

DEUX VISIONS THÉOCRATIQUES  
DU DROIT PUBLIC CONTEMPORAIN,  
de part et d'autre des Pyrénées

**par**

**Gilles J. GUGLIELMI**

*Professeur à l'Université Paris-II (Panthéon-Assas)*

« Voyager, c'est bien utile, ça fait travailler l'imagination »

**L.-F. CELINE, *Voyage au bout de la nuit*, p. 7.**

A Georges Dupuis

## **INTRODUCTION : *De part et d'autre des Pyrénées***

L'imagination n'est pas la disposition d'esprit que le grand public reconnaisse le plus aisément aux juristes. Il est vrai que la conservation, qu'elle soit celle des tables de la loi ou des rouleaux sacrés, n'incite pas toujours à l'intégration des apports ou à l'innovation. Le juriste-chercheur, même d'esprit curieux, n'échappe pas à cette "glaciation" des cadres de pensée. Ainsi en est-il de la représentation que les publicistes donnent du droit public, constitutionnel ou administratif. Pour la majorité de la théorie juridique, il s'agit d'un droit étatique, essentiellement jurisprudentiel, principalement technique. Un "monstre froid" en quelque sorte. La théocratie et les inspirations métaphysiques en sont considérées comme absentes, avec, pour vérité, la force de l'évidence. Or, un bref voyage en arrière dans le temps, même simplement ponctuel, suffit peut-être à briser la glace intellectuelle qui alourdit les branches du droit public positif.

Afin de ne pas tenter une étude diachronique des fondements théologiques de notre système de droit public, vouée à quelques centaines de pages pour un traitement technique, vouée à l'échec s'il s'agissait de concurrencer dans la fulgurance de la pensée les pistes lancées par Pierre LEGENDRE naguère, il est souhaitable de se limiter à un ou deux exemples précis. Mais de manière à stimuler l'imagination des juristes français, il a paru riche d'enseignement de sortir du contexte national, et du confort des habitudes institutionnelles. C'est ainsi que, de l'autre versant des Pyrénées, surgit un exemple d'interprétation théocratique du droit public qui semble, à première vue, n'avoir aucun équivalent au pays de DESCARTES. Il s'agit de l'œuvre de DOU y BASSOLS. Pourtant, au regard de cette première alerte, un examen plus détaillé des théoriciens du droit public français de la génération suivante révèle une tentative tout à fait comparable quoique moins célèbre : celle de FOUCART. On ne saurait espérer de révélations retentissantes sur le publiciste espagnol dont des commentateurs nombreux et compétents (1) ont déjà examiné en

---

(1) On pourra se reporter à BAENA DEL ALCAZAR (M.), *Los estudios sobre administración en la España del siglo XVIII*, I.E.P., Madrid, Bolaños y Aguilar, 1968, qui outre une étude spécialisée de DOU y BASSOLS, pp. 56 ss., a l'avantage de situer l'auteur parmi l'ensemble des publicistes de l'époque.

détail la vie et l'œuvre, mais il peut être utile, d'une part, de le livrer à la réflexion des juristes français, d'autre part, de le mettre en situation dans une comparaison où le deuxième terme, à savoir FOUcart, a été jusqu'à présent peu étudié en France.

### *Un publiciste espagnol : DOU y BASSOLS*

Don Ramón Lázaro de DOU y BASSOLS (1742-1832), se présente lui-même comme chanoine et archidiacre de la cathédrale de Barcelone. Cependant, il ne faut pas en déduire que l'état ecclésiastique l'ait réduit à la seule mission pastorale. C'est un homme complet. Homme politique, puisqu'il devient en 1810 député représentant la Catalogne à la junte de Cadix, puis ultérieurement, premier président des Cortès. Erudit, puisqu'il écrit dans les domaines de l'archéologie, de l'économie : il sera le premier à traduire en espagnol *An inquiry into the nature and the causes of the wealth of nations* d'Adam SMITH. Enfin, ce qui nous intéresse plus ici, DOU y BASSOLS est un juriste. Il est nommé en 1776 titulaire de la chaire de droit public de l'Université de Cervera, en Catalogne.

C'est à ce titre qu'il écrit une œuvre monumentale, *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*. Les neuf tomes de l'ouvrage paraissent à Madrid entre 1800 et 1804 (2). En réalité, la rédaction de ce véritable traité de droit public est bien antérieure. Son auteur a dû la commencer alors qu'il était professeur entre 1776 et 1788. Il l'a achevée, ou plutôt en a cessé la mise à jour, le 30 juin 1793. Malgré cette date lointaine et les bouleversements politiques de l'époque, l'œuvre a été jugée digne non seulement d'une autorisation de publication, mais de servir d'exemple pour l'enseignement du droit public dans toutes les universités du royaume d'Espagne (3).

Les caractéristiques objectives de cet homme, matérialisées par son expérience des fonctions publiques, son intérêt pour la religion, et sa qualité de publiciste, auteur du premier traité de droit public et administratif du XIX<sup>ème</sup> siècle, auraient pu inciter à le comparer à Joseph-Marie GERANDO, baron de Rathsamhausen (4). Sous l'angle de l'interprétation théocratique, cette comparaison, qui reste à faire par ailleurs, ne serait pas pertinente. En effet, GERANDO, quoique fervent catholique, évite soigneusement toute allusion à la religion en dehors des passages techniques consacrés par exemple aux établissements publics religieux (5), à l'exercice public des cultes religieux et à l'appel comme d'abus (6).

---

(2) Sur les circonstances de cette publication, qui fut autorisée par le Roi, conformément à un avis du 23 septembre 1799, MEILAN GIL (J.-L.), "Don Ramón Lázaro de Dou y Bassols y sus Instituciones de Derecho público", *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, I.E.A., Madrid, 1970, pp. 369 ss.

