

Émile-Victor FOUCART,
ou le sacerdoce du droit public et administratif

par

Gilles J. GUGLIELMI

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

"Il y a beaucoup d'étoiles au ciel et leur nombre dépasse tout pouvoir que je l'épuise, et cependant, il n'y en a pas une seule qui ne me soit nécessaire pour louer Dieu".

Paul CLAUDEL, *Conversations dans le Loir-et-Cher*, Gallimard, Dimanche.

Au firmament du droit administratif, bien des noms se sont illustrés. La plupart d'entre eux ont reçu l'hommage d'un ouvrage. Il en fut ainsi de GERANDO, MACAREL, CORMENIN. D'autres, plus modestement, bénéficièrent d'un article, comme PORTIEZ DE L'OISE, BATBIE, AUCOC. Mais aucun juriste ne semble pour l'instant s'être intéressé au premier professeur de droit administratif de province : Emile-Victor FOU CART. Est-ce le résultat d'une fascination un peu trop prononcée pour les hommes politiques, les membres des juridictions administratives, ou la vie parisienne ? Qui se souvient des Mallein, Ginoulhiac, et autres Cabantous, qui ont formé des générations de juristes au XIX^{ème} siècle ? Qui fréquente encore la pensée de Trolley, de Cotelle ? On ne sait. Personne, ou peut-être tout le monde, tant il est vrai que les profils ordinaires sont parfois plus révélateurs de l'esprit d'une époque que les brillantes carrières. Aussi est-ce à travers le destin d'un de ces théoriciens du droit aujourd'hui oublié qu'il est ici proposé d'examiner un instant particulier, mais aussi un lieu commun, de la pensée juridique de droit public entre 1830 et 1860.

L'HOMME

Emile, Masséna, Victor FOU CART est né à Compiègne le 2 brumaire an VIII (24 octobre 1799). Après avoir commencé sa carrière à Paris (bachelier de la Faculté de Lettres de Paris en 1817), il se tourne vers les études de droit (licencié en 1820, il aura été l'un des rares élèves de GERANDO) et commence son stage d'avocat dans le ressort de la Cour impériale de Paris. Le 24 avril 1824, il obtient le grade de Docteur en droit après une «Dissertation sur les principes généraux des contrats de vente, d'échange et de louage». Cette date marque, pour le jeune juriste, un tournant. Les docteurs en droit sont relativement peu nombreux à cette époque et, pour résumer, trois carrières possibles s'offrent à eux : le professorat, la haute administration et la politique, la charge d'avocat aux Conseils. FOU CART ne dispose apparemment ni des fonds, ni des liens personnels lui permettant d'obtenir une charge (1), d'aucun appui pour se faire nommer Procureur (2) ou chef de bureau dans un ministère (3). Le professorat est alors une voie toute tracée.

Les incertitudes des concours

En 1827, s'ouvre à Paris, par arrêté du Conseil royal de l'Instruction publique en date du 29 août 1826, un concours de recrutement de professeurs suppléants. Dix-neuf candidats se présentent pour ces cinq places vacantes dans les Facultés de droit de Paris, Cæn, Dijon (deux), et Poitiers. Emile-Victor FOU CART est alors reçu (4) et nommé professeur-suppléant à Poitiers le 24 juillet 1827. Ce n'est pas pour y enseigner dès l'abord,

(1) A la différence de MACAREL, qui avait épousé la fille d'un avocat aux Conseils du Roi et à la Cour de cassation.

(2) A la différence de VIVIEN, petit-neveu de DUPONT DE L'EURE alors Garde des Sceaux.

(3) A la différence de BOULATINIER, ami de MACAREL.

(4) Le 5 juillet 1827, avec le civiliste DEMOLOMBE, et le romaniste PELLAT qui deviendra doyen de la Faculté de droit de Paris et membre de l'Institut.

le droit administratif, mais pour dispenser des cours complémentaires de Code Napoléon. FOUCART n'en poursuit pas moins la course aux concours, dans l'espoir d'être reçu professeur titulaire (5), mais il échoue. Simple suppléant pendant trois ans, il est cependant, en 1830, durablement chargé du cours de Code civil, dans la chaire précédemment occupée par GIBAUT (6).

Il faut en effet noter que les Facultés de droit sont encore à cette époque sous le régime des lois du 11 floréal an X, posant le principe des Ecoles de droit (7), et du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) les instituant. Elles ne comptent donc communément que cinq chaires, directement prévues par les textes cités (trois de Code Napoléon, une de droit romain, une de procédure civile et législation criminelle). Toute création de nouvelle chaire dépend du bon vouloir de la commission de l'Instruction publique dans un premier temps (sous l'autorité du ministre de l'Intérieur), puis du ministre de l'Instruction publique, enfin du Roi lui-même. C'est ainsi qu'avait été fondée à Poitiers, en 1823, sous le ministère du Baron CUVIER, une chaire de droit commercial, portant à six leur nombre total avant l'arrivée de FOUCART.

Or, après avoir connu des vicissitudes, l'enseignement du droit administratif est finalement devenu une priorité pour la formation des administrateurs (8). Il faut donc que des cours soient assurés sur tout le territoire national. Après avoir rétabli (9), par une ordonnance du 19 juin 1828, l'enseignement du droit administratif à la Faculté de droit de Paris, le pouvoir royal s'attacha à le développer en Province. En 1829, deux chaires de droit administratif furent ouvertes, l'une à Toulouse, l'autre à Cæn; mais pour des raisons diverses, elles ne purent pas être effectivement pourvues. C'est dans ce contexte que, le 20 août 1832, la Faculté de droit émit le vœu qu'il soit créé une chaire de droit administratif à Poitiers. Bien que, très habilement, FOUCART se soit fait mettre en congé au moment de la délibération, il ne fait aucun doute, comme l'écrira lui-même le Préfet (10), que cette demande provenait surtout de lui.

Une ordonnance du 2 septembre 1832 déclara ouverte une chaire de droit administratif à Poitiers. FOUCART, qui était le plus ancien suppléant de la Faculté, fut formellement nommé à cette chaire deux jours plus tard par le ministre de l'Instruction publique GIROD DE L'AIN. L'introduction de cette nouvelle matière à

(5) En 1829 (AN, F.17/20758, sauf indication contraire, les documents d'archives cités ultérieurement proviennent de cette cote), et peut-être aussi en 1831 aux dires de l'auteur, peu amène, de l'article paru dans *L'Echo du Peuple, Journal de l'Ouest* (hebdomadaire), n° 790, samedi 14 mars 1840, p. 2.

(6) Il faut lire, sur ce personnage, le passionnant article de J. CARBONNIER, «Hiérome-Bonaventure GIBAUT, jurisconsulte poitevin (1763-1834), romancé par lui-même», ext. *Bull. Sté des Antiquaires de l'Ouest*, t. 3, 4ème série, Poitiers, Oudin, 1956. GIBAUT s'était démis de ses fonctions en 1830 par fidélité légitimiste, plutôt que de servir le drapeau de la Révolution : «Le 19 septembre 1830, l'Assemblée de la Faculté se réunit et désigne FOUCART pour remplir la chaire de Code civil "laissée vacante par la démission de GIBAUT" lequel, est-il précisé d'autre part a été admis par le ministre à faire valoir ses droits à la retraite (Registre de l'Assemblée de la Faculté de droit de Poitiers, 1806-1851, manuscrit)», *loc. cit.*, p. 3, note.

(7) Il s'agissait de tirer les conséquences de la loi du 3 brumaire an IV prévoyant des Ecoles spéciales (Sciences politiques, Médecine, Travaux publics, Mines) au dessus des Ecoles centrales et à côté des Ecoles de Service public (Polytechnique, Navale, Ponts, Artillerie).

(8) Cf. VERRIER (P.-E.), *L'enseignement de l'Administration publique en France*, th. droit, Paris, Université de Paris-I, 1984; GATTI-MONTAIN (J.), *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, P.U.L., 1987 (coll. Critique du Droit).

(9) Institué par une ordonnance royale du 24 mars 1819, le premier cours de droit administratif, enseigné par GERANDO à la Faculté de droit de Paris, avait été supprimé le 6 septembre 1822. Il n'y a d'ailleurs pas de véritable programme national. L'ordonnance rétablissant l'enseignement à Paris dispose que "le professeur y fera connaître les attributions des diverses autorités administratives, les règles à suivre pour procéder devant elles, et les lois et règlements d'administration publique concernant les matières soumises à l'administration".

