

Les Bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875

Définir le droit administratif

GRÉGOIRE BIGOT

On pouvait donc synthétiquement définir l'administration comme *l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique*.

[...]

[...] *le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires*, qui est, historiquement et conceptuellement, la base du droit administratif français.

[Vedel, *Droit administratif*, I, pp. 38 et 66]

En développant la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, Georges Vedel (*Les bases constitutionnelles du droit administratif*, pp. 21-53) œuvrait comme historien du droit: il y a toujours eu des bases constitutionnelles au droit administratif. Cependant l'historicité de cette thèse condamne, sous certains aspects, sa validité dans les temps présents.

1. L'histoire des bases constitutionnelles

Cette histoire remonte aux premiers temps de la Révolution. Lorsque les Constituants décident de séparer les fonctions de justice et d'administration, que confondait l'an-

cienn droit, par la grande loi des 16-24 août 1790, la question du contentieux de l'administration reste en suspens, faute de savoir avec exactitude s'il se rattache à l'unicité de la fonction juridictionnelle ou si ses particularismes doivent l'inscrire au contraire dans le prolongement de l'administration active.

La loi des 6-7, 11 septembre 1790, prise en complément de celle d'août 1790, tranche en faveur de la seconde hypothèse: aux institutions administratives – directoires de districts et de départements, composées d'agents élus, et donc responsables – échoit le soin de vider les litiges administratifs notamment en matière de travaux publics et de contributions directes. Dès l'origine, le contentieux administratif est dans le prolongement organique de l'exécutif. Il résulte en effet de l'article 1^{er}, chapitre IV, de la constitution de 1791 que

Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi. Le Roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume.

C'est à ce titre, ainsi que l'a démontré Jean-Louis Mestre (*La signification de la loi des 7-14 octobre 1790*, pp. 281-298), que la loi des 7-14 octobre 1790 organise un recours hiérarchique auprès du roi pour terminer les conflits de compétence qui pouvaient opposer les différents corps administratifs. Mesure similaire figure dans l'Acte constitutionnel de 1791 à l'article 5, section II du chapitre IV:

Le Roi a le droit d'annuler les actes des administrateurs de département, contraires aux lois ou aux ordres qu'il leur aura adressés.

Avec l'échec de la première constitution consécutive à la suspension du roi, le Corps législatif étend son emprise sur l'administration pour y exercer la dictature d'assemblée qui caractérise la période conventionnelle. Le contentieux de l'administration, pour l'essentiel, passe alors entre les mains des comités et des représentants en mission. Biens nationaux, émigration et nationalisation des dettes: de cette ère date la politisation du contentieux administratif.

Le retour à l'ordre constitutionnel que consacre la constitution de l'an III s'accompagne de liens recouverts et renforcés entre administration et pouvoir exécutif. Si, comme l'indique l'article 196, le «Directoire peut [...] annuler immédiatement les actes des administrations départementales ou municipales», c'est parce que les corps administratifs sont compris comme «le moyen du pouvoir exécutif», pour reprendre l'expression de Thibaudeau devant la Convention en juillet 1795 (v. Burdeau, *Pouvoir administratif et droit public français*, pp. 33-48). C'est en effet à compter du Directoire que la fonction administrative accède au rang de puissance politique dans le sillon d'un exécutif dont les

attributions étaient nettement réévaluées¹. Pour preuve l'élaboration d'un champ autonome pour le contentieux de l'administration sur la base – volontairement floue – de l'acte administratif. La Convention avait donné le ton d'un appareil administratif politisé – ceux qui exécutaient les lois révolutionnaires se devaient d'en être les ardents propagateurs – en proie à la «chicane» de la justice de droit commun; d'où le décret du 16 fructidor an III rendu sur le rapport de Monnot qui faisait «défenses itératives [...] aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient». Sous l'impulsion d'un Directoire exécutif habilité à résoudre les conflits d'attributions², le fameux décret sert de justification pour délimiter le domaine d'un contentieux administratif, gouvernemental et politique érigé contre le judiciaire comme en témoigne l'arrêt sur conflit du 2 germinal an V aux termes duquel «dans la classe des affaires administratives se rangent toutes les opérations qui s'exécutent par ordre du gouvernement». C'est en invoquant une séparation des pouvoirs curieusement entendue – le judiciaire n'étant qu'autorité – que le Directoire expulse de sa sphère d'action les tribunaux ordinaires. Ainsi des arrêtés des 12 frimaire et 4 nivôse an VI qui énoncent

que l'entreprise des juges [dans une affaire de ventes de biens nationaux] tend à établir une lutte dangereuse entre les autorités, et à confondre tous les pouvoirs, à entraver la marche du gouvernement, et à détruire les mesures les plus propres à consolider la révolution et à perpétuer l'existence de la république.

[cité par Cormenin, *Droit administratif*, II, p. 47]³

À supposer à l'instar de nos révolutionnaires que la séparation des autorités soit

bien fille de celle des pouvoirs, c'est en ce sens seulement que l'on souhaite préserver libre la puissance de l'exécutif dont l'administration est le véhicule. La séparation des autorités n'est en effet qu'organique et non fonctionnelle: l'administration mélange en son sein activités d'exécution pure et activités contentieuses tandis qu'il est hors de saison de revenir sur l'interdiction, pour les tribunaux, d'empiéter sur l'administration active.

