

La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIXème siècle

par

Gilles J. GUGLIELMI

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

**Natura enim iuris nobis explicanda est, eaque ab
hominis repetenda natura (Cicéron, *De Legibus* , I,
5).**

Si l'on doit expliquer la nature du droit, il faut aller puiser dans la nature de l'homme.

En d'autres termes, la connaissance du droit ne passe pas uniquement par la description des normes réelles ou postulées. Elle nécessite bien plutôt que l'on recherche avec quels contenus de pensée les hommes ont produit ou construit leur droit. Or, il existe peu de recherches juridiques qui soient centrées sur le *concept même* d'Administration publique. Certes, de nombreux travaux prennent l'Administration publique en tant qu'*objet réel*, c'est-à-dire en tant qu'appareil de services. Rares sont ceux, en revanche, qui abordent le *concept d'Administration publique* pour lui-même, en tant qu'élément de raisonnement et de représentation dans la théorie juridique.

Cette absence remarquable s'explique sans doute par une double complexité : complexité de l'appareil administratif, modifié depuis deux siècles au fur et à mesure de l'évolution des besoins de la société; complexité de la théorie juridique, variant au gré des interprétations dominantes. Mais l'absence ou la complexité ne dispensent pas le chercheur, juriste ou historien, de tenter de mettre à jour le concept et l'usage qu'en ont eu ses prédécesseurs dans l'édification du droit. C'est cette tâche démesurée mais exaltante que j'ai tenté d'entreprendre dans un ouvrage paru à la LGDJ en 1991 : "La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)", avec deux objectifs. Le premier serait de faire une *généalogie* de la notion d'Administration publique dans la théorie juridique. Il s'agit donc de rechercher, à la naissance de l'ordre juridique contemporain, la nature du concept d'Administration publique, la place de ce concept, son évolution chez les juristes de droit public. Le second serait d'en tirer des *conséquences sur le fonctionnement de la théorie juridique* en montrant que l'existence de certaines notions

n'est pas une donnée du système juridique, et que leur élaboration et leur utilisation par les théoriciens du droit n'est pas neutre.

Ainsi considérée, la notion d'Administration publique est d'une portée particulière pour les administrativistes du XIX^{ème} siècle, dans leur appréhension du système juridique, et c'est cette portée que j'ai essayé de mettre en évidence dans les résultats de l'ouvrage précité. Mais au-delà même de son intérêt à l'époque considérée, les conséquences attachées à la notion d'Administration publique par les administrativistes du XIX^{ème} siècle, peuvent même, aujourd'hui, être d'un grand intérêt pour les juristes du XX^{ème} siècle.

Pour s'en convaincre, une idée directrice doit guider la lecture de la théorie juridique de cette époque, et trois précisions permettent de circonscrire un objet d'étude maîtrisable.

L'idée directrice :

Il faut éviter de considérer l'Administration publique comme *réalité objective* inscrite tout entière dans les Constitutions, les lois, les règlements et la jurisprudence, pour se concentrer sur la notion d'Administration publique, comme *produit* de l'intelligence de certains hommes : les "administrativistes" du XIX^{ème} siècle.

Les précisions :

La première précision est de rappeler qui sont ces hommes. Nombre d'intervenants, à divers degrés et dans des circonstances variables, peuvent faire être qualifiés d'administrativistes parce qu'il font œuvre de théorie juridique dans ce domaine.

Les constituants tout d'abord, MIRABEAU, MOUNIER, BARNAVE; mais aussi des membres du Conseil d'Etat de CORMENIN à AUCOC; des magistrats de l'ordre judiciaire, tels HENRION DE PANSEY, DUPIN, POITOU; des praticiens de l'Administration publique, LOCRÉ, LALOUETTE, BONNIN, et plus tardivement, BLOCK, BLANCHE, DES AUBIERS; des avocats, de SIREY à DARESTE, en passant par DUFOUR et COTELLE; des pamphlétaires tels CORMENIN, REVERCHON, PÉRIER; des enseignants, par exemple FOUCART, SERRIGNY, CABANTOUS;

Mais les seuls comportements humains relatifs à la notion d'Administration publique qui soient observables dans la théorie du droit, sont une production écrite. Les théoriciens du droit public ont volontairement fixé par écrit, puis diffusé leur interprétation juridique dans des textes qui nous sont, en majorité, parvenus, des textes produits par des interprètes. C'est la cohérence interne de l'argumentation mise en œuvre dans les interprétations relatives à la notion d'Administration publique qui en dessine les contours. Le droit positif ne peut en première approximation être étudié qu'à travers ce qu'en disent les juristes, même si ces dires sont démentis par la suite des événements.

