MARIE-JOËLLE REDOR

DE L'ÉTAT LÉGAL À L'ÉTAT DE DROIT

L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914

Thèse d'Etat soutenue en juillet 1988 à l'Université Paris 2

AVERTISSEMENT

Le texte qui suit est le fruit de la thèse de droit public dirigée par Jean Combacau que j'ai soutenue en 1988 à l'Université Paris 2.
Il a été publié en 1992 (éditions PUAM Economica) avec la préface de Jean Combacau ci-après reproduite et avec l'avertissement suivant qui me semble plus que jamais d'actualité, surtout si l'on tient compte des multiples contenus possibles du Droit auquel l'Etat prétend se soumettre alors même qu'il le crée et de la faible réalité des droits de l'homme dans un système fondé sur l'inégalité. Il ne s'agit pas ici de rejeter l'idée d'Etat de droit mais d'en souligner les limites.

Les deux notions d'Etat de droit et de démocratie sont souvent présentées aujourd'hui comme absolument équivalentes. En somme, il suffirait de quelques efforts supplémentaires dans le respect du Droit (mais de quel droit ?) pour que tout soit pour le mieux dans le meilleur des mondes...étatiques.

Pourtant, les premiers débats dans la doctrine française sur le concept d'Etat de droit révèlent des préoccupations beaucoup moins progressistes que ce que son apologie actuelle aurait pu laisser prévoir. La théorie de l'Etat de droit s'est en effet construite en grande partie contre l' « Etat légal », l'Etat du règne de la loi hérité de la Révolution française et qui, sous la IIIème République, donnait la prépondérance au Parlement et aux élus du suffrage universel (masculin) dans le système politique et l'élaboration des normes. Au-delà des divergences d'écoles, l'ensemble de la doctrine du début du siècle souhaitait soumettre la loi au droit et confier l'Etat de droit au juge pour éviter les « débordements » des assemblées et de leurs électeurs. Cette théorie faisait ainsi davantage confiance au juge et à la norme qu'au citoyen pour contrôler l'Etat. On peut même dire que, pour beaucoup, il s'agissait d'opposer l'ordre juridique prétendument neutre à l'ordre politique qu'ils croyaient menacé par l'universalisation du suffrage.

La théorie de l'Etat de droit a certes évolué depuis 1920, il n'en reste pas moins qu'elle s'est construite (peu de temps après la Commune, rappelons le) en grande partie contre toute possibilité d'extension du rôle des citoyens. Et même s'il est évident qu'il vaut mieux un Etat de droit qu'un Etat policier fondé sur l'arbitraire, il n'est peut-être pas inutile de rappeler ce contexte théorique initial à ceux qui voudraient résumer un peu vite toute la question démocratique à celle de l'Etat de droit, alors que la période actuelle montre à la fois une inflation de la production des normes et l'absence croissante de maîtrise des citoyens sur leur contenu et sur leur fonctionnement.

Préface
de Jean Combacau

Si une oeuvre, une doctrine, une idée forte parvient à une réelle notoriété au-delà du milieu qui l'a vue naître, elle le doit presque toujours à une incompréhension, et le succès qui l'accueille ne profite qu'à la représentation fausse que s' en font ceux qui la reçoivent et ceux qui la diffusent. Avant d'être exploité dans sa version tous-publics par les professionnels de la politique et de la communication, le thème de l'Etat de droit s'est développé dans l'école française de droit public au tournant des XIXe et XXe siècles, moment qu'une vue rétrospective permet de tenir pour son brillant apogée. Il a vu se former la plupart des convictions sur lesquelles vivent aujourd'hui constitutionnalistes et administrativistes, leur théorie juridique de ce qu'est l'Etat dans la France de leur temps et leur doctrine politique de ce qu'il devrait devenir. C'est cet ensemble que présente ici Marie-Joëlle Redor, en s'attachant au mouvement qui a vu la consécration, dans les représentations mentales et au moins partiellement dans les institutions elles-mêmes, de l' « Etat de droit ».

A l'origine de leur oeuvre de rationalisation, une croyance, partagée par la plupart des auteurs de l'époque : la vision de la loi, expression de la volonté générale, qui a servi de fondement à des institutions disparues et rend compte de ce qu'elles furent en effet, est maintenant contredite par les demandes politiques des sociétés contemporaines, dont la logique est incompatible avec celle qui animait les doctrines révolutionnaires. Dans la pensée classique, la législation consistait à réaliser un ordre rationnel, à transcrire dans la sphère du droit positif des principes d'abord connus comme vrais, et en appelait moins en définitive à la volonté du législateur qu'à son jugement. L'universalisation du suffrage et les conditions dans lesquelles il s'exprime désormais ont fait de la loi une technique de transformation de la société, aux mains de majorités contingentes qui attendent du législateur qu'il en use puisqu' elles l' exigent. Comme d' autre part aucun mécanisme ne garantit la suprématie affichée de la constitution au sommet de l' édifice normatif, et comme d'ailleurs les lois constitutionnelles de 1875 ne firent pas de limites substantielles à l'*hybris* du législateur, la loi, destinée à être I' instrument souverain de l'activité politique par une doctrine révolutionnaire respectueuse des bornes de la puissance étatique, est devenue l'arme légalement inconditionnée d'un parlement indûment revêtu comme corps d' une légitimité qu'elle seule méritait et dont il use sans discernement, comme un soudard de l'épée d'un maître d'armes. Il faut donc restaurer le principe, en l'adaptant aux circonstances du temps.

Au moment où, dans l'ordre administratif, le juge achève d'édifier les mécanismes garantissant le respect de la loi par tout ce qui lui est subordonné, mais fait aussi entrer dans les modèles de conduite imposés à l'administration des normes de référence qu'il a lui-même produites, l'idée fait son chemin d'un rehaussement général de ce à quoi se mesurent les agissements de l'Etat tout entier et le droit qu'il produit : non seulement de ses organes administratifs et juridictionnels et de leurs actes, assujettis à la loi qu' ils ont pour fonction de concrétiser et d' appliquer aux situations individuelles, mais de son

organe législatif et de la loi elle-même. L' « Etat légal » — on dirait plus volontiers « l'Etat légicentrique » —, idéal fondé sur des postulats révolutionnaires dont il est clair désormais qu'ils ne sont pas fondés, se dépasse dans l' « Etat de droit », qui l'accomplit plutôt qu'il ne le nie ; il substitue le droit à la loi, la légalité globale à la légalité légiférée que la captation de la volonté générale par la souveraineté parlementaire aurait privée de sa légitimité.

Un obstacle surgit cependant : le droit est inexpressif, c'est son infirmité fondamentale, et il lui faut des organes pour proclamer ses exigences et en imposer le respect, fût-ce à l'État lui-même. Le juge, déjà garant pour l'essentiel de la légalité des conduites de l'administration, verra donc son contrôle généralisé, comme il apparaît ici dans les premiers chapitres de la deuxième partie. Et si quelque chose surprend dans l'effort des publicistes de l'époque envisagée, c'est qu'ils se soient presque tous interdit d'explorer les mécanismes du contrôle de constitutionnalité des lois. N'est-il pas pourtant dans la logique même de ce qu'ils systématisent ? Sans doute la tradition constitutionnelle imposera-t-elle longtemps encore au juge de s' abstenir de statuer sur la validité des lois comme le principe proclamé de la suprématie de la constitution l'exigerait, mais leur caractère sacro-saint est assez ébranlé désormais pour que, quand un juge constitutionnel sera mis en place, il s'empare du pouvoir de confronter l'expression par le parlement d' une volonté politique, non pas seulement à des règles de compétence et de procédure expressément énoncées dans la constitution, mais à des principes substantiels qu'il aura lui-même forgés en feignant de les y découvrir, suivant la technique familière aux juges qui légifèrent, en matière constitutionnelle comme en toute autre. Ainsi se refermera le cercle ouvert à la Révolution, des juges s'arrogeant le pouvoir de dire le droit, non pas, affirme-t-on, tel qu'ils le veulent mais tel qu'ils le connaissent, bien mieux que, précisément parce qu'ils n'ont pas le pouvoir de vouloir, le corps en qui la constitution voit le titulaire et l'organe du pouvoir souverain. Mais qu'est-ce qui caractérise le souverain, sinon le pouvoir de décider en dernier ressort ? La souveraineté des juges, voilà ce à quoi aboutit la réalisation systématique d' une doctrine qui, pour avoir voulu tenir en respect le maître de la loi, s'est condamnée à chercher un maître du droit et l'a trouvé dans des juges.

Marie-Joëlle Redor ne va pas expressément jusqu' à cette conclusion parce que, respectant scrupuleusement les limites qu'elle a assignées à son corpus doctrinal — de la Constitution Grévy à l'achèvement de la Contribution... de Carré de Malberg —, elle envisage les textes dans le moment même où ils s'élaborent et sans égard aux mérites de leurs anticipations éventuelles, et se prive en outre volontairement des apports de la critique postérieure. Et la plus grande difficulté était sans doute d'établir l'existence d' une communauté d'inspiration entre des auteurs qui ne se connaissaient pas tous, que leurs appartenances politiques divisaient très largement, qui se combattaient même quelquefois sur ce qui leur paraissait être l'essentiel de leurs doctrines et qui, de ce fait, n'ont jamais eu conscience d'appartenir à une école ou même à un courant, pour rendre manifestes des convictions largement imputables aux contraintes structurelles du droit public français de l'époque et à leur statut même de publicistes. Mais même enfermée de son plein gré dans la doctrine d'une époque charnière, Marie-Joëlle Redor ne se départ jamais d' une attitude critique ; si elle est sensible à la cohérence du projet qu'elle y discerne, il est douteux qu'elle y voie un « progrès » dans le chemin menant à un Etat de droit idéal, point oméga d'une évolution sans cesse bénéfique. Si les textes qu' elle étudie sont précurseurs à ses yeux, n'est-ce pas de l'illusion des juristes qui, après avoir

encensé le Conseil d'Etat pour sa sagesse, s'émerveillent de celle du Conseil constitutionnel ? Pour eux, on le voit bien, la raison est du côté des juges, et la déraison chez ceux qu'ils contrôlent, car les uns font de la politique et les autres pas. De cette croyance à l' utopie d' un droit non souillé par ce péché originel, axiome inconscient d' une doctrine publiciste sans doute majoritaire aujourd'hui en France, le dernier chapitre de ce livre atteste combien elle est elle-même éloignée. Cela rend plus méritoire encore la loyauté avec laquelle elle présente et critique un courant de pensée dont nous sommes si évidemment tributaires.

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

INTRODUCTION GENERALE

L'intérêt actuel pour l'histoire de la pensée juridique est vraisemblablement un signe de ce qu'il n'y a plus de tentative, ni même de volonté, d'élaborer une théorie générale du droit pour renouveler la vision d'ensemble que l'on a de la discipline. Ce ne sont peut-être pas les penseurs d'envergure qui manquent aujourd'hui ; c'est plutôt la possibilité, voire la nécessité, de donner une cohérence à toutes les branches du droit qui, même si l'on se contente du seul droit public, s'est infiniment diversifié pour aboutir à une spécialisation extrême des chercheurs. Les derniers essais d'édification d'une théorie générale datent maintenant de près d'un demi-siècle avec Kelsen[1], sinon de 1920 avec la Contribution plus limitée de Carré de Malberg[2] qui, pour beaucoup, reste la référence indépassable.