Au regard de ces brèves considérations, la situation réservée au contentieux administratif par le Consulat et l'Empire n'innove pas radicalement. Le Conseil d'État, institué par la constitution du 22 frimaire an VIII, hérite du contentieux précédemment remis aux ministres et termine les conflits d'attributions (arrêté du 5 nivôse an VIII). La rupture fondamentale est dans l'arrière plan constitutionnel où le Conseil fait figure de pierre angulaire. Piloté par le chef de l'État qui en nomme les membres, le Conseil absorbe le Législatif puisqu'il rédige les projets de loi dont le gouvernement a seul l'initiative (art. 44 et 52, constitution an VIII). Le Conseil appuie la souveraineté du 1^{er} Consul, laquelle a glissé depuis le Corps législatif jusqu'à un exécutif qualifié, de façon symptomatique, de «gouvernement» par la constitution de l'an VIII. Ce système de la prééminence du gouvernement sur les Chambres est en outre aggravé parce que c'est au Conseil qu'il revient de rédiger les règlements d'administration publique (art. 52, constitution an VIII); ceux-ci, on le sait, ne tarderont pas à déborder sur le domaine réservé à la loi. À la tête de son Conseil, Bonaparte puis Napoléon impose ainsi la force administrative – qui est celle de son gouvernement – aux autres pouvoirs constitués:

C'est ce Conseil qui, fidèle aux impulsions du chef, seconda si puissamment l'action de son Gouvernement intérieur. Ses attributions se grossirent bientôt de toutes celles que Bonaparte, dans les ombrageuses jalousies de son pouvoir, avait ôtées successivement au Corps législatif, au Tribunat et aux ministres. Alors le Conseil d'État resta seul chargé de préparer les lois et de les défendre devant le Corps législatif, ce corps sans parole et sans âme, qui les approuvait pour la forme seulement. Il arriva de là que si une loi était obscure, ce n'était pas le Corps législatif qui l'interprétait, mais le Conseil d'État [...].

Bientôt ce Conseil [...] fit l'office du Corps législatif, dans le long intervalle des sessions de ce corps. Enfin, comme des infractions en amènent toujours d'autres, il parut plus expéditif et plus commode de faire, dans tous les temps, régler par de simples décrets une foule de matières qui auraient dû être réglées par des lois; de sorte que le Conseil d'État, sans paraître faire violence à la constitution, expliqua dans ses avis les décrets qu'il avait proposés.

[Cormenin, *Du Conseil d'État*, pp. 28-29]

Le contentieux administratif se lie alors mieux que jamais aux bases constitutionnelles du régime. Lorsque les réformes de 1806 – portant création de la Commission du contentieux – décident de scinder les activités d'administration active et de justice au sein du Conseil, c'est en vue seulement d'exercer un pouvoir dans de justes proportions. Avec la justice administrative, le pouvoir autoritaire opte pour le principe de l'autolimitation.

«Plus le pouvoir devenait alarmant par sa consistance – notera J.-B. Sirey en 1818 – plus il devait nous séduire avec des apparences de garantie» (*Du Conseil d'État selon la Charte*, p. 33). Le critère de ce droit administratif en gestation gît en toute logique dans la puissance publique que le chef de l'État et ses préfets diffusent sur tout le territoire. La jurisprudence du Conseil impérial s'attache en effet à la notion d'autorité

pour circonscrire les compétences tant pour ce qui a trait à l'aménagement du territoire (travaux publics, voirie, établissements insalubres, partages de biens communaux etc.) que pour ce qui regarde le contentieux issu de la Révolution qu'il convient de clore (émigration et biens nationaux) ; tout ce qui n'est que gestion d'intérêts privés est reversé au contentieux des tribunaux ordinaires (Bigot, *L'autorité judiciaire*, pp. 90-98). L'édification de la distinction autorité/gestion pour définir le droit administratif napoléonien confirme l'intuition vénélienne selon laquelle la gestion privée est à exclure de la définition de ce droit.

En dépit du silence gardé par les Chartes constitutionnelles de 1814 et 1830 à l'égard du Conseil, la logique napoléonienne continue d'avoir cours en jurisprudence (Bigot, *Introduction historique*, pp. 82-115) et, surtout, en doctrine. Bien que le Conseil ait été démantelé – ses sections sont ventilées entre les départements ministériels – et rabaisé⁴ – il ne prépare plus les projets de loi –, ses détracteurs, durant la Restauration, réclament toujours sa suppression au nom de son inconstitutionnalité (Burdeau, *Les crises*, pp. 724-733); ils contraignent ainsi la doctrine à développer les arguments de son maintien. Aux libéraux qui dénoncent l'étroitesse des rapports entre justice administrative et pouvoir exécutif, Jean-Baptiste Sirey répond qu'il est de l'essence même de cette justice d'être gouvernementale:

Vouloir que la justice administrative cesse d'être sous l'influence du Gouvernement [...] c'est oublier quelle est la nature, quel est l'objet, et quels sont les moyens de la justice administrative [...]. Dans une foule de cas, où les lois civiles sont inapplicables, et où les règlements sont muets, la justice administrative doit s'élever jus-

qu'à la *raison d'État* ; elle doit pressentir, deviner, interpréter, la *pensée gouvernementale*, celle qui dirige également l'administration et la justice, vers le maintien de tous les droits, vers tous les genres d'intérêts ou d'utilité. Interprète du Gouvernement, et dirigée par ses règlements, la justice administrative pourrait-elle n'être pas sous son influence!

[Sirey, *Du Conseil d'État*, pp. 462-463]

Les auteurs qui ont fréquenté le Conseil – Sirey y est avocat – réintègrent aisément le Conseil dans le jeu de la monarchie constitutionnelle du point de vue de la justice et de l'administration. Pour ce qui concerne la justice, et outre l'argument de la puissance publique politique, il est en effet difficile aux contempteurs du Conseil de la renier radicalement sans porter atteinte aux prérogatives du Roi restauré qui la retient entre ses mains. «Le Roi, souligne Sirey, doit *juger et corriger* les injustices de l'administration» (*Du Conseil d'État*, pp. 462-463)⁵. Sur le plan de l'administration, il n'est rien à craindre d'un Conseil placé sous l'autorité des Ministres: le principe de leur responsabilité devant les Chambres ne s'en trouve aucunement faussé.

