

Droit et pouvoir. L'esprit de la jurisprudence administrative du Seconde Empire*

FRANÇOIS BURDEAU

L'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle [...]. Que l'Etat lui-même accepte de se considérer comme "lié" par le droit, cela mérite l'étonnement.

Ces deux phrases extraites d'un ouvrage de Prosper Weil (1973, p. 5), bien connu en France, expriment une conception du droit administratif très largement répandue. L'existence d'un encadrement juridique des manifestations de la puissance publique serait ainsi à porter au crédit d'une auto-limitation magnanime et bienveillante du Pouvoir. Par un hasard providentiel, il aurait accepté de canaliser son impétuosité, alors que rien ne l'y contraignait, pour le plus grand avantage des libertés des membres de la collectivité nationale. Le spectacle que présente l'expérience historique invite à reconsidérer cette thèse d'une dimension "miraculeuse" du corps de règles auxquelles l'administration publique s'est assujettie.

Sans doute, quand on aborde le problème de la nature du droit administratif, est-il aventureux de remonter à une période

antérieure à 1789. Luca Mannori, en particulier, a bien montré que cette branche de l'ordre juridique n'a pris consistance qu'une fois acquis le principe de la séparation des pouvoirs et reconnue l'existence de droits publics subjectifs (Mannori 1987). Il reste que, dès l'Ancien régime, l'activité des autorités publiques est enserrée dans un réseau de prescriptions juridiques qui, certes, ne constituent pas encore un ensemble parfaitement individualisé, mais qui n'en existent pas moins (Mestre 1986, le montre excellemment). Or, la formation de

* Pubblichiamo il testo inedito di una conferenza di François Burdeau, quarta e ultima parte delle sue "Lezioni maceratesi" tenute presso l'Università degli Studi di Macerata nell'aprile 1997. Le altre tre conferenze sono state pubblicate nei numeri 2/2001; 3/1, 2002; 5/1, 2003 del «Giornale». François Burdeau è scomparso nell'agosto 2006. Con lui abbiamo perso un amico e un grande Maestro. I suoi fondamentali studi di storia amministrativa, politica e giuridica rappresentano un punto di riferimento indispensabile per chiunque voglia avvicinarsi alle moderne istituzioni francesi. Il «Giornale» intende ricordarlo con ammirazione, riandando per un attimo con la memoria al suo soggiorno maceratese. Furono giornate di straordinaria intensità. Lo vogliamo ricordare così.

ce corps de normes régissant les rapports des autorités avec les peuples du royaume, et ceux de la hiérarchie avec ses subordonnés, ne doit rien au hasard, pas plus qu'au miracle. Depuis le Moyen-Age, l'émergence de règles coutumières définissant l'ampleur des prérogatives des dominants procède d'un jeu de rapports de force avec les dominés, ou d'un calcul intéressé des détenteurs de la puissance, comme le montrent par exemple les restrictions qu'imposent à leurs exigences les seigneurs du XII^e-^{me} siècle, dans le dessein d'attirer de nouvelles familles sur leur territoire.

Même absolue, la monarchie, elle aussi, a ressenti le besoin d'une action réglée. L'absolutisme, on le sait bien, n'est ni une doctrine de despotisme, ni une pratique de l'arbitraire systématique. Tant l'idée de fonction royale qu'elle accueille, que la conscience de l'intérêt bien compris du Pouvoir, ont inscrit au coeur de cette tradition le grand principe d'un usage de la puissance discret et soucieux d'équité. Mais, parce qu'elle est absolue, la monarchie est habilitée à déterminer discrétionnairement les modalités du déploiement de son autorité.

Historiquement, il n'existe donc pas d'antagonisme nécessaire entre le droit et le Pouvoir. L'obligation à des normes, loin d'être le produit d'un généreux effort de self-control, une concession accordée libéralement à des sujets, est au contraire l'un des ressorts de la mécanique du Pouvoir. Pour durer et atteindre ses objectifs, il lui faut, non seulement imposer par la loi des contraintes aux assujettis, mais encore s'intégrer, de son propre fait, dans un système de normes.

Or, l'une des caractéristiques du modèle français de production de ces règles réside dans l'accumulation de dispositions

dérogeant au droit commun. Qu'en tant qu'agents de la puissance souveraine, les autorités administratives aient disposé de prérogatives inconnues des particuliers n'est certes pas une singularité nationale. Mais, dans leur commerce juridique avec les administrés aussi, des règles spécifiques ont progressivement pris corps, au nom des nécessités propres à l'action administrative. La Révolution elle-même n'interrompt pas, bien au contraire, cette longue expérience.

Les évolutions du droit administratif sous le Second Empire présentent l'intérêt d'illustrer parfaitement ce mode de relations qu'entretient traditionnellement le Pouvoir avec les règles juridiques, auxquelles est astreint l'exercice de la fonction administrative. D'une part, en effet, elles révèlent que les progrès qu'accomplit alors le droit par rapport à lui n'ont pas pour premier ressort une sollicitude accrue des responsables envers les administrés, mais visent à assurer au Pouvoir des assises plus solides. D'autre part, la délimitation qui s'opère alors du champ du droit administratif exprime avec netteté que, si la puissance publique elle-même doit être soumise au droit, ce droit doit être mesuré à l'aune de ses propres exigences.