(3) Avis du 23 septembre 1799, A.H.N., leg. 6884, núm 42, fol. 13-15, in MEILAN GIL, *op. cit.*, p. 370.

(4) Pour plus de détails, BERLIA (G.), *Gérando, sa vie, son œuvre*, Paris, L.G.D.J., 1942; KÉCHLIN (H. F.), *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Paris, Rousseau, 1950, pp. 286-289.

(5) GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif français*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 32.

(6) GERANDO (J.-M.), *Institutes...*, t. II, 1829, pp. 192 ss. La perspective est d'ailleurs expressément laïque, car "les rapports de la France avec la cour de Rome" appartiennent "essentiellement à notre droit public", et les "rapports de l'autorité civile avec l'autorité ecclésiastique dans l'intérieur du royaume" intéressent "essentiellement l'ordre public", *op. cit.*, p. 200. En Italie, une comparaison fondée sur des données objectives, notamment l'éclectisme des publications, pourrait porter sur Giàn Domenico ROMAGNOSI (1761-1835), qui publia en 1805 une *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*. Mais la tentative tournerait court pour les mêmes raisons.

### *Un juriste français : FOU CART*

Curieusement, un autre publiciste, que l'on pourrait penser à l'exact opposé de DOU y BASSOLS, fournit bien plus de points communs dans une certaine conception théocratique du droit public et administratif. Emile-Victor FOU CART (1799-1860), professeur à la Faculté de droit de Poitiers, n'est ni ecclésiastique ni homme politique, mais principalement homme d'études. Son successeur DUCROCQ lui a consacré un discours précisément intitulé "M. Foucart, professeur et écrivain". Avocat au début de sa carrière, il se consacre surtout à l'enseignement du droit administratif, dont il devient le premier titulaire de chaire en province (7). Or, en raison de cette rente de situation, et des délais de publication de l'époque, en raison peut être aussi de la réputation propre à la Faculté de droit de Poitiers, FOU CART se trouve être, de fait, l'auteur du "premier cours imprimé" et édité à Paris, c'est-à-dire du premier *traité* de droit public et administratif réalisé par un universitaire (8). La pensée de FOU CART est une de celles qui connaissent la plus grande diffusion dans la théorie du droit public de l'époque. Or, elle procède indubitablement d'une conception théocratique qui peut paraître assez étonnante aux juristes du XX ème siècle.

Il serait exagéré d'avancer que les système juridiques de droit public contemporain ont été, à leur naissance, purement et simplement théocratiques (9). Ni l'Espagne, ni la France du XIX ème siècle ne sont comparables à l'Egypte pharaonique ou à une République islamique du XX ème siècle. On ne cherchera pas, en particulier, à caractériser une situation sociale où les appareils d'Eglise jouent un rôle politique, ni celle où les textes saints sont des sources formelles du droit (10). Le terme de "théocratie" est ici pris restrictivement comme un mode de gouvernement dans lequel l'autorité, qui est censée émaner directement de la Divinité, est exercée par un souverain considéré comme le représentant de Dieu sur la terre.

---

(7) Sur ce juriste, G. J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique*, Paris, L.G.D.J. 1991, p. 347 (notice), et article à paraître.

(8) LAVIGNE (P.), "Les manuels de droit administratif pour les étudiants des Facultés de 1829 à 1922", *Ann. hist. Fac. de droit*, 1985, p. 129. Il faut en effet, selon P. Lavigne, excepter l'ouvrage de Gérando publié en 1829, qui "n'est pas un manuel mais un recueil de textes précédés de commentaires". On ajoutera ceux de Cormenin qui sont justiciables de la même qualification.

(9) Pour une étude d'ensemble de la récurrence du thème, GARCIA-PELAYO, *El Reino de Dios, arquetipo político*, Madrid, 1959.

(10) Le lecteur intéressé se reportera par exemple à Ambroise de Milan, dit SAINT-AMBROISE (339-397). Pour cet auteur, l'Eglise détient la vérité absolue reçue directement de la parole de Dieu. Elle intervient directement dans les affaires civiles lorsque cette vérité est contredite par le pouvoir temporel. A ce titre l'Empereur, détenteur de la puissance suprême dans ce que nous appellerions l'ordre juridique civil n'est pas au-dessus de celle-ci. Il est inclus dans l'Eglise et soumis à celle-ci (*Contra Auxentium*, 36). Ceux des juristes actuels qui considèrent leur activité comme un art de la parole et de la sagesse et non comme une technique, ou pire, une science, méditeront, du même, l'interprétation de la figure de l'Epouse dans le Cantique des Cantiques, idéal-type de l'Eglise et de l'âme, toutes deux épouses du Christ, qui fonde le mariage mystique entre l'âme et le verbe.

## Première partie

### Suprême puissance et déité chez DOU Y BASSOLS

L'objectif de DOU y BASSOLS est de "réduire à une expression méthodique" tout le droit public général de l'Espagne (11).

Le plan de l'ouvrage, fondé sur la distinction entre les personnes, les choses et les actions, est très simplement inspiré du droit romain (12). Mais il ne faut pas s'y tromper : le but de DOU y BASSOLS est bel et bien d'aller plus loin que la présentation traditionnelle qui amenait à étudier en priorité les *Institutes*, c'est-à-dire plutôt le droit privé. Il s'agit pour lui de rétablir l'équilibre en constituant un véritable pôle de droit public. La référence au plan des *Institutes* n'est qu'une caution. L'ouvrage est d'ailleurs dénommé *Instituciones* et non *Instituta*.