Est-il possible – écrit le Maître des requêtes Cormenin en 1818 – de redouter, sous notre Gouvernement représentatif, les usurpations d'un Conseil d'État amovible, dépendant, salarié, qui n'existe que par la seule volonté du prince, qui ne peut s'assembler et se mettre en mouvement de lui-même, qui reçoit du Ministère son impulsion et sa direction, qui est surveillé par l'œil jaloux et sans cesse ouvert des deux chambres toutes puissantes, et par les ministres qui sont, avant tous les autres, intéressés à réprimer ses moindres entreprises?

[Cormenin, *Du Conseil d'État*, pp. 47-48]

Passé le cap difficile de la Restauration, la doctrine va redoubler d'efforts pour conforter l'existence d'un Conseil d'État

Bigot

qui épaula la «puissance exécutive», pour reprendre l'expression consacrée par les deux Chartes. Il est vrai que le climat de Juillet y est favorable: sous le règne de Louis-Philippe le Conseil s'engage dans la voie du professionnalisme et de la modernité. Ses différentes sections se réunissent à nouveau en un lieu unique – le palais d'Orsay – comme au temps de l'Empire; l'avancement au sein du corps se fixe de façon coutumière.

Le Conseil est associé de façon croissante à l'élaboration des lois d'origine gouvernementale. Il progresse surtout dans ses fonctions contentieuses: suite à la création des commissaires du roi, sa jurisprudence s'enrichit, notamment dans le domaine crucial du recours pour excès de pouvoir (v. Bouvet, *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*). Étant par la sanction élargie des actes administratifs le gage d'un pouvoir mesuré, le droit administratif tient en partie les promesses du libéralisme qui ont porté Louis-Philippe sur le trône.

Logiquement l'État favorise la généralisation de l'enseignement de ce droit administratif, jusqu'ici cantonné à Paris, aux universités de province, et ce sont les universitaires, en charge des cours de droit public administratif, qui vont asseoir ses bases constitutionnelles. On retiendra deux exemples en ayant soin de préciser qu'au sein de la doctrine de l'époque, ils reflètent l'opinion conservatrice. En 1834, E.-V. Foucart, alors professeur à Poitiers, livre une analyse du droit administratif en deux temps. Il s'agit d'abord de souligner que l'administration dépend organiquement de l'exécutif:

Nous connaissons maintenant les attributions et l'organisation de l'autorité administrative. Nous

savons que c'est une portion du pouvoir exécutif, qui a pour mission de veiller à la sûreté extérieure de l'État, de maintenir au dedans l'ordre public, de faire exécuter les lois d'intérêt général, et de procurer aux citoyens la plus grande somme possible de bien être.

[Foucart, *Éléments de droit public et administratif*, II, p. 555]

Ces activités sont affectées d'un coefficient de puissance publique puisque les agents de l'administration sont «revêtus de pouvoirs publics suffisants pour prendre, suivant les circonstances et dans de certaines limites, des mesures auxquelles les citoyens sont obligés de se soumettre» (*ibidem*). Le contentieux administratif, qui n'est pour Foucart qu'une des deux manifestations du pouvoir administratif – l'autre étant l'administration active – dépend donc ensuite, lui aussi, du pouvoir exécutif. Système qui aux yeux du Poitevin ne confine pas à l'arbitraire puisqu'il s'inscrit au contraire dans le cadre de la responsabilité ministérielle. En effet,

toute l'administration se résume dans le roi et dans ses ministres agissant en son nom devant les chambres de tous les actes auxquels ils s'associent. Ces principes étant posés, on comprendra facilement que si le pouvoir exécutif n'avait pas le droit de résoudre lui-même les difficultés qui entravent l'exécution des mesures qu'il a prises, il cesserait d'être *pouvoir exécutif*, et il ne pourrait plus être responsable.

[...] l'administration, n'agissant toujours que dans un intérêt général [...] ne doit rencontrer aucun obstacle qu'elle ne puisse surmonter: de là le pouvoir de prononcer non seulement sur les intérêts mais encore [...] quelquefois sur les droits mêmes des particuliers.

[*Ibidem*, pp. 556, 557]

Au nom de «l'intérêt général» – Vedel emploiera l'expression «d'intérêt public»⁶ – il doit exister une justice administrative sépa-

rée du judiciaire. Pour Foucart, son « pouvoir » ne doit pas choquer, puisqu'il est

limité par la responsabilité ministérielle, et que l'administration elle-même est principalement intéressée à n'exercer qu'avec justice et prudence.

[*Ibidem*, p. 557]⁷

Inquiet à l'idée que la loi relative à l'organisation et aux attributions du Conseil d'État puisse consacrer une justice déléguée, un second professeur de province – Adolphe Chauveau, à Toulouse – se montre encore plus explicite que ne l'était Foucart. L'administration, rappelle-t-il d'emblée, n'est pas une neutre autorité: «Le pouvoir administratif, l'autorité administrative, c'est le pouvoir exécutif» (Chauveau, *Principes de compétence*, I, *Préface*, p. XIX).

Dès lors il résulte de la séparation des pouvoirs – au sens où l'exécutif ne saurait être mis sous tutelle du judiciaire – que la justice administrative ait son nid au sein de l'exécutif.

J'ai déjà dit qu'à mes yeux la compétence administrative *dérivait du pouvoir exécutif*. J'ajouterai [...] que le fondement indestructible du pouvoir, de juger le contentieux de l'administration par l'administration elle-même, est dans l'indivisibilité de ce pouvoir avec l'administration dont il est partie intégrante: qu'il n'existe, ce pouvoir, et qu'il n'est accordé que parce qu'il est impossible que l'administration subsiste sans lui; [...] et qu'enfin le pouvoir de prononcer sur le contentieux en administration est dans le pouvoir exécutif, parce que l'administration même dont il est inséparable y est certainement. Ai-je besoin de rechercher [...] quel article de charte investit un tribunal du droit de juger le contentieux administratif? Ce contentieux, c'est un débat permis sur les actes du pouvoir exécutif; c'est à ce pouvoir, s'il veut inspirer plus grande confiance, à entourer ce débat de formes plus solennelles.