Cette situation pourrait être interprétée comme la marque de la maturité, sinon de la décadence d'une discipline qui n'aurait désormais plus rien à dire de neuf qui ne soit sur elle-même. Mais c'est aussi en faisant retour sur soi que la pensée trouve à se déployer dans de nouvelles directions. En ce sens, l'histoire des doctrines juridiques n'est pas destinée simplement à dresser le catalogue d'une sorte de musée ; elle doit plutôt tisser le fil d'Ariane qui permette au chercheur de s'orienter parmi les concepts encore utilisés aujourd'hui et de comprendre leur évolution. Les théories contemporaines restent en effet fondées, au moins implicitement, sur les conceptions héritées des « grands maîtres » et forgées pour le droit public essentiellement à la fin du siècle dernier. Aussi la tâche actuelle est-elle de ressaisir dans leur signification première les théories qui se donnent encore pour fondement de notre système. Certes la doctrine publiciste française n'est pas si ancienne que l'on ait déjà perdu le sens de son propos ; des monographies précises[3] nous restituent d'ailleurs la pensée de ses plus grands auteurs. Mais les préoccupations d'une époque ne sont pas sans influer sur les concepts qu'elle élabore. C'est là un constat banal pour l'épistémologue qui sait quels obstacles la physique moderne, par exemple a dû combattre avant de s'imposer, qui sait aussi quelle atmosphère

[1] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère éd ., trad. Fr. H. Thévenaz, Neuchâtel, 1953.
[2] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 2 vol. Paris, Sirey 1920-1922.
[3] E. PISIER KOUCHNER, *Les fondements de la notion de service public dans l'oeuvre de Léon Duguit*, thèse, Paris 1968, LGDJ 1972 ; L. SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ 1966.

intellectuelle lui a permis de s'édifier. Or ce qui est vrai de la pensée scientifique l'est, à plus forte raison, d'un champ qui, comme le droit, touche directement la question du pouvoir. Sans prétendre à faire de « l'épistémologie juridique e, il convient donc de saisir les enjeux d'une théorie au moment où elle se construit pour en mieux comprendre les ressorts. Car l'utilisation d'un concept hors du contexte pour lequel il a été élaboré peut en altérer subrepticement le sens, au point que, sous le même vocable, on parle finalement de tout autre chose. Cette remarque vaut particulièrement pour l'objet de notre recherche la notion d'Etat de droit est, en effet, invoquée aujourd'hui par des hommes d'opinions opposées. Qu'il suffise de rappeler les propos tenus en décembre 1986 après les manifestations qui avaient opposé les étudiants à la réforme des universités. Le Front National estimait alors que la France n'était plus un Etat de droit puisque les manifestants réussissaient à imposer le retrait d'un projet gouvernemental ; au même moment, le parti socialiste voyait, lui aussi, une remise en cause de l'Etat de droit dans les bavures policières commises lors de ces manifestations [4]. La notion d'Etat de droit peut donc servir des projets politiques fort différents et recouvrir des conceptions opposées. Aussi doit-on se demander si c'est l'extension de l'emploi du concept qui a entraîné une imprécision de son contenu, ou si le concept d'Etat de droit ne repose pas, dès l'origine, sur une ambiguïté de sens qui en expliquerait la fortune historique[5]. Sans ignorer que toute histoire est nécessairement contemporaine, nous tenterons donc ici de restituer la conception de l'Etat de droit dans la doctrine publiciste française de la fin du siècle dernier et du début du vingtième siècle.

Les limites que nous avons assignées à cette étude (1879-1914) correspondent à ce qu'il est convenu d'appeler « l'âge d'or » de la Troisième République[6], qui est aussi l'âge d'or de la doctrine publiciste française. Durant ces trente-cinq années, celle-ci connaît en effet une phase d'expansion liée au développement des juridictions administratives, développement qui s'est opéré après la loi du 24 mai 1872 grâce à un climat politique favorable au contrôle des actes de l'administration. Comme toute délimitation, celle que nous avons choisie peut sembler arbitraire, ne serait-ce que parce que les dates proposées ne correspondent pas à la publication de quelque ouvrage d'importance, mis à part le *Précis des matières administratives* de Gautier [7], mais qui n'a guère laissé de souvenir dans la doctrine française. On sait qu'il faut attendre 1887 pour voir le droit administratif

[4] Voir le journal *Libération*, 9 décembre 1986, n° 1727, p. 6.

[5] D. Turpin fait une remarque similaire à propos du concept de représentation politique : « L'imprécision de son contenu a sans doute pu favoriser le maintien et l'extension géographique d'une théorie que les gouvernements ont tendance à mettre d'autant plus facilement en exergue que personne ne sait plus très exactement ce qu'elle recouvre », D. TURPIN, *De la démocratie représentative*, thèse de droit public, Paris KIR, 1978, 2 vol., Tome I, p. 16

[6] Voir J.P. AZEMA et M. W1NOCK, *Naissance et mort de la Troisième République*, Paris, Calmar-Lévy, 1970 ; J.P. MACHELON, *La République contre les libertés?*, Paris, FNSP, 1976.

[7] A. GAUTIER, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, Lahure, 1879, et *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public,* Paris, Lahure, 1880.

abordé sous un angle nouveau avec la première édition du *Traité* de Laferrière[8], considéré comme le fondateur de l'étude moderne de la discipline. Maurice Hauriou publie son *Précis de droit administratif et de droit public* en 1892 [9] et, deux ans plus tard, est fondée la Revue du Droit Public qui, peu à peu, supplante la Revue Générale d'Administration [10]. On ne peut pas davantage soutenir que l'expression « Etat de droit » ait été employée pour la première fois en 1879. Son apparition est beaucoup plus tardive et son utilisation restera relativement rare. Cependant, l'idée en est déjà présente lutter contre l'arbitraire, obliger l'Etat à respecter le droit qu'il édicte, ce sont finalement les tâches que s'est données le Conseil d'Etat en développant le recours pour excès de pouvoir, ce sont aussi les objectifs que se fixe la doctrine. Aussi, et quoique les années 1890 marquent un réel tournant dans les études de droit public, il nous a semblé nécessaire de remonter un peu en arrière pour mieux apprécier l'évolution de la doctrine sur les grandes questions qui touchent !Etat de droit. En effet, ceux que l'on pourrait appeler les juristes de la génération précédente (Ducrocq, Aucoc, Batbie) sont des contemporains de Laferrière et des premières heures de la Troisième République. Le changement de régime politique amène la doctrine à renouveler ses analyses des rapports entre pouvoirs publics, à réétudier la loi, le règlement, le rôle du juge à la lumière du droit positif et de la pratique constitutionnelle. Nous avons donc préféré reprendre une délimitation déjà admise par les historiens de la Troisième République plutôt que d'opérer une coupure dans une période historiquement homogène. C'est en effet en 1879 que s'installe véritablement le nouveau régime avec la victoire définitive des Républicains : le 5 janvier 1879, a lieu le renouvellement du premier tiers du Sénat, leur donnant une cinquantaine de voix de majorité ; le 30 janvier, Jules Grévy est élu Président de la République et renonce à utiliser les pouvoirs les plus importants que lui attribuent les lois constitutionnelles, mettant ainsi en place ce que l'on a appelé la « Constitution Grévy ».

Au reste, toute autre délimitation eût été plus arbitraire encore ; car si nous avions opté pour un autre point de départ (mais dans cc cas, quelle date fallait-il choisir 1887, 1892, 1894... ?), celui-ci n'aurait eu de sens que pour le droit administratif, détaché de tout contexte.

Quant à la limite supérieure, celle de 1914, elle se justifie par des considérations d'ordre identique quoique certains historiens voient l'âge d'or de la Troisième République se prolonger jusqu'en 1918 [11], il nous a paru que la guerre créait une rupture dans la vie politique et particulièrement dans l'équilibre des

[8] E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., 1887-1888.
[9] M. HAUR1OU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Larose et Forcel, 1892.
[10] La R.G.A. fut créée en 1879.
[11] Pour J.P. AZEMA cl M. W1NOCK, l'âge d'or de la Troisième République se prolonge jusqu'en 1918 (voir *op.cit.*).

pouvoirs, modifiant du même coup la réalité de l'Etat de droit [12]. La doctrine subit, elle aussi, cette rupture par la raréfaction de ses publications. Mais pour l'essentiel, la conception qu'elle se fait du droit public est déjà fixée. Berthélemy, Hauriou, Barthélemy, Duguit, Jèze ont tous publié les ouvrages qui constitueront pour longtemps la base de la doctrine en cette matière. Seul Carré de Malberg reste à l'écart de la période : *sa Contribution à la théorie générale de l'Etat* date de 1920 ; nous l'utiliserons cependant dans la mesure où, rédigée avant 1914, elle se veut une synthèse de la doctrine des années précédant la guerre. C'est d'ailleurs à Carré de Malberg que nous emprunterons une terminologie qui, aujourd'hui, peut surprendre : celle d'« Etat légal .

Nous préciserons plus loin cc qu'il faut entendre par « Etat légal » ; mais il convient au préalable de tenter une première approche du concept d'Etat de droit en recherchant les origines de l'expression et 1es premières apparitions de l'idée qui fonde le concept (I). Nous pourrons ensuite recenser les questions-clés qu'il soulève (II) et, malgré la diversité des réponses possibles, nous verrons enfin en quoi l'Etat de droit constitue un lieu de rencontre pour la doctrine publiciste française de l'époque, plutôt qu'un terrain d'affrontement pour des conceptions opposé. (III).

I - LA NAISSANCE D'UN CONCEPT : L'ÉTAT DE DROIT

Etudier la conception de l'Etat de droit dans la doctrine publiciste française suppose une définition au moins provisoire du concept à partir de laquelle apprécier la position de la doctrine. Or nous avons déjà signalé que l'expression même d'Etat de droit n'avait guère été utilisée par les publicistes de la fin du dix-neuvième siècle. Il faut attendre 1911 pour voir certains auteurs lui consacrer des développements substantiels : Duguit, dans son *Traité de droit constitutionnel*[13], Nézard dans les *Éléments de droit public*[14]. D'aucuns seraient tentés d'en conclure que la doctrine a ignoré la notion d'État de droit jusqu'aux premières années du vingtième siècle. Mais le rare emploi du terme ne signifie pas nécessairement absence du concept.

Il est vraisemblable que l'origine de l'expression a joué un rôle dans cette sorte de réticence à son emploi. « Etat de droit » est en effet la traduction littérale de

[12] Voir JP. MACHELON, *op. cit.* cf. également l'arrêt *Heyriès*, CE 28 juin 1918, S. 1922-3-49, note M. HAURIOU
[13] L DUGU1T, *Traité de droit constitutionnel*, 2 vol., Paris, Fontemoing, 1911. Voir également E. JUILLE, *Le domaine du règlement présidentiel*, thèse Lille, 1905, pp. 15 et s
[14] H. NEZARD, *Eléments de droit public*, Paris, Juven et Rousseau, 1911, notamment pp. 1 à 20

l'allemand *Rechtsstaat*, terme qui semble avoir été introduit par O. Bähr en 1864[15]. Quant au concept de *Rechtsstaat* [16], il a surtout été développé au dix-neuvième siècle par R. von Mohl, juriste et homme politique du centre gauche[17], et par FJ Stahl, lui aussi juriste et politicien mais appartenant au courant conservateur [18]. Pour tous, le *Rechtsstaat* désigne un Etat dont la puissance est soumise au droit, dont toutes les manifestations sont légitimées et limitées par le droit. Mais chacun pense à sa manière cette limitation. Héritée de Kant et de G. von Humboldt, la conception de von Mohl est celle d'un libéral qui, tout en se fondant sur la notion de citoyen, souhaite limiter l'action de l'Etat par opposition à l'activité multiforme de l'Etat de police l'Etat de droit est un Etat constitutionnel qui se contente de créer l'ordre social et de suppléer l'activité des particuliers. Il doit permettre à l'individu de se réaliser comme citoyen en lui offrant le développement maximal de toutes ses potentialités. Si elle est encore dominée par la tendance à vouloir limiter les activités étatiques, cette conception laisse ainsi en augurer la possibilité d'extension pour atteindre le but assigné à l'Etat. Cependant, sous l'influence de Stahl, la conception du *Rechtsstaat*, qui semble s'être imposée en Allemagne à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle, s'avère à la fois plus juridique et plus formelle en ce qu'elle exclut toute référence au problème des limites du rôle de l'Etat et voit dans le droit davantage un facteur d'organisation de l'Etat qu'une norme visant à en limiter l'activité. En outre, Stahl fait surtout de l'Etat de droit un moyen d'aménager les relations des gouvernants et des citoyens, sous la forme d'un rapport juridique.