En revanche, l'utilisation, au fond, du droit romain relève d'une tout autre logique. Pour expliquer le titre de son ouvrage, DOU signale en effet que son objectif sera atteint "en adaptant les lois romaines, qui, parce qu'elles se fondent sur des principes équitables et justes, peuvent servir en tous temps et en tous lieux" (13). En réalité, ce n'est pas tant l'application matérielle du droit romain que recherche l'auteur, mais son caractère universel (14) et son juste fondement, autant d'éléments constitutifs du droit naturel, qui à l'époque, pour lui, n'est certes pas laïcisé.

Indéniablement, l'œuvre maîtresse de DOU y BASSOLS était à l'origine inspirée de la classification de DOMAT. L'auteur des *Instituciones* nous l'avoue lui-même. Pourtant, cette classification ne lui semble pas opérationnelle. Il doit l'abandonner parce qu'elle ne s'adapte pas au cas espagnol (15).

#### *Le fondement du droit public et administratif*

---

(11) Il faut remarquer que *reducir a método* pourrait aussi être traduit par *ramener à un système*. Sur cette vision systémique du droit dans la genèse du droit administratif français, V. G. J. GUGLIELMI "Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif", in *Le Droit administratif en mutation*, P.U.F.-C.U.R.A.P.P., 1993, p. 41.

(12) L'idée d'utiliser le droit romain pour traiter du droit public n'est certes pas nouvelle. Trois juristes au moins ont publié, dans cet esprit, de volumineux Traités, précisément écrits en latin : ANTONIO PEREZ, *Ius publicum*, 1661; MATHEU, *Tractatus de regimini Valentiae*, publié à partir de 1657; et surtout PEREZ VALIENTE, *Apparatus iuris publici hispanici*, 1751. Il ne semble pas que les deux ouvrages, écrits en castillan cette fois, de OLMEDA Y LEON, *Elementos de derecho público de la paz y de la guerra*, 1771, et de LOPEZ de OLIVER, *Verdadera idea de un Príncipe formada de los leyes que tienen relación al derecho público*, 1786, découverts respectivement par les Pr. García Trevijano Fos et Villar Palasí au XX<sup>ème</sup> siècle, aient eu quelque influence sur DOU.

(13) *Instituciones...*, p. I, préc.

(14) Déjà souligné par PEREZ VALIENTE, *Apparatus iuris publici hispanici*, 1751, qui distingue dans le plan de son ouvrage les "éléments universels de droit public" des "éléments particuliers à la monarchie espagnole".

(15) *Instituciones...*, t. I, p. XIII. Elle n'est guère plus adaptée au cas français, à en croire le fait que, d'une part, Gérando n'y a pas recours dans la construction de ses *Institutes*, d'autre part, que ce plan, effectivement repris par Batbie, peut-être à l'inspiration de Chauveau, n'aura guère de succès dans l'enseignement du droit administratif, Cf. MESTRE (J.-L.), "Aux origines de l'enseignement du droit administratif : le *Cours de Législation administrative* de Portiez de l'Oise (1808)", *RFDA* 1993, pp. 239 ss.

Dès l'introduction, DOU y BASSOLS précise le fondement unique du droit public : c'est la puissance suprême (16). Il ne peut alors manquer de s'interroger sur la source de cette puissance suprême. Les auteurs, selon DOU, se divisent sur l'origine immédiate de la puissance suprême. Pour certains, elle vient des hommes. Les princes ou les dépositaires de cette puissance la reçoivent immédiatement des hommes qui forment le corps social, et médiatement de Dieu. Mais pour d'autres, dont DOU fait partie, la suprême puissance est gouvernée par un principe bien plus noble : elle provient immédiatement de Dieu. Pour illustrer son propos, DOU se réfère à SAINT-PAUL :

"Que tout personne soit soumise aux pouvoirs établis; car il n'est de pouvoir que de Dieu, et ceux qui existent sont institués par Dieu. Ainsi, celui qui s'oppose au pouvoir résiste à l'ordre voulu par Dieu, et ceux qui résistent s'attireront la condamnation." (17)

L'auteur accepte par ailleurs l'existence d'une controverse, parce qu'elle ne modifie pas, de toute manière, le devoir d'obéissance. Cependant, il maintient sa position en pleine conscience, parce qu'elle a l'avantage de sacraliser les puissances temporelles (18).

Le fait que la puissance suprême soit divine n'interdit pas que la forme politique de l'Etat soit républicaine. Mais il est à noter que c'est le critère de la maîtrise "du gouvernement et de l'administration" qui distingue, dans les républiques, les démocraties des oligarchies et aristocraties (18). Cela n'est, en fait, qu'un problème purement théorique pour DOU, dans la mesure où personne ne conteste que l'Espagne soit un État monarchique. En revanche, le fondement divin de la puissance suprême détenue par le roi, est un argument puissant pour régler un problème d'une importance bien plus considérable, et qui fait l'objet d'une argumentation détaillée dans l'étude des lois positives : celui de savoir si la coutume déroge à la loi (19).

Il faut particulièrement souligner l'analyse juridique consacrées aux personnes publiques qui détiennent la puissance suprême. DOU insiste sur leurs obligations. "L'obligation première de ces personnes, puisque c'est de Dieu qu'elles reçoivent leur pouvoir, consiste à parfaitement reconnaître cette vérité même". Le rappel de leur légitimité divine par les personnes publiques souveraines est à proprement parler une obligation. Il est de toute façon facilité par l'encouragement de la religion qui est à compter au nombre des missions obligatoires de ces personnes (20). Ces considérations sont en réalité tout à fait cohérentes avec le but assigné par

---

(16) *Instituciones...*, t. I, Preliminares, Capítulo II, De la suprema potestad, fuente del derecho público, p.8.