Le Second Empire a donné une remarquable extension à cette voie de droit, qui vise à l'annulation des actes administratifs irréguliers et qu'on appelle le recours pour excès de pouvoir. Alors que, sous la Révolution, la sanction du principe de légalité s'opérait par la voie administrative hiérarchique, depuis l'an VIII elle s'effectue au moyen d'un recours contentieux déféré au Conseil d'Etat, organe régulateur des opérations des autorités administratives. Après 1815, quand furent distingués parmi les

actes de l'administration ceux qui, de nature purement discrétionnaire, étaient insusceptibles de tout contrôle juridictionnel, de ceux qui, parce qu'ils blessaient des droits protégés, étaient censés "contentieux" et, à ce titre, susceptibles de recours, seuls ces derniers pouvaient être attaqués, pour incompétence ou excès de pouvoir, devant la haute juridiction administrative. Et puis, dans le courant des années Vingt, elle s'introduisit subrepticement dans le champ de la pure administration, justement pour faire tomber ces actes discrétionnaires entachés d'un vice d'incompétence. Au tout début de la Monarchie de Juillet, le Conseil, résolu à affermir son pouvoir de censure des irrégularités commises par les agents publics, ressentit le besoin de lui assurer un fondement légal. L'article de la loi des 7-14 octobre 1790, qui disposait que «les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs [...] seront portées au roi, chef de l'administration générale» fut alors exhumé et visé, même si cet usage ne fut jamais systématique dans les arrêtés d'annulation des actes purement administratifs. Jusqu'aux premières années du Second Empire, cependant, seules firent l'objet des rigueurs du juge les décisions entachées d'incompétence, c'est-à-dire émanées d'un administrateur qui s'était attribué un pouvoir relevant d'un autre, à laquelle fut assimilé le vice de forme.

Sous le règne de Napoléon III, en moins de vingt ans, la jurisprudence administrative va conférer à l'excès de pouvoir une définition toujours plus large. Tout en continuant à anéantir les décisions relevant de la compétence d'un autre fonctionnaire, il admit beaucoup plus largement qu'auparavant la présence d'un vice de forme (Burdeau 1995, p. 176). D'autre part, il établit un

nouveau cas d'ouverture, en sanctionnant ce qu'on allait bientôt appeler le détournement de pouvoir, c'est-à-dire l'usage par une autorité d'un pouvoir légal, dans un dessein autre que celui pour lequel le législateur le lui a attribué (CE 25 février 1864, *Lesbats*).

Surtout, le juge s'arroge d'année en année un pouvoir plus vaste de contrôle de la légalité interne, c'est-à-dire de la conformité d'une décision à la norme qui régit la matière où elle est prise. Cette extension ne procéda pas de l'individualisation d'un nouveau grief, qui serait la violation de la loi¹. Chaque fois qu'un texte, en effet, donne cette qualification à une irrégularité, c'est, au moins jusqu'aux années 1870, pour la distinguer de l'excès de pouvoir. Et tous les juristes de l'époque, commissaires du gouvernement comme auteurs d'ouvrages doctrinaux, n'admettent l'existence que de trois cas d'ouverture du recours pour annulation: l'incompétence, le vice de forme et le détournement de pouvoir. Longtemps après la chute de Napoléon III, nombre d'administrativistes devaient d'ailleurs persévérer dans cette compréhension de l'excès de pouvoir (Burdeau 1995, pp. 251 ss.). L'audace croissante du juge, dans l'examen de la loi du fond, résulte simplement d'une conception progressivement plus large de la nature de l'incompétence, seul défaut à être envisagé par la loi d'octobre 1790, et qui demeure la matrice de l'excès de pouvoir. Sa démarche consista à tenir pour attentatoires aux règles de la compétence, non seulement les actes pris par un agent à la place d'un autre (incompétence *ratione personae*), mais encore ceux qu'aucune loi n'avait autorisés quelque autorité que ce fût à prendre (incompétence *ratione materiae*). Dans cette dernière hypothèse, en effet, l'irrégularité consiste bien aussi en une incompétence

puisque, pour reprendre les termes utilisés par Léon Aucoc dans ses conclusions sur l'affaire Bizet (CE 13 mars 1867), l'autorité dont la décision est sanctionnée «usurpe les fonctions [...] du pouvoir législatif».

Cette mise à profit par le Conseil d'Etat de la plasticité de la notion d'incompétence, pour combattre les atteintes à la loi du fond, se réalisa en trois étapes.