Ainsi débarrassé de ses connotations libérales, le concept de *Rechtsstaat* pouvait s'associer à une autre théorie allemande, combattue par la majorité des publicistes français, celle de l'autolimitation de l'Etat d'après laquelle l'Etat tout-puissant accepte de se limiter lui-même et de respecter le droit qu'il crée. De ce fait, le Rechtsstaat apparaît comme une façon de légitimer le régime politique allemand qui, à l'inverse du système institué en France par les lois constitutionnelles de 1875, laissait peu de place au parlement mais en accordait beaucoup à la bureaucratie. Or, c'est cet aspect des choses que semble avoir retenu, dans sa majorité, la doctrine publiciste française de l'époque, par ailleurs sensible au sentiment anti-allemand largement répandu dans 1es milieux intellectuels après la défaite de 1870. Aussi a-t-elle eu tendance à confondre le *Rechtsstaat* et la thèse de l'autolimitation avec un régime jugé peu démocratique, et à les rejeter dans la même désapprobation. Stricto

[15] Voir R. CARRÉ DE MALBERG , *op. cit*. tome I p. 488 note 5 ; voir également A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs* n°22, septembre 1982, pp. 5-27.

[16] Voir A. ALBRECHT, « Rechtsstaat », Staatslexikon Recht-Wirtschaft.Gesellschaft, Verlag Herder, Freiburg, 1961, vol 6, pp. 685 et s.

[17] Robert VON MOHL, 1799-1875. Professeur, ministre de la Justice, député libéré au Reichstag. D fut considéré comme l'un des fondateurs de l'étude moderne du droit administratif allemand, et partisan du positivisme juridique. (Voir Ernst VON HIPPEL, « Von Mohl », Staatslexikon, *op. cit*.. vol. 5, pp. 804-805).

[18] Friedriech Julius STAHL, 1802-1861. Professeur à l'université de Berlin. Chef de file des ultra-conservateurs, il était partisan d'un Etat chrétien, mais critiquait le jusnaturalisme qu'il attribuait à la philosophie de l'Aufklärung. (Voir Günter BÖING, « Stahl », Staatslexikon, *op. cit*., vol. 7, pp. 645-647).

sensu l'Etat de droit n'est donc, aux yeux de la doctrine française, qu'une théorie particulière de limitation de l'Etat par le droit, celle qui prête à l'Etat tout-puissant la volonté de s'autolimiter..

L'idée selon laquelle l'Etat doit être lié par le droit n'est cependant pas spécifique à la doctrine allemande. Loto sensu, la notion recouvre au contraire tous les modes de soumission de l'Etat au droit, quelle que soit l'origine du lien qui oblige l'Etat à respecter le droit, quelle que soit la justification que l'on en donne. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre acception du terme, le même objectif est poursuivi le respect du droit, censé prémunir le citoyen contre l'arbitraire et légitimer l'Etat qui s'y soumet. Le concept d'Etat de droit s'oppose donc à celui d'Etat de police par définition illégitime en ce que, précisément, il organise l'arbitraire[19] puisque l'autorité administrative y peut librement prendre toute jamais la possibilité d'exiger le respect de la loi, de droits acquis, ni même de procédures. Historiquement, on peut dater son apparition dans l'histoire moderne des premières tentatives faites pour lutter contre la monarchie absolue en Angleterre, avec la Grande Charte de 1215, la Pétition des Droits de 1629 et surtout à partir de la Révolution de 1640[20]. En France, l'idée d'imposer au Roi le respect de certains principes, déjà présente dans la théorie de la souveraineté de droit divin et des lois fondamentales du Royaume, a été développée, au seizième siècle, par les monarchomaques[21]; on la retrouve à l'époque de la Fronde[22], et de façon beaucoup plus nette dans la philosophie des lumières qui conduit au mouvement constitutionnaliste. L'établissement d'une monarchie constitutionnelle peut ainsi s'analyser comme la première manifestation concrète de l'Etat de droit[23] puisqu'il s'agit d'imposer aux pouvoirs publics le respect d'une constitution, c'est-à-dire d'une norme juridique ou susceptible de le devenir.

---

[19] Voir R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.,* t. 1, p.488 « L'Etat de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose ce régime de police est fondé sur rida que la fin suffit à justifier les moyens ».

[20] E. SEXBY, *Tuer n'est pas assassiner,* 1657, 6d. Champ libre. 1980, notamment p. 34 : • Un tyran qui ne se soumet point à la loi, mais dont le plaisir et la volonté sont les lois avec lesquelles il se gouverne et gouverne les autres, n'est Nin(un magistrat ni un citoyen ni un membre d'aucune société, mais un ulcère et un chancre qui la ronge ».

[21] François HOTMAN *(Franco•Ga/lia,* 1573), Théodore DE BÈZE *(Du droit des Magistrats sur leurs sujets,* 1575), Hubert LANGUET et Philippe DU PLESSIS•MORNAY *(Vindiciae contra tyrannos, 1579),* Jean BOUCHER *(Sermons,* 1594) considéraient que le Roi ne détenait son pouvoir que du consentement populaire. Sur cette question, voir P. MESNARD, *L'essor de la philosophie politique, au XVIème siècle,* Paris, Vrin, 3e éd., 1969, Livre III, Chapitres 6 et 7.

[22] Voir les *Mémoires* du cardinal DE RETZ, Oeuvres complètes, éd. Gallimard La Pléiade, 1984. Rappelons que le pamphlet de Sexby (voir note 20, *supra)* fut traduit en 1658 par Carpentier de Marigny, frondeur lié au Cardinal de Retz. Ce dernier souhaitait appliquer à Mazarin le raisonnement de Sexby condamnant Cromwell. De plus, Sexby participa directement à la Fronde en faisant adopter à la fraction extrémiste de l'Ormée (républicaine) la plate-forme politique des Niveleurs dont il avait fait partie.

[23] Voir R. CARRE. DE MALBERG, *op. cil., t.* 1, pp. 488-489, note 5

Historiquement lié à la philosophie libérale[24], le concept d'Etat de droit a été l'instrument des revendications d'abord des féodaux en Angleterre, puis du Tiers-Etat contre la monarchie absolue. Son apparition est contemporaine, en France, de la révolution bourgeoise libérale et son inspiration, celle du droit naturel. La tradition française de l'Etat de droit est donc originairement plus proche de la conception de von Mohl que de celle de Stahl. Mais dans cette première version, l'Etat de droit n'est encore qu'essentiellement virtuel car la plupart des liens imposés aux gouvernants par les révolutionnaires relèvent davantage de la technique politique que de normes réellement juridiques les principes de souveraineté nationale et de séparation des pouvoirs, destinés à la fois à limiter le pouvoir du Roi et à faire une place au Tiers-Etat, restent en effet dépourvus de sanction autre que celle du droit, certes, mais d'un droit paradoxal, celui de résistance à l'oppression, donc du refus d'obéissance. La caractéristique de l'Etat de droit, c'est, au contraire, que l'Etat est lié parle droit, c'est-à-dire par des normes comportant une sanction juridique, voire juridictionnelle, plutôt que politique. Sinon, tout Etat pourrait être qualifié « Etat de droit » dans la mesure où l'exercice arbitraire du pouvoir est toujours menacé par la révolte des sujets « *Soies résolus de ne servir plus, et vous voilà libres je ne veux pas que vous le poussiés ou l'esbranliés, mais seulement ne le soustenés plus, et vous le verrés comme un grand colosse à qui on a desrobé la base, de son pois mesme fondre en bas et se rompre* »[25]. La Révolution a transformé ce fait en un droit naturel consacré par les Déclarations des droits, et c'est dans cette consécration que réside, sur ce point, la différence entre l'Etat de droit et l'Etat de police.

A vrai dire, les conceptions jusnaturalistes ne séparaient pas le droit et la politique comme le fait la pensée juridique moderne. Or l'Etat de droit révolutionnaire se situe à mi-chemin du droit naturel et du droit positif les gouvernants sont tenus de respecter la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui énumère les droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; le juge et l'administration doivent se soumettre à la loi qui est à la fois l'expression de la volonté générale et l'oeuvre du législateur. La légitimité du système vient de ce que celui-ci respecte la volonté générale et le droit naturel et de ce que les autres gouvernants obéissent à la loi. Elle repose donc sur la suprématie de la loi, initialement sur la suprématie de la volonté générale, volonté commune supposée raisonnable plutôt qu'addition de volontés particulières, mais rapidement assimilée à la volonté du législateur.

Cette première version de l'Etat de droit semble correspondre à ce que Carré de Malberg désigne sous le nom d' « Etat légal », c'est-à-dire un Etat du règne de la loi, « *un Etat dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à*

[24] Théoriquement aussi, car, en s'opposant à l'Etat de police, l'Etat de droit postule une limitation des buts de l'Etat, une délimitation des sphères respectives de l'Etat et des particuliers que ne connaissait pas l'Etat de police.

[25] E. DE I.A BOETIE, *Le discours de la servitude volontaire,* éd. Payot, 1978, pp. 116- 117.

laquelle il se rattache et dont il est destiné à assurer l'exécution »[26]. Mais pour l'auteur de la *Contribution, cet* Etat légal se différencie de l'Etat de droit à vois points de vue :

- D'abord, l'Etat légal se rattache à une « *conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs, conception selon laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif* »[27], l'Etat de droit au contraire serait, selon lui, uniquement établi pour la sauvegarde des citoyens dans la mesure où il assure à ces derniers « un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle »[28].

- Ensuite, l'Etat de droit peut se concilier avec toutes les formes gouvernementales, alors que l'Etat légal constitue par lui-même une forme spéciale de gouvernement[29].

- Enfin, « *l'Etat légal tend purement et simplement à assurer la suprématie du Corps Législatif* »[30] alors que le régime de l'Etat de droit « *exige la subordination de l'administration aussi bien aux règlements administratifs eux-mêmes qu'aux lois. En outre, le développement naturel du principe sur lequel repose l'Etat de droit impliquerait que le législateur lui-même ne peut point, par des lois faites à titre particulier, déroger aux règles générales consacrées par la législation existante. Et il serait pareillement conforme à l'esprit de ce régime que la Constitution détermine supérieurement et garantisse aux citoyens ceux des droits individuels qui doivent demeurer au-dessus des atteintes du législateur. Le régime de l'Etat de droit est un système de limitation, non seulement des autorités administratives, mais aussi du Corps Législatif* »[31].

En fait, ces trois différences se résument à une seule : celle de la suprématie du législateur organisée par l'Etat légal et d'où découlent les deux autres points relevés par Carré de Malberg. On pourrait s'étonner de ce que l'auteur de la Contribution oppose ainsi Etat de droit et Etat légal, puisque nous avons vu que cet Etat légal constituait, en réalité, une première version de l'Etat de droit tant par les raisons qui ont conduit à son établissement que par l'organisation qu'il institue et qui vise à subordonner les actes des gouvernants à la loi pour éviter l'arbitraire des actes particuliers. Mais ce que Carré de Malberg désigne sous le nom d'Etat légal correspond à ce que nous pourrions appeler aujourd'hui l'Etat légicentrique, c'est-à-dire un Etat qui organise la suprématie du législateur à travers le règne de la loi formelle et non plus matérielle et qui, par conséquent, n'offre aucune garantie sérieuse contre l'éventuel arbitraire du législateur. A vrai dire, Carré de Malberg entretient une certain ambiguïté quant à cette notion d'Etat légal dans la mesure où il

[26] R. CARRE DE MAI.IIERG, *op. cit*., t. I, p. 490.
[27] R. CARRE DE MALBERG, *op. ci,* t. I, p. 490.
[28] R. CARRE DE MALBERG, *op. rit.,* L 489-490.
[29] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit., t.* I, p. 491.
[30] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit., t.* I, p. 492.
[31] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit., t.* I, p. 492.

le définit à la fois comme l'Etat du règne de la loi et comme l'Etat de la suprématie du législateur, comme si l'un et l'autre étaient nécessairement équivalents. En d'autres termes, l'auteur de la Contribution ne distingue pas entre le système de l'Etat légal révolutionnaire fondé sur la suprématie de la volonté générale formulée par le législateur et l'Etat légicentrique de la Troisième République qui organise la suprématie du législateur par l'intermédiaire de la loi formelle. Or, c'est moins l'Etat du règne de la loi qu'il oppose à l'Etat de droit que le règne du législateur.