(10) AN, F.17/20758, lettre du Préfet au ministre en date du 20 août 1832 : "j'eus l'honneur de vous écrire pour appuyer la création d'une chaire de droit administratif dans la faculté de droit de Poitiers demandée par M. Foucart, Professeur suppléant (...) je demeure persuadé plus que jamais de l'utilité d'une chaire de droit administratif à Poitiers et je pense toujours qu'elle ne peut pas être remise en de meilleures mains que dans celles de M. Foucart".

Poitiers ne fut pas elle-même exempte de polémique (11). A preuve les propos émis dans la presse locale à cette occasion : "Tout est provisoire et caduc dans notre Droit administratif. Il faudra que le nouveau professeur se jette dans des théories qui pourraient le compromettre avec les ministres, ou qu'il enseigne à ses élèves des choses qu'ils devront se hâter d'oublier en sortant de son cours. L'enseignement du droit administratif ne sera possible qu'après la décision du grand procès de la centralisation parisienne" (12). A peine désigné, FOUCART se voit donc signaler deux écueils : celui de la dépendance vis-à-vis du pouvoir politique (13), et celui de la subversion des jeunes étudiants, futurs administrateurs.

FOUCART devint ainsi le premier professeur de droit administratif de province (14). Mais cette nomination sans concours était juridiquement précaire. Elle résultait de l'article 14 du Décret du 21 septembre 1804 sur l'organisation des écoles de droit, selon lequel "les Professeurs seront nommés à vie, que néanmoins ceux qui seront nommés *pour la première organisation* ne recevront leur brevet qu'après trois ans d'enseignement et s'ils sont confirmés". Cinq ans plus tard, FOUCART demande sa titularisation et, après un avis élogieux du Recteur TARDIVEL (15), il l'obtient, le 15 novembre 1837. On peut se demander ce qui a pu pousser FOUCART à solliciter sa titularisation à ce moment-là. Très informé des statuts et des postes, il ne pouvait avoir oublié de le faire au terme normal des trois ans. L'explication est tout autre. Le digne professeur brigait une chaire à Paris. Ayant fait la connaissance d'Edmond BLANC, député de Rochechouart, fort du soutien de ce dernier (16), et de la première édition de ses *Eléments de droit public et administratif* parus en 1834 et 1835, FOUCART pensait pouvoir obtenir la deuxième chaire de droit administratif qui s'ouvrirait à Paris (17). Or, pour y postuler, il fallait qu'il soit confirmé à Poitiers. La tentative de mutation parisienne fut d'ailleurs infructueuse, la chaire n'ayant pas été ouverte (18), mais les termes de la réponse du ministre

(11) Déjà demandée par le Préfet le 3 novembre 1831, il semble qu'elle ait été retardée en raison d'une mystérieuse intervention.

(12) DUCROCQ (Th.), *Discours prononcé par [le susdit], Professeur de droit administratif, A l'occasion de son installation le jeudi 23 juillet 1863, Poitiers, A. Dupré, 1863, in fine*, citant les numéros des 11 et 18 septembre 1832 de la Gazette de l'Ouest.

(13) Dépendance d'autant plus grande que les nominations des professeurs appartenaient au pouvoir exécutif sur trois propositions : l'une de l'Institut, la deuxième des Inspecteurs généraux, la troisième de l'Ecole où la place était vacante. Dans les Ecoles de droit on substitua à la garantie de l'Institut des concours publics, organisés à Paris, qui ne donnaient aucun droit aux postes vacants mais permettaient seulement d'y être proposé.

(14) D'autres Facultés de droit suivirent : Aix-en-Provence (O. 1er décembre 1835); Dijon, Grenoble, Rennes, Strasbourg et Toulouse, (O. 12 décembre 1837); entre-temps, en 1836, la chaire de Cæn attribuée à l'origine à un professeur immédiatement mis en retraite, avait été pourvue.

(15) Lettre du 20 octobre 1837, "Je suis heureux de pouvoir en exprimant mon opinion personnelle sur cet estimable fonctionnaire, être auprès de vous, Monsieur le ministre, l'interprète du sentiment qu'il a généralement inspiré. Par son caractère, comme par son instruction, sa capacité et son zèle, il a mérité l'estime et la considération, et à tous égards, il est digne du témoignage de confiance qu'il sollicite".

(16) Sur papier à en-tête du secrétariat général du ministère de l'Intérieur, le 16 décembre 1837, adressée au ministre de l'Instruction publique. Cette lettre porte, avec l'enregistrement, une mention laconique : "Tardif".

(17) Lettre de FOUCART au ministre (sans date, mais transmise avec celle d'Edmond BLANC) : "J'ose espérer, Monsieur le ministre, que vous prendrez ma demande en considération, et que vous voudrez bien me faire profiter d'une de ces rares occasions où il est possible de donner de l'avancement à un Professeur de faculté de droit. Le plus cher de mes désirs est de rentrer comme Professeur dans l'école d'où je suis sorti comme élève, et d'exposer devant un de ces nombreux auditoires qui nous manquent en province, les règles de notre Droit administratif, jusqu'ici trop calomnié. J'ai la ferme confiance que sur ce nouveau et plus vaste théâtre, je puis être aussi utile à la science qu'au Gouvernement lui-même, qui a tant besoin qu'on fasse disparaître pour une saine instruction les préjugés que l'on trouve encore en si grand nombre, même chez des hommes éclairés d'ailleurs, toutes les fois qu'il s'agit des droits de l'administration." Le Conseil constitutionnel n'avait pas encore proclamé l'indépendance des enseignants-chercheurs...

(18) Cette technique proprement dilatoire semble très prisée à l'époque. On citera notamment l'exemple de MACAREL (AN, F.17/13556) sollicitant la chaire d'Economie politique du Collège de France, par l'intermédiaire du ministre des travaux publics le 23 novembre 1832 : "Si le cours d'économie politique était changé en un cours d'administration générale, je prendrais la liberté de vous recommander M. Macarel, conseiller d'Etat et professeur adjoint à M. Degérando (sic) à l'école de droit. L'administration a été l'objet de l'étude de toute sa vie, et personne, je crois, n'est en état de professer cette science avec plus de succès et dans un meilleur esprit. Déjà, M. Macarel a préparé de nombreux matériaux pour cet enseignement et il a adressé à vos prédécesseurs quelques notes

laissent à penser que de toute manière elle n'aurait pas été attribuée à FOUcart. Huit ans plus tard, FOUcart renouvella sa demande en ajoutant aux mérites universitaires des arguments plus sociaux, avec l'appui cette fois du Recteur (19). Mais à cette date, la réponse négative du ministre ne fait même plus preuve de tact (20).

L'affaire du décanat

Le 22 février 1840, l'illustre BONCENNE, doyen de la Faculté de droit de Poitiers succombe à une attaque d'apoplexie. Dès le lendemain, le Recteur TARDIVEL propose au ministre de nommer, pour le remplacer, Abel PERVINQUIERES, professeur de Code civil, âgé de 42 ans, avocat distingué du barreau de Poitiers depuis 1817, nommé deux fois bâtonnier de l'ordre, membre du conseil municipal de la ville depuis 1830 (21). Mais il se trouve que FOUcart, entré à la Faculté sept ans avant PERVINQUIERES, cherchant peut-être un avancement qu'il n'a pas obtenu par mutation, et encouragé par de récentes distinctions (22), se porte aussi candidat par lettre directement adressée au ministre Victor Cousin le 29 février 1840 (23).

Or, contre toute attente, le ministre, après avoir pris formellement l'avis du Préfet pour différer la décision, nomme, par arrêté du 6 mars 1840, Emile-Victor FOUcart Doyen de la Faculté de droit de Poitiers en remplacement de BONCENNE (24). La nouvelle fut connue par les journaux du 9 mars et dès le lendemain soir, plus d'une centaine d'étudiants allèrent en silence et en ordre offrir leurs condoléances et l'expression de

sur cet objet". La réponse du ministre, le 28 novembre 1832, est de la même veine. "La présentation que devait me faire le Collège de France après le décès de M. J.-B. Say, pour la chaire d'économie politique a été ajournée jusqu'à nouvel ordre. En attendant qu'il y ait lieu de pourvoir à cette vacance, soit que le cours d'économie politique doive être maintenu, soit qu'un Cours d'Administration générale lui doive être substitué, j'ai pris note de la recommandation que vous m'avez adressée afin de l'examiner, dans l'occasion, avec l'intérêt qu'elle mérite." Joint au dossier, on trouve un brouillon à en-tête du ministère du commerce, ni daté, ni signé, qui constitue une demande au Collège de France d'ajourner sa décision. A peine huit mois plus tard, le 22 juillet 1833, une lettre de l'administrateur du Collège de France informe le ministre que les professeurs dans leurs assemblées du 7 et du 21 juillet ont désigné ROSSI pour occuper la chaire d'Economie politique.