Dans le courant des années Cinquante, d'abord, les annulations se multiplient d'actes dont le contenu même transgresse grossièrement la loi attributive de compétence. Tel fut le sort d'ordonnances ou arrêtés préfectoraux enjoignant l'inscription d'office à un budget municipal d'une dépense non obligatoire, alors que seules les dépenses obligatoires peuvent l'être (CE 1^{er} juin 1849, *ville d'Evreux*); de décisions de préfets prononçant, sans que la loi ne les y autorise, des mutations de cote en matière de contributions mobilières (CE 17 juin 1852, *Jacquot*). Les servitudes imposées à des propriétaires riverains de cours d'eau non navigables ni flottables, qui ne sont légales que s'il s'agit de rivières navigables dépendant du domaine public, furent de même jugées irrégulièrement établies (CE 15 décembre 1853, *Biennais*). La même sanction fut susceptible de frapper les actes déclaratifs de domanialité constituant des usurpations manifestes sur la propriété privée (CE 27 mars 1856, *Aubert de Berlaer*); elle atteignit encore les règlements d'eau, pris là où le préfet est sans pouvoir (CE 24 janvier 1856, *Canal de la Durançole*; 23 décembre 1858, *Cornet d'Yseux*) et les arrêtés d'alignement assortis d'obligations non prévues par la loi (CE 15 décembre 1859, *Vilain*).

A la charnière des années Cinquante et Soixante, un nouveau pas fut accompli, le

Conseil s'étant enhardi à sanctionner pour cause d'incompétence, non plus seulement la violation ouverte de la loi, mais son application erronée. Une telle jurisprudence fut inaugurée à propos d'arrêtés réglementaires de police, portant atteinte au grand principe de la liberté du commerce et de l'industrie (CE 30 juin 1859, *Bouchers de Lyon*; même date, *Tripriers de Lyon*). En se reconnaissant, en cette matière, la faculté de déterminer les bornes du pouvoir discrétionnaire au-delà desquelles les libertés publiques subissent des entraves abusives, le Conseil d'Etat s'attribuait une faculté d'appréciation considérablement élargie.

Enfin, en 1860, une dernière étape fut franchie, avec l'apparition d'une jurisprudence autorisant le contrôle juridictionnel de l'exactitude matérielle des faits, afin d'établir la conformité ou non d'une décision à la légalité. Alors, en effet, que traditionnellement était irrecevable le pourvoi contre les mesures préfectorales fixant les limites d'un fleuve, le Conseil opéra en 1860 un soudain revirement (CE 19 juillet 1860, *Port de Bercy*). Il se reconnut le droit de rechercher sur le terrain le point jusqu'où l'eau était susceptible de monter, sans débordement, pour déterminer dans quelle mesure la décision ne masquait pas une expropriation abusive.

Depuis, lors, la jurisprudence ne fit que consolider ces positions successivement conquises (Burdeau 1995, pp. 179 ss.). En se reconnaissant la faculté d'apprécier la conformité d'actes administratifs, de quelque nature qu'ils soient, aux lois qui régissent la matière; en pénétrant parfois dans l'examen des mobiles pour découvrir si des mesures arrêtées correspondaient bien aux intentions du législateur, et dans celui des motifs, afin de prémunir les

administrés d'atteintes abusives à l'exercice de leurs droits, le Conseil d'Etat restreignait fortement l'ampleur du pouvoir administratif discrétionnaire. Toute une série d'actes qui, avant le milieu du siècle, passaient pour purement administratifs et n'étaient contrôlés qu'au titre de l'incompétence *stricto sensu* et du vice de forme, firent dorénavant l'objet d'un contrôle au fond. Tel est devenu le sort des opérations de délimitation du domaine public naturel, des délivrances de brevets, des arrêtés d'alignement, de diverses mesures de police préfectorale ou municipale...

Cette audacieuse construction jurisprudentielle aboutissait évidemment à mettre beaucoup plus complètement les administrés à l'abri de l'arbitraire. Cependant le dessein poursuivi par le Conseil d'Etat n'était pas, à proprement parler, libéral. Ce n'est pas d'abord à protéger des droits et intérêts privés qu'il visait, mais à éviter l'impopularité du Pouvoir, en élargissant les moyens accordés aux administrés de faire tomber des décisions irrégulières.

C'est que, depuis le début du nouveau régime, elles s'étaient notablement multipliées. La politique de déconcentration, lancée par le décret du 25 mars 1852, a abandonné la décision, en de nombreuses matières, à des préfets enclins à se croire, dans le climat d'autoritarisme où baigne le Second Empire, à prendre de sérieuses libertés avec les règlements et les lois. A Paris, la fougue du préfet de la Seine, le baron Haussmann, l'entraîne trop souvent à pousser l'accomplissement de ses grands projets d'urbanisme sans égards suffisants pour les droits des propriétaires. Dans les autres communes, le choix des maires, autorisé par la constitution, parmi des personnes extérieures aux conseils municipaux

élus, encourage encore l'éclosion de nombreuses tyrannies locales. Prenant de mieux en mieux conscience des périls que vaut au Pouvoir un déploiement par trop débridé de la puissance publique, le Conseil d'Etat entreprit d'imposer aux autorités un usage moins arbitraire de leurs prérogatives.