(17) PAUL, *Rom.*, 13, 1-2. DOU se garde bien par ailleurs de citer en détail PIERRE auquel il fait seulement référence, *1ère Ép.*, 2, 13-15, qui est plus nuancé : "Soumettez-vous à toute institution humaine à cause du Seigneur : soit au roi comme souverain, soit aux gouverneurs, comme envoyés par lui pour châtier les malfaiteurs et louer les gens de bien. Car c'est la volonté de Dieu qu'en faisant le bien, vous fermiez la bouche à l'ignorance des sots". Pour PIERRE, le fondement du devoir d'obéissance à la puissance des institutions humaines, c'est la connaissance (par opposition à l'ignorance) de la parole de Dieu, c'est une obligation du for intérieur qui consiste à respecter des institutions humaines extérieures à la vie spirituelle.

(18) *Instituciones...*, t. I, Preliminares, Capítulo II, p. 12, 13.

(19) DOU y répond bien sûr par la négative, *Instituciones...*, t. I, Preliminares, Capítulo III, p. 47-52.

(20) *Instituciones...*, t. I, liv. I, tit. IX, chap. V, p. 260.

DOU à l'Etat lui-même. "J'ai considéré que la religion doit être le premier objet de l'Etat et de la législation, compte tenu de l'intention dans laquelle l'homme fut créé" (21).

Des principes bien connus du droit administratif se trouvent également justifiés par la puissance divine du prince. Tout d'abord, le principe de l'existence même du droit administratif comme droit spécial. Pour DOU, il ne peut y avoir de doute : le prince n'est pas soumis au droit civil commun et il peut se dispenser d'observer de nombreuses lois, hors même du champ du droit privé. Ensuite l'interdiction des voies d'exécution contre les personnes publiques, parce qu'une exécution forcée est impossible en raison même de la nature divine de la puissance suprême (22).

De même, lorsque DOU examine les personnes publiques sous l'angle le plus théorique qui soit, celui de la personnalité morale, il opère une liaison intéressante entre puissance suprême et immortalité. Les "corps politiques" ne sont pas des corps réels, physiques, mais ils existent pourtant, conceptuellement. Leur caractéristique la plus remarquable, c'est qu'ils ne meurent jamais, ils ont pour eux la permanence de la pensée. Or, pour les fonder dans cette immortalité, et dans leur caractère public, une seule source est indispensable : l'approbation de la puissance suprême et divine (23).

### *La crainte de Dieu comme garantie d'un "état de droit"*

Lorsque DOU s'attache à étudier les obligations générales imposées à toutes les personnes publiques, le principe directeur est le suivant : "La crainte de Dieu est le Nord que la personne publique ne doit jamais perdre de vue... car elle doit être le principal souci des hommes et de la religion de façon que, même lorsque quelqu'un se trouve dans l'embarras de se voir demander de faire une chose contraire aux préceptes divins, il ne puisse pas obéir" (24). Cette crainte de Dieu est aussi le fondement d'une institution un peu oubliée du droit public positif, administratif ou constitutionnel, le droit de *résister*, que ce soit au commandement de l'autorité légitime (25), ou à l'oppression (26). Elle ne va pas cependant jusqu'à susciter les fondements d'un contrôle de constitutionnalité, dont le Professeur Jean-Louis MESTRE a montré qu'ils étaient déjà présents à cette époque dans d'autres pays (27). A cet endroit, le publiciste espagnol cite précisément l'exemple le plus fort qui viendrait à l'esprit d'un juriste postérieur à la seconde guerre mondiale : la résistance à "une politique d'ethnocide non plus indirecte et différée, mais directe et

---

(21) *Instituciones...*, t. I, De personas públicas y particulares, p. 212.

(22) *Instituciones...*, t. I, Preliminares, Capítulo III, p. 52-53.

(23) *Instituciones...*, t. I, liv. I, tit. IX, chap. II, p. 214, 216.

(24) *Instituciones...*, t. I, liv. I, tit. IX, chap. III, p. 226. DOU cite ici fort à propos PIERRE, *Actes des Apôtres*, 5, 29, "Obedire oportet Deo, magis quam hominibus", ce dont il s'était bien gardé précédemment, Cf. note 17, et qui rappelle plutôt le Deutéronome que la Première épître.

(25) CE, 10 novembre 1944, *Langneur*, D 1945.88, concl. Chenot, JCP 1945.2853, note Chavanon.

(26) Déclaration des Droits de l'Homme de la Constitution de l'an I (24 juin 1793), art. 33-35.

(27) MESTRE (J.-L.), "L'évocation d'un contrôle de constitutionnalité dans les «Maximes du droit français» (1775)", in ASSOC. FR. DES HISTORIENS DES IDEES POLITIQUES (dir.), *Etat et Pouvoir : l'idée européenne*, Actes du Colloque de Toulouse, PUAM, 1992, pp. 21-36.

immédiate : génocide qualifié" (28). C'est celui des sages-femmes égyptiennes qui, malgré l'ordre formel de Pharaon, ne tuèrent pas les enfants hébreux de sexe masculin :

"Les accoucheuses craignirent Dieu : elles ne firent pas ce que leur avait dit le roi d'Egypte, et elles laissèrent vivre les garçons... Dieu fit du bien aux accoucheuses; le peuple se multiplia et devint très fort. Et parce que les accoucheuses avaient craint Dieu, il leur fit avoir une famille." (29)

Enfin, assez curieusement, DOU revient très précisément sur les obligations sacrées des personnes publiques, à propos de celles d'entre elles qui ont une fonction consultative. "Le souci de la religion, et la crainte de Dieu, qu'on a proposés comme une obligation générale de toute personne publique, l'est à un degré encore plus élevé pour les personnes [consultatives] dont on traite ici" (30). L'auteur des *Instituciones* semble accorder aux conseils des princes une influence considérable qui justifie un assujettissement total à la crainte de Dieu :

