹⁷⁷ SPITZ (J.-F.), *John Locke et les fondements de la liberté moderne*, Paris, P.U.F., 2001, p. 213.



l'État. Pierre Rosanvallon, dans son analyse de la nouvelle question sociale, a montré comment l'État-providence se reconfigure sous l'effet des contraintes économiques et des mutations sociales¹⁷⁸. La catégorie disqualifiée par *Gambini* invite à repenser la *summa divisio* des services publics à l'aune des défis contemporains. La résistance de l'objet juridique se révèle comme l'expression d'une vitalité conceptuelle qui dépasse les vicissitudes de la qualification jurisprudentielle¹⁷⁹.

La fécondité doctrinale du double mythologique trouve son aboutissement dans la philosophie politique du droit contemporain. La métaphore de *Janus*, en sa dualité constitutive, éclaire les tensions entre la dimension institutionnelle du service public et sa dimension fonctionnelle. La métaphore de *Lazare*, en sa résurgence improbable, traduit la résilience d'un imaginaire juridique que les mutations gestionnaires n'ont pas réussi à dissoudre. Ces deux métaphores, loin de s'opposer, se complètent. Elles forment les deux faces d'une même réalité juridique. Paul Esmein, dans son article fondateur de 1956, avait pressenti cette dualité dans son analyse de la distinction entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux¹⁸⁰. La portée heuristique du double mythologique se révèle dans sa capacité à fournir un cadre interprétatif unifié pour des phénomènes que la dogmatique strictement positiviste peine à articuler. L'obstination de l'objet juridique étudié appelle, un dépassement des grilles d'analyse purement formelles vers une herméneutique attentive à la dimension symbolique des catégories juridiques¹⁸¹.

CONCLUSION

Au terme de cette réflexion, la trajectoire du service public social autorise une réponse nuancée à l'interrogation centrale. La catégorie consacrée par l'arrêt *Naliato* du 22 janvier 1955, puis désactivée par la décision *Gambini* du 4 juillet 1983, n'a pas connu l'extinction que sa disqualification formelle laissait présager¹⁸². Sa duplicité native a scellé un destin

¹⁷⁸Voir aussi ROSANVALLON (P.), *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Paris, Seuil, 1995.

¹⁷⁹Sur l'interprétation de la métaphore comme outil de pensée juridique, voir MAINGUY (D.), *Introduction générale au droit*, Paris, LexisNexis, 8^e éd., 2020.

¹⁸⁰ESMEIN (P.), « La distinction des services publics administratifs et industriels et commerciaux », *loc. cit.*

¹⁸¹Sur la métaphore comme outil herméneutique en droit, voir OST (F.), *Raconter la loi*, *op. cit.*, spéc. chap. I.

¹⁸²TC, 22 janvier 1955, *Naliato c/ État*, n° 1511, Rec. Lebon, p. 614 ; TC, 4 juillet 1983, *Gambini c/ Ville de Puteaux*, n° 02306, Rec. Lebon, p. 540.



contradictoire. Conçue comme un genre intermédiaire au sein de la *summa divisio* des services publics, elle portait en elle l'ambivalence qui devait la perdre, avant de la maintenir en survie¹⁸³.

La démonstration a révélé deux mouvements solidaires. La consécration d'une qualification autonome s'est heurtée à la résistance des juridictions suprêmes ainsi qu'à la critique dogmatique de Charles Eisenmann¹⁸⁴. La disqualification prononcée par le juge des conflits n'a pourtant pas emporté la disparition matérielle de la catégorie¹⁸⁵. Les critères forgés en 1955 irriguent encore l'action sociale, les services sociaux d'intérêt général et le contentieux des agents publics. La figure de *Janus* éclaire cette ambivalence ; celle du *Lazare juridique* en explique la résurgence¹⁸⁶.

Cette résilience excède le cadre originel du droit administratif français. Les ordres juridiques africains francophones, héritiers de la dichotomie reçue, mobilisent des dispositifs hybrides que les classifications anciennes peinent à appréhender¹⁸⁷. Le service public social y offre une grille de lecture féconde pour saisir l'État social en construction sur le continent¹⁸⁸.

La leçon excède le cas examiné. Une catégorie disqualifiée n'est pas une catégorie morte¹⁸⁹. Elle subsiste dans les méthodes, les concepts et les imaginaires que le juge mobilise sans les revendiquer. Cette temporalité contradictoire invite à repenser la nature même des constructions prétoriennes¹⁹⁰. Reste à savoir si le constitutionnalisme social africain saura consacrer en droit positif ce que la jurisprudence a longtemps refoulé dans ses marges. Telle pourrait être la voie d'une reconnaissance enfin assumée des services à finalité sociale¹⁹¹.

¹⁸³DEGUERGUE (M.), note sous TC 4 juillet 1983, *Gambini*, AJDA 1984, p. 36, où l'auteur observe que la notion de service public social est tenue pour moribonde.

¹⁸⁴EISENMANN (Ch.), note sous TC 22 janvier 1955, *Naliato*, D. 1956, J., p. 60.

¹⁸⁵TRUCHET (D.), *Droit administratif*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 9e éd., 2021, n° 532.

¹⁸⁶LATOURNERIE (R.), « Sur un Lazare juridique ; bulletin de santé de la notion de service public ; agonie, convalescence ou jouvence », Conseil d'État, Études et documents, n° 14, 1960, pp. 61-159.

¹⁸⁷KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme en Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987.

¹⁸⁸LAWSON (H. N. A. T.), « La rencontre de la normativité et de la légitimité : remarques à propos des aléas de l'inaliénabilité du pouvoir constituant », Revue RAMReS/S.J.P. (CAMES/CRUFAOCI), n° 7, vol. 1, janvier 2026, pp. 338-366.

¹⁸⁹PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 4e éd., 2022, n° 1024, sur la dimension symbolique des catégories disqualifiées.

¹⁹⁰OST (F.), *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, spéc. pp. 309 et suiv.

¹⁹¹CAILLOSSE (J.), « Le service public est mort ! Vive le service public ! », in *La constitution imaginaire de l'administration*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 58.