En outre, sa conception s'apparente étroitement à celle du *Rechtsstaat*, à l'Etat de droit conçu *stricto sensu* puisque « *par Etat de droit, il faut entendre un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'Etat, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent* »[32].

Parvenus à ce point, il est temps de recenser quels sont les divers contenus possibles du concept d'Etat de droit. L'exposé qui précède en a fait apparaître quatre : la conception de von Mohl, qui vise à limiter le rôle de l'Etat et qui, en tant que telle, peut être qualifiée de libérale ; celle de Stahl, beaucoup plus formelle en ce qu'elle exclut apparemment le problème des buts que doit poursuivre l'Etat pour se contenter de poser la soumission de l'Etat au droit, à la norme juridique ; la conception française de la Révolution, qui soumet l'Etat au règne de la loi conçue comme expression de la volonté générale et pose le principe de la séparation des pouvoirs ; la conception de la Troisième République qui organise la suprématie du législateur et que Carré de Malberg appelle « Etat légal ».

Ces divers contenus peuvent se ramener à deux conceptions possibles de l'Etat de droit : d'une part, un Etat de droit formel (le *Rechtsstaat* de Stahl), d'autre part, un Etat de droit libéral (celui de la Révolution française et celui de von Mohl) caractérisé par une certaine conception politique de l'organisation du pouvoir et qui débouche pour partie sur des techniques juridiques (la promulgation d'une constitution, la suprématie de la loi expression de la volonté générale).

Quant à l'Etat légal, au sens où l'entend Carré de Malberg, celui de la suprématie du législateur (et de la loi formelle), il résulte de la transformation de l'Etat de droit libéral de la Révolution. Cet Etat légal est un Etat de droit en ce qu'il implique la subordination de l'administration et du juge à la loi. Mais c'est un Etat de droit inachevé puisque, la loi formelle étant la seule norme de référence, le législateur reste incontrôlé. C'était déjà le cas de l'Etat de droit révolutionnaire dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité des lois n'était pas juridiquement

[32]. R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*. t. I, pp. 488-489.

organisé, mais le système postulait l'obligation pour le législateur de se conformer au droit naturel et à la volonté générale. C'est aussi un régime qui se caractérise par un mode d'organisation politique et non pas juridique, à l'instar de l'Etat de droit révolutionnaire mais à l'inverse de l'Etat de droit formel.

En schématisant et de façon provisoire, on peut donc opposer deux concepts d'Etat de droit : l'Etat de droit formel et l'Etat de droit libéral qui, par la transformation de la loi matérielle en loi formelle, est devenu l'Etat légal.

Dans la mesure où le régime de la Troisième République se fonde sur le système de l'Etat légal, notamment après 1879 lorsque l'adoption tacite de la «Constitution Grévy » consacre la suprématie du Corps législatif dans l'organisation constitutionnelle, c'est logiquement par rapport à cette organisation que la doctrine est amenée à se situer et à développer sa conception de ce que doivent être les relations de l'Etat et des citoyens, de la loi et du droit. Le silence relatif des publicistes concernant l'expression même d'« Etat de droit » signifie-t-il alors leur acceptation de l'Etat légal mis en place par la Troisième République et dont nous avons vu qu'il constituait, pour partie, la négation de l'Etat de droit formel, mais aussi libéral puisqu'il substitue à la souveraineté de la volonté générale celle du législateur? La doctrine se satisfait-elle de cette organisation ? Souhaite-t-elle, au contraire, faire retour à l'Etat de droit libéral de la fin du dix-huitième siècle, ou s'orienter vers la conception d'un Etat de droit formel, d'un *Rechtsstaat* sans pour autant employer le terme ? A-t-elle construit une théorie originale qui ne doive rien aux conceptions précitées ?

Nous pouvons trouver un premier élément de réponse dans l'attitude de la doctrine à l'égard du législateur de son époque. Dès le début de nos recherches, nous avons été frappée par la fréquence et la vivacité des critiques émises à l'encontre du parlement, par la volonté de la très grande majorité des publicistes d'accorder une place plus importante au règlement et à l'exécutif dans l'organisation des pouvoirs publics. Ces critiques impliquent une rupture avec l'Etat légal fondé sur une confiance absolue dans la loi et dans son auteur, mais elles ne disent rien *a priori* du choix finalement opéré entre les diverses conceptions possibles de l'Etat de droit, sauf à rechercher quelles sont les raisons d'être de cette soudaine mise en cause du corps législatif, mais aussi quelle conception la doctrine se fait du droit qui s'impose à l'Etat, quelles techniques elle envisage pour lui imposer cette soumission.

Tant qu'il n'est pas précisé, le concept d'Etat de droit ouvre en effet des possibilités fort diverses quant au type de droit qui s'impose à l'Etat, quant aux techniques de cette soumission et quant à ses objectifs. Or nous allons voir que tous ces problèmes ne reçoivent pas des réponses identiques selon que l'on a affaire à l'Etat de droit libéral ou à l'Etat de droit formel.

II - LES QUESTIONS OUVERTES PAR LE CONCEPT D'ETAT DE DROIT

Acceptons provisoirement cette définition : l'Etat de droit, c'est l'Etat lié par le droit, l'Etat qui respecte le droit. Trois questions surgissent immédiatement : Quel droit ? Comment ? Pourquoi ?

Nous verrons, dans la suite de ce travail, quelles réponses la doctrine publiciste française a données à ces questions. Qu'il suffise ici de montrer en quels termes se présente le débat sur chacune d'elles à la fin du dix-neuvième siècle et au regard des diverses significations recensées de l'Etat de droit. Notons au préalable qu'il s'agit ici de soumettre l'Etat, être abstrait, au droit, à un ensemble de normes. L'époque révolutionnaire s'était préoccupée d'imposer des règles et des limites aux gouvernants en confiant la souveraineté à la nation. Or qu'est-ce que l'Etat sinon, pour la plupart des auteurs, la nation juridiquement organisée. En cc cas, l'Etat de droit signifie que l'on soumet le souverain lui-même au droit, donc soit qu'on lui ôte sa souveraineté, soit que cette soumission est illusoire. C'est ainsi la question de la possibilité même d'existence de l'Etat de droit qui est en jeu, en même temps que le problème de l'évolution des idées concernant les obligations à imposer au pouvoir : en passant des gouvernants à l'Etat, s'agit-il des mêmes obligations qui sont imposées, des mêmes buts qui sont poursuivis ? Ces problèmes, nous allons les retrouver à propos des trois questions précédemment soulevées.

A / La première question (celle de savoir quel est le droit qui doit s'imposer à l'Etat) en entraîne elle-même plusieurs qui sont liées les unes aux autres, mais que l'on peut distinguer pour la commodité de l'exposé. On peut en effet envisager la construction de l'Etat de droit à partir du droit naturel ou du droit positif, sous l'angle d'une conception subjectiviste du droit ou au contraire objectiviste, enfin du point de vue d'une conception privatiste ou publiciste du droit.

a) Le choix du droit naturel ou du droit positif relève fondamentalement d'un choix philosophique, lui-même fonction de circonstances historiques. *A priori*, le problème se pose en ces termes : existe-t-il un droit naturel qui s'imposerait à l'Etat de l'extérieur et dont le contenu resterait à définir ; faut-il au contraire se contenter d'obliger l'Etat à respecter le droit positif, c'est-à-dire les normes qu'il a lui-même édictées et que, par conséquent, il peut aussi modifier ? Il faut donc s'interroger à la fois sur les rapports de l'Etat et du droit et sur la portée des obligations imposées à l'Etat.

L'idée même de droit naturel suppose la croyance en l'existence d'un droit transcendant les volontés humaines, donc par essence antérieur et supérieur aux nomes édictées par l'Etat, sauf à faire de ce dernier un être lui aussi transcendant. On sait que la solution qui consiste à imposer aux gouvernants le respect d'un droit

naturel est celle de la tradition française et de la conception libérale qui a donné naissance à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

L'hypothèse du contrat social empêchait alors de voir en l'Etat un être transcendant, pour en faire une création volontaire. Le droit naturel était donc effectivement conçu comme antérieur et supérieur à l'Etat, ce qui permettait logiquement la soumission de l'Etat, garantie par l'attribution de la souveraineté à la nation. Une telle solution supposait un consensus quant au contenu à donner à ce droit naturel, fondé à l'époque sur la conception individualiste libérale. Mais la soumission de l'Etat au droit naturel devient problématique dès que le consensus est rompu ou menacé de l'être. Elle tend alors à faire place à une conception plus positiviste et formelle.

Cette seconde solution permet en effet d'éluder les désaccords sur le contenu de l'obligation imposée à l'Etat, puisqu'il suffit d'étudier les normes en vigueur pour connaître le contenu du droit positif en reléguant dans la sphère du politique le problème de leur valeur. Mais cette seconde solution n'est aussi qu'un second choix car elle aboutit à n'imposer à l'Etat que le respect de formes et non de règles de fond, sauf pour les gouvernants subalternes obligés de se soumettre au contenu (quel qu'il soit) de normes hiérarchiquement supérieures dans l'ordre juridique. C'est paradoxalement ce système que consacre l'Etat légal après la transformation de la loi, expression de la volonté générale, en acte formel du parlement. En effet, si initialement le législateur chargé d'exprimer la volonté générale devait transcrire le droit naturel en droit positif, cette obligation s'est rapidement transformée en présomption irréfragable de conformité d'un droit à l'autre, au point d'oublier jusqu'à l'existence du droit naturel, et la qualité de la loi s'est davantage attachée à son origine (le législateur) qu'à son contenu (la volonté générale).

Mais si le choix du droit positif permet d'éviter certaines questions cruciales quant au contenu des normes qui s'imposent à l'Etat, il ne va pas sans poser problème quant à sa logique. Il revient en effet à obliger l'Etat à se soumettre au droit qu'il a lui-même créé (ou au moins reconnu) et auquel il est seul à donner force obligatoire. Cette proposition a-t-elle un sens ? Pour Kelsen, il semble que non, puisqu'il critique le concept d'Etat de droit : l'Etat de droit est une tautologie car l'Etat et l'ordre juridique sont une seule et même chose. On peut cependant envisager la question sous un angle différent et considérer l'Etat comme un être abstrait composé d'organes dont certains ont pour tâche d'obliger les autres à respecter le droit qu'ils créent. On ne s'étonnera pas de retrouver ici la doctrine du *Rechtsstaat*. Ainsi associée à la théorie de l'organe, elle rend compte du régime politique alors en vigueur en Allemagne, en ce qu'elle n'impose le respect d'aucune règle précise mais seulement celui d'un ordre juridique sans poser de limite à son développement, sans impliquer non plus aucune prééminence du législateur.

Comment se situe la doctrine française dans ce débat au cours des premières années de la Troisième République ? Héritière de la tradition libérale, donc du droit

naturel, elle est en même temps largement influencée par le positivisme dont se réclament les milieux intellectuels au tournant du siècle. Il y a, certes, des différences entre le positivisme philosophique et le positivisme juridique, mais la volonté de rompre avec toute métaphysique implique aussi le rejet du droit naturel. La doctrine est cependant amenée à réintroduire un élément jusnaturaliste dans sa conception dès lors qu'elle critique l'Etat légal, c'est-à-dire le droit positif de son temps. Les publicistes semblent finalement pris entre deux tendances contradictoires : celle de la tradition française et de la critique du *Rechtsstaat* d'une part, le souci de faire oeuvre de science qui les conduit à privilégier le droit positif par rapport au droit naturel, d'autre part. Aussi, certains essaient-ils de concilier ces deux choix pourtant antinomiques : Duguit par la règle de solidarité sociale, droit naturel d'un genre nouveau ; Hauriou par la thèse des deux droits qui coexistent.

Cette hésitation, nous allons la retrouver au détour d'un autre problème celui du choix entre une conception subjectiviste ou objectiviste du droit.

b) La tradition française de l'Etat de droit est fondée, depuis la Révolution, sur une conception subjectiviste du droit[33]. L'idée selon laquelle, en effet, l'homme a des droits naturels imprescriptibles signifie que l'on considère ces droits comme des pouvoirs appartenant à l'homme, comme qualités substantielles de l'être humain dont il dispose déjà dans l'état de nature et dont il organise la protection en concluant le pacte social. Le droit objectif (la loi, donc) n'est là que pour garantir ces droits subjectifs et les organiser de façon que tous puissent les exercer librement. Nous retrouvons par conséquent ce que nous avons déjà vu s'agissant des rapports du droit positif et du droit naturel dans la tradition libérale. Mais les deux questions (droit naturel/droit positif, droit subjectif/droit objectif) ne se recouvrent pas totalement car le droit naturel n'implique pas toujours la primauté du droit subjectif, et le droit objectif ne correspond pas nécessairement à une conception excluant toute référence au droit naturel[34].

Que signifie cette conception subjectiviste du point de vue de la notion d'Etat de droit, quel impact peut-elle avoir sur son contenu ? L'Etat de droit étant un Etat soumis au droit, la théorie subjectiviste impose alors à l'État de respecter d'abord les droits subjectifs des individus, leur pouvoir de volonté. C'est pourquoi l'école de Poitiers[35] n'étudiait le droit public que sous l'angle des limitations qu'il

[33] Voir M. REGLADE. « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit *Archives de philosophie du droit a de sociologie juridique.* 1932, pp. 21-67.

[34] Le droit objectif se construit initialement par opposition au droit subjectif de l'individu résultant des conceptions jusnaturalistes du XVIIIème siècle. Il se donne comme droit extérieur à l'individu, soit parce qu'il est créé par l'Etat (le droit objectif se confond alors avec le droit positif), soit parce qu'il naît des nécessités de la vie sociale (le droit objectif rejoint dans ce cas, plus ou moins, la notion de droit naturel).

[35] L'école de Poitiers est une école administrativiste composée essentiellement de Foucart, Ducrocq, Barilleau.

apporte aux droits individuels pour les organiser. Seule la réglementation des droits subjectifs pour un meilleur exercice de ceux-ci est donc légitime ; l'organisation interne de l'Etat, l'exercice de la puissance publique sont ainsi définis par le respect qu'ils doivent assurer de ces droits, ce qui, du même coup, limite le rôle de l'Etat et le développement du droit public. C'est en ce sens que la conception initiale du *Rechtsstaat* (celle de von Mohl) définissait celui-ci par la limitation des buts de l'Etat.

Mais par son extension, la conception subjectiviste va entraîner la négation de ses objectifs initiaux. L'assimilation de l'Etat à une personne juridique conduit en effet à voir dans l'exercice de la puissance publique l'exercice de droits subjectifs appartenant à la personne étatique, puis à faire de l'organisation interne de l'Etat et des compétences dévolues à chacun des pouvoirs dans l'Etat des droits subjectifs. Or une telle conception, si elle est toujours subjectiviste, est fort éloignée de l'idée révolutionnaire initiale qui fondait le droit objectif sur les droits subjectifs des individus gouvernés. Le droit objectif est ici fondé sur les droits subjectifs des *personnes juridiques* (qui ne sont pas toutes des individus). Cette construction rejoint finalement la conception patrimoniale de l'Ancien Régime qui, en assimilant l'État au Roi, considérait les droits de domination comme des droits subjectifs du monarque. Aussi peut-elle parfaitement légitimer un développement sans bornes des activités de l'Etat, conçues précisément comme des droits subjectifs lui appartenant en propre.

Plus récente, la conception objectiviste renverse les termes du problème en fondant les droits subjectifs sur le droit objectif, c'est-à-dire sur la règle de droit qui doit être respectée en tant que telle et non parce qu'elle défend les prétendus droits naturels de l'homme. Les droits subjectifs ne sont que des situations juridiques créées par le droit objectif au profit de l'individu, ils n'ont d'existence et de valeur que par la règle de droit objectif. Dans ce cas, l'Etat de droit est celui qui respecte le droit objectif et, par son intermédiaire, les situations juridiques qu'il crée.

Cette conception semble être celle qui sert le mieux une vision positiviste du droit en ce sens que tout droit naît de l'Etat (de la règle de droit) et non de droits naturels antérieurs, en ce sens également que la question des buts de l'Etat n'est plus directement abordée, du moins n'est-il pas question de faire de la limitation des buts de l'Etat un critère de l'Etat de droit (comme c'était le cas pour la conception libérale initiale). Au contraire. Si le droit objectif prime les droits subjectifs et les crée, c'est donc que la règle de droit est antérieure aux droits individuels. La valeur de l'ordre juridique (du droit objectif) vient de ce qu'il assure l'ordre social, de ce qu'il maintient la cohésion de la société dont est issue la règle de droit, règle de conduite sociale. D'individuel dans la conception subjectiviste initiale, le fondement du droit est donc devenu social. En se soumettant au droit, l'Etat de droit se soumet à une règle d'origine sociale qui, chez Duguit, est celle de la solidarité sociale. Aussi, par ce biais, la conception objectiviste retrouve-t-elle à la fois la notion de but comme critère possible de l'Etat de droit (mais, contrairement à la théorie subjectiviste

initiale, il s'agit d'assigner à la puissance étatique l'obligation de développer ses activités : l'Etat de droit est celui qui développe la solidarité sociale). Il n'y a pas opposition entre l'Etat et l'individu, mais plutôt complémentarité ; l'Etat n'est pas nécessairement une personne juridique titulaire de droits subjectifs mais un groupement d'individus auxquels la règle sociale impose certaines fonctions et certains devoirs.

Selon la conception adoptée par la doctrine française, le contenu de l'Etat de droit ne sera évidemment pas le même. Il faut cependant noter que la conception subjectiviste transformée (celle qui prête à l'Etat des droits subjectifs de domination) associée au positivisme n'est guère éloignée de la construction objectiviste dans son ensemble. Toutes deux en effet permettent un développement du droit propre à l'Etat, quel que soit le fondement privatiste de la conception subjectiviste initiale.

c) S'agissant de la conception de l'Etat de droit dans la doctrine publiciste, il est vraisemblable que celle-ci privilégie le droit public par rapport au droit privé dans le type de droit qui s'impose à l'Etat. Historiquement cependant, c'est sans doute une conception privatiste du droit qui l'a d'abord emporté dans les obligations imposées à l'Etat. Si l'on se réfère en effet aux premières manifestations concrètes de l'Etat de droit, celles de l'époque révolutionnaire, on s'aperçoit que les gouvernants sont surtout tenus de respecter les droits imprescriptibles de l'homme et notamment le droit de propriété considéré comme le plus sacré de tous. La séparation des pouvoirs inscrite dans la Constitution (et donc dans le droit public) a pour objectif premier d'éviter que les gouvernants n'abusent de leur pouvoir au risque de sacrifier les libertés individuelles. Le droit public est là pour sauvegarder les droits privés ; la liberté-participation est un moyen de garantir la liberté-autonomie. A cette conception libérale du pouvoir, correspond l'hégémonie du droit privé chez les juristes, sensible chez les publicistes eux-mêmes puisque l'école de Poitiers par exemple étudie le droit public à partir d'un point de vue privatiste (celui des libertés individuelles).

Pourtant, la fin du dix-neuvième siècle voit les relations du droit privé et du droit public se modifier, comme en témoigne d'ailleurs la réorganisation des études juridiques dans les facultés : le décret du 20 juillet 1882[36] ouvre aux étudiants la possibilité de présenter une thèse en droit public ; l'arrêté du 23 juillet 1896 crée l'agrégation de droit public[37]. Alors que les privatistes restent marqués par l'école de l'Exégèse[38], qui voit dans la loi une entité abstraite et sacrée comme le postule

[36] Voir J. IMBERT, « Passé, présent et avenir du doctorat en droit en France», *Annales d'histoire des facultés de droit,* 1984, e 1, pp. 11-33.
[37] Bulletin administratif du ministère de l'Instruction publique, t. LX, 1896, p. 208, cité *in Annales d'histoire des facultés de droit,* 1984, n°1, pp. 132-134.
[38] Voir AJ. ARNAUD, *Les juristes face à la société du dix-neuvième siècle à nos jours,* Paris, PUF, 1975; également P. REMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au dix-neuvième siècle», *Annales*

logiquement le système de l'Etat légal, les publicistes cherchent à donner son autonomie à leur discipline et sont aidés en cela par le développement de la jurisprudence administrative. Celle-ci va contribuer à relativiser à leurs yeux l'importance de la loi et des garanties qu'est censée offrir la suprématie du législateur par rapport aux droit et aux recours juridictionnels mis en place par le Conseil d'Etat.

En outre, et peut-être surtout, l'Etat de droit se présente comme la condition même d'existence du droit public, donc de la crédibilité de leur discipline. Soumettre l'Etat au droit, c'est en effet fonder la possibilité d'existence du droit public dans la mesure où ce dernier se définit comme le droit applicable à l'Etat et aux relations de l'Etat avec les particuliers. Si l'Etat n'est pas soumis à ce droit mais se contente de le créer (ou de transcrire les préceptes du droit naturel), alors le droit public n'est plus qu'un droit imparfait, peut-être même pas un droit du tout en ce qu'il est dépourvu de sanction à l'égard de celui auquel il a vocation à s'appliquer. L'Etat de droit est donc nécessaire à l'effectivité du droit public ; il s'impose pour légitimer l'obligation faite aux particuliers d'obéir aux commandements étatiques en introduisant l'idée d'une réciprocité dans la soumission à un objet apparemment neutre, le droit. Par ce souci de l'effectivité du droit public, la doctrine tend à privilégier une approche positiviste de l'Etat de droit ; de même, la volonté des publicistes de se démarquer des privatistes les conduit à s'écarter du droit naturel qui fonde la conception de la loi depuis la Révolution. La conception de l'Etat de droit intéresse donc davantage le droit public que le droit privé ; elle concerne aussi le droit administratif plus encore que le droit constitutionnel puisque, en l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois, c'est au premier qu'incombe la tâche d'organiser au profit des particuliers une sanction du droit public par la voie des recours juridictionnels.

Cela ne signifie pas cependant l'indifférence du droit constitutionnel à cette conception. Au contraire : les constitutions écrites et les déclarations de droits ayant constitué les premières manifestations tangibles de l'Etat de droit, la doctrine constitutionnaliste est intéressée au premier chef par la critique des imperfections de l'Etat légal, c'est-à-dire par l'absence de sanction à la norme constitutionnelle, et par la remise en cause de la suprématie du corps législatif. Cependant, malgré les liens privilégiés de l'Etat de droit et du droit public, il reste que l'idée qui fonde l'Etat de droit est avant tout une idée privatiste : obliger l'Etat à respecter ses propres engagements comme il impose aux particuliers de ne pas remettre en cause unilatéralement ceux qu'ils ont souscrits, c'est se fonder sur les notions de réciprocité et d'équité.

La question du type de droit qui doit lier l'Etat est donc susceptible de réponses diverses, liées les unes aux autres, mais également influencées par un second problème : celui de l'efficacité de l'obligation ainsi imposée à l'Etat.

---

d'histoire des facultés de droit et de la ,science juridique, 1985, n°2, pp. 91-105 ; P. REMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits* 1985, n°1, pp. 115-123.

B / Comment rendre efficace l'obligation imposée à l'Etat de respecter le droit ? C'est la question que posait déjà La Boétie dans son *Discours de la servitude volontaire : « A parler a bon escient, c'est un extreme malheur d'estre subject a un maistre duquel on ne peul jamais assurer qu'il soit bon, puis qu'il est tousjours en sa puissance d'estre mauvais quand il voudra »*[39]. Question cruciale pour la crédibilité de la théorie de l'Etat de droit, question cruciale aussi pour les juristes puisque la norme, pour être juridique et pas seulement morale, doit être assortie d'une sanction. Et dans la mesure où l'Etat, par définition, dispose du monopole de la contrainte, on ne voit pas par quel miracle on pourrait toujours être assuré qu'il se l'applique à lui-même. L'effectivité de l'Etat de droit est d'autant plus problématique que le droit auquel il est soumis est moins précis, car les violations éventuelles de la norme ne seront pas nécessairement reconnues comme telles par tous. Une conception formelle de l'Etat de droit permet en revanche d'éluder cette difficulté. La constatation plus ou moins aisée des infractions au droit par l'Etat est donc fonction du type de droit qui s'impose à lui. Il en va de même de la question de savoir, d'une part, qui va obliger l'Etat à respecter le droit, d'autre part, quel type de sanction lui infliger en cas de violation.

a) S'agissant de la détermination d'un censeur, on peut envisager deux possibilités : soit une entité extérieure à l'Etat l'oblige à respecter le droit, soit l'Etat lui-même joue le rôle de censeur à l'égard de ses propres agissements.