(19) Lettre de FOUcart au ministre du 27 décembre 1845 : "Enfin, Monsieur le ministre, le père de famille sera compris de vous quand il vous dira que, père de quatre enfants, pourvu d'une très médiocre fortune qu'il a diminuée pour soutenir sa position et donner à ses enfants une éducation convenable, il voit dans la récompense de dix-huit années de service qu'il sollicite dans ce moment, un moyen d'améliorer sa position pécuniaire et d'assurer l'avenir de sa famille."

(20) Réponse du ministre le 14 janvier 1846 : "Cette création n'est pas encore résolue; mais vous pouvez, M. le Recteur, assurer M. Foucart que sa demande sera pour l'occasion attentivement examinée. Les titres particuliers que réunit cet honorable fonctionnaire ne manqueront pas d'être appréciés avec un grand intérêt".

(21) Le Recteur invoque l'urgence et des arguments d'opportunité : "un seul [professeur] peut avec succès remplir la difficile mission de succéder à M. Boncenne; aussi est-il désigné d'avance par l'opinion publique (...) Il importe de placer là un homme dont le concours puisse être efficace dans les circonstances difficiles. Gendre de M. Boncenne, il aurait de l'influence qui s'attache à un si beau nom, quand elle ne lui serait pas acquise déjà par sa propre position de famille et ses qualités personnelles". Lettre du 23 février 1840.

(22) Elu président de la Société des Antiquaires de l'Ouest en 1839, et nommé Officier de l'Université en 1840.

(23) Aux motifs habituels, il ajoute dans cette lettre "qu'élève de l'Ecole de droit de Paris, j'en connais les bonnes traditions, qu'il est si important de transporter dans les écoles de province, et qu'étant resté éloigné du barreau, je peux consacrer tout mon temps aux fonctions universitaires". C'est évidemment une attaque directe du successeur pressenti par le Recteur. Or, un tel argument fait écho aux préoccupations souvent exprimées par l'Inspection générale des Facultés de droit et que ne pouvait ignorer le ministre. Par ex. AN, F.17/2102, Rapport sur les Ecoles de droit de Caen et Rennes en juillet 1810 : "J'ai toujours pensé, et j'ai eu quelques fois l'expérience que les fonctions d'avocat plaidant sont les moins compatibles avec le professorat; d'abord parce qu'un avocat plaidant est moins libre de son temps; mais surtout par ce qu'il court le danger de compromettre la doctrine avec la jurisprudence et devoir combattre au barreau ou même condamner au tribunal les principes qu'il professe dans la chaire."

(24) S'adressant au Recteur par lettre du 9 mars, Victor COUSIN déclare : "Ce choix, Monsieur le Recteur, résultat d'un sérieux examen fait en Conseil royal de l'Instruction publique, a été surtout déterminé par les titres distingués de M. Foucart dans la science de la législation." Ce qui est cohérent avec son précédent courrier du 1er mars : "Je vais m'occuper de l'examen qui doit éclairer ma décision à cet égard; les titres du candidat présenté par vous seront l'objet d'une attention et d'un intérêt particulier."

leur sympathie aux autres Professeurs. Plusieurs des ces Professeurs de leur côté, avaient annoncé au Recteur leur intention de ne pas assister à l'installation du Doyen. Après négociation, ils s'y rendirent tous, mais trois d'entre eux ne signèrent le procès-verbal que sous réserves de se pourvoir par tout moyen de droit. FOU CART fut donc installé dans des conditions difficiles, et même cette étape passée, le Recteur ne put s'empêcher de prendre ses précautions vis-à-vis de Victor COUSIN : "tout n'est pas fini, Monsieur le ministre, dans un pays où en général, la tête domine le cœur. Une protestation froide et réfléchie doit imposer plus de sollicitude que des démonstrations vives, par celà même passagères. Des relations de tous les jours avec les Professeurs et les élèves peuvent d'un moment à l'autre amener quelque collision. J'espère que suivant mes avis, le nouveau Doyen saura maîtriser son caractère un peu vif, et qu'il évitera tout ce qui pourrait servir de prétexte aux mauvaises dispositions. La situation demande beaucoup de prudence; un acte, même de juste sévérité, peut en ce moment donner lieu à de graves désordres" (25).

En vérité, le fond de l'affaire est là. Outre que FOU CART n'avait pas été reçu professeur titulaire à l'issue d'un concours, et qu'il ne bénéficiait pas d'appui à la municipalité (26), il était connu pour son austérité, ou plutôt sa sévérité. Dans sa lettre de remerciement à Victor COUSIN, FOU CART prend bien soin de mettre les choses au point : "Ma leçon de ce matin, faite devant un auditoire grossi par les élèves des autres cours, a été écoutée avec le plus religieux silence, et l'allocution, dont je joins une copie à cette lettre, a produit le plus grand effet; elle a détruit pour tous ceux qui l'ont entendue la réputation de sévérité exagérée et de dureté qu'on s'était plu à me faire" (27). L'affaire est close cependant, et les troubles cessent à cette date. Le Recteur tentera bien d'y donner un prolongement en transmettant au ministre un article assez virulent paru dans le journal républicain local, que FOU CART lui avait adressé pour rectification, mais Victor COUSIN porte de sa main sur l'expédition de sa réponse la mention suivante : "M. Foucart est un homme d'un vrai mérite. Je m'honore de l'avoir nommé et vous charge de le lui dire" (28). Moins d'un mois plus tard, le nouveau Doyen obtient du Recteur un congé pour se rendre à Paris, pour "affaires de la faculté et affaires familiales", il en obtiendra directement prorogation auprès du ministre (29). Un an plus tard, le Recteur avait changé.

Paradoxalement, à partir de cette date, et jusqu'à sa mort en 1860, FOU CART demeurera le Doyen incontesté de la Faculté de droit de Poitiers. Il est renouvelé dans ses fonctions le 28 février 1843 par VUILLEMAIN (30), 9 février 1846, 16 février 1849 par FALLOUX, 21 janvier 1852 par FORTOUL. Par la suite, en application du décret du 9 mars 1852, il n'était plus nécessaire de le renouveler. A part sa demande de nomination à Paris en 1845, renouvelée rituellement à chaque notice individuelle annuelle, et une candidature

(25) Lettre du Recteur au ministre, le 13 mars 1840.

(26) On ne lui connaît pas d'activité politique. Il ne fut d'ailleurs ni électeur, ni éligible, jusqu'en 1845, car il ne satisfaisait pas aux conditions du suffrage censitaire de l'époque. Cf. lettre de FOU CART au ministre, le 5 avril 1845.

(27) Lettre de FOU CART au ministre, le 14 mars 1840. L'allocution à laquelle il fait référence est très brève. Après avoir évoqué "les institutions auxquelles [Boncenne] a attaché son nom et que je m'efforcerai de conserver et de compléter", Foucart déclare simplement "Le Doyen est également chargé de tout ce qui intéresse les étudiants, il est leur intermédiaire, leur protecteur dans toutes les demandes qu'ils font à l'autorité universitaire (...). Mon cabinet vous sera toujours ouvert (...) venez-y, Messieurs, avec confiance, car la plus belle prérogative du Doyen, la plus précieuse pour moi, c'est de pouvoir vous être utile".

(28) Lettre du ministre au Recteur, le 19 mars 1840. "De l'avis unanime du Conseil royal, j'ai dû fixer mon choix sur un Professeur qui depuis douze années s'est dévoué exclusivement aux intérêts de l'enseignement, qui avait obtenu au concours devant la faculté de droit de Paris le titre de suppléant et qui s'est fait un nom célèbre dans la science par la publication d'un ouvrage justement estimé (...) Cette nomination a également obtenu l'assentiment unanime de la Commission des hautes études de droit, qui compte dans son sein tant d'hommes éminents et spéciaux en cette matière".

(29) Lettre du Recteur, le 10 avril 1840; Lettre de FOU CART, le 30 avril 1840.

(30) Sur avis du Recteur, lettre n° 1022, février 1843 : "Par sa présence, par la modération de son caractère, il a su effacer en partie ce caractère d'indépendance qu'affectent trop souvent MM. les Professeurs de faculté et resserrer les liens qui doivent les rattacher à l'Université. Cette tâche est fort délicate et depuis que vous m'avez fait l'honneur de me confier la Direction du Rectorat de Poitiers, une de mes préoccupations constante a été de seconder de tout mon pouvoir M. Foucart dans l'accomplissement d'une œuvre très importante".

restée sans réponse au poste d'inspecteur général des Facultés de droit en 1856 (31), il est le symbole de la plus parfaite continuité universitaire (32). Son décanat est d'ailleurs marqué par la découverte d'une "loi" physique à laquelle il donne son nom. "Nous pouvons, à l'aide des faits, formuler la loi suivante : le nombre des étudiants en droit de la Faculté de Poitiers augmente par suite des calamités publiques; il diminue sitôt qu'elles cessent, ou en d'autres termes : la prospérité de notre école (si l'on ne considère que le nombre des élèves) est en raison inverse de la prospérité publique" (33).