S'il est indéniable que cette politique jurisprudentielle s'est épanouie depuis le début des années Soixante, nous avons pu constater qu'elle a été inaugurée dès la décennie antérieure. Léon Aucoc, dans les conclusions qu'il déposa sur l'affaire Bizet et dont nous avons cité tout à l'heure un extrait, remarquait à destination de ses collègues: «Vous avez depuis 1852 notablement élargi la voie ouverte par vos prédécesseurs (Aucoc évoque le recours pour excès de pouvoir), et la jeune génération du Conseil vous a suivis avec empressement dans cette voie». Il serait donc tout à fait abusif, comme on le fait généralement, d'imputer l'attitude plus sourcilleuse de la haute assemblée, en matière de respect de la légalité, à une libéralisation du régime qui, d'ailleurs, ne devient vraiment sensible que dans ses dernières années d'existence.

Le même Aucoc est encore parfaitement explicite sur les raisons profondes qui ont conduit la jurisprudence à cet élargissement des ouvertures du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil, explique-t-il, en recevant les plaintes de tous les citoyens dont les droits avaient été lésés par les actes des agents locaux «a entrepris de décharger "le gouvernement" de la responsabilité qui pesait sur lui. Il n'y a plus – continue-t-il – à distinguer ici entre les petits et les grands intérêts. Les griefs les plus mineurs peuvent, en se multipliant, causer de graves mécontentements. Il fallait donc que cette

sorte de soupape de sécurité fut toujours ouverte»². On ne peut être plus clair sur l'esprit de cette jurisprudence: il s'agit, en imposant à ses serviteurs un respect plus scrupuleux du droit, de prémunir le gouvernement du discrédit que lui vaudrait un usage immodéré de la puissance publique.

Le chef de l'Etat lui-même, conscient de ce que ses intérêts dynastiques étaient en cause, offrit sa caution à cette politique jurisprudentielle, comme le révèlent les dispositions du décret du 2 novembre 1864. Ce règlement tout entier tend à interdire les débordements dont se rendent trop souvent responsables les autorités administratives. Son article premier, en particulier, entend dans ce dessein encourager le développement du recours pour excès de pouvoir, puisqu'il dispense les requérants de l'assistance d'un avocat et limite les frais de l'action aux seuls droits de timbre et d'enregistrement.

L'intérêt de l'Etat rejoignait ainsi celui des citoyens. En canalisant le flot du Pouvoir pour le plus grand avantage de la dynastie régnante, on offrait simultanément des garanties accrues aux particuliers. Deux aspects du régime juridique du recours pour excès de pouvoir témoignent de la volonté de ne pas privilégier la protection des droits au détriment de l'autorité. D'une part, en effet, dans le dessein de ne pas autoriser de trop nombreuses attaques contre les actes administratifs, la jurisprudence maintient la règle que ce type de recours n'est recevable que si l'on peut justifier d'un intérêt personnel, direct, «né et actuel». D'autre part, il fut décidé, dans les dernières années du régime impérial, que si l'on avait à sa disposition une voie de droit, autre que celle de l'annulation, pour détourner les effets d'un acte irrégulier –

c'est ce qu'on appelle: «l'exception de recours parallèle» – le recours pour excès de pouvoir n'était plus redevable. Les hésitations, cependant, que révèle la jurisprudence dans la mise en jeu de cette exception (Burdeau 1995, p. 184) sont symptomatiques de la double finalité que ce recours conjugue. Créé et développé pour affermir le Pouvoir en en régularisant le cours, tout invitait à lui accorder la plus large recevabilité. Mais il en était venu encore à servir de garantie aux citoyens. Pourquoi alors le laisser ouvert lorsque leurs droits pouvaient être défendus par une autre voie?

De surcroît, si l'Etat pouvait ordinairement y trouver son compte, une extension trop large risquait, dans certaines occasions, de se retourner contre lui. Il n'est dès lors aucunement étonnant que ce soit justement sous le Second Empire qu'ait pris corps la doctrine des actes de gouvernement, c'est-à-dire des décisions de l'Exécutif fermées au contrôle de légalité, comme d'ailleurs à toute action en indemnité dirigée contre l'Etat. Les administrativistes des débuts de la Troisième République ont prétendu, pour discréditer le Conseil d'Etat impérial, qu'il aurait classé dans cette catégorie toutes les mesures inspirées par un «mobile politique». L'état du droit du temps de Napoléon III invalide cette interprétation. Que trouve-t-on en effet dans cette liste des actes de gouvernement? D'abord certaines opérations, qui paraissent manifestement étrangères à la compétence d'une juridiction administrative, parce qu'elles mettent en cause autre chose que l'application des lois, telles celles qui sont en liaison avec l'activité du corps législatif, les relations internationales ou les «faits de guerre». Surtout elle comprend certaines décisions, arrêtées par le

gouvernement pour des raisons sans doute manifestement politiques, mais qui ne sont que des applications de la théorie des circonstances exceptionnelles. Ainsi, les actes pris en vertu de la proclamation de l'état de siège ne peuvent faire l'objet d'aucun recours administratif contentieux, parce qu'en présence d'une grave menace pour la sûreté de l'Etat il semble indispensable que le gouvernement soit maître de ses décisions, sous sa seule responsabilité. Et c'est parce que les membres des familles ayant régné en France font planer une menace du même type, pour virtuelle qu'elle demeure, que les mesures prises à leur rencontre sont, elles-aussi, pleinement abandonnées au pouvoir gouvernemental. En période normale, donc, l'intérêt bien entendu du régime postule le contrôle de la régularité de son activité administrative. Dans des circonstances exceptionnelles, en revanche, ce même souci de sa pérennité fonde l'attribution au gouvernement (Saint-Bonnet 1996, pp. 623 ss.) d'un pouvoir parfaitement discrétionnaire.