La première, la plus logique si l'on veut éviter que le même ne soit juge et partie, impose de renoncer à la souveraineté de l'Etat pour la confier à Dieu, à la nation ou... au droit. La souveraineté de droit divin, solution de l'Ancien Régime (en ce sens, on pourrait considérer qu'il existait déjà à l'époque un Etat de droit)[40] n'est guère compatible avec les idées juridiques contemporaines auxquelles elle apparaît d'ailleurs comme totalement inefficace. Quant à faire de la nation le censeur de l'Etat, cela implique de distinguer les deux entités pour réduire l'Etat aux seuls gouvernants ayant l'exercice de la souveraineté. Dans les deux cas, la conception de l'Etat de droit est nécessairement celle d'un droit naturel préexistant au droit positif créé par l'Etat, et s'imposant à lui. Pour que la nation réprime efficacement les violations du droit commises par l'Etat, il faut alors qu'elle s'insurge contre ses gouvernants, ce qui suppose que la nation ne soit pas simplement un être abstrait mais une entité concrète

[39] E. DE LA BOETIE, *op. cit.,* p.104.
[40] Ainsi l'idée que le Roi était tenu de respecter les Lois fondamentales du Royaume. Egalement, Orner Talon, harangue prononcée lors du lit de justice tenu le 7 septembre 1645 : « Que Votre Majesté ne s'imagine pas que ce soit impuissance de modérer l'extrémité de son pouvoir dans certaines bornes raisonnables : la nécessité de ne pouvoir jamais manquer ni mal faire n'est pas une contrainte dans la divinité ; la loi des Perses, de laquelle a parlé le Prophète, ne souffre pas que les Rois contreviennent à ce qui a été arrêté avec les Grands de l'Etat : ainsi l'impossibilité d'aliéner le domaine de la Couronne, de soumettre le royaume et sa souveraineté à qui que ce soit est la marque d'une puissance légitime », cité *in* Cardinal DE RETZ, *Mémoires, op. cit.,* appareil critique, pp. 1307-1308.

: la collectivité concrète des citoyens. Si cette conception peut être considérée comme celle de l'Etat de droit initial, celui de la Révolution française[41], il est clair qu'elle s'accorde mal avec le concept d'une nation abstraite et finalement confondue avec l'Etat. Sans doute souligne-t-elle aussi de façon trop manifeste la dépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés.

La seconde possibilité consiste à faire de l'Etat son propre censeur, comme le postule la théorie allemande de l'autolimitation : en tant que personne juridique, l'Etat est intégré dans les catégories du droit, il appartient au monde du droit et lui est donc soumis. Mais cette soumission se résume à soumettre l'idée d'Etat à l'idée de droit. Tout se passe donc dans le pur ciel des idées ; *exit* la réalité de l'Etat et de sa subordination à la norme, sauf à recourir au bon vouloir des gouvernants dont on ne peut dire qu'il constitue une garantie véritablement efficace. Mais la théorie de l'organe est venue opportunément compléter ce schéma en confiant à l'un des organes de l'Etat la mission de censurer les violations du droit commises par les autres. L'organe le plus approprié à cette fonction semble être le juge, mais le risque n'est-il pas alors de transformer cet organe théoriquement subordonné à l'Etat en organe souverain à la place de l'Etat ? Le même problème se pose en France avec la séparation des pouvoirs dans l'Etat légal qui confie au législateur le soin de faire les lois auxquelles sont subordonnés l'administration et le juge mais qui, en laissant la loi (et celui qui l'édicte) en dehors de tout contrôle, assimile la loi formelle et le droit et n'empêche pas l'arbitraire du législateur.

La solution qui consiste à faire du juge le censeur des violations du droit évite-t-elle cet inconvénient ? Oui, si le juge se contente de dire le droit sans jamais le créer lui-même. Mais il faut alors lui interdire toute interprétation de la norme et le cantonner à un contrôle purement formel (sans d'ailleurs jamais être sûr qu'il s'y restreigne effectivement). Cette solution exclut donc toute sanction aux violations du droit naturel ; elle signifie aussi le caractère juridictionnel de la sanction.

b) La détermination du type de sanction dépend donc à la fois du censeur choisi et du droit qui s'impose à l'Etat.

S'il appartient à la nation d'obliger l'Etat à respecter le droit, la sanction des violations réside essentiellement dans le droit de résistance à l'oppression, sanction éminemment politique dont l'efficacité peut être mise en doute quand on sait que l'Etat dispose du monopole de la contrainte. D'autres variantes sont envisageables : ainsi la non réélection, voire la révocation des gouvernants qui auraient violé le droit ; mais dans tous ces cas, il s'agit de sanctions politiques fondées sur une certaine conception du pouvoir et de sa légitimité et qui limite l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés. Elles ne peuvent donc s'appliquer à tous les

[41] Voir G. BACOT , *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale,* éd. CNRS, Paris, 1985.

régimes politiques ; elles conduisent aussi à la négation de l'Etat de droit formel, d'une part parce qu'elles impliquent un certain contenu du droit, d'autre part parce qu'elles font échapper l'Etat de droit au droit par le caractère de la sanction attribuée à la norme. Dans sa version limite, la politique est même la négation du droit, au moins du droit positif, puisque la résistance à l'oppression c'est la désobéissance aux normes en vigueur qui peut conduire à l'insurrection. Dangereuses pour l'ordre juridique positif, les sanctions politiques peuvent ainsi s'avérer également dangereuses pour l'ordre social qu'il consacre.

La sanction juridique se contente quant à elle d'une remise en l'état du droit par suppression de l'acte illégal, dans la forme juridictionnelle. La question du respect du droit par l'Etat reste ainsi une question purement juridique ; elle exclut l'intervention active des gouvernés, sauf par l'éventuelle saisine du juge. Elle tend également à limiter le champ des obligations imposées à l'Etat au seul droit positif. S'il s'agit en effet de permettre aux tribunaux de sanctionner les violations du droit naturel, il faut alors reconnaître au juge le soin de déterminer le contenu de ce droit naturel, cc qui revient à en faire un législateur en même temps qu'un censeur. Dès lors, comment être sûr que le juge comme législateur obéisse effectivement au droit, qu'il ne s'arroge la souveraineté dévolue à l'Etat ? Aussi le choix d'une sanction juridique conduit-il logiquement à une conception surtout formelle de l'Etat de droit.

C / Reste à savoir pourquoi 1'Etat doit être soumis au droit. Est-ce pour l'obliger à respecter la liberté de ses citoyens ou pour donner une assise plus solide à son pouvoir sur eux ? Est-ce pour limiter ses activités ou au contraire pour les étendre ? Est-ce dans un but de liberté ou dans un souci d'ordre ? Pour beaucoup, ces questions peuvent sembler saugrenues puisque l'on assimile aujourd'hui Etat de droit et Etat démocratique. Mais, sans compter que l'expression « Etat démocratique » a quelque chose en soi d'antinomique, il n'est pas inutile de se demander si cette assimilation est réellement évidente.

La conception initiale de l'Etat de droit (celle de la Révolution française) est marquée par la volonté de lutter contre la monarchie absolue mais aussi par celle d'installer un nouveau pouvoir. La suppression de l'Etat de police, défini par l'arbitraire, se donne évidemment comme un objectif de liberté pour les gouvernés : la substitution de la loi générale et abstraite votée par les représentants de la nation aux actes particuliers du monarque, la transcription des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme dans une Déclaration, mais aussi la limitation du champ d'activité de l'Etat constituent un renversement des valeurs par rapport au système de l'Etat de police et sont censés prémunir l'individu contre la tyrannie, de même que l'application du principe de séparation des pouvoirs. Tous ces éléments permettent en même temps de légitimer le nouvel ordre social. Or c'est sans doute cet aspect de légitimation qui va progressivement l'emporter jusqu'à la transformation de l'Etat de

droit en Etat légal : l'omnipotence du législateur s'installe sous couvert du règne de la loi, les abus du libéralisme économique se développent grâce au principe de limitation du champ d'activité de l'Etat, la souveraineté des représentants se substitue à celle de la nation. La soumission de l'Etat au droit s'analyse finalement comme la subordination de tous aux représentants et aux intérêts économiques des propriétaires.

Certes, l'Etat légal est pour partie la négation de l'Etat de droit, mais cette fonction de légitimation est inhérente à la théorie de l'Etat de droit puisque c'est précisément la soumission de l'Etat au droit qui définit l'Etat légitime[42]. On peut se demander pourquoi cet Etat est *a priori* plus légitime qu'un autre. Si l'on se contente d'opposer Etat de droit et Etat de police, la réponse semble évidente : en limitant l'arbitraire, l'Etat de droit assure une plus grande sécurité, élément de liberté, en même temps qu'une plus grande rationalité dans l'exercice du pouvoir ; c'est, dans une certaine mesure, un Etat de la raison. Mais la soumission de l'Etat au droit suffit-elle à légitimer le pouvoir ? La question prend un relief particulier dans le cas de la conception formelle de l'Etat de droit puisque le droit auquel est soumis l'Etat (et qui est donc censé le légitimer) est le droit positif créé par l'Etat sans que celui-ci soit lié par aucune obligation de contenu, sans qu'il soit tenu non plus d'observer aucune règle concernant l'organisation politique du pouvoir. On peut donc avoir affaire à un Etat dictatorial qui soit pourtant un Etat de droit au sens formel. Par quel tour de passe-passe en arrive-t-on à considérer abstraitement un tel Etat comme légitime ?

Concrètement, la question de légitimité met en jeu celle de l'acceptation du pouvoir par les gouvernés, donc celle de leur obéissance ; l'existence et le maintien de l'Etat sont conditionnés par cette obéissance[43] c'est-à-dire par ce qu'on appellerait aujourd'hui l'effectivité du droit à leur égard. En ce sens, tout Etat est *réellement* soumis au droit, à cette condition d'effectivité de ses commandements. Que dit la théorie de l'Etat de droit sinon que, pour que l'Etat soit légitime (que ses commandements soient acceptés), il doit lui-même obéir à ses propres commandements, que l'apparente égalité dans la soumission fait accepter la norme. Et l'on pourrait facilement appliquer à l'Etat de droit cette phrase de Nietzsche : « *Plus d'un moraliste,* dit-il*, cherche à exercer, aux dépens de l'humanité, sa*

[42] Cf. F. NIETZSCHE, *Par-delà le bien et le mal,* Paris, éd. Aubier-Montaigne, coll. bilingue, 1951, pp. 201-203 « L'instinct grégaire de l'obéissance est celui qui s'hérite le plus aisément (...) Que l'on s'imagine cet instinct poussé jusqu'à ses derniers excès : il n'y aurait plus personne pour commander ni pour vivre indépendant ; ceux qui auraient ces goûts se sentiraient bourrelés dans leur conscience et auraient besoin de quelque prétexte illusoire pour pouvoir encore commander. Ils s'imagineraient, par exemple, qu'ils ne font qu'obéir. Cet état de choses est celui de l'Europe moderne, je l'appelle la tartufferie des dirigeants. Pour imposer silence à leur conscience, ils font semblant d'être des exécuteurs de commandements antiques et suprêmes (ceux des ancêtres, de la Constitution, du droit, des lois ou même de Dieu)».