La deuxième précision est l'aveu qu'il ne s'agit pas exactement du XIX^{ème} siècle

Le défaut de n'être pas historien excusera peut-être l'auteur de ces lignes d'utiliser la dénomination de XIX^{ème} siècle pour une période différente de l'arithmétique 1801-1900 ou du militaire 1815-1914.

Le point de départ a été choisi en 1789, parce que cette date marque la dernière *rupture* fondamentale de l'ensemble du système *formel* de droit français. Le point d'arrivée est l'arrêt Cadot, qui marque, en 1889, la séparation réelle entre juridiction administrative et Administration publique active. L'arrêt Cadot fixe en effet

- le rejet des définitions matérielles de la juridiction et de l'administration, par la promotion définitive des critères *organiques et formels*,
- le tournant conceptuel d'un système juridique intégrant l'Administration publique comme objet suffisamment formalisé pour permettre un contrôle avoué,
- l'apparition d'un système de concepts généraux reflétant théoriquement l'ordre juridique comme totalité organique, c'est-à-dire par rapport à l'objet, intégrant l'Administration publique en la banalisant.

La troisième précision est une pétition de principe selon laquelle le choix d'une notion d'Administration publique par ces juristes exprime la façon dont ils pensent, dans la société française, l'organisation du pouvoir.

Il est maintenant patent, d'une part, que les notions juridiques sont des contenus de pensée, partant non neutres; d'autre part que la fonction de la recherche juridique est une fonction critique. Aussi, faut-il, dès 1789, renoncer. Renoncer à toute définition *a priori*, même provisoire, de l'Administration publique : la notion d'Administration publique est *ce qu'en font* les théoriciens du droit. Renoncer à tout jugement de valeur sur la production de ces hommes telle qu'on pourrait la rapporter au droit positif : l'étude de ce qu'était réellement l'Administration publique et le droit administratif à cette époque, tout aussi indispensable, relève en effet d'un autre type de recherche.

LA PORTEE IMMEDIATE DE LA NOTION D'ADMINISTRATION PUBLIQUE, AU XIX^{ème} SIECLE, CHEZ LES ADMINISTRATIVISTES

La notion d'Administration publique à cette époque est d'une double portée. D'une part, elle structure la manière dont se constitue un système d'explication de la sphère publique dans la théorie juridique. D'autre part, elle révèle le rôle des administrativistes, théoriciens du droit public.

La manière dont s'est constitué le système d'explication de la sphère publique dans la théorie juridique française.

Fondation, casuistique, systématisation de la notion d'Administration publique sont trois mouvements qui correspondent à trois phases de la théorie du droit public au XIX^{ème} siècle.

Première phase (1789-1830) :

L'Administration publique est un *concept*, (un ensemble de caractères abstraits et généraux, tirés par abstraction de l'expérience sensible). Elle est surtout l'image d'un pouvoir public unique et transcendantal, extra-juridique, que les théoriciens du droit tentent de qualifier et d'intégrer à leur raisonnement. C'est l'époque des juristes fondateurs, THOURET, HENRION DE PANSEY, FLEURIGEON, DE GÉRANDO, ceux qui posent les fondements de la représentation de l'ordre juridique public. Pendant cette première phase, les juristes fondateurs, en réalité, n'identifient pas le concept d'Administration publique légué par les hommes de la Révolution. Tirant les conséquences de ce défaut conceptuel, vers la fin de cette période, les juristes fondateurs les plus techniciens, qui recherchent l'amélioration du système juridique, s'attacheront donc à prendre l'Administration réelle comme objet d'étude en considérant les textes comme une matière première; les juristes fondateurs les plus critiques, porteurs souvent d'un projet politique, cherchent plutôt à dégager les formes abstraites d'une réalité de l'Administration publique. Ces deux modes d'approche sont difficilement conciliables avec la constitution d'une représentation d'ensemble de la sphère juridique publique. C'est pourquoi, dans un deuxième temps, les administrativistes abandonnent l'étude des caractères d'une Administration publique unitaire, au profit de l'étude des interactions entre l'Administration publique et d'autres acteurs du système juridique.