"Il n'y a ni sagesse, ni intelligence, ni conseil en face de (contre) Yahvé"; "Malheur aux fils rebelles qui font des projets, mais sans moi, qui concluent des accords, mais sans mon esprit"; "Chez Lui, sagesse et puissance, à Lui, conseil et intelligence... Il fait marcher nu-pieds les conseillers, et frappe les juges de folie." (31)

Peut-on rappeler à cette occasion quelques solutions positives du droit administratif français ? Les avis des organes consultatifs ne sont pas considérés comme des décisions, mais comme des actes préparatoires insuffisamment importants pour que le juge en soit directement saisi. L'avis conforme, c'est-à-dire l'obligation pour une autorité administrative de prendre une décision en tout point identique à l'avis d'un organe consultatif, est exceptionnel et strictement limité par la jurisprudence. Lorsqu'une consultation est obligatoire, ce qui est rare, l'autorité administrative peut choisir de prendre soit la décision conforme à la consultation, soit la décision correspondant exactement à son propre projet initial (32). Qui occupe, dans cette jurisprudence, la place du Seigneur ?

---

(28) Pour une interprétation détaillée de ce qui est pour nous plus qu'un simple exemple, V. le remarquable ouvrage de R. DRAÏ, *La Sortie d'Egypte*, Fayard (coll. L'espace du politique), 1992, pp. 93-99, spéc. p. 98 : "Pharaon n'est pas le principe suprême. Ses ordres n'ont pas de valeur en soi du seul fait que sa bouche, supposée être celle de Dieu, la limite des limites, l'absolu absolu, les a proférés". V. aussi "l'ordalie théologique", pp. 172-177.

(29) *Exode*, 1, 17; 21; 22. Faute de pouvoir l'étudier en détail ici, il faut remarquer l'aporie dans laquelle l'interprète se trouve au regard du texte. En effet, comme l'a confirmé R. Draï, *ibid.*, la résistance des sages-femmes les place dans une position sans issue, celle de résister à un ordre divin. DOU n'en tire évidemment pas la conclusion qui s'impose, à savoir que la divinité n'est pas toujours là où on le pense.

(30) *Instituciones...*, t. I, liv. I, tit. IX, chap. IV, p. 253, 254.

(31) *Proverbes*, 21, 30; *Isaïe*, 30, 1; *Job*, 12, 13 et 17.

(32) CE Sect., 15 mars 1974, *Synd. nat. CGT-FO des fonctionnaires du Commerce ext.*, Rec.188, AJ 1974.432, chr., concl. contr. Braibant, D 1975.152, note Pacteau, JCP 1975.17923, note Auby; CE Ass., 19 décembre 1958, X..., Rec.651, AJ 1959.1.31, chr., D 1959.558, note Bourdoncle; CE Ass., 2 mai 1958, *Synd. auton. des greffiers*, Rec.252, AJ 1958.2.305.

## Deuxième partie

### Puissance suprême et humanité chez FOU CART

Fait rare en cette période de "découverte" de la matière neuve du droit administratif, la réflexion de FOU CART est irrésistiblement tournée vers le pouvoir, auquel il consacre des considérations fondamentales : "Du pouvoir et de ses différents organes" est ainsi le Livre Premier de son Cours (33). Cela ne correspond guère aux préoccupations d'autres pères fondateurs du droit public, tel GERANDO, qui cherche plutôt à réaliser, pour le droit administratif, une codification aussi féconde que celle du droit civil. Cela ne répond pas non plus au souci pratique exprimé par CORMENIN qui, dans ses ouvrages de droit administratif, préfère clarifier le traitement contentieux devant le Conseil d'Etat. Néanmoins l'approche du pouvoir ne dispense pas FOU CART de préliminaires destinés à poser les fondements d'une étude du droit public.

#### *Un droit naturel et divin*

La pensée de FOU CART repose sur deux principes assez différents. L'un est dans l'ordre des causes premières, l'autre dans celui des causes finales. Pour le précurseur poitevin, tout d'abord, il existe une organisation pré-établie du monde. "L'ordre et l'harmonie supposent des règles imposées à la matière et à l'intelligence; ces règles, on les désigne sous le nom de lois" (34). Ce premier principe peut être rapproché de la nécessité ressentie par les publicistes de l'époque de parvenir à la représentation du droit comme système (35), mais alors que, pour GERANDO, la raison première de sa cohérence est due à l'objet, chez FOU CART, elle est due à une harmonie préétablie. D'un point de vue théologique, on notera avec intérêt que cet ordre s'impose à l'esprit comme à la matière. Ensuite, la théorie de FOU CART assigne au droit, en tant que phénomène réel, un objet : l'homme. "L'objet principal du droit est l'homme; il impose donc, avant tout, d'avoir des idées justes sur sa nature et sa destinée : car les lois qui doivent le régir ne sont que les conséquences de l'une et de l'autre" (36). Certes, il serait exagéré de considérer pour autant

---

(33) FOU CART (E.-V.), *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui; suivi d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public*, Paris, Videcocoq, t. I, 1839, p. 6-162.

(34) FOU CART (E.-V.), *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif précédés de la Constitution du 14 janvier 1852 et des sénatus-consultes des 7 novembre et 25 décembre 1852*, Paris, Videcocoq, t. I, 1855, p. 2. Soulignement de l'auteur.