Finalement, en ce qui concerne les rapports entretenus entre le Pouvoir et le droit, le Second Empire paraît à certains égards rééditer l'expérience du premier. La volonté d'assurer la solidité de son gouvernement avait conduit en effet le premier des Bonaparte à reconnaître d'abord une très large extension au champ de la puissance publique, sans offrir aux administrés les moyens adéquats d'intervenir dans la régularité de son action. Puis, renouant avec la tradition de l'absolutisme français, pour qui la meilleure garantie de la souveraineté réside dans un usage réglé et discret de la puissance, Napoléon I^{er} avait amélioré la qualité de la justice administrative, en créant en 1806 une Commission du

contentieux au sein du Conseil d'Etat. Cette innovation avait été à l'origine d'une soumission de l'action administrative à la censure d'un juge mieux éclairé et plus crédible. Le Second Empire reproduit une séquence analogue. Dans un premier temps, les avancées du contrôle juridictionnel de la légalité des opérations administratives, pour réelles qu'elles soient, demeurent prudentes et modestes. Puis, passé la fin des années Cinquante, le juge administratif s'enhardit dans des voies inexplorées pour contraindre les autorités au respect de la loi.

Pourtant, comme en 1806, lorsque fut créée la Commission du contentieux, la cause des libertés est étrangère à ces nouvelles orientations. C'est à une appréciation, différente de celle qui prévalait jusqu'alors, des exigences de l'autorité publique qu'elles doivent être imputées. Ernest Pinard, entré au Conseil en 1864, ne dit pas autre chose dans son *Journal*. Après avoir noté la tendance de la plus ancienne génération du Conseil à maintenir «sur tous les points les droits de l'Etat, avec un penchant marqué à en exagérer l'étendue», il remarque que les plus récemment arrivés au palais d'Orsay, cette «jeune génération» qu'évoquait Aucoc pour lui attribuer un rôle déterminant, firent prévaloir l'idée que «les pouvoirs discrétionnaires accordés par la législation au gouvernement ne se conservent en toutes matières que si l'on en use sobrement et à bon escient»³. Comment mieux dire que les progrès de la légalité, remarquables dans les dix dernières années du régime, s'inscrivent non point dans une politique des libertés, mais dans une entreprise de perfectionnement du Pouvoir? Si l'administration a été contrainte à être juridiquement correcte en ne transgressant pas la

légalité, lorsqu'elle édicte des actes unilatéraux, dans son commerce avec les administrés aussi elle est traditionnellement assujettie à des règles de droit qui lui sont propres. Or, c'est un second intérêt de l'étude de la jurisprudence administrative sous le Second Empire que de mettre au jour les fondements de ce droit spécifique. Elle révèle que la disqualification des juges ordinaires, et l'existence concomitante de règles particulières, procèdent d'un calcul proprement politique: ne pas imposer au Pouvoir, lorsqu'il accomplit ses missions de service public, des contraintes telles qu'elles paralyseraient son action.

Historiquement, la liaison de la compétence et du fond est un fait avéré. Sous l'Ancien Régime, les organes de la justice déléguée, au premier rang desquels se trouvaient les Parlements et les Cours des Aides, ont été progressivement tenus davantage à l'écart de multiples litiges administratifs, dans le dessein d'éviter qu'ils ne soient jugés selon les règles et l'esprit du droit commun. L'extension des compétences contentieuses des intendants et des formations concernées du Conseil du roi n'est que la conséquence du besoin ressenti d'accorder aux agents de la puissance publique un régime juridique spécifique, à la mesure de ses besoins. Des considérations du même ordre éclairent le choix des Constituants en 1790, lorsqu'ils ont refusé aux tribunaux ordinaires la connaissance de certaines contestations nées du fonctionnement des services publics, pour les réserver aux corps administratifs eux-mêmes. De la Législative à la fin du Directoire, la méfiance maintenue envers les juges, la crainte qu'ils ne contrarient les visées révolutionnaires des gouvernements, ont constamment élargi la sphère du contentieux administratif, au

point qu'il n'est pas abusif de reconnaître qu'au début du siècle dernier en relevaient tous les litiges où un acte de l'administration se trouvait impliqué. Dès l'établissement du régime napoléonien, cet impérialisme outrancier du gouvernement commença à être combattu, surtout lorsqu'une question de propriété se trouvait agitée.

Alors se précise encore l'idée que l'Etat se présente, dans ses rapports avec les particuliers, sous une double figure. Tantôt, il est une personne juridique à l'image de quiconque; tantôt, il n'est à nul autre pareil, parce qu'il met en mouvement la puissance souveraine dont il est dépositaire. S'il se présente sous l'aspect d'une personne juridique, ses actes sont légitimement du ressort de l'autorité judiciaire. Mais, sous ses traits de puissance agissante, il ne peut relever d'elle. Dans un premier temps, cependant, la jurisprudence fut réticente à assimiler l'Etat et ses démembrements à des personnes juridiques ordinaires, en dehors des cas où ils se comportaient en intendants de leurs propriétés. L'innovation fondamentale du droit administratif du Second Empire a consisté à parfaire cette appréciation d'une double nature des collectivités publiques, mais dans une mesure telle que les intérêts supérieurs du Pouvoir ne fussent pas compromis.