[Chauveau, *Préface*, p. XXIX]

Si le critère du droit administratif est pour Chauveau celui de la puissance publique, c'est dans la mesure où le pouvoir exécutif est habilité à assujétir les administrés au nom de l'intérêt général⁸. Dès lors, là aussi, les actes de gestion privée doivent être exclus de la sphère du contentieux administratif:

Le contentieux administratif naît, selon moi, de l'exercice du pouvoir exécutif touchant à un droit, ou à un droit acquis. C'est toujours par suite d'un acte statuant de puissance à sujet, que s'élève le litige contentieux. Il n'est jamais le résultat d'un acte de l'État agissant comme simple particulier contre un citoyen parce qu'alors l'État, propriétaire d'une partie du sol, a pour juge les tribunaux communs, les tribunaux civils ordinaires.

[*Ibidem*, p. XLVII]

Pour l'essentiel des auteurs qui ont écrit sous les monarchies constitutionnelles, le droit administratif est exorbitant et doit jouir du privilège de juridiction pour cette raison qu'il s'inscrit dans le prolongement organique du pouvoir exécutif. Voici, pour s'en tenir à un dernier exemple, ce que dit Proudhon:

Le pouvoir administratif reste entièrement placé dans les mains du gouvernement; et c'est pourquoi l'appel ou le recours contre les décisions de ses officiers ou agents subalternes doit toujours être porté au ministre ou au Conseil d'État

[Proudhon, *Traité du domaine public*, 1843, I, p. 115]

Les bases constitutionnelles, au milieu du XIX^{ème} siècle, sont à ce point dans les mœurs doctrinales que Firmin Laferrière, dans la troisième édition de son *Cours théorique et pratique de droit public et administratif* en 1850, maintient l'opinion selon laquelle

séparer le Droit administratif du Droit public

Bigot

constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence.

[F. Laferrière, *Cours théorique et pratique*, I, p. 6]

En effet, pour l'auteur:

L'Assemblée constituante, le Consulat, les Chartes de 1814 et 1830, voilà donc la triple source du Droit administratif »

[*Ibidem*, p. 39]

L'organisation constitutionnelle de la Seconde République ne se prêtait pourtant plus à cette grille de lecture dans la mesure où, notamment, le Conseil d'État se trouvait placé dans la situation de satellite du Corps législatif qui en nommait les membres.

Suite au coup d'État du 2 décembre 1851, le Conseil redevient conseil de gouvernement. Le titre VI de la constitution du 14 janvier qui lui est entièrement consacré le place à nouveau au cœur de l'État, à l'intersection de l'exécutif et du législatif pour servir les prérogatives du chef de l'État et de ses ministres. Pour appuyer les attributions du gouvernement dans le domaine législatif, il rédige les lois et les règlements d'administration publique. Dans le cadre de l'exécutif, il retrouve les sommets et peut inféoder comme aux temps anciens une administration qui, renforcée dans ses prérogatives en cette période d'autoritarisme, charrie naturellement la puissance publique. Toute l'activité du Conseil au contentieux a alors pour objet de canaliser cette puissance afin qu'elle ne trouve à s'exercer que dans une juste mesure. Parce que le gouvernement n'est plus responsable devant le Corps législatif, la jurisprudence du Conseil trouve intérêt à se développer en faveur des administrés. C'est par référence à l'organisation constitutionnelle que le futur vice-président Édouard

Laferrière résumera les progrès accomplis par le recours pour excès de pouvoir sous le Second Empire:

Des esprits judicieux reconnurent que le pouvoir central était le premier intéressé à ce que les personnes lésées par un acte administratif illégal puissent obtenir satisfaction par les voies régulières. L'état politique du pays ne permettait pas que ces satisfactions fussent obtenues par l'action de ministres responsables, d'un Parlement indépendant [...]. On pensa qu'il serait plus sage de ménager une issue aux mécontentements, une réparation aux griefs légitimes, une solution quasi judiciaire à des différends qui risquaient de s'exaspérer faute de juge.

[É. Laferrière, *Origine et développement*, p. 159⁹]

Outre que le Conseil soit juge gouvernemental dans la mesure des pouvoirs administratifs, il l'est aussi dans le domaine crucial du droit de la responsabilité extra-contractuelle où il protège ces mêmes pouvoirs de toute intrusion des juges judiciaires. On a démontré ailleurs que la séparation des autorités élevée au rang de principe général – pivot de la théorie vedélienne des bases constitutionnelle – est l'œuvre du Conseil napoléonien et non du second Tribunal des Conflits en 1873 comme le veut une légende tenace (v. Bigot, *Le Conseil d'État, juge gouvernemental*).

On comprendra alors aisément que la doctrine, sous le second Empire, ait à cœur de caractériser le droit administratif sur le fondement de critères organiques et formels comme le veut la théorie des bases constitutionnelles. Si Maurice Block, dans son *Dictionnaire*, insiste sur la différenciation qu'il convient de maintenir entre administration et gouvernement, c'est qu'à ses yeux existe simplement une hiérarchisation entre ces deux « autorités » ; mais la première est bien aux ordres de la seconde puisque

l'administration peut être définie [comme] l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution de la pensée du Gouvernement [...]. C'est le Gouvernement qui dirige, qui donne l'impulsion; c'est l'administration qui agit, qui exécute.

[Block, *Dictionnaire de l'administration publique*, p. 14]

Et Block d'employer une métaphore organiciste pour dire de l'administration «qu'elle est subordonnée au Gouvernement comme le bras l'est à la tête» (ivi, p. 15). Comme il s'agit de protéger cette puissance qui met en mouvement des «intérêts généraux», notre auteur, classiquement, défend le principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative et prend le parti d'une justice administrative prolongeant, pour le seconder, le pouvoir administratif¹⁰.