(35) GERANDO (J.-M.), *Institutes...*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 2, 9. DOU y BASSOLS n'échappe pas non plus à cette préoccupation, *cf. supra*, et *Instituciones...*, t. I, p. XIII : "solicitud de hallar un sistema, en que todas las materias estuviesen eslabonadas entre sí, dando luz las primeras á las que se tratasen despues, y en que se descubriese de una sola ojeada todo el campo de la jurisprudencia en órden al derecho público con una perfecta separacion, y distribucion de partes...".

(36) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 4.

FOUCART comme l'inventeur d'une anthropologie juridique, en tant que science du droit. Il n'en demeure pas moins que l'idée est présente, et affirmée avec beaucoup de force (37).

On pourrait penser que toute allusion à Dieu serait exclue des travaux d'un publiciste, né sous le Directoire, qui écrit en France entre 1835 et 1855. Il n'en est rien. L'œuvre de FOUCART est très clairement inspirée par une vision théocratique du système juridique. Elle en constitue même le fondement, le socle sur lequel repose la méthode d'étude du droit mise en œuvre par un publiciste pourtant soucieux d'exactitude dans la technique juridique. "Prenant pour base les vérités fondamentales que Dieu lui-même a révélées aux hommes, j'y rattache les lois positives dont je développe les règles; m'arrêtant aux difficultés principales que j'essaye de résoudre, j'indique, soit en les admettant, soit en les contestant, les solutions données par la jurisprudence" (38). Encore pourrait-on penser que ces vérités fondamentales révélées ne servent de guide que dans l'ordre moral de celui qui étudie et expose le droit public et administratif. Ce n'est pas le cas. Dieu est à proprement parler le législateur suprême (39).

La principale conséquence de ce postulat est d'affecter la division entre droit naturel et droit positif. Pour FOUCART, le droit naturel n'a pas profité des acquis de SPINOZA, des Lumières, de la Révolution. "Considéré comme un ensemble de lois, le droit se divise en *droit naturel*, résultant de la constitution de notre être et de l'ordre établi par Dieu même; et en *droit positif*, comprenant les lois formellement exprimées par un législateur humain, lesquelles ne sont ou ne doivent être que l'application du droit naturel aux besoins de la société" (40). Le droit naturel relève directement de la puissance suprême. La "constitution de notre être" n'est qu'une autre manière d'en appeler à Dieu, puisque "c'est lui qui a créé les lois les plus merveilleuses encore et tout à fait impénétrables, en vertu desquelles l'esprit a été joint à la matière pour composer l'homme, chef-d'œuvre de la création visible". Le droit naturel est à proprement parler un droit divin qui détermine, au sens plein de ce terme, le droit positif. En tant que tel, ce droit naturel et divin est paré de tous les avantages : "Sagesse et immutabilité, tels sont les caractères qui distinguent le véritable *droit divin* des institutions passagères qu'on s'est souvent efforcé de revêtir de ce beau nom" (41).

Il ne s'agit pas de clauses de style, dépourvues d'utilisation ultérieure dans l'analyse juridique, bien au contraire. D'une part, les applications pratiques sont nombreuses. On peut par exemple citer le régime de la propriété : "aux yeux de qui réfléchit, la propriété a une autre base qu'une convention sociale; elle est une nécessité de la nature humaine, une loi de Dieu" (42). Ou encore le fil directeur de la protection juridictionnelle des libertés individuelles contre l'arbitraire des

---

(37) On la rapprochera évidemment de CICERON, *De Legibus*, I, V : "Natura enim iuris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura", qui figure, ce qui ne saurait être une coïncidence fortuite, en cul-de-lampe dans l'ouvrage de DOU y BASSOLS, V. par ex. t. II, avant la table des matières.

(38) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, préface, p. II.

(39) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 2.

(40) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, Prolégomènes, p. IV.

(41) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 3. Soulignement de l'auteur.

(42) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 12.

ordonnances royales (43). D'autre part, c'est bien une religion, en tant que dogme, qui communique ses valeurs essentielles à la sphère juridique publique et qui répartit les champs de compétence juridique en application de critères téléologiques. "C'est le christianisme qui a fait entrer dans le droit public la liberté et l'égalité pour tous; c'est lui seul qui peut tirer toutes les conséquences de ces principes féconds, et les réaliser sans secousses, parce qu'il tend sans cesse à l'amélioration des individus, et qu'en même temps qu'il proclame les droits, il proclame aussi les devoirs" (44).

La vision théocratique est donc non seulement présente mais fondatrice, chez l'un des théoriciens français du droit public et administratif, le plus diffusé au deuxième tiers du XIX<sup>ème</sup> siècle. Seulement, ce qui différencie FOU CART de DOU y BASSOLS, c'est que l'armature théocratique vaut peut-être moins en tant que telle, que par la représentation qu'elle donne de la place de l'homme dans la production du droit et le contrôle de la puissance publique.

### *L'humanité, l'étincelle du divin et le droit positif*

Fidèle à ses prolégomènes, FOU CART ne manque pas de se tourner vers l'objet du droit qu'est l'homme. Le plus souvent, c'est pour stigmatiser son manque de sens moral, ses vices, en un mot pour rappeler le péché originel (45). Dans ces occurrences, l'homme oublie le droit qui pourtant est conçu pour lui. Ce défaut d'effectivité ne pose pas de problème insurmontable au publiciste poitevin. Il s'agit en fait d'un aller et retour normal, compte tenu de l'imparfaite nature de l'homme : "le droit, pour être méconnu, n'en existe pas moins; il tend à reprendre son empire et reparait avec son caractère divin pour être de nouveau éclipsé par les ténèbres que produisent les passions humaines" (46).