Il s'en faut pourtant que ce Doyen ait été apprécié unanimement par les Recteurs successifs. Même si sa notation est favorable, les renseignements confidentiels à son sujet connaissent une inflexion à partir de 1858. Il est jugé fournir un "travail ordinaire" et avoir l'habitude sociale d'être "répandu dans un certain monde". En fait, ce qui lui est indirectement reproché et que l'on peut enfin écrire dans ce genre de notices, c'est d'être "généralement estimé et honoré, et plus particulièrement encore dans le Clergé et parmi la noblesse, où, contrairement à d'autres, il a ses entrées faciles", et peut-être aussi, malgré sa fidélité apparente aux régimes en place, de ne pas la diffuser assez dans la Faculté, car "comme doyen, il a du zèle et s'intéresse aux succès de l'Ecole : il pourrait cependant, rallier davantage le suffrage et la confiance de ses collègues". En 1859, la notice de renseignements confidentiels est encore plus explicite : "On peut dire cette année, comme précédemment, que Monsieur Foucart est pour des qualités et même des vertus réelles, généralement estimé et honoré, mais que ses amis les plus sincères et désintéressés ont remarqué et lui ont dit que dans un pays d'exagérations religieuses et d'antipathies universitaires comme Poitiers, il se tournait trop du côté du Clergé et de la noblesse dont l'éloignement pour tout ce qui se rattache à l'Etat et à son gouvernement est trop manifeste (...) Comme Doyen il n'a sur ses collègues qu'une faible action" (34). Enfin, les renseignements confidentiels pour 1860 commencent ainsi : "M. Foucart dont les sentiments religieux ne sont pas douteux, mais qui a toujours laissé à désirer au point de vue universitaire...".

Une tragique disparition

En avril 1860, la fille d'Emile-Victor FOUCART meurt en couches dans les bras de son père. Il ne s'en remettra pas. Le Recteur demande pour lui un congé jusqu'à la fin du mois de mai. (35). Le Doyen de la faculté de droit de Poitiers est alors en maison de santé à Paris. Le 7 juin, certificat médical à l'appui, le

(31) Lettre du 1er octobre 1856 : "J'invoquerai pour solliciter cette faveur trente et un an de services, l'expérience de l'administration des Facultés de droit, des ouvrages qui ont été l'objet de quelque approbation, mon dévouement aux institutions de l'Empire et à la personne de l'Empereur".

(32) Y compris en tant que Professeur, car il enseigne le droit administratif sans discontinuer jusqu'en mars 1860, exception faite de quelques congés pour maladie (un mois en mai 1856 : névrose gastro-intestinale), pour affaires familiales (10 jours en mai 1845 : règlement d'une succession), pour affaires de la Faculté (avril-mai 1840 : suites de l'affaire du décanat), de la période où il fut membre du jury d'Agrégation qui reçut DUCROCQ (décembre 1858-février 1859), et d'un intermède inexplicable de quelques mois (de mai à août 1847); dans ces deux derniers cas, il se fit remplacer par Jean-Charles BABINET, substitut du Procureur général à Poitiers, ultérieurement président de chambre honoraire à la Cour de cassation.

(33) Cité par MICHON (L.), *Histoire de la Faculté de droit de Poitiers (1806-1899)*, Poitiers, imp. Fayoux, 1900, p. 61.

(34) Renseignements confidentiels pour 1859, signés du Recteur. Cette notice, copiée en partie sur celle de 1858, a été surchargée par une écriture différente. A la rubrique Caractère, le qualificatif *bienveillant* a été complété par *passé pour un peu bizarre*; Aux rubriques Habitudes sociales : *Trop* Répandu dans un certain monde, *ses amis lui en ont fait l'observation* (ajoutés); Sagacité et jugement : très ordinaires *manque parfois de tact*.

(35) Lettre du Recteur au ministre, le 28 avril 1860.

Recteur demande reconduction du congé pour deux mois. C'est ce qui est décidé par arrêté du ministre Rouland, pour reprise du service le 31 juillet 1860 (36). Emile-Victor FOU CART meurt le 6 août 1860 (37).

Le Recteur, peut-être instruit des maladroites d'un de ses prédécesseurs, ne présenta pas par courrier un successeur à FOU CART. Il le fit de manière subtile dans la dernière notice de renseignements confidentiels, le 10 juillet 1860 : "Jusqu'ici, on ne peut rien préciser sur son état et savoir s'il pourra reprendre ses fonctions au retour de l'année. M. Grellaud, le plus ancien des Professeurs et en même temps Maire de la Ville, le remplace : en cas de vacance complète, ce serait un successeur très convenable tant pour son instruction, que pour l'honorabilité de sa position". GRELLAUD succéda effectivement à FOU CART dans le décanat. Dans son rapport sur la situation de la Faculté pour 1860-61, le Recteur pourra ainsi écrire : "Le local est en bon état. La ville a fait quelques dépenses dans le courant de l'année en vue d'améliorer l'aménagement intérieur de la faculté : le Doyen a maintenant un cabinet" (38).

(36) Arrêté n° 1573, du 15 juin 1860. Cet arrêté conserve à FOU CART son traitement de professeur, conformément à la demande du Recteur, "Ce fonctionnaire, vous devez le savoir, est sans aucune fortune. Le traitement qu'il subit impose de grands sacrifices à ses enfants. Aussi je vous prie de vouloir bien lui conserver tout son traitement pendant le congé".

(37) Il n'était plus en congé, ce qui permis très habilement au ministre, sur demande du Recteur, de répondre : "puisque le congé qui lui avait été accordé était expiré le 31 juillet, ses héritiers n'ont aucun besoin de mon autorisation pour toucher la portion de traitement dont la propriété était acquise à leur auteur". Soit six jours. Un an plus tard, il sera accordé un secours exceptionnel de 400 francs à Vincent FOU CART, né en 1770, père d'Emile-Victor, qui lui a donc survécu.

(38) AN, F.17/13167. Où l'on mesure l'avantage de nommer Doyen le Maire de la ville...

L'ŒUVRE

Emile-Victor FOUcart n'est ni administrateur 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 s'est surtout consacré à l'enseignement du droit administratif. 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, FOUcart trouve le temps d'écrire et de diffuser en 1835 un ouvrage intitulé *Eléments de droit public et administratif* (39). "Cette œuvre est plus un traité qu'un manuel" (40). FOUcart est ainsi l'auteur du "premier cours imprimé" et édité à Paris, mais aussi du premier *traité* de droit public et administratif réalisé par un universitaire (41). La pensée de FOUcart est donc une de celles qui connaissent la plus grande diffusion dans la théorie du droit public de l'époque.

Fait rare en cette période de "découverte" de la matière neuve du droit administratif, la réflexion de FOUcart 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 (42). 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 FOUcart de préliminaires destinés à poser les fondements d'une étude du droit public.

L'une des premières originalités de ce publiciste poitevin dans l'ensemble de la théorie juridique de la Monarchie de Juillet, est l'abord assez nuancé qu'il fait de la notion d'Administration publique, pourtant considérée comme évidente et peu susceptible de nuances par les autres publicistes à cette époque (43).

L'Administration publique élément du système de droit public

Des juristes préoccupés de pédagogie ou dotés d'un esprit critique, mais si différents par ailleurs, tels BONNIN, LOCRE, HENRION DE PANSEY, SIREY, CORMENIN, GERANDO, FOUcart et MACAREL ont recours à des acceptions diverses du terme « administration ». L'administration peut être prise au sens fonctionnel, de l'action d'administrer; au sens organique des sujets de l'action d'administrer; ou au sens synthétique qui

(39) *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, Videcoq, 3 t., 1834-1835. Foucart publie en 1839 la deuxième édition, ouvrage "plus complet et plus proportionné", selon Hauriou, avec un tome I consacré au Droit politique (organes du pouvoir, personnes, service militaire, expropriation) et les deux autres au droit administratif (Administration générale : fortune publique, routes et chemins, eaux; Administration locale : départementale et communale, contentieux administratif).