Dans la suite du même *Dictionnaire*, Firmin Laferrière rebondit sur les propos de Maurice Block. Pour circonscrire la «Juridiction administrative», il part d'une conception organique de l'administration : elle est investie de la puissance publique dans la mesure où elle «n'est autre chose que le pouvoir exécutif en action» (ivi, p. 1026). Ce n'est pas la protection des droits blessés qui la caractérise en premier lieu mais la défense des mesures de puissance publique:

Disons-le donc hardiment : le pouvoir d'administrer comporte logiquement le pouvoir de juger administrativement.

[F. Laferrière, «Juridiction administrative», p. 1027]

Didier Serrigny défend lui aussi cette confusion administration/justice qui produit un droit administratif aimanté par la puissance publique. Elle tient aux critères

organiques et formels qui découlent des articles mêmes de la constitution de 1852. Organique : toute l'administration vient se résumer dans les mains de l'Empereur, qui dispose seul de l'administration active:

L'administration est une des branches de la puissance exécutive que l'art. 6 de la constitution donne au chef de l'État.

[Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence*, I, p. 28]

C'est l'Empereur qui juge en son Conseil les litiges qu'elle peut susciter:

[...] l'empereur, en Conseil d'État, est la source d'où découle la justice administrative, et la fin où elle vient aboutir [...]. Les art. 6 et 50 de la constitution, en donnant à l'empereur la plénitude de la puissance exécutive et le droit de résoudre en Conseil d'État les difficultés qui s'élèvent en matière administrative, lui ont conservé, par cela seul, le droit absolu de décider le contentieux administratif. On pourrait dire, à la rigueur, que tout le droit administratif est enfermé dans les art. 6, 13 et 50 de la constitution.

[*Ibidem*, p. 75]

Et encore :

La justice administrative est celle qui consiste dans le droit de juger tout le contentieux administratif. Elle appartient à l'empereur en vertu des articles 50 et 58 de la constitution, combinés avec le décret législatif du 25 janvier 1852, art. 1er.

[*Ibidem*, p. 20]

Formelle: puisque l'administration est dans la puissance exécutive, ses actes obéissent à un régime juridique qui relève du droit public administratif entendu comme un tissu de règles prétoriennes et exorbitantes du droit commun. C'est tout l'objet de la distinction entre autorité et gestion, que défend Serrigny pour la répartition des compétences:

Bigot

Quand l'État, les départements, les communes ont des intérêts privés à défendre, ces intérêts sont portés devant les tribunaux de justice judiciaire, parce qu'alors l'État, le département ou la commune remplit le rôle d'une personne privée. Que tel héritage leur appartienne, ou bien qu'il soit la propriété de tel ou tel particulier, cela n'intéresse en rien le gouvernement et l'administration de la société en général. Mais quand ce sont les faits de cette administration elle-même, agissant comme telle, qui sont critiqués, le pouvoir, qui est le moteur de la machine sociale, est attaqué ; ses mouvements sont gênés, entravés : le corps social est intéressé à ce que leur action soit rétablie. Qui remplira ce rôle de censeur, de modérateur, de juge si l'on veut ? Est-ce le pouvoir judiciaire ? Non : il faut que la puissance exécutive trouve en elle-même la force de lever les obstacles qu'on oppose à sa marche.
[*Ibidem*, p. 68]

Conclusion: la justice administrative ne saurait sortir de l'orbite gouvernementale sans risque de porter atteinte à la spécificité du droit administratif et à l'indépendance du Gouvernement. En effet, la justice administrative

est une conséquence directe du pouvoir exécutif sous un régime monarchique, et ne pourrait en être séparée sans porter atteinte à l'indépendance de la couronne, et sans lui donner un supérieur dans le juge de ses faits ou ceux de ses agents.

[...]

On sait qu'une des bases de notre droit public est la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire : nous avons vu qu'une seconde règle, qui n'est qu'une conséquence de la première, consiste dans la souveraineté et l'indépendance qui doit appartenir à chacun de ces pouvoirs, dans les limites de ses attributions. Ces prémisses étant posés, il résulte que l'administration suprême doit rester seule juge des difficultés que font naître les actes de ses agents ou les siens propres, ou, en d'autres termes, que le contentieux administratif doit lui appartenir
[*Ibidem*, pp. 20, 67]

Une logique similaire guide Anselme Batbie, pour qui la puissance publique innerve le droit administratif parce que

l'Empereur est le chef du pouvoir exécutif et, par conséquent, celui de l'administration.

Après avoir constaté que le chef de l'État nomme aux emplois publics et exerce une tutelle directe sur les établissements publics, l'auteur en infère que

«l'Empereur administre et [...] plusieurs jurisconsultes ont bien tort d'affirmer que le chef de l'État était en dehors, comme au-dessus, de l'administration.

[Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public administratif*, I, p. 94]

Exerçant la justice retenue en son Conseil:

C'est l'Empereur qui statue, en appel, sur le contentieux administratif, le Conseil d'État, délibérant au contentieux, préalablement entendu ; car le Conseil d'État, en matière administrative, est un corps purement consultatif

[*Ibidem*, p. 95]

le droit administratif ne peut être qu'imprimé d'exorbitance¹¹.

Léon Aucoc, enfin, n'est pas en reste de ces conceptions organiques et formelles. Il résulte de l'article 6 de la constitution de 1852 non seulement que «l'Empereur est le chef de la hiérarchie administrative » mais également que

l'Empereur est le premier des agents administratifs. C'est à lui qu'appartient la direction suprême de tous les services publics. C'est lui qui prend les décisions les plus importantes.

[Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, I, pp. 95-96]

A l'instar de Vedel qui définit en partie

le régime de l'administration par le pouvoir réglementaire du président de la République dans le cadre de la constitution de 1958 (Vedel et Delvolvé, *Droit administratif*, p. 41), Aucoc précise que

parmi les mesures générales qui émanent de l'Empereur, en qualité de chef de l'administration, se trouvent au premier rang les règlements. [*Ibidem*, p. 97]

2. L'inactualité des bases constitutionnelles

À s'en tenir à une lecture linéaire de l'histoire du droit administratif, les auteurs anciens confortent et soutiennent la thèse vedélienne: ils lui donnent raison contre Charles Eisenmann dans la fameuse controverse qui les opposa voici près de trente ans (v. Breen, *Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann*, p. 232). La "dernière" grande théorie d'ensemble du droit administratif – et dont le mérite est qu'elle construit un ordre juridique – reçoit une validation historique. Mais le propre de l'histoire du droit administratif est de ne point être linéaire, du moins sur le plan doctrinal qui nous intéresse ici. Il y a aux alentours de 1900 une rupture épistémologique qui brise la linéarité historique; et c'est parce que la thèse des bases constitutionnelles, énoncée pour servir de cadre sous les trois dernières républiques, s'accommode en réalité des régimes non démocratiques du XIX^{ème} siècle qu'on est appelé à développer des réserves quant à son opportunité.

Un mot de la méthode et des instruments: ils déterminent le fond du droit. Les bases constitutionnelles relèvent-elles de la théorie du droit ou de la théorie de l'É-

tat? Elles appartiennent à la première catégorie dans l'approche organique: Vedel se borne en effet à décrire son objet en constatant la séparation des organes constitutionnels pour en inférer que l'administration et son droit se rattachent au gouvernement et aux autorités qu'il contrôle. La neutralité de cette approche positiviste – qui est le propre de la théorie du droit (v. Troper, *La théorie du droit*, pp. V-VI) – se trouve néanmoins contrariée par le second critère des bases constitutionnelles, à savoir le critère formel. Certes la démarche vedélienne est-elle là aussi d'inspiration positiviste dans la mesure où le critère de puissance publique serait la simple conséquence d'un exécutif qui remplit sa mission

au nom de la souveraineté nationale [...], dans le cadre des lois qui sont l'expression supérieure de celle-ci.

[Vedel, *Droit administratif*, p. 35]

Mais la puissance publique n'est-elle pas extérieure au système constitutionnel présent – dès lors elle relève de la théorie de l'État¹² – dans la mesure, par exemple, où la continuité historique de la notion la révèle vivace sous les régimes passés et qu'il va de soi que les constitutions de l'an VIII, 1814, 1830 et 1852 sont loin de consacrer la souveraineté nationale (les textes de l'an VIII et de 1852 s'en tiennent à un silence pudique tandis que la Charte de 1814 consacre une souveraineté monarchique et que celle de 1830 entretient à dessein l'ambiguïté).

Que la puissance publique appartienne au champ de la théorie de l'État, c'est ce qu'on a voulu rappeler en laissant s'exprimer les auteurs du XIX^{ème} siècle. On a pu constater qu'ils cherchaient à justifier l'organisation d'un État non démocratique qui

Bigot

met en oeuvre un rapport de domination à sujétion à l'égard des citoyens; justification qui passe par l'apologie implicite des monarques régnants puisque par le biais d'un droit administratif qu'ils sont censés produire en Conseil d'État, ils trouveraient en la personne des administrés une sujétion consentie, les recours juridictionnels palliant le défaut d'expression politique.

Partout où l'administration est bonne, le gouvernement doit être réputé bon. [...] Les vices de l'organisation politique peuvent être atténués sensiblement par une sage administration.

[Mallein, *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, p. 5]¹³

Il est vrai que Vedel pressentait qu'on pût lui reprocher ce parallèle, puisqu'il écrit que

le terme de "puissance publique" a été employé en droit public dans un sens quasi métaphysique qui l'a discrédité. Au XIX^{ème} siècle, on considérait de façon plus ou moins claire que l'État possédait une volonté propre, supérieure par nature à celle des individus.

[Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, p. 35]

Seulement pour «épurer de ses aspects les plus inacceptables» la notion, il substitue simplement à l'État la souveraineté nationale nommée par la constitution de 1958: c'est elle qui attribuerait

aux organes de l'État [...] certaines prérogatives exorbitantes du droit commun et étrangères aux droits normalement reconnus aux individus.

[*Ibidem*, p. 35]

Le fait que la norme constitutionnelle pose la souveraineté nationale suffit-il donc à vider la puissance publique de ses connotations péjoratives? Le rapport juridique administration/administré n'est-il

pas en effet toujours caractérisé par un rapport de domination à sujétion même si les progrès accomplis par le droit administratif paraissent en atténuer les excès? Questions qui nous ramènent à l'interrogation première sur les outils et la méthode: derrière l'apparente neutralité de l'approche juridique sont présentes les pesanteurs historiques d'un droit administratif au service d'une théorie de l'État dès lors qu'on le caractérise par la notion de puissance publique.

Il faut rendre à Léon Duguit ce qui lui appartient des critiques que l'on vient d'amorcer (v. *Les transformations du droit public*)¹⁴. C'est cet auteur – du moins le "premier" Duguit – qui a provoqué dans la théorie du droit administratif l'équivalent d'une rupture épistémologique que Vedel ne pouvait se contenter d'esquiver. Le Duguit d'avant 1914 a eu un grand mérite: attaquer de front l'impérialisme d'un droit administratif d'inspiration napoléonienne.

Dans la puissance publique, il décèle un insupportable pouvoir de fait: le titulaire de la souveraineté habilité à asseoir sa domination au détriment des particuliers. Et peu importe aux yeux du Bordelais la nature de la souveraineté (nationale, monarchique ou populaire); il s'agit d'une fiction juridique qui conduit toujours à attribuer à l'État, dans les faits, une puissance inconditionnée. Croyant déceler dans ce système les tares du subjectivisme juridique – l'État titulaire du droit de contraindre des particuliers exhibant leurs droits violés – Duguit propose de tendre à l'objectivisme juridique: il existerait un ordre juridique préexistant à l'État et aux droits des particuliers et tout l'objet du droit public consisterait dans sa reconnaissance.

La loi ne ferait selon Duguit que consacrer elle-même cet objectivisme juridique: elle place alors l'État et les particuliers sur un pied d'égalité là où l'idée de puissance publique confortait des rapports inégalitaires. Parce que l'État et les particuliers sont contraints, au même titre, de se conformer à un ordre juridique exogène, alors la responsabilité de la puissance publique doit être reconnue en droit et les actes jusqu'ici discrétionnaires doivent pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir; deux avancées qu'interdisait jusqu'ici le principe selon lequel l'État était une puissance sur certains points irresponsable.

Avec Duguit, le droit administratif devient la garantie d'un État limité en droit là où chez ses prédécesseurs il n'était qu'une conséquence de sa puissance: de ce point de vue la rupture doctrinale était et reste radicale. Il existait avant Duguit deux raisons à l'enracinement constitutionnel du droit administratif :

1) Parce qu'on conteste tout au long du XIX^{ème} siècle la juridicité du droit administratif, les auteurs font un effort pour le rattacher à l'ordre constitutionnel; d'où, notamment, la confusion constante entre séparation des pouvoirs et séparation des autorités ;

2) Le droit administratif occupait au XIX^{ème} siècle presque tout le terrain du droit public, le droit constitutionnel étant même interdit d'enseignement sous le Second Empire; c'est donc dans les ouvrages de droit administratif qu'il fallait aller chercher des développements sur l'État, académiquement présenté comme source incontestable de la puissance de l'administration.

L'originalité de Duguit est d'avoir su se défaire en grande partie de ces deux réflexes qui paralysaient l'esprit critique de

ses aînés (v. Chevallier, *Le droit administratif entre ...*, p. 11).

Les critiques se sont à juste titre abattues sur les présupposés sociologiques de Duguit (v. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*). Que sont au juste la loi sociale et la volonté d'interdépendance des individus sinon une forme de "droit naturel" postulé, (mais non transcendant)?

Il n'empêche que la désacralisation de l'État et de l'idée de puissance dont l'objectivisme juridique est porteur a eu une conséquence essentielle: donner naissance, dans ce qui appartient désormais à l'histoire du droit administratif, à la notion de service public qui doit supplanter l'idée même de souveraineté. C'est ce critère, critère matériel – la finalité remplace les moyens – qui sert à repenser, pour le justifier autrement, un droit administratif tourné avant tout vers la protection et la satisfaction des administrés.

Si l'arrêt *Blanco* est devenu l'acte de baptême – la loi d'août 1790 étant l'extrait de naissance – du droit administratif au tournant du XX^{ème} siècle, c'est parce Duguit en a réévalué la portée sur la foi de l'expression «service public» évoquée par le tribunal des Conflits à l'occasion. On reste alors étonné de voir G. Vedel présenter, après Duguit, l'arrêt de 1873 comme fondateur tout en refusant dans le même temps le critère matériel, critère qui fit seul la fortune légendaire de cet arrêt (v. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*).

Peu importe que les espoirs politiques de Léon Duguit – le radical-socialiste pouvait passer pour anarchiste auprès de ses collègues – aient été déçus puisque le critère du service public, à l'épreuve d'une jurisprudence empirique, n'a pu reformu-

Bigot

ler l'ensemble du droit administratif. Peu importe: en déchirant l'accord tacite qui liait avant lui les publicistes à la puissance publique, Duguit obligeait à penser autrement le droit administratif.

Se posait enfin la question de sa définition au regard de sa légitimité. Peut-être la promesse du service public ne pouvait-elle être tenue en raison précisément de ces déterminismes historiques qui sont le propre d'un droit administratif encore «primitif»¹⁵; mais le débat relatif au fond ne pouvait être contourné – le critère matériel simplement rejeté et le droit administratif rendu à la sclérosante division des deux familles service/puissance – à moins de renvoyer le droit administratif à son passé. Ce passé, qui consacre l'ordre napoléonien, ne saurait revivre.

Bibliographie

- Aucoc (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1869;
- Bathie (Anselme), *Traité théorique et pratique de droit public administratif*, Paris, Cotillon, 1861;
- Bigot (Georges), *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Puf, 2002;
- *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, Paris, Lgdj, 1999;
- *Le Conseil d'État, juge gouvernemental*, in F. Bluche (dir.), *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852*, Paris, Puf, 2000, pp. 171-188;
- Block (Maurice), *Dictionnaire de l'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1862, V^o «Administration»;
- Bouvet (Marc), *Le Conseil d'État sous la monarchie de Juillet*, Paris, LGDJ, 2001;
- Breen (Emmanuel), *Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann, une controverse sur les fondements du droit administratif*, «Revue française de droit administratif», 2002, pp. 232-243;
- Burdeau (François), *Les crises du principe de dualité des juridictions*, «Revue française de droit administratif», 1990, pp. 724-733;
- *Pouvoir administratif et droit public français. I. Le sens de l'expérience administrative de la Révolution*, «Giornale di Storia costituzionale», 2 / 2001;
- Chapus (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, thèse, Paris, LGDJ, 1957;
- Chauveau (Adolphe), *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon, 1841-1843;
- Chevallier (Jacques), *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel*, in *Le droit administratif en mutation*, Paris, Puf, 1993, pp. 11-40;
- Cormenin (Louis-Marie de), *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818;
- *Droit administratif*, Paris, C. Thorel, 1840⁵;
- Duguit (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913;
- Foucart (Émile-Victor), *Éléments de droit public et administratif ou Exposition des principes du droit public positif*,
- Laferrière (Édouard), *Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir (1876)*, reproduit par Pascal Conod, Édouard Laferrière, Paris, Puf, 1999;
- Laferrière (Firmin), *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1848*, Paris, Cotillon, 1850³;
- «Juridiction administrative», in Block (M.), *Dictionnaire de l'administration publique*, p. 1027;
- Macarel (Louis-Antoine), *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833;
- Mallein (Jules), *Considérations sur l'enseignement du droit administratif*, Paris, Plon, 1857;
- Mestre (Jean Louis), *La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 d'après des documents inédits*, EDCE, 1992, p. 281-298;
- Pisier-Kouchner (Évelyne), *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, 1972;
- Proudhon (Jean-Baptiste-Victor), *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 1843²;
- Serrigny (Didier), *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand, 1865²;
- Sirey (Jean-Baptiste), *Du Conseil d'État selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour du Harlay, 1818;
- Troper (Michel), *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001;
- Vedel (Georges), *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954;
- (en collaboration avec P. Delvolvé), *Droit administratif*, Paris, Puf, 1992¹².