Deuxième phase (1830-1865) :

Les juristes, pressés par le développement de l'activité publique, développent une *casuistique*, c'est-à-dire un ensemble de techniques tournées vers la résolution de cas ou de difficultés d'application des normes. Dès lors, ils s'emploient à transformer le

concept d'Administration publique en *notion juridique*, (groupement sous une simple rubrique d'un ensemble de situations juridiques présentant entre elles une affinité déterminée par l'observateur). Cette notion est ponctuellement intégrée dans des zones frontières de l'ordre juridique et fournit des appuis aux raisonnements en termes de sous-catégories.

Les casuistes, tels FOUCART, BOULATIGNIER, MACAREL, DUFOUR, CHAUVEAU, VIVIEN, PROUDHON prouvent ainsi, dès la Monarchie de Juillet, qu'un concept indéterminé, même s'il traduit une réalité aussi puissante que l'appareil d'Etat, ne peut subsister dans la sphère publique sans recevoir de qualification juridique; que la décomposition de l'Administration publique en sous-catégories (personnes publiques, collectivités publiques) est susceptible de fonder une interprétation juridique valide.

Pendant cette période, c'est surtout sur les problèmes juridiques des fonctionnaires et de l'intervention par voie de contrat, que les administrativistes construisent la notion d'Administration publique. Ainsi constituée en notion juridique à part entière, par une casuistique interne à la sphère juridique, la notion d'Administration publique est prête à être utilisée comme justification téléologique de l'intervention de l'Etat dans la société civile et comme fondement de la définition même du système conceptuel de la théorie du droit public.

Troisième phase (1865-1889) :

C'est l'ère des juristes *ordonnateurs*: DUCROCQ, POITOU, COTELLE, BATBIE, BOUCHENÉ-LEFER, AUCOC, LAFERRIERE. La conjonction de la stabilité institutionnelle et de la censure des idées constitutionnelles permet aux juristes, notamment aux administrativistes, de mettre en ordre l'ensemble du système juridique de droit public autour de la notion d'Administration publique.

En raison des qualifications juridiques très "souples" que la notion d'Administration publique autorise, cette mise en ordre a de remarquables effets dans la systématisation de l'ordre juridique français. D'une part, elle fournit un point fixe permanent au raisonnement juridique et permet la fluctuation d'autres notions, plus proches du politique en fonction des impératifs de circonstance. Elle justifie toute évolution de l'action de l'Etat sur la société civile. D'autre part, les administrativistes se servent de la notion d'Administration publique pour classer les institutions juridiques par rapport à ce point fixe. Cette notion structure donc le discours des détenteurs de savoir juridique sur l'Etat. Notamment, elle renforce la classification droit public / droit privé, elle met en opposition un droit de subordination, le droit administratif enfin formalisé, et le droit civil. Bref elle structure le droit public en plusieurs disciplines.

En résumé, au terme d'un siècle de théorie juridique, le but des premiers administrativistes, la fondation d'un droit administratif autonome, a été atteint. La distinction entre droit public et droit privé a reçu une justification formellement distincte de la tradition romaniste et civiliste.

L'évolution de la notion d'Administration publique révèle ainsi, dans la théorie du droit public, le passage d'une démarche conceptualiste et volontariste, à une démarche empiriste et régulatrice

Les fondateurs s'attachaient autrefois aux équilibres statiques des institutions, à la traduction juridique de choix téléologiques extérieurs, au domaine d'action de l'Administration publique. Les ordonnateurs définissent maintenant l'objet de la théorie du droit appliqué à la sphère publique en termes d'interactions plus que de domaine, d'adaptation des interventions à l'environnement, de régulation par un sous-système de contrôle qu'est la juridiction administrative.

Les publicistes français s'apprêtent déjà en 1889 à quitter le siècle où les phénomènes semblent gouvernés par la loi inexorable d'une causalité univoque.

Le rôle des théoriciens du droit public

La découverte politique du XVIIème siècle fut que l'exercice du pouvoir est marqué d'un coût. Au XVIIIème siècle, la pensée politique avait tenté de trouver un principe tactique d'exercice du pouvoir en fonction de ses coûts (libéralisme légaliste). Mais l'échec de ce principe (abus de pouvoir, émergence de contre-pouvoirs, Révolution) montrait la nécessité d'une véritable entreprise d'amélioration des fondements du droit.

Au XIXème siècle, "se dessine une réflexion sur le problème de la pluralité des pouvoirs, c'est-à-dire comment on peut obtenir un système de pouvoir cohérent, efficace, continu, obéissant aux intérêts fondamentaux de la classe dominante, en intégrant dans ce système une pluralité de pouvoirs différents (différents du pouvoir central, différents les uns des autres et éventuellement opposés soit les uns aux autres, soit au pouvoir central)" (FOUCAULT (M.), Intervention aux journées de Goutelas, in *Justice. Revue du syndicat de la magistrature*, n° 115, 1987, p. 37). La notion d'Administration publique chez les théoriciens du droit du XIXème siècle illustre cette recherche d'une technologie juridique à travers et par la différenciation de pouvoirs opposés.

Les théoriciens du droit ont rempli leur rôle d'intégration des contre-pouvoirs : ils ont fourni les constructions positives adéquates à cette intégration; ils ont proposé un optimum fonctionnel pour le corps social. Pour cela il leur a fallu élaborer et utiliser un concept empirique à vocation générale, *suffisamment technique* pour ne pas prêter à une analyse en termes purement politiques, et au contenu *suffisamment variable* pour justifier ou occulter les déplacements de frontière entre la sphère du public et la sphère du privé.

Ce concept a cessé d'être utile dans le projet d'ensemble lorsque, en 1889, l'explication

de la sphère publique en termes de *système juridique* en vient à sacrifier l'unité symbolique de la notion d'Administration publique, pour promouvoir un contrôle externe pleinement juridictionnel.

LA PORTEE ACTUELLE DE LA NOTION D'ADMINISTRATION PUBLIQUE FORGÉE PAR LES ADMINISTRATIVISTES DU XIXÈME SIECLE

La notion d'Administration publique, telle que la concevaient les administrativistes du XIXème siècle, a pour conséquence de poser un double défi aux juristes d'aujourd'hui. D'une part, en raison du parallélisme de son évolution avec celle de la pensée juridique, la notion d'Administration publique nous invite à écrire l'histoire du droit administratif au XIXème siècle. D'autre part, en raison des incertitudes toujours avérées sur sa définition, cette notion d'Administration publique, forgée par les administrativistes du XIXème siècle, nous impose d'étudier plus rigoureusement ce qu'est *aujourd'hui* la notion juridique d'Administration publique.

Une histoire du Droit administratif au XIXème siècle

Le XIXème siècle est une période d'observation très riche. Les idéaux de 1789 sont rationalisés, la rupture de l'ordre juridique est consommée. La Révolution industrielle et les troubles sociaux, ont amené un remarquable perfectionnement des institutions et de la pensée juridique.

C'est aussi une véritable entreprise de rationalisation, qu'ont menée les publicistes et jurisconsultes (législateurs, juristes, professeurs), non par goût du succès politique, mais en construisant des théories pour l'action. A la lumière de l'exemple donné par la notion d'Administration publique, il apparaît ainsi indispensable de faire enfin, avec un siècle de recul, l'histoire de cette partie de la science du droit.

Il serait ainsi possible d'étudier des paradoxes suivants :

- L'Administration publique, apparue dans les débats constitutionnels de 1791, bruisants de considérations juridiques sur les libertés, est pourtant écartée de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs et notamment de la représentation des libertés publiques.