Tout naturellement, en premier lieu, fut consacré le principe, dégagé dès le début du siècle dernier, de la compétence judiciaire, dès que se trouvent en causes des actes de gestion domaniale. Puisqu'ils émanent de personnes propriétaires en tous points identiques à des particuliers, le droit commun doit s'appliquer, si aucune loi spéciale ne l'écarte en saisissant le juge administratif.

Pourquoi, donc, ne pas étendre ce régi-

me juridictionnel aux opérations de l'administration, non pas seulement dans ses activités d'intendance du domaine privé, mais encore en tant que gestionnaire des services publics, dès lors qu'elle use d'instruments juridiques régis par le code civil? C'est bien ce que le Conseil d'Etat, en accord avec la Cour de Cassation, devait admettre dans le courant des années Cinquante, du moins à l'occasion des baux passés par l'administration pour le logement de ses services (Bigot 1997, II, pp. 696 ss.). Car si, dans cette dernière hypothèse, l'Etat agit en tant que puissance, sa singularité s'estompe puisqu'il se comporte à l'instar d'un simple particulier.

Emerge ainsi dans le droit du Second Empire, d'une façon explicite dans la jurisprudence judiciaire, simplement implicite dans celle du Conseil d'Etat, la grande distinction des actes administratifs selon qu'ils relèvent de la gestion ou de l'exercice de la puissance publique, dont Aucoc, à la fin du Second Empire, devait offrir une première formulation (Aucoc 1869, I, pp. 573 ss.). Plus tard, dans le dernier tiers du XIX^{ème} siècle, la doctrine, à la suite d'Edouard Laferrière, devait l'ériger en critère fondamental de la distribution des compétences. Quand elle est gestionnaire, l'administration, en l'absence d'un texte spécial, est dépouillée de ses attributs de puissance, pour relever du droit commun et du juge ordinaire.

Pourtant, dans les années Cinquante et Soixante du siècle dernier, ainsi qu'il en sera encore longtemps après la chute de Napoléon III, cette soumission au droit privé reste fortement encadrée, alors même qu'aucune loi d'attribution ne l'écarte explicitement. Et là s'aperçoit un autre aspect du droit administratif. Car il n'est

pas seulement le droit des activités où se manifeste la puissance; il est encore celui des opérations où les intérêts, surtout financiers, de la puissance publique sont impliqués. La jurisprudence administrative du Second Empire présente diverses illustrations de cette résolution, affichée par le Conseil d'Etat, d'écarter le juge ordinaire et le droit commun, afin de mettre le Pouvoir à l'abri de charges excessives.

La première est offerte dans le domaine de la gestion contractuelle des services publics. Car si la haute juridiction accepte la règle de la compétence judiciaire pour interpréter des baux passés pour leur fonctionnement, elle dénie aux tribunaux ordinaires le droit de prononcer sur la responsabilité de l'Etat, en cas d'incendie de ces locaux, afin de le faire échapper aux dispositions du Code Napoléon. Dans ce dessein, le Conseil met en avant tantôt la nécessité pour le juge d'interpréter un acte administratif, ce qui lui est rigoureusement interdit par les lois révolutionnaires de séparation des autorités (16-24 août 1790 et 16 fructidor en III) (CE 5 mai 1852, *Cie Le Phénix*); tantôt, la présence d'un «contrat administratif d'une nature particulière» qui, n'appartenant pas aux catégories du droit civil, doit échapper à l'examen du juge judiciaire (CE 7 juillet 1859, *Cie Le Phénix*).

La seconde illustration se découvre dans le droit de la responsabilité de l'Etat pour les dommages corporels occasionnés par des travaux publics. Certes, les deux ordres de juridiction s'accordent à estimer que l'article 4 de la loi du 28 pluviôse en VIII, qui dirige vers les conseils de préfecture les actions en réparation pour dommages de travaux publics, n'a pas à s'appliquer lorsque l'accident résulte d'une faute de l'entrepreneur engageant sa responsabili-

té (CE, 11 novembre 18, *Malheut*; C.E. 4 février 1858, *Maugeant*). En revanche, si c'est la puissance publique elle-même qui, à l'occasion de la construction d'un ouvrage, cause à un ouvrier ou à un tiers un dommage corporel, sa responsabilité ne saurait être appréciée par le juge judiciaire selon les règles du droit civil. Le même article 4 de la loi de l'an VIII, estimé inacceptable aux accidents de personnes dont doivent répondre les entrepreneurs, retrouve, lorsque l'Etat est impliqué, son effectivité (CE 9 décembre 1858, *Breuil*; CE 16 août 1865, *Passemar*; CE 13 décembre 1866, *Chemins de fer d'Orléans*). Ici comme là, pourtant, le dommage est de même nature et la solution du litige dépend d'une même appréciation d'une faute.

Enfin et surtout – c'est là la troisième manifestation de la volonté de défendre les intérêts publics – il n'est nullement question pour le Conseil d'Etat d'admettre l'intervention des tribunaux ordinaires, ni l'application du droit civil, dès qu'il s'agit de déterminer la responsabilité de la puissance publique pour des dommages nés de la gestion extracontractuelle de ses services. Ce n'est pas faute pour l'autorité judiciaire tout entière de persévérer, avec une énergie farouche, sur la voie où elle s'est engagée depuis la Monarchie de Juillet, en affirmant sans se lasser sa compétence exclusive, en vertu de la généralité des articles 1382 et suivants du Code Civil (Chapus 1957, pp. 85 ss.).

Pour fonder son monopole juridictionnel, le Conseil de Napoléon III a développé une triple argumentation. D'une part, dans le prolongement de ses attitudes antérieures, il fait état de la théorie de l'Etat débiteur, dont les assises légales sont très incertaines (Mestre 1899), en vertu de laquelle il n'ap-

partient qu'à l'autorité administrative de reconnaître l'existence d'une créance d'un particulier sur l'Etat. On lit ainsi dans l'arrêt Rotschild du 6 décembre 1855:

Considérant [...] que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient [...] de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat débiteur; que ce principe proclamé par le décret du 26 septembre 1793, maintenu et développé par la législation subséquente relative à la liquidation de la dette publique, est devenu une des bases de notre droit public et la règle générale de compétence pour les instances introduites contre l'Etat, puissance publique, par les particuliers qui prétendent être ses créanciers.

[Même argumentation dans CE 1^{er} juin 1861, *Baudry*; CE 22 novembre 1867, *Ruault* et de nombreux autres]

Second argument développé par le Conseil napoléonien, fidèle là encore à sa ligne de conduite sous Louis-Philippe: dans les actions en dommage-intérêts contre l'Etat, du fait de ses commettants, on ne peut éviter, pour mesurer leurs fautes, d'interpréter les actes administratifs qui organisent le service dont ils relèvent, ce qui est interdit aux tribunaux judiciaires. A propos d'une action en responsabilité intentée contre la puissance publique par la victime d'une négligence du personnel d'un hospice, le Conseil affirme ainsi que,

pour apprécier cette démarche, il est nécessaire d'examiner et de discuter les règlements du service des hôpitaux [...]; qu'il suit de là que c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de déterminer le sens et la portée de ces règlements. [CE 10 novembre 1858, *Giles*; voir aussi CE 10 mars 1853, *Perregaux*]

La troisième et dernière considération, que prend en compte le Conseil pour

repousser le juge judiciaire et le droit civil, est, elle, une création de la jurisprudence administrative du Second Empire. Pour contredire en effet avec pertinence la Cour de Cassation, qui s'entêtait à affirmer qu'aucune disposition législative n'a exonéré la puissance publique de la responsabilité définie par les articles 1382 à 1384 du Code Napoléon, il fallait découvrir une raison autrement plus décisive que les deux arguments précédents. Car comment ne pas voir l'abus qu'il y a à faire intervenir la théorie inconsistante de l'Etat débiteur? Les exemples ne manquent pas de condamnations à payer prononcées par les tribunaux à l'encontre de l'Etat. Toute référence à cette théorie sera d'ailleurs abandonnée, en matière de responsabilité extra-contractuelle, après le fameux arrêt Blanco (TC 8 février 1873). De la même façon, avancer la nécessaire interprétation d'un acte administratif relevait quasiment de la mauvaise foi. Car, quand bien même une acte de cette nature serait en cause, il était acquis depuis longtemps que les juges ordinaires sont habilités à en faire application dès lors que son sens est clair.

Voilà pourquoi le Conseil s'engagea dans une nouvelle direction, que révèle pour la première fois l'arrêt Rotschild du 6 mars 1855, qui faisait fond aussi, nous le savons, sur la théorie de l'Etat débiteur:

Considérant, que c'est à l'administration seule qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics, dont elle est chargée d'assurer le cours; qu'il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent, à l'occasion de ces services, entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services, et dès lors, de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et obligations réciproques qui en doivent naître; que ces rapports, ces droits et ces

obligations ne peuvent être régis selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier; que, notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'Etat en cas de fautes, de négligences ou d'erreurs commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et la nécessité de chaque service; que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure.

[Argumentation identique dans CE 6 décembre 1855, *Gloxin*. Voir aussi CE 7 mai 1862, *Vincent*, dont les termes sont repris dans CE 22 novembre 1867, *Ruault*]

Affirmer de la sorte la naturelle et évidente singularité de la responsabilité publique permettait de la faire échapper aux règles des articles du Code civil. Restait donc à établir fortement le droit de l'autorité administrative à en être le seul juge. L'arrêt Dekeister du 6 août 1861 franchit ce dernier pas, en visant les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor en III, interprétées comme ne se bornant pas à interdire aux juges toute intervention dans l'administration, mais comme des mesures attributives de compétence à l'autorité administrative. L'arrêt Blanco exprima le ralliement du Tribunal des conflits républicain à ces analyses du Conseil d'Etat impérial.