De plus, le caractère divin des fondements du droit a un effet sur la libre détermination de l'individu dans la production de ce droit. Plus précisément, le pouvoir normatif est limité dans l'innovation. "Il faut le reconnaître en toute humilité, Messieurs, l'homme ne crée rien, il ne fait que dégager et combiner les rapports. Quelle est en effet la tâche du législateur ? Pensez-vous qu'il puisse imposer à la société le produit de ses caprices et qu'il dépende de lui de créer le droit ? Non, Messieurs, soyez-en certains. Le droit dans son sens absolu est antérieur à la loi positive" (47). Autrement dit, cette assertion selon laquelle l'homme ne crée pas le droit, formulée autrement, le droit n'est pas créé par l'homme, suppose que le droit est créé par une autre volonté.

---

(43) V. à ce propos les pénétrantes remarques de MESTRE (J.-L.), "Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales, de la Restauration au Second Empire", *RFDC* 1993, n° 15, pp. 451-461, spéc. p. 458.

(44) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 25.

(45) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 3 : "L'homme, déchu par la faute originelle, n'use trop souvent de sa liberté morale que pour satisfaire ses passions, et son intelligence obscurcie ne distingue plus les règles du vrai et du juste", et p. 24 : "la corruption humaine a troublé le développement régulier du droit public; l'homme a oublié Dieu et la loi naturelle qui lui avait été révélée dès l'origine du monde".

(46) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 3.

(47) FOU CART (E.-V.), *Discours prononcé par [le susdit] dans la séance de rentrée (année 1839-1840)*, Poitiers, imp. Saurin, 1839, p. 3.

Une telle limitation par l'absolue origine du droit ne détermine cependant pas une incapacité essentielle de l'homme. D'une part, la division du droit en naturel et positif laisse une place à la justification d'une production humaine du droit. D'autre part, l'homme est associé à la fonction de législation, en ce qu'il est marqué d'une étincelle divine. "L'homme, soumis à une loi qu'il n'a point faite, devient cependant législateur à son tour. Dieu qui le créait à son image a voulu que sur ce point aussi il eût avec lui quelque ressemblance; mais la mission qu'il lui a donnée ne consiste qu'à faire l'application des principes du droit naturel" (48). Cette parcelle du divin, l'homme est tenu de l'utiliser dans un but précis et avec une méthode précise. "L'homme doit donc s'efforcer, d'abord, de découvrir ces principes, de les dégager des nuages que l'ignorance et les passions répandent autour d'eux; aussi, plus il est éclairé et moral, mieux il comprend sa nature et sa destinée, mieux il découvre les moyens d'atteindre le type immortel du beau et du bon que son intelligence aperçoit et auquel son cœur aspire. Le produit imparfait de ses efforts reçoit le nom de *droit positif*." (49). On reconnaîtra là, dans l'objectif ultime du droit, une définition issue du droit romain, *Jus est ars æqui et boni*, que n'aurait pas désavoué DOU y BASSOLS à cet endroit. Mais plus importante semble cette communication du droit positif et du divin par la médiation de l'homme. C'est là une idée rarement soutenue et dont on peut regretter que FOU CART ne tire pas d'ailleurs toutes les conséquences possibles.

En revanche, FOU CART tire du fondement divin du droit une conséquence très différente de celle de DOU y BASSOLS, en ce qui concerne la représentation de la souveraineté. Certes, il paraît évident au publiciste poitevin que la souveraineté procède directement de la puissance divine. "On ne comprend pas la société sans un pouvoir, qu'on qualifie dans sa plus haute expression de *souveraineté*. La souveraineté dérive donc de Dieu comme la société elle-même : *omnis potestas a Deo*." (50). Pourtant, cette constatation ne mène pas à la conclusion que la puissance suprême doive nécessairement être concentrée entre les mains d'un seul homme. Alors que DOU y BASSOLS l'avait implicitement admis, FOU CART donne de la solution contraire une justification, toute empreinte d'analyse juridique. "D'après certains publicistes, la souveraineté réside dans un homme revêtu d'un caractère sacré, chargé d'une mission divine qu'il transmet à ses héritiers; lui seul a le droit de faire les lois, lui seul peut mettre quelques bornes à son pouvoir, et les concessions qu'il octroie, il peut toujours les reprendre. Ce système suppose une origine de droit divin non-seulement à la *souveraineté*, mais encore au mode d'organisation de la souveraineté. Il nous paraît erroné sur ce dernier point. Si Dieu avait voulu revêtir une personne de ce pouvoir, il l'aurait fait connaître d'une manière certaine..." (51). En d'autres termes, si la source formelle de la souveraineté est divine, la répartition organique des compétences entre institutions ne l'est pas, et ce, faute de preuve.

Le refus d'un monopole de la souveraineté divine à un homme, c'est-à-dire, à cette époque, d'une certaine forme de régime politique de droit divin, qu'il soit monarchique, impérial, ou simplement autocratique, est en réalité pour FOU CART, la condition de la limitation de l'Etat par le droit. Du fait qu'il existe un droit divin, la justice est consubstantielle au droit, et du fait que la puissance suprême ne soit pas l'exclusivité d'un souverain unique, il résulte que les actes de ce souverain doivent être conformes à la justice. "Le pouvoir n'est juste qu'autant qu'il dérive de la source de toute justice... Mais le pouvoir, ainsi que la liberté, n'est attribué à l'homme que d'une

---

(48) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, pp. 3-4. Soulignement de l'auteur.

(49) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, pp. 3-4. Soulignement de l'auteur.

(50) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 16.

(51) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 17. Soulignement de l'auteur.

manière relative, son exercice est toujours subordonné aux lois éternelles du juste. Repoussons donc la doctrine de ceux qui veulent ériger en loi toutes les volontés du souverain... Que le souverain soit un homme ou une multitude, son pouvoir est limité par le droit" (52). Corrélativement, l'égalité juridique de chacun garantit que tout individu puisse prétendre au même traitement dans l'application du droit par le pouvoir souverain.