[43] Voir A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* Paris, Larose, *éd.,* 1899 (1ère éd., 1896), pp. 163-164 : «La force ne peut point maintenir de façon durable la souveraineté légale, si ce n'est dans des conditions tout à fait exceptionnelles (...) La volonté du plus grand nombre peut seule maintenir parmi les hommes l'empire de la souveraineté. Cette adhésion de la volonté générale (...) partout elle existe en fait, et aucun gouvernement ne pourrait subsister sans elle ».

puissance et son imagination créatrice ; plus d'un, et Kant peut-être est du nombre, donne à entendre par sa morale : "Ce qui est respectable en moi, c'est que je sais obéir, et il ne doit pas en être autrement chez vous" »[44].

L'objectif de la théorie de l'Etat de droit n'est donc pas toujours la liberté des gouvernés. En revanche, il est nécessairement celui de l'effectivité du droit. En s'assurant que la norme sera toujours obéie, même par l'Etat, on augmente ainsi la sécurité du commerce, et du commerce juridique en particulier, sécurité d'autant plus nécessaire que les activités de l'Etat se développent. Aussi la théorie de l'Etat de droit peut-elle justifier aussi bien la limitation de ses activités (c'est le cas de la conception initiale de l'Etat de droit libéral fondé sur le droit naturel individualiste) que leur développement (en équilibrant les interventions étatiques par l'assurance que l'Etat respectera ses engagements). Enfin, en sanctionnant toute violation du droit, quel qu'en soit l'auteur, la théorie de l'Etat de droit contribue à maintenir la cohérence de l'ordre juridique, en même temps que celle de l'ordre social, dès lors que sont exclues les sanctions de type politique.

Protection des libertés et protection de l'ordre juridique ne sont pas nécessairement des objectifs contradictoires, mais ils ne sont pas non plus forcément liés. Et de l'objectif principalement poursuivi, dépendent en grande partie les réponses aux questions précédentes : quel type de droit doit lier l'Etat, comment y parvenir ?

Nous aurons donc pour tâche de rechercher ici quelles réponses la doctrine publiciste française a données à toutes ces questions. Du fait des nombreuses variantes possibles, il est vraisemblable que les publicistes n'ont pas tous adopté la même conception de l'Etat de droit. Nous verrons cependant qu'il est possible jusqu'à un certain point d'établir une synthèse de leurs opinions en cette matière, notamment parce que le concept d'Etat de droit, par ses ambiguïtés peut-être, constitue un lieu de rencontre privilégié pour des théories par ailleurs divergentes.

[44] F. NIETZSCHE, *op. cit.,* p. 181 cf. RETZ, *Mémoires, op. cit.* pp. 194-195 : « Les rois qui ont été sages et qui ont connu leurs véritables intérêts ont rendu les parlements dépositaires de leurs ordonnances, particulièrement pour se décharger dune partie de l'envie et de la haine que l'exécution des plus saintes et même des plus nécessaires produit quelquefois. Ils n'ont pas cru s'abaisser en s'y liant eux-mêmes, semblables à Dieu, qui obéit toujours à ce qu'il a commandé une fois (...) Les monarchies les plus établies et les monarques les plus autorisés ne se soutiennent que par l'assemblage des armes et des lois, et cet assemblage est si nécessaire que les unes ne peuvent se maintenir sans les autres ».

III - LA NOTION D'ÉTAT DE DROIT, LIEU DE RENCONTRE POUR LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE

Avant d'examiner quels éléments ont pu influer sur le type de réponse donné aux questions clés précédemment soulevées, il convient de préciser quelle est cette doctrine dont nous nous proposons d'étudier les conceptions, de voir en quoi elle forme une communauté relativement homogène et quelles sont les divergences qui la traversent.

Âge d'or de la doctrine publiciste française, la période 1879-1914 est marquée par l'autonomisation progressive du droit public à l'égard du droit privé, autonomie lentement prise en compte par les textes qui organisent l'enseignement supérieur. Créée en 1896, l'agrégation de droit public comporte quatre épreuves : droit constitutionnel, droit administratif, législation financière et droit international public. En revanche, le droit pénal est rattaché à une agrégation spécifique, celle de droit privé et de droit criminel. Aussi avons-nous exclu la doctrine pénaliste de notre champ de recherche. Le droit pénal n'est certes pas indifférent à la question de l'Etat de droit en ce qu'il touche directement aux libertés publiques ; il se situe, de plus, à la charnière du droit privé et du droit public, au point que certains le considèrent comme partie intégrante de ce dernier. Mais outre le fait que cette assimilation des pénalistes aux publicistes est discutée et finalement rejetée en 1896[45], le droit pénal fait déjà l'objet d'études spécifiques menées par des auteurs spécialisés. Il nous a donc semblé préférable de limiter l'étude aux seuls auteurs de droit public (défini restrictivement) qui forment un ensemble relativement homogène dans la mesure où ils ne sont pas encore touchés par la spécialisation que nous connaissons aujourd'hui. La plupart des auteurs oeuvrent en effet presque indifféremment dans tous les domaines du droit public, même si le droit administratif tend à se constituer en branche séparée, autonome à l'égard du droit constitutionnel.

[45] Sur ce point, voir le rapport présenté au Conseil Supérieur de l'Instruction Publique, le 23 juillet 1896, sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit par A. Esmein, membre du Conseil (A. de BEAUCHAMP, *Recueil des lois el règlements sur l'enseignement supérieur*, Paris, 1898, t. 5, pp. 607-615) cité *in Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984, n° 1, pp. 119-132, et notamment p. 124 : « Logiquement, scientifiquement, il (le droit criminel) appartient au droit public, car dans sa conception moderne, tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'Etat. En outre, le droit pénal contient des théories pénitentiaires qui n'ont aucun rapport avec le droit privé, et la procédure criminelle, en tant qu'elle organise la garantie de la liberté individuelle et règle l'institution d'un jury, rentre incontestablement dans le droit public. Mais, d'autre part, le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; il est interprété par les mêmes jurisconsultes dans la pratique et par les mêmes méthodes. Enfin, bien que nous rompions avec le passé, nous ne pouvons oublier que, dans nos concours jusqu'en 1891, le droit criminel est resté constamment marié au droit civil ; c'est cette union traditionnelle que nous nous proposons de maintenir. En mettant ainsi le droit criminel dans la section de droit privé, nous y introduisons d'ailleurs un élément philosophique dont on ne saurait méconnaître l'importance ou la valeur ».

Si nous avons entendu restrictivement le terme de publiciste, nous n'avons pas voulu limiter nos investigations aux seules conceptions des grands maîtres de la discipline, quoiqu'elles constituent le noyau autour duquel s'organise la doctrine. Nous nous sommes donc attachée aux auteurs mineurs comme aux « maîtres », aux conclusions de commissaires du gouvernement ou aux études faites par des membres de l'administration comme aux ouvrages des professeurs. Tous contribuent en effet, plus ou moins directement, à l'élaboration de la doctrine. Tous ont aussi en commun le rang qu'ils tiennent dans la hiérarchie sociale et surtout la mission dont ils se sentent investis de par leur profession. Tous sont placés devant une même question : comment s'organisent et doivent s'organiser les rapports de l'Etat et du droit ; et c'est précisément cette question que met en jeu la notion d'Etat de droit. L'appartenance à la communauté juridique postule la communauté des préoccupations qui, sans impliquer l'identité des conceptions juridiques adoptées, conduit au moins à une vision juridique du monde : l'Etat légitime est un Etat de droit. En outre, nous l'avons vu, l'Etat de droit est aussi, pour les publicistes, une condition d'existence de leur discipline. Il constitue de ce fait un lieu de convergence pour des conceptions par ailleurs opposées.

Tous ces auteurs appartiennent en effet à des générations, des écoles et des courants politiques différents, susceptibles d'engendrer des divergences dans la conception qu'ils se font de l'Etat de droit.

Nés entre 1825 et 1830, les auteurs de la première génération : Aucoc, Batbie, Ducrocq, Faustin-Hélie, pour ne citer que les principaux, ont écrit la plus grande partie de leur oeuvre sous le Second Empire et poursuivi leurs publications sous la Troisième République. Ils n'appartiennent donc pas totalement à la période que nous avons choisi d'étudier, mais en tant que fondateurs de l'étude moderne du droit public, ils sont les références obligées de leurs successeurs dans la discipline. Ayant enseigné le droit administratif, les trois premiers de ces auteurs se sont intéressés aux techniques juridiques et juridictionnelles comme aux garanties politiques organisées par l'Etat légal. Particulièrement net chez un universitaire comme Ducrocq, qui succède à Foucart en 1860 à l'université de Poitiers, cette attention portée aux garanties politiques se retrouve chez Batbie dans la mesure où ce dernier ajouta à ses fonctions de professeur à l'université de Paris une longue carrière politique commencée chez les républicains socialistes en 1848 et terminée comme chef de la droite monarchiste au sénat de la Troisième République. Par ses fonctions de conseiller d'Etat et de professeur à l'Ecole des Ponts et Chaussées, Aucoc eut au contraire tendance à s'intéresser de près à des questions plus techniques. Mais quelles que soient ces différences, ils ont eu en commun de chercher à donner ses lettres de noblesse au droit public et d'avoir été marqués par une conception essentiellement privatiste du droit : ainsi Ducrocq envisage-t-il le droit administratif sous l'angle des limitations qu'il apporte aux droits individuels au nom de l'intérêt public, rejoignant par là les préoccupations de l'Etat de droit libéral ; Aucoc souhaite, quant à lui, rapprocher droit administratif et droit privé.

Plus jeune, E. Laferrière peut cependant être rattaché à cette première génération pour l'aspect fondateur de son étude sur la juridiction administrative. Il constitue en même temps le lien avec la génération suivante : Esmein, Duguit, Hauriou, Berthélemy se réclament des travaux précédents pour poursuivre une étude qui se veut scientifique du droit public. Avec eux, d'ailleurs, commence la prépondérance des universitaires dans la doctrine publiciste. A la différence des premiers, tous ces auteurs, qui seront considérés comme des maîtres, appartiennent en effet à l'université ; ils apparaissent déjà comme spécialisés dans les tâches d'enseignement, alors que la plupart de leurs prédécesseurs occupaient des fonctions plus variées, mêlant pratique et théorie du droit ; en outre, ils n'ont vraiment connu que le régime de la Troisième République, ce qui les a conduits à s'intéresser de près à son organisation constitutionnelle et notamment à la place du parlement, donc à prendre position sur la question de l'Etat légal. Il en va de même pour la troisième génération, celle de Jèze, Barthélemy, Rolland, Deslandres qui, dans son ensemble, se contente de poursuivre l'oeuvre de ses aînés et notamment celle de Duguit. Marquées par le positivisme, ces deux générations tentent de rompre avec la tradition jusnaturaliste et donc, dans une certaine mesure, avec les idées qui fondent l'Etat de droit libéral révolutionnaire ; mais sous l'influence de Duguit, certains d'entre eux sont ramenés, comme nous le verrons, à un droit naturel rénové par l'intermédiaire d'une conception objectiviste du droit. Enfin, au tournant du siècle, on voit proliférer ceux que l'on pourrait appeler les « auteurs mineurs », prolifération due en grande partie à la possibilité donnée aux étudiants de présenter leur thèse en droit public et à la création d'une agrégation spécifique.

Si l'appartenance à des générations différentes n'implique guère d'oppositions significatives entre publicistes, les écoles en revanche vont jouer un rôle plus important dans la diversification de leurs conceptions. Les différences d'écoles recoupent en effet pour partie les oppositions politiques et mettent en jeu des questions de personne et de prestige. Mise à part l'école de Poitiers qui, née au milieu du dix-neuvième siècle avec Foucart, ne survit pas à la mort de Ducrocq, on peut recenser trois écoles en ne retenant que les plus importantes celle de Bordeaux avec Duguit, Jèze et plus tard Bonnard ; celle de Toulouse avec Hauriou et Mestre ; celle, moins connue peut-être, de Dijon avec Deslandres, autour duquel gravitent quelques auteurs qui ne se font guère connaître que par leur thèse généralement soutenue en droit constitutionnel[46].

[46] V. A. BESSON, *Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, thèse Dijon, 1897 ; H. BOUCHET, *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures*, thèse Dijon, 1908 ; H. CHARAU, *Essai sur l'évolution du système représentatif*, thèse Dijon, 1909.