On mesure à la pugnacité dont il fit preuve, en matière de responsabilité extra-contractuelle, sa détermination à apprécier, seul, les conséquences financières pour l'Etat des faits dommageables imputables aux agents de ses services, alors même qu'il s'agit de leur gestion et non pas de manifestations éclatantes de la puissance publique. Une seule raison peut rendre compte de cette attitude, tant dans ce domaine que dans les deux premières hypothèses analysées précédemment: la

préoccupation, en disqualifiant les tribunaux judiciaires, suspects d'être trop généreux à l'égard des victimes, de mettre l'Etat à l'abri de charges qui grèveraient trop lourdement son budget.

Une double conclusion s'impose au terme de cette évocation de la jurisprudence administrative du temps de Napoléon III. La première doit souligner la constance d'une tradition. Le pouvoir administratif, en effet, n'a jamais été parfaitement affranchi de contraintes juridiques. C'est vrai depuis l'émergence des premières coutumes. Mais la singularité de l'expérience française en ce domaine, c'est que les règles assignées à l'encadrement de la puissance ont pour source essentielle l'autorité administrative elle-même. Le rôle primordial joué, jusqu'à une époque peu éloignée de nous, par la haute juridiction administrative dans la production de ce droit, n'est que l'illustration de la puissance d'une tradition, qui s'enracine dans les pratiques de la monarchie absolue: celle qui réserve la détermination des règles imposées à la puissance publique à ceux qui y participent directement. Par delà la rupture révolutionnaire, l'administration pût demeurer ainsi très largement la mesure de sa propre puissance.

La seconde remarque conclusive à trait à l'essence du droit administratif, tel qu'il se présente dans les décennies centrales du XIX^{ème} siècle. Car s'il oblige la puissance, c'est pour servir les intérêts du Pouvoir. L'extraordinaire essor du recours pour excès de pouvoir, du début des années Cinquante jusqu'à l'établissement de la Troisième République, n'a d'autre raison que

la volonté de protéger la personne du souverain, et derrière elle l'Etat et ses démembrements, des périls que leur vaudrait la prolifération d'actes arbitraires demeurés sans sanction. Quant à la délimitation du champ du droit administratif, qui s'opère alors, elle révèle aussi combien le point de vue du Pouvoir est déterminant. Quand sa figure s'estompe, pour laisser la place à une personne qui gère son bien ou qui contracte à l'instar de toutes les autres, le droit administratif s'efface. Quand, au contraire, l'administration s'affiche comme l'instrument de la puissance, droit commun et juges ordinaires sont écartés pour qui prévalent des règles taillées à sa mesure. Qui plus est, alors même qu'elle gère et ne commande pas, dès que les intérêts du Pouvoir paraissent devoir souffrir de l'application du droit ordinaire, l'administration devient bénéficiaire d'un régime juridique spécifique.

A la suite de la crise que traverse à la fin du XIX^{ème} siècle, en France comme en Europe, la notion de souveraineté et la remise en question subséquente des privilèges de la puissance publique, le droit administratif se révéla sous de nouveaux traits. Beaucoup voulurent se convaincre qu'il était constitué de l'ensemble des règles, dictées moins à l'avantage du Pouvoir, qu'à celui des services publics institués au bénéfice des membres de la collectivité nationale.

Bibliographie

- AA.VV., *Le Conseil d'Etat. Son histoire à travers les documents d'époque. 1799-1974*, Paris, Editions du centre nationale de la recherche scientifique, 1974;
- Aucoc (Léon), *Conférences sur l'administration et le droit*

Burdeau

- administratif*, faites à l'École impériale des Ponts et Chaussées, Paris, Dunod, 1869-1876, t. I;
- Bigot (Grégoire), *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, thèse en droit Rennes (multigr.), 1997 (ensuite Paris, L.G.D.J., 1999);
- Burdeau (François), *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Puf, 1995;
- Chapus (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, Paris, L.G.D.J., 1957;
- Georgin (André), *La violation de la loi cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*, thèse pour le doctorat, Paris, Rousseau, 1915;
- Laferrière (Edouard Louis-Julien), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, rééd. 1989, vol. II;
- Mannori (Luca), *Uno Stato per Romagnosi. II: La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1987;
- Mestre (Achille), *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*, Thèse, Paris, A. Rousseau, 1899;
- Mestre (Jean-Louis), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Puf, 1986;
- Saint-Bonnet (François), *L'état d'exception. Histoire et théorie*, Th. Droit, Paris II (multigr.), 1996 (ensuite Paris, Puf, 2001);
- Weil (Prosper), *Le droit administratif*, Paris, Puf, 1975.

¹ La thèse contraire de Georgin 1915, n'est pas satisfaisante.

² Conclusions du Conseil d'Etat 13 mars 1867, Bizet. V. aussi du même auteur: 1869, I, pp. 393 ss.

³ *Mon Journal*, 1892, 1, pp., 81 s. cit. in AA.VV., *Le Conseil d'Etat*, 1974, p. 473.