- ¹ Avec, notamment, un pouvoir réglementaire d'application des lois qui, dans les faits, devient rapidement un pouvoir réglementaire autonome ; v. M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, Paris, Puf, 1991, p. 287 et s.
- ² Par application de la loi du 21 fructidor an III, article 27, qui dispose que « en cas de conflit d'attribution, entre les autorités judiciaire et administrative, il sera sursis jusqu'à décision du ministre, confirmé par le Directeur exécutif, qui en réfèrera, s'il est besoin, au corps législatif ». Le référé législatif semble n'avoir jamais été utilisé pour les quelques 200 arrêtés sur conflit rendus sous le Directoire.
- ³ C'est ce qui fait dire à Cormenin : « Sous le régime agité du Directoire, les conflits étaient un moyen de gouvernement aussi bien qu'un règlement de compétence. Ils sont tous emprunts de l'esprit et des nécessités du temps ».
- ⁴ Le Conseil est reconduit dans sa nouvelle organisation par une ordonnance du 29 juin 1814 lors de la première Restauration, puis par une ordonnance du 23 août 1815 lors de la seconde Restauration.
- ⁵ Les propos de l'auteur sont similaires à ceux que développait la doctrine sous l'Empire. V. Henrion de Pansey, *Traité de la compétence des juges de paix*, Paris, T. Barrois, 3^e édition, 1813, p. 293 : « Les affaires litigieuses dont le prince conserve la connaissance, sont, indépendamment des régales, toutes celles qui s'élèvent à l'occasion des tributs, toutes celles qui sont relatives à l'exécution des mesures de gouvernement ». Du même, *De l'autorité judiciaire en France* (1^{ère} édition en 1810), Paris, T. Barrois, 2^e édition, 1817, t. II, p. 369 : « [...] il faut pour l'instruction et l'examen de ces sortes d'affaires, un mode spécial et particulier, une espèce de tribunal qui, comme le Conseil d'État, soit dans le gouvernement, qui en ait toujours l'esprit, quelquefois le secret, et dont la marche rapide soit toujours en accord avec ce qu'exigent la sûreté de l'État et les besoins de la société ». V. encore Jean-Baptiste Loqué (secrétaire-général du Conseil sous l'Empire), *Législation et jurisprudence françaises*, Paris, Imprimerie impériale, 1807, pour qui « là où la raison d'État et l'autorité du droit civil se rencontrent également, il devient indispensable de les combiner ensemble et de les tempérer l'une par l'autre ; et alors on ne peut confier la décision aux tribunaux ordinaires [...]. Il est donc devenu nécessaire d'instituer une justice administrative qui, ayant plus de latitude, puisse tout balancer, former un droit mixte des règles du droit public et de celle du droit privé, et faire valoir, au besoin, l'équité et l'intérêt de l'État » (extrait cité au *Recueil Sirey*, 1809, 2^e partie, p. 170).
- ⁶ G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, p. 36 : « L'Administration ne peut se décider que pour des motifs d'intérêt public ». Bien entendu Vedel fait de cette notion une sujétion pour l'administration là où au contraire Foucart la traduit en pouvoir. Mais le postulat de départ est le même.
- ⁷ On trouve une analyse similaire chez le conseiller d'État Macarel, *Éléments de droit politique*, pp. 401-402.
- ⁸ Comme Foucart, Chauveau (p. XXXIII) estime que la responsabilité ministérielle est un frein suffisant à ce système puisque le ministre contre-signé l'ordonnance.
- ⁹ Laferrière ne fait que reprendre les propos de Léon Aucoc développés dans ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1869, t. I, p. 394.
- ¹⁰ Il est symptomatique que Block traite de la justice administrative au V^o « Administration » (cf. *Ibid.*, p. 15 et 25-26) alors que le *Dictionnaire* comporte des entrées au V^o « Conflit » et « Jurisdiction administrative ».
- ¹¹ D'où le fait que pour Batbie le double critère du droit administratif soit celui de l'acte administratif – par référence à la séparation des autorités de 1790 – et de la puissance publique ; cf. VII, p. 387 et s.
- ¹² V. la définition de M. Troper, *La constitution comme système juridique autonome*, « Droits », n^o 35, 2002, p. 73 : « La théorie générale de l'État est extérieure au système constitutionnel. Elle fait partie des idéologies qui contribuent à déterminer le fond du droit constitutionnel ».
- ¹³ cité par M. Pétroff, *L'éclipse du droit constitutionnel*, in *Le Prince, le peuple et le droit*, p. 167.
- ¹⁴ Pour des développements plus conséquents, on renvoie au chapitre central de notre ouvrage *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, p. 225 et s.
- ¹⁵ L'expression est de Vedel, *Droit administratif*, p. 93.