(40) P. LAVIGNE, "Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922", *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la Science juridique*, 1985, n° 2, pp. 125-134. Selon l'estimation de cet auteur, les *Eléments* représentent à peu près 3 millions 300 000 signes.

(41) Il faut remarquer que la seule production antérieure qui ait été réalisée par un professeur de droit administratif, les *Institutes du droit administratif français* de Gerando, n'est ni un traité ni un manuel. Ce premier professeur de "droit administratif" à la Faculté de droit de Paris le rappelle lui-même en sous-titrant son ouvrage *Eléments du Code administratif* : «un code n'est pas un traité; un code administratif ne doit point être une exposition de doctrine; il se dénaturerait par le mélange des discussions, des théories» (GERANDO (J. M.), *Institutes du droit administratif français, ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre par [l'auteur]*, Paris, Nève, 1829-1830, t. I, p. 6.).

(42) FOUcart (E.-V.), *Eléments ...*, t. I, 1839, p. 6-162.

(43) Sur l'ensemble de l'évolution, G. J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, L.G.D.J., 1991 (bibl. dr. pub).

regroupe les deux précédentes en y ajoutant l'indétermination d'une notion à la puissance unificatrice. Mais ces acceptions bien affirmées en 1830 ne mènent pas à l'unité conceptuelle. A partir d'elles, chaque fondateur de la théorie de droit public post-révolutionnaire tend en effet à forger, pour les besoins de sa propre représentation de la sphère publique, des concepts pleins et entiers : de véritables concepts fonctionnels ou organiques d'Administration publique viennent rejoindre le concept synthétique déjà constitué.

Le rejet de l'Administration publique fonctionnelle

Or, s'il faut rechercher une éventuelle utilisation prééminente d'un concept fonctionnel d'Administration publique, ce n'est pas auprès d'Emile-Victor FOUCART que ces recherches seront satisfaites. Dans ses ouvrages, l'acception fonctionnelle du terme «administration» est comme une clause de style. Il existe quelques occurrences de ce terme, mais elles sont loin d'être capitales. Dressant un rapide historique des sociétés politiques, ce publiciste qualifie ainsi le sujet d'un Monarque absolu : "libre des soucis de l'administration, étranger surtout à la préparation et au vote de la loi" (44). De même, s'adressant à d'autres juristes, il affirme qu' "il faut avoir étudié le droit pour bien remplir les hautes fonctions de l'administration, car administrer c'est appliquer la loi à la gestion des intérêts communs" (45). Enfin, dans son enseignement proprement dit, ce juriste fondateur de la théorie du droit public post-révolutionnaire a parfois recours, de manière supplétive, au concept fonctionnel d'Administration publique. Pour qualifier certaines attributions du pouvoir exécutif (46), pour insérer la participation des citoyens à l'administration dans sa conception de l'intérêt général (47), pour distinguer l'administration active de la juridiction administrative (48). FOUCART se sert donc du concept fonctionnel d'Administration publique pour ces usages nombreux, mais que ne relie entre eux aucune unité de raisonnement.

La relégation de l'Administration publique organique

Comme chez GERANDO (49), une étonnante subordination du concept organique d'Administration publique se retrouve dans les travaux de FOUCART . Si ce juriste, qui se fixe comme tâche en 1833 "l'étude des lois existantes, des principes sur lesquels elles s'appuient et la critique de ces mêmes lois" (50), étudie

(44) FOUCART (E.-V.), *Leçon d'ouverture du Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Poitiers*, Poitiers, imp. Saurin, 1833, p. 2.

(45) FOUCART (E.-V.), *Discours prononcé par [le susdit] dans la séance de rentrée (année 1839-1840)*, Poitiers, imp. Saurin, 1839, p. 10.

(46) "Le pouvoir exécutif est chargé du maintien de l'ordre, de l'administration de la fortune publique", FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1839, p. 119.

(47) "les intérêts spéciaux (...) doivent être réglés sur les lieux par ceux-mêmes qu'ils concernent parce qu'il est juste et utile d'appeler les citoyens à l'administration de leurs propres affaires lorsque leur intervention ne trouble pas l'ordre général"*loc. cit.*, p. 144.

(48) "à ces deux branches de l'administration correspondent deux séries de fonctionnaires, les uns chargés de l'action ou de l'administration proprement dite, les autres du contentieux"*loc. cit.*, p. 161.

(49) Dans le développement de ses *Institutes*, la première partie, pourtant consacrée aux "Institutions administratives", est entièrement analysée à l'aide de l'acception synthétique du concept d'Administration publique, GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif français, ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre par [l'auteur]*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 85 et ss.

(50) FOUCART (E.-V.), *Leçon d'ouverture du Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Poitiers*, Poitiers, imp. Saurin, 1833, p. 5.

analytiquement dans le pouvoir exécutif "son étendue et ses organes" (51), ce n'est guère pour en dégager la spécificité organique. De même, s'il rappelle qu'il faut connaître le droit "pour délibérer dans les assemblées administratives, sur les intérêts du département, de l'arrondissement et de la commune" (52), cette utilisation du concept organique d'Administration publique ne procède d'aucune représentation théorique d'ensemble du système juridique de son temps. Le concept d'organe est, pour ce précurseur poitevin, d'une nature trop générale pour se trouver lié uniquement à l'Administration publique. Il le réserve donc à des considérations plus fondamentales, par exemple à l'analyse du pouvoir: "Du pouvoir et de ses différents organes" est ainsi le Livre Ier de son Cours (53). Le concept organique d'Administration publique apparaît en fait comme un maillon du raisonnement de FOUCART, fréquemment subordonné au principe hiérarchique: le pouvoir administratif est ainsi réparti "à chaque degré de la hiérarchie entre des administrateurs uniques et des corps administratifs désignés par le nom de *Conseils*" (54); en conséquence, "les chefs des services civils sont placés sous ses ordres immédiats [du Préfet]" (55); de même "comme circonscription administrative, la commune doit être considérée par rapport à l'administration générale et par rapport à son administration propre. Sous le premier point de vue, elle présente le dernier terme de la hiérarchie administrative" (56).

Or, cette subordination du concept organique d'Administration publique au principe hiérarchique n'est pas fortuite. Elle résulte d'un choix délibéré de FOUCART en faveur du concept synthétique d'Administration publique. Ainsi, l'une des rares occurrences où ce publiciste utilise à proprement parler l'acception organique du terme «administration» est l'occasion d'affirmer ce choix: "dans un état qui a posé l'unité comme principe de gouvernement (...) il faut guider l'inexpérience des administrations collectives... Il est donc dans l'intérêt des administrations spéciales elles-mêmes qu'elles soient soumises à une sorte de tutelle... Cette tutelle doit être confiée à l'administration supérieure" (57). Dans le reste des analyses juridiques de son Cours, FOUCART ne fait que rester fidèle à ce principe: "Il n'est pas possible d'isoler les uns des autres les organes de cette autorité [administrative]; toutes ses mesures doivent avoir un caractère d'unité, qui exige la concentration des pouvoirs..." (58). Par ce refus raisonné de manier en tant que tel le concept organique d'Administration publique, et de lui donner un rôle dans sa représentation d'ensemble du système juridique, le premier professeur de droit administratif de province se démarque donc nettement de certains juristes, fondateurs, comme lui de la théorie post-révolutionnaire du droit public.

L'existence d'un concept organique d'Administration publique est avérée chez tous les juristes critiques du début du XIX^{ème} siècle. A l'instar du concept fonctionnel, son utilisation varie à l'extrême entre les différents juristes. De BONNIN qui en tire le plus de conséquences quant à l'analyse juridique, à FOUCART qui se refuse expressément à l'utiliser; de SIREY qui le néglige, à GERANDO qui en transforme le contenu, le concept organique d'Administration publique apparaît comme un outil commun, utilisé avec plus ou moins d'inspiration et de virtuosité par les théoriciens du droit, mais il ne possède pas, à l'observation, la force nécessaire pour s'imposer à tous avec les mêmes contours et la même finalité dans le raisonnement juridique. Surtout, l'incapacité des fondateurs de la théorie de droit public à définir une vision d'ensemble des rapports

(51) *op. cit.*, p. 6.

(52) FOUCART (E.-V.), *Discours prononcé par [le susdit] dans la séance de rentrée (année 1839-1840)*, Poitiers, imp. Saurin, 1839, p. 10.

(53) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1839, p. 6-162.

(54) *loc. cit.*, p. 127. V. aussi *op. cit.*, t. II, p. 544: "Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de remarquer que d'après l'organisation actuelle de notre administration à chaque degré de la hiérarchie, on trouve un conseil chargé de la délibération et un fonctionnaire unique chargé de l'administration."

(55) *op. cit.*, t. I, p. 128.

(56) *op. cit.*, t. II, p. 29.

(57) *op. cit.*, t. I, p. 144.

(58) *loc. cit.*, p. 125.

juridiques dans la sphère publique à partir de la multiplicité des concepts organiques et fonctionnels d'Administration publique qu'ils ont fondés, conjuguée à la subordination, à chaque fois remarquée, de ces concepts à un concept synthétique d'Administration publique, invite à procéder dès à présent à l'étude de ce dernier.

L'Administration publique unitaire, sujet de droit

Pionnier de l'enseignement du droit administratif, FOUCART ne manque pas de faire un usage fréquent de l'acception synthétique du terme «administration». Dès l'ouverture du premier Cours de droit administratif de province, le juriste critique justifie ainsi de l'utilité des matières qu'il professe: "appelé à coopérer à l'administration, il [le citoyen] doit connaître les lois qui la régissent... S'il veut se défendre contre les usurpations de l'autorité, il faut qu'il sache ce que la loi exige de lui, ce qu'elle lui permet de refuser" (59). L'idée émise par GERANDO de conférer une place centrale aux rapports entre l'Administration publique, prise au sens synthétique, et les administrés est donc d'ores et déjà comptée parmi les grandes idées directrices de la systématisation post-révolutionnaire des rapports juridiques. La première nuance introduite par FOUCART est de privilégier résolument **le droit** dans l'approche du concept synthétique d'Administration publique (60). Aussi, le concept synthétique d'Administration publique ne sert-il pas à construire la représentation de l'ordre juridique proposée par FOUCART dans ses *Eléments*. Le chapitre consacré à l'autorité administrative est très simplement inclus dans le Livre Ier intitulé "Du Pouvoir et de ses différents organes". En revanche il faut noter l'apparition du Livre II "Des personnes sous le point de vue du droit public".

Cependant, le concept synthétique d'Administration publique ainsi déclassé trouve une compensation dans la préoccupation qu'a FOUCART de son unité et de sa cohérence. L'Administration publique, au sens synthétique du terme, occupe un espace délimité mais elle y concentre une puissance renouvelée. Cette puissance est tout d'abord garantie au plus haut degré du pouvoir (61). Puis, ses attributions, cantonnées dans les travaux d'autres publicistes à la surveillance et à l'intendance, s'étendent à l'intervention (62). Enfin, la marque de cette puissance et le moyen de la conserver résident dans les spécificités que le professeur poitevin reconnaît au concept synthétique d'Administration publique: "les caractères de l'autorité administrative en France sont *l'unité* et *l'indépendance* : l'unité qui fait disparaître toutes les divergences dans les vues et qui soumet les intérêts locaux à l'intérêt général; l'indépendance qui écarte les obstacles que susciteraient à l'administration les pouvoirs rivaux, et, en assurant la liberté de son action, sert de base à la responsabilité de ses organes" (63).

(59) FOUCART (E.-V.), *Leçon d'ouverture du Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Poitiers*, Poitiers, imp. Saurin, 1833, p. 2. Douze ans plus tard, dans sa correspondance au ministre, Foucart ne soutient plus cette idée...

(60) "Tout se tient dans le droit public depuis les principes constitutifs du gouvernement jusqu'aux règles qui déterminent les attributions du fonctionnaire le plus humble de la hiérarchie administrative", FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1839, p. IV. Il ne s'agit pas seulement du droit public : "tout se tient dans le droit et l'administrateur est souvent obligé d'avoir recours aux règles du droit civil", *loc. cit.*, p. VII.

(61) "[Le Roi] doit avoir le choix des agents du pouvoir exécutif car sans cela les agents pourraient être animés de vues opposées à celles de l'administration et ils apporteraient un obstacle à sa marche", *loc. cit.*, p. 90.

(62) "Il s'agit pour elle [l'autorité administrative] de prévoir les événements à venir, de prendre les mesures capables d'éloigner ceux qui seraient dangereux, ou de faire naître ceux qui seraient utiles pour la prospérité publique, de pourvoir aux besoins nombreux et continuellement variables de la société", *loc. cit.*, p. 124. V. aussi p. 142 : "l'autorité partout obéie peut se livrer à l'exécution de ces grandes mesures administratives qui améliorent les hommes". Même pour un publiciste libéral, comme Foucart, "toutes les mesures qui tendent au développement de l'instruction, du commerce, de l'industrie, de l'agriculture etc. c'est ce qui constitue les attributions de l'autorité administrative", FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1839, p. 119.

(63) *loc. cit.*, p. 140.

L'unité et l'indépendance de l'Administration publique prise au sens synthétique sont, pour FOU CART , des éléments essentiels qui suffisent à la définition du concept synthétique. Ils proviennent de la source de droit la plus légitimante: la norme fondamentale (64). L'unité est un élément par nature synthétique, qui joue seul (65). L'indépendance est fréquemment associée au domaine de compétence (66). Le concept synthétique d'Administration publique ainsi traité par FOU CART permet d'augmenter la cohérence de la sphère publique et emporte un certain nombre de conséquences juridiques. Ainsi, les conflits sont réglés par le monarque (67), la garantie des fonctionnaires se trouve justifiée (68), la juridiction administrative apparaît indispensable (69).

L'Administration publique est tout d'abord constituée d'individus. Mais ces individus définissent un ensemble. C'est probablement FOU CART qui pousse le plus loin la fusion de ces individus en une personne unique. Remarquant tout d'abord que l'autorité administrative "est répartie, à chaque degré de la hiérarchie, entre des administrateurs uniques et des corps administratifs désignés par le nom de conseils" (70), le grand publiciste poitevin affirme nettement "qu'il n'est pas possible d'isoler les uns des autres les organes de ces autorités; toutes ses mesures doivent avoir un caractère d'unité, qui exige la concentration des pouvoirs et des lumières dans une seule personne, et la subordination envers cette personne de tous les agents inférieurs" (71). Le point de vue est donc clair: les individus forment une unité, distincte de la personnalité de ses membres. Inversement, cette unité distingue l'Administration publique d'autres entités, pouvoirs ou individus: "les caractères de l'autorité administrative en France sont l'unité (...) et l'indépendance, qui écarte les obstacles que susciteraient à l'administration des pouvoirs rivaux, et, en assurant la liberté de son action, sert de base à la responsabilité de ses organes" (72).

La deuxième acception du principe d'unité des fonctionnaires consiste à présenter l'ensemble des agents publics comme une unité fondée sur l'exercice concentré des compétences administratives (73). C'est en ce sens que l'Administration publique est un véritable corps. FOU CART , par exemple, ne craint pas d'utiliser le terme : "l'esprit de corps qui doit animer tous les membres de l'administration peut influencer sur le jugement des recours intentés contre les actes des administrateurs inférieurs. Si l'on entend par esprit de corps un esprit

(64) "Notre système administratif actuel a reçu de l'Assemblée Constituante l'indépendance du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif, l'unité administrative, la subordination hiérarchique des agents de l'autorité", *op. cit.* , t. II, p. 535.

(65) "L'unité administrative a été souvent attaquée par les intérêts de localité encore tous vivants en France; elle l'a été surtout dans son organisation dont le but est de réunir dans un centre commun toutes les lumières, tous les renseignements et d'en faire partir tous les ordres d'un intérêt général", *op. cit.* , t. I, p. 142.

(66) "Les tribunaux doivent donc s'abstenir non seulement de faire des règlements généraux sur les matières réservées à l'administration, mais ils doivent éviter de prescrire dans leurs jugements aucune mesure de son ressort", *loc. cit.* , p. 148.

(67) "Le Roi en effet, placé au sommet du pouvoir exécutif, dont l'autorité judiciaire et l'autorité administrative ne sont que des émanations, était le seul régulateur possible de leur compétence", *loc. cit.* , p. 154.

(68) "Dans ces différents cas [de poursuite d'un fonctionnaire public], c'est toujours l'administration qu'on poursuit dans l'acte d'un de ses agents", *loc. cit.* , p. 156.

(69) "Non seulement l'administration a le droit de prendre les mesures qu'elle juge convenables, mais encore elle seule a le droit d'interpréter ses actes, de connaître des difficultés auxquelles leur exécution donne lieu, de juger les réclamations de l'intérêt privé qu'elle soulève"*op. cit.* , t. III, p. 266. L'opinion avancée par d'autres juristes selon laquelle "l'administration est juge dans sa propre cause" semble gêner Foucart, ou pour le moins être suffisamment digne de réfutation pour qu'il y consacre une dizaine de pages, *loc. cit.* , p. 265-275.

(70) FOU CART (E.-V.), *Eléments...* , t. I, 1839, p. 127.

(71) *ibid.* , p. 125.

(72) *ibid.* , p. 140

(73) DUCROCQ (Th.), *Cours de droit administratif, contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris, Durand, 1861 (daté 1862), p. 17 : "c'est la réunion de tous ces auxiliaires de chaque ministre qui constitue dans chaque département ministériel, l'administration centrale ainsi nommée parce que c'est d'elle (...) que part la direction administrative des intérêts généraux dans tout l'empire".

systematique qui tend avec fermeté vers un but permis et utile, on comprendra que cet esprit de corps est essentiel à l'administration qui ne peut arriver à de bons résultats que par la fixité de ses vues et la constance de sa marche" (74). Le principe d'unité des fonctionnaires publics permet donc, associé à l'habilitation de la puissance souveraine, de traduire juridiquement l'émergence d'une nouvelle catégorie sociale dans la notion d'Administration publique, spécifiée comme corps distinct du reste de la société civile.

Enfin, postulant une extension juridique de cette unité ou l'appelant de leurs vœux, des publicistes de l'époque utilisent fréquemment des termes qui laissent à penser que l'Administration publique est capable de droits et d'obligations, à l'instar des personnes physiques. "Lorsqu'un citoyen (...) attaque l'administration, lui imputant d'avoir violé ou mal rempli les conditions (...) d'un marché passé avec elle, c'est là un procès ordinaire" (75), déclare HENRION DE PANSEY dans un ouvrage plein de rigueur consacré aux principes du contentieux administratif. Mieux encore, ils suggèrent que l'Administration publique serait elle aussi un sujet de droit. Selon GERANDO, par exemple, le Code administratif "ne doit s'emparer que des [dispositions] qui fondent un droit, ou qui règlent l'exercice d'un droit (...) c'est-à-dire de celles qui concernent les obligations *mutuelles* de l'administration et des administrés" (76). De même pour MACAREL, "des lois d'intérêt public, dans telle nation donnée, règlent les droits et les devoirs *respectifs* de l'administration et des citoyens" (77).

En bref, deux apports fondamentaux pour la théorie juridique de droit public doivent être soulignés dans l'œuvre du premier professeur de droit administratif de province. L'un est une pétition de principes, l'autre une remarque incidente de technique juridique qui sera lourde de conséquences.

La pétition de principes est relative à la place du théoricien du droit dans l'ordre juridique. FOUCART considère, en de multiples occasions, qu'un juriste critique se doit de prendre des distances vis-à-vis du Conseil d'Etat et de la Jurisprudence (78). Il ne manque pas non plus, s'adressant à des juristes, d'affirmer la présence de l'esprit de système sur la casuistique jurisprudentielle (79).

La remarque incidente de théorie juridique rejoint de manière logique, à la fois les tendances précédemment observées chez Henrion de Pansey et GERANDO, et une option du plan d'analyse suivi par le professeur poitevin dans ses *Eléments* : l'étude des personnes sous le rapport du droit public. "Lorsque l'administration vend un bien qui faisait partie du domaine de l'Etat, elle n'agit point dans l'intérêt du service

(74) FOUCART (E.-V.), *Eléments ...*, t. III, 1839, p. 268.

(75) HENRION DE PANSEY (Baron P. P. N.), *Un mot sur le Contentieux du Conseil d'Etat, entretien de Monsieur le Premier Président Henrion de Pansey, publié par M. Cotelle, avocat aux Conseils*, Paris, Barrois père et Duprat, 1830, p. 18.

(76) GERANDO (Baron J.-M.), *Institutes du droit administratif français, ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre par [l'auteur]*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 9. Soulignement ajouté.

(77) MACAREL (L.-A.), *Cours d'Administration générale, Discours d'ouverture, le 5 mai 1840*, ext. du *Mon.* des 24-25 août 1840, Paris, imp. Panckoucke, p. 18. Soulignement ajouté. V. aussi MACAREL (L.-A.), *Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Paris, 1842-1843*, Paris, Thorel, t. I, 1844, p. 19.

(78) "Voici une règle que nous croyons pouvoir établir plutôt comme une théorie que comme application de la jurisprudence qui nous paraît très confuse", déclare-t-il à l'énoncé d'un point fondamental : "les actes de l'administration active ne doivent pas en thèse générale être soumis à la juridiction du Conseil d'Etat, juge suprême du contentieux parce que le pouvoir discrétionnaire et par conséquent la responsabilité de l'administration seraient détruits; mais lorsque faisant usage de son pouvoir discrétionnaire, l'autorité administrative a porté un règlement général, les difficultés qui s'élèvent dans son application entre des particuliers et des agents de l'administration peuvent sans inconvénient être portés au Conseil d'Etat parce qu'ici le pouvoir discrétionnaire n'est pas compromis et que les particuliers puisent un droit dans l'acte administratif dont on leur fait l'application", *loc. cit.*, p. 275.

(79) "Il vous faudra, à l'aide d'une raison plus éclairée et plus forte, contrôler les principes que vous aviez reçus de confiance, vous créer votre science à vous-mêmes, au lieu de la recevoir toute faite, et vous tenir au courant de tous les progrès que le mouvement des esprits fait faire à la jurisprudence", FOUCART (E.-V.), *Discours prononcé par [le susdit] dans la séance de rentrée (année 1839-1840)*, Poitiers, imp. Saurin, 1839, p. 9.

public; c'est alors une personne morale qui fait avec un citoyen une convention de la nature de celles dont l'appréciation est réservée aux tribunaux" (80). Cette introduction de la personnalité juridique comme technique dans la représentation d'un système de droit où le concept synthétique d'Administration publique n'est plus le centre, le contrôleur, mais un élément parmi d'autres, marque une étape déterminante dans l'évolution de la théorie juridique française de droit public au XIX^{ème} siècle.

Chez d'autres juristes, l'attribution d'une personnalité morale à l'Administration publique ou à l'Etat relevait d'un postulat philosophique, ou de préoccupations pratiques (81). Mais pour FOUCART, comme pour MACAREL d'ailleurs, la personnalité morale de l'Administration publique semble se justifier d'elle-même, à travers des nécessités techniques d'imputation: "dans ces différents cas [de poursuite d'un fonctionnaire public], c'est toujours l'administration qu'on poursuit dans l'acte d'un de ses agents" (82); "il faut encore déterminer les rapports des citoyens avec l'administration pour l'accomplissement des devoirs qui leur sont *respectivement* imposés..." (83). De même, VIVIEN, Conseiller d'Etat, Garde des Sceaux, Préfet de Police et Parlementaire à l'action déterminante dans le vote des lois de 1831 et 1837, n'hésitait pas à déclarer dès le début de son œuvre majeure de théorie juridique: "l'Administration est l'Etat personnifié pour le règlement de ses intérêts propres" (84).

C'est ainsi que, par l'attribution d'une personnalité morale à l'Administration publique, les théoriciens du droit de la Monarchie de Juillet tentent de mener à son terme la volonté libérale de contrôler la puissance publique. Pourtant, malgré ces efforts convergents, malgré la réunion de conditions de fait et d'opportunité théorique, on le sait, cette solution n'a finalement pas prévalu.

Ainsi, FOUCART tient une place privilégiée parmi les juristes critiques, fondateurs de la théorie de droit public post-révolutionnaire. Il est probablement celui qui, tout en abandonnant le concept synthétique d'Administration publique en tant que centre de la représentation du système de droit, lui transmet le plus de force et de cohérence. Il est l'un des premiers à attribuer ouvertement à la théorie juridique un rôle directeur dans la systématisation des rapports de droit. Enfin, son activité de rationalisation juridique développe des analyses techniques ou casuistiques d'une grande précision et d'une originalité affirmée. Le renversement de la perspective est tel que la définition même du concept synthétique d'Administration publique n'apparaît pas chez FOUCART; elle ne lui est pas nécessaire car la systématisation éclaire, dans la pensée de ce juriste critique, d'autres chemins, bientôt empruntés par la majorité des théoriciens du droit.

(80) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1839, p. 150.

(81) LAFERRIERE (F. J.), *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1839, p. 163 : "l'organisation sociale est personnifiée à l'image de l'homme; il y a intelligence et volonté, il y a des organes pour leur manifestation: de même que l'homme est une puissance libre éclairée par la raison et servie par des sens; de même la société personnifiée est une puissance d'action, éclairée par l'intelligence et servie par des organes"; CHAUVEAU (A.), *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon, Durand, 1841, t. I, p. 46 : "les actes de tutelle administrative concernent les départements, les communes et les établissements publics. En France, le pouvoir exécutif est le tuteur né de ces personnes morales. Ces actes de tutelle rentrent dans les attributions de l'administration active au premier chef"; TROLLEY (A.), *Cours de droit administratif, Première partie: Hiérarchie administrative*, Paris, Thorel, t. I, 1843, p. 10 : "cette tutelle, on l'a tout naturellement confiée à l'administration"; et *op. cit.*, t. II, p. 104 : "en décomposant l'administration civile, nous lui avons reconnu plusieurs caractères: ou elle fait acte de puissance, et il s'agit de l'intérêt général de la société; ou elle gère la fortune de l'Etat, ou elle exerce une haute tutelle sur les Etablissements publics".

(82) FOUCART (E.-V.), *Eléments ...*, t. I, 1839, p. 156.

(83) MACAREL (L.-A.), *Cours d'Administration générale, Discours d'ouverture, le 5 mai 1840*, ext. du *Mon.* des 24-25 août 1840, Paris, imp. Panckoucke, p. 11. Soulignement ajouté.

(84) VIVIEN (A.), *Etudes administratives*, Paris, Guillaumin, 1^{ère} édition 1845, p. 1. Significativement, cette citation disparaîtra dans les éditions ultérieures.

Un système de droit public au fondement théocratique

Par ailleurs, la pensée de FOU CART procède indubitablement d'une conception théocratique qui peut paraître assez étonnante aux juristes du XX^{ème} siècle, mais qui se confirme notamment dans la dernière édition de ses *Eléments* (85).

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" (86). 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 (87), 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" (88). Certes, il serait exagéré de considérer pour autant FOU CART 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 (89).

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 FOU CART 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" (90). 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 (91).

(85) 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, Videcoq, 1855, V. notamment la Préface. Le programme du cours soumis à approbation à l'Inspection générale des Facultés de droit à partir de 1852 révèle la même tendance.

(86) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 2. Soulignement de l'auteur.

(87) GERANDO (J.-M.), *Institutes du droit administratif français*, Paris, Nève, t. I, 1829, p. 2, 9.

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

(89) On la rapprochera évidemment de CICERON, *De Legibus*, I, V : "Natura enim iuris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura".

(90) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, préface, p. II.

(91) FOU CART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 2 : "Le suprême législateur est Dieu, créateur et conservateur de toutes choses; c'est lui qui a donné à la matière des lois tellement admirables, que le plus grand effort de l'esprit humain a été d'en découvrir quelques-unes, et qu'une de ses plus grandes jouissances consiste à les étudier; 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-

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" (92). 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" (93).

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" (94). Ou encore le fil directeur de la protection juridictionnelle des libertés individuelles contre l'arbitraire des ordonnances royales (95). 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" (96).

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^{ème} siècle. Seulement, 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, FOUCART 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 (97). Dans ces occurrences, l'homme oublie le droit qui pourtant est conçu pour lui. Ce défaut

d'œuvre de la création visible; c'est lui enfin qui révèle à la conscience humaine des lois qui, chez tous les peuples, dans tous les temps, ont été la règle de conduite des hommes vertueux."

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

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

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

95 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.

(96) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 25.

(97) FOUCART (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".

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 reparaît avec son caractère divin pour être de nouveau éclipsé par les ténèbres que produisent les passions humaines" (98).

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" (99). 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.

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" (100). 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*." (101). On reconnaîtra là, dans l'objectif ultime du droit, une définition issue du droit romain, *Jus est ars æqui et boni*. 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 FOUCCART ne tire pas d'ailleurs toutes les conséquences possibles.

En revanche, FOUCCART tire du fondement divin du droit une conséquence très forte 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*." (102). Pourtant, cette constatation ne mène pas à la conclusion que la puissance suprême doive nécessairement être concentrée entre les mains d'un seul homme. FOUCCART 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'un manière

(98) FOUCCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 3.

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

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

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

(102) FOUCCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 16.

certaine..." (103). 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 FOUCART, la condition de la limitation de l'Etat par le droit (104). 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 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" (105). Corrélativement, l'égalité juridique de chacun garantit que tout individu puisse prétendre au même traitement dans l'application du droit par le pouvoir souverain (106).

Finalement, FOUCART introduit son lecteur à une certaine forme de théologie que l'on pourrait qualifier, avec L. SFEZ, de "théologie séculière" (107). 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." (108). 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 FOUCART 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

(103) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 17. Soulignement de l'auteur.

(104) Voir la date à laquelle écrit FOUCART, début du Second Empire, et la préoccupation majeure des publicistes de l'époque qui tend principalement à limiter le pouvoir de l'Etat. Par ailleurs, le droit constitutionnel n'est pas enseigné en tant que tel dans les Facultés de droit, G. J. GUGLIELMI, *op. cit.*, pp. 208 ss., 239, 295 ss.

(105) FOUCART (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*.

(106) L'égalité des droits, n'est tout de même pas encore l'égalité **par** le droit. L'égalité juridique est fondée sur la conservation sociale et ne saurait la dépasser : "Les facultés physiques et morales varient avec les individus; il y a là une cause d'inégalité qui (...) est dans les vues de la Providence, qui en créant les hommes pour la société leur a donné des aptitudes différentes, de telle sorte que chacun pût concourir, dans la mesure de sa capacité, au bien général. Ainsi se trouve établie une hiérarchie indispensable à la conservation de la société. La seule égalité possible est donc *l'égalité devant la loi*, c'est-à-dire l'absence de privilèges." FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 10. Soulignement de l'auteur.

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

(108) FOUCART (E.-V.), *Eléments...*, t. I, 1855, p. 23.

vœux de la nation. Ce principe est aujourd'hui la base du droit public français" (109). D'une manière frappante, un pouvoir d'origine divine peut ainsi être tempéré par la démocratie, si elle trouve à s'exercer.

0-0-0

L'absolu est ainsi devenu une obsession pour FOUART. Ayant finalement perdu tout espoir de progression personnelle, de jour en jour plus proche de la religion et de ses représentants, le premier professeur de droit administratif de province s'est progressivement enfermé dans son ouvrage et dans son système philosophique. Certes, il y a là une bien curieuse évolution pour un enseignant à propos duquel l'inspecteur général Laferrrière écrivait dans son rapport : "c'est un esprit très exact pour le droit administratif; peut-être n'a-t-il pas retiré de son enseignement tous les résultats qu'il en attendait et cela tient, je pense, à ce qu'il ne donne pas aux principes eux-mêmes une assez large exposition et qu'il a trop de penchant à s'attacher aux règles de détail". Mais il nous a laissé, aussi, la vision la plus complète, la plus analytique, et la plus équilibrée du droit public et administratif de la Monarchie de Juillet. Ce n'est, tout bien réfléchi, pas négligeable.

Bibliographie de FOUART

- *Leçon d'ouverture du Cours de Droit administratif professé à la Faculté de Droit de Poitiers*, Poitiers, imp. Saurin, 1833.
- *Éléments 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, Videcoq, 3 t., 1834-1835; 2ème éd., 1839; 3ème éd., 1843-1844; 4ème éd., 1855-1856.
- *Discours prononcé par [le susdit] dans la séance de rentrée (année 1839-1840)*, Poitiers, imp. Saurin, 1839.
- Ed. HENRION DE PANSEY (Baron P.P.N.), *Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Paris, Barrois père et Duprat, 4ème éd., 1840. "avec une introduction et des notes qui mettent cet ouvrage au courant de la législation nouvelle".
- "La propriété des cours d'eaux non navigables ni flottables", *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. 4, p. 194.
- "La compétence des autorités judiciaires dans le cas de modifications ou de destructions autorisées sur les cours d'eau non navigables, réclamées dans un intérêt privé", *Journal général des tribunaux*, 19 juillet 1839.
- *Encyclopédie du droit*, V° Compétence administrative et Contentieux administratif.
- *Supplément à la 2ème éd.*, Paris, Videcoq, 1841 (70 p.).
- *Supplément à la 3ème éd.*, suivi d'un appendice contenant le texte de la Constitution de 1848 et les principaux décrets, lois et règlements publiés depuis la Révolution, Paris, Videcoq, 1850.
- «Une visite au château de Blois en 1834», *Mémoires de la Société des Antiquaires de l'Ouest*, t. I, 1835, Poitiers, imp. Saurin frères.
- *Poitiers et ses monuments; notice extraite des Mémoires de 1840 de la Société des Antiquaires de l'Ouest, ornée d'un plan de la ville de Poitiers et de quinze vues de ses principaux monuments*, Poitiers, A. Pichot, 1841.
- *Précis de droit public et administratif*, Paris, Videcoq, 1844.

(109) FOUART (E.-V.), *Éléments...*, 1855, p. 68.