- Pour atteindre à un contrôle efficace de l'action administrative, il a fallu consentir à une différenciation entre droit constitutionnel et administratif, et renoncer à une représentation globale de la sphère publique. Mais l'utilisation de la casuistique, indispensable pour réaliser le contrôle, définit des domaines fractionnés, et un luxe de complexité tel qu'il est illusoire de chercher à en avoir une vision complète.

Une étude contemporaine de la notion d'Administration publique

- Il y a, au début du XX^{ème} siècle, un déclin apparent de la notion d'Administration publique

Tout d'abord, c'est le service public, et non l'Administration publique, qui rattache au contentieux de l'Etat celui des collectivités locales, marquant ainsi "l'avènement du droit administratif moderne" (R. CHAPUS). On sait le rôle que joue, dès le début du XX^{ème} siècle, la notion de service public dans la théorie juridique, sinon tout de suite dans la jurisprudence (pour les départements, V. C.E., 6 février 1903, *Terrier*, Rec. p. 94; et T. C., 29 février 1908, *Feutry*, Rec. p. 208; pour les communes, T. C., 13 avril 1908, *De Fonscolombe*, Rec. p. 448).

Ensuite, c'est par un type conceptuel traduisant une "montée en généralité" par rapport à la notion d'Administration publique, celui d'Institution, qu'HAURIOU et RENARD tentent de réagir aux interprétations de DUGUIT et des théoriciens du droit objectif, afin de maintenir leur analyse de l'ordre juridique en termes de système. "Ce sont les institutions qui font les règles du droit, ce ne sont pas les règles de droit qui font les institutions... tout se tient à l'intérieur d'un système et c'est à cette condition que l'homme, tout en n'étant tenu absolument par aucune institution, tient à tout le système" (cités par LOURAU (R.), *L'analyse institutionnelle*, Minit, 1970, p. 61).

La notion d'Administration publique ne semble plus constituer, à la fin de la Troisième République, une notion centrale de la théorie du droit public; elle est d'ailleurs intrinsèquement contestée à la fin des années 1960 par Marcel WALINE.

- Mais ce déclin est-il réel ?

Il est frappant, d'une part, que les termes d' "Administration publique" soient encore utilisés aujourd'hui par les théoriciens du droit. La personnification en reste très poussée : l'Administration agit, provoque, décide, se tait. Il s'agit presque d'une projection que chaque individu réalise sur l' "Administration", comme une adhésion libre, évitant aux appareils administratifs de demeurer des formes vides et extérieures. On ne compte plus les manuels de droit administratif qui font état de la "responsabilité de l'Administration", en y incluant la responsabilité publique du fait des lois et des décisions judiciaires.

Il est constant d'autre part que la notion d'Administration publique ne semble toujours pas une notion juridique fixée.

Les tentatives de définition qui font de l'Administration la somme des personnes

publiques se heurtent à l'objection selon laquelle certaines parties de ces personnes (le gouvernement de l'Etat et les Conseils élus des collectivités territoriales) ne sont pas intégrables à l'Administration publique.

La théorie de l'organe qui tendait à délimiter parmi les personnes publiques un ensemble d'organes administratifs, très marquée par les juristes germaniques, n'a pas reçu de consécration dans la casuistique postérieure à 1945.

Enfin, les approches qui se fondent sur la fonction administrative ne résolvent ni l'imprécision de la notion même de fonction, ni l'absence de spécificité (sauf axiologique) par rapport à la sphère privée. La théorie du droit public est notablement supplantée dans l'analyse des institutions et l'évolution de l'intervention publique par les théories de l'organisation issues des entreprises privées.

Il conviendrait donc de tester l'hypothèse que la notion d'Administration publique joue au XXème siècle un rôle résiduel, mais sans doute indispensable, de *compensation* de certaines lacunes ou zones d'ombre de la théorie du droit public.

Ces deux axes de recherche ne sauraient rester inexploités car mieux connaître le fonctionnement du raisonnement juridique et la formation de notre système de droit, c'est mieux comprendre le droit, et donc mieux l'appliquer.