Concernant les deux premières, les monographies qui leur ont été consacrées[47] permettent de faire un bilan de leurs oppositions, et des études récentes[48] montrent qu'elles sont finalement complémentaires en ce sens que la mission de service public dévolue à l'Etat par Duguit vient légitimer l'exercice de la puissance publique sur lequel insiste M. Hauriou. Ces deux écoles sont donc amenées à trouver un lieu de convergence dans la conception de l'Etat de droit en tant que théorie de légitimation du pouvoir : lié par le droit, et notamment par l'obligation posée par Duguit de développer et organiser les services publics, l'Etat peut et doit légitimement user de ses prérogatives de puissance publique, à la condition admise par les deux écoles d'accorder aux administrés des voies de recours contre un usage illicite des moyens mis à sa disposition.

Sur ce point, Deslandres ne dit pas autre chose, mais il tend à développer une conception particulière dans la mesure où il s'attache surtout à fonder une science, certes, mais une science politique, dans la mesure aussi où il tente à contre-courant de réactualiser les théories de Rousseau. Contrairement aux autres, l'école de Dijon met moins l'accent sur les obligations juridiques de l'Etat que sur les garanties politiques qu'elle souhaiterait développer jusqu'à introduire des procédés de démocratie directe dans l'organisation constitutionnelle. Il s'agit ici d'une différence irréductible, même si, par certains aspects, Deslandres rejoint une partie des thèses soutenues par Duguit.

Ces divergences d'écoles sont souvent liées aux tendances politiques de leurs chefs : solidarisme chez Duguit, socialisme (?) chez Deslandres, conservatisme chrétien chez Hauriou. Plus généralement, on retrouve chez les publicistes l'éventail, quoique restreint, des tendances politiques qui se disputent le pouvoir sous la Troisième République, des monarchistes comme Saint-Girons à ceux qui se réclament de Proudhon comme Maxime Leroy, avec toutefois une nette prédominance des courants modérés. S'agissant de l'Etat de droit, la césure principale se fait logiquement sur la question du rôle de l'Etat, opposant libéraux (Berthélemy notamment) et interventionnistes. Mais nous verrons que cette divergence, que l'on pourrait penser capitale, débouche finalement sur une convergence : tous se retrouvent en effet d'accord sur la nécessité d'obliger l'Etat à respecter le droit positif, soit pour pallier ainsi les inconvénients de l'interventionnisme, soit au contraire pour en mieux justifier le développement. Mais cet accord ne peut se faire que sur une conception formelle de l'Etat de droit, sur un Etat du droit positif.

[47] Voir note 3, page 1.
[48] J. CHEVALLIER, « Les fondements •idéologiques du droit administratif français », *Variations autour de l'idéologie d'intérêt général*, Publications du Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, P.U.F., Paris, 1978-1979, 2 vol., t. II, p. 1-57.

Or divers facteurs vont contribuer à orienter la doctrine vers cette conception essentiellement formaliste. Les prises de position des publicistes sont en effet tributaires du contexte à la fois intellectuel, politique et socio-économique de leur époque.

Très largement influencée par le positivisme, l'atmosphère intellectuelle conduit les juristes à se démarquer de la tradition jusnaturaliste sur laquelle était fondé l'Etat de droit libéral : s'il faut partir des faits, il faut aussi renoncer, par exemple, au postulat de l'homme isolé dans l'état de nature. Le positivisme conforte en même temps chez les publicistes le projet déjà ancien de faire œuvre de science, de constituer le droit public en discipline autonome séparée de la métaphysique, de la morale et de la politique. Et quoique certains de ses membres aient occupé des fonctions politiques importantes (c'est le cas de Batbie), la communauté des publicistes tend de plus en plus à resserrer ses liens, à prendre conscience d'elle-même, en s'opposant aux politiciens professionnels. Cette volonté de séparer droit et politique, déjà sensible chez les privatistes[49], va s'affirmer très nettement vers 1900 et contribuer à privilégier les garanties juridiques par rapport aux garanties politiques qui caractérisent l'Etat légal issu de l'Etat de droit révolutionnaire.

Ce n'est pas pour autant que le contexte politique soit resté sans influence sur les conceptions des publicistes. En analysant l'organisation constitutionnelle et le fonctionnement du régime, ils sont d'ailleurs amenés à se prononcer sur les effets du suffrage universel sur le régime représentatif, sur les places respectives de l'exécutif et du corps législatif. Et le jugement qu'ils portent sur l'Etat légal ne peut rester totalement étranger aux mésaventures de son fonctionnement réel. Sans refaire ici l'histoire de la Troisième République, qu'il suffise de rappeler l'importance du sentiment anti-parlementaire, la conjonction de l'anarchisme, du boulangisme et du socialisme qui jettent 1e doute sur le bon fonctionnement du régime et sur sa légitimité. Théorie de légitimation, la théorie de l'Etat de droit telle qu'elle s'est construite à l'époque se présente comme une tentative de réponse à ces remises en cause, et tend à substituer le droit, objet apparemment neutre, à la politique, ferment de division, comme mode de légitimation du pouvoir.

Enfin, le contexte socio-économique n'est pas moins décisif dans l'évolution des conceptions de la doctrine. L'industrialisation, le développement de techniques nouvelles obligent l'Etat à réglementer de plus en plus précisément les activités des particuliers et à traiter avec les industriels dans le cadre des services publics. Si l'Etat intervient, moins pour remettre en cause la liberté du commerce (élément de l'Etat de droit libéral) que pour limiter les inconvénients des brèches qui lui sont faites par le développement même de cette liberté, ses interventions risquent malgré tout de transformer l'économie libérale en économie dirigée. Il faut donc à la fois adapter la

[49] Voir A.J. ARNAUD, *op. cit.,* p. 60.

théorie de l'Etat de droit à ces nouvelles activités de l'Etat (qui sont pour l'essentiel le fait de l'administration) et imposer à ce dernier le respect de ses engagements. Cette extension du champ d'activité de l'Etat, attestée par l'augmentation du nombre des fonctionnaires, suscite par ailleurs le développement de l'administration et du droit public comme ensemble de normes, contribuant par là-même à poser au premier plan la question de l'effectivité de ce droit, des garanties des usagers mais aussi des fonctionnaires contre l'arbitraire de l'administration.

Toutes ces transformations remettent finalement en cause le statut de l'individu dans la société et vis-à-vis de l'Etat. Provoquant la formation d'associations et de syndicats, l'industrialisation a permis de redécouvrir l'importance du groupe social et relativisé l'hypothèse de l'individu isolé dans l'état de nature. C'est ainsi toute la question des relations de l'Etat et de l'individu qui doit être repensée : faut-il encore opérer une délimitation de leurs sphères respectives d'activité, quel rapport y a-t-il entre le statut de citoyen et celui d'administré, la jouissance de droits politiques suffit-elle à justifier l'obligation d'obéissance à des règlements toujours plus nombreux, permet-elle de protéger efficacement l'administré contre l'arbitraire du pouvoir ?

C'est donc dans ce contexte que la doctrine est amenée à juger l'Etat légal de son temps. Ses critiques de l'omnipotence législative laissent à penser qu'elle ne se satisfaisait guère de ce système et qu'elle aurait aimé lui en voir substituer un autre. Aussi notre première partie sera-t-elle consacrée à la question de savoir jusqu'à quel point la doctrine publiciste remet en cause l'Etat légal : s'agit-il simplement, pour elle, d'instituer un contrôle sur le législateur ou plus radicalement de rejeter l'ensemble du système ? L'étude de la théorie générale de l'Etat nous fournira les premiers éléments de réponse. Nous verrons que les constructions révolutionnaires, en matière de souveraineté notamment, sont réinterprétées, critiquées, dissociées en conceptions opposées dont l'une, assimilée à la théorie de Rousseau, est rejetée en bloc par la majorité des publicistes. Après avoir exclu radicalement la légitimité d'une quelconque souveraineté absolue du corps électoral, la doctrine a dû reconstruire la théorie de légitimation du pouvoir des gouvernants. Son attitude se comprend mieux dès lors qu'on analyse le jugement qu'elle porte sur le régime politique de son temps : dans le procès qu'ils font de l'omnipotence parlementaire, les auteurs dénoncent une crise de la représentation par laquelle se manifestent les difficultés d'adaptation du libéralisme à la démocratie. La conjonction de la suprématie législative et du suffrage universel menace en effet les équilibres traditionnels du régime parlementaire et l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés. Elle contribue à ébranler la confiance des publicistes dans les garanties offertes par l'Etat légal : résidant essentiellement dans la suprématie du parlement, celles-ci leur paraissent désormais insuffisantes, sinon dangereuses. C'est l'une des raisons pour lesquelles la doctrine souhaite à la fois revaloriser l'exécutif et limiter par le droit les désordres engendrés, selon elle, par le système politique.

La remise en cause des excès du légicentrisme et de l'Etat légal investi par le suffrage universel débouche ainsi logiquement pour les publicistes sur la recherche de garanties qu'ils veulent plus efficaces et plus neutres. La doctrine les trouve naturellement dans les techniques juridiques et juridictionnelles. Notre deuxième partie portera donc sur les mécanismes et les effets de cette consécration du droit recherchée par les publicistes. Du point de vue des mécanismes, le développement du recours pour excès de pouvoir, la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat servent admirablement ce projet de la doctrine ; ils opèrent en même temps un déplacement du centre des garanties contre les abus de pouvoir de l'administration, et contribuent à accroître la place du juge dans l'organisation des pouvoirs tout en relativisant celle du législateur. Les techniques par lesquelles la doctrine construit l'Etat de droit la conduisent ainsi à substituer la souveraineté du droit au règne de la loi formelle et à consacrer la rupture de l'identité posée par l'Etat légal entre légalité et légitimité. Lié par le droit, l'Etat se présente alors comme une organisation rationnelle, un système aux effets prévisibles par des individus qui sont désormais saisis davantage comme administrés que comme citoyens participant directement au contrôle de l'exercice du pouvoir politique.

PREMIÈRE PARTIE

LA DOCTRINE

FACE À L'ÉTAT LÉGAL

Qu'est-ce que l'Etat légal ? Nous avons vu, dans l'introduction, que Carré de Malberg le définissait comme un système qui organise la suprématie du législateur et subordonne l'administration et le juge à la loi, instituant par là même un Etat de droit partiel. Pour l'auteur de la Contribution, le régime de la Troisième République est celui de l'Etat légal, dont il semble avoir trouvé l'origine dans les principes mis en œuvre par la Révolution française. Quoique les lois constitutionnelles de 1875 aient conféré de larges pouvoirs au chef de l'exécutif, le régime politique de la Troisième République se caractérise en effet à partir de 1879 par la suprématie (au moins apparente) du corps législatif dans l'organisation constitutionnelle et par la subordination corrélative de l'exécutif. L'arrivée au pouvoir des Républicains consacre ainsi le système de l'Etat légal dans la pratique institutionnelle en même temps qu'elle marque un retour à la Révolution française dans la mythologie du régime qui s'installe. Pour autant, il n'est pas certain que cet Etat légal de la Troisième République soit effectivement identique au système mis en place par les révolutionnaires un siècle auparavant. Constituants et Conventionnels ont en effet cherché à instaurer un règne de la loi, certes, mais d'une loi prise en son sens matériel comme expression d'une volonté générale par son objet et par son origine (la volonté de la nation souveraine). La suprématie du législateur signifie quant à elle le règne d'une loi formelle qui s'impose davantage parce qu'elle a été votée par le corps législatif que par son contenu, et que doivent respecter les règlements pourtant qualifiés de lois matérielles.

La légitimation de cette suprématie trouve en revanche son fondement dans les principes posés dès 1789, comme en témoigne la réactivation du mythe révolutionnaire par les Républicains. Le législateur tend à substituer sa souveraineté à celle de la nation, précisément parce qu'il en est le représentant à titre principal, étant élu au suffrage universel ; sa volonté peut donc se présenter avec toutes les apparences de la légitimité comme celle de la nation qui l'a élu. La loi est encore l'expression de la volonté générale, mais d'une volonté générale seulement par son origine