Finalement, FOUART introduit son lecteur à une certaine forme de théologie que l'on pourrait qualifier, avec L. SFEZ, de "théologie séculière" (53). Pour construire la sphère du droit public, pour en donner une représentation, il faut que "quelque chose" échappe au relatif, au quotidien, à l'humain. Il faut un principe dominant et extérieur. Le premier professeur de droit administratif en province a clairement choisi son principe absolu et fondateur de l'ensemble du système juridique : Dieu, la Loi divine. "Ainsi, en résumé, l'homme est un être intelligent et libre, régi par des lois générales qui émanent de Dieu même, et dont la violation est punie soit dans ce monde, soit dans l'autre. La Loi divine, c'est-à-dire le juste, doit être la règle de conduite de chaque individu, le principe générateur du droit public et du droit privé." (54). Il aurait tout aussi bien pu choisir, comme certains de ses contemporains et collègues, un droit naturel laïc ou du moins un droit naturel ne faisant pas expressément appel à la religion. La seule notion de justice en elle-même ferait déjà l'affaire. Peu importe finalement, car ce qui est de l'ordre des origines est à proprement parler indémontrable, im-montrable. L'essentiel est qu'il existe à un moment du raisonnement, un point autonome. Son autonomie même fait l'absolu.

La reconnaissance d'un absolu dans la représentation du droit ne signifie pas que le fonctionnement juridique interdise tout contrôle. La distinction de FOUART entre l'origine du droit divin et ses modalités d'organisation est là pour nous le rappeler. "La souveraineté relative, la seule qui appartienne aux hommes, repose dans la société, et le pouvoir, dont l'origine est divine, doit être organisé conformément aux besoins et vœux de la nation. Ce principe est aujourd'hui la base du droit public français" (55). D'une manière frappante, un pouvoir d'origine divine peut ainsi être tempéré par la démocratie, si elle trouve à s'exercer.

### CONCLUSION : *De part et d'autre des Pyrénées*

Il est inévitable que d'une manière ou d'une autre, après des siècles d'influence réciproque, l'Etat continue à valider, de fait, dans son ordre juridique, le droit ou la morale d'un appareil religieux.

Il est d'ailleurs remarquable que la religion ait fourni deux exemples récents d'analyse aux historiens du droit public. Le premier est relatif à l'origine de l'expression "fonctionnaire public" qui fut tout d'abord appliquée aux ecclésiastiques (56). On pourrait y ajouter la constatation que le service ecclésiastique est expressément désigné comme "service public" dans les rapports

---

(52) FOUART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 17. Ce point de vue n'est pas très éloigné de celui qui fut soutenu par le Pape Jean XXIII, dans son encyclique *Pacem in Terris*.

(53) SFEZ (L.), *Critique de la communication*, Paris, Points Seuil, 1988, pp. 428-430.

(54) FOUART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 23.

(55) FOUART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 68.

(56) PATAULT (A.-M.), "Les origines révolutionnaires de la fonction publique", *R.H.D.* 1986, p. 389.

parlementaires, terme pourtant assez rare après la Constituante. Le second exemple vient de la première activité contentieuse du Conseil d'Etat. Dans sa très intéressante analyse sur les annulations d'actes du Directoire de département des Bouches-du-Rhône, S. SEGALA distingue trois libertés fondamentales dont la violation entraîne la censure royale après discussion devant le Conseil d'Etat (57). Sur ces trois libertés, deux sont relatives à la religion, à savoir la liberté d'aller et venir des prêtres réfractaires, et la liberté religieuse, qu'elle soit d'opinion ou de culte.

On pourrait aussi se demander si la définition actuelle de l'ordre public n'est pas encore notablement fixée par référence à la religion. Rien d'étonnant à cela. Nombre de pays ont connu le système de la religion proclamée par l'Etat pour être celle de la Nation, et les changements de régime politique ne suffisent pas à faire disparaître les inspirations théocratiques du droit public.

Plus frappante apparaît la constante d'une figuration de l'absolu chez les théoriciens du droit car leur indépendance d'esprit et leurs objectifs de systématisation ne les obligeaient guère à maintenir des assertions extra-juridiques aussi encombrantes. De plus, même si le fondement de la puissance suprême est identique chez les deux juristes étudiés ici, le résultat de leur représentation du droit public dans l'ordre juridique positif est notablement dissemblable. DOU y BASSOLS privilégie la prééminence divine parce qu'elle permet une solution radicale, fondée sur la toute-puissance du prince, dans la plupart des cas difficiles. Il confie au for intérieur et à la responsabilité personnelle et morale de chaque individu, à l'intériorisation de la norme, meilleure garantie de son acceptation, le soin de limiter l'Etat par le droit. FOUCART semble poser Dieu en législateur d'une part pour affirmer la séparation entre la société idéale, absolu public, et la société réelle, société civile empreinte d'une relativité privée; d'autre part, pour que tout sujet de droit soit en correspondance permanente et nécessaire avec l'essence, les besoins et les finalités de la société. L'idéal est le même : que le droit soit avant tout un droit humain. Les manières d'y arriver restent différentes.

« Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà », disait PASCAL, précisément en des termes mêlant droit et justice (58). Est-ce si sûr ? En bonne théologie, finalement, n'est-ce pas Dieu qui est le fondement du vrai ?

---

(57) SEGALA (S.), "Le Conseil d'Etat de 1791 et l'annulation d'actes administratifs pour illégalité et inconstitutionnalité", *R.R.J.* 1992, pp. 558 ss.

(58) PASCAL (B.), *Pensées*, V, 294, "On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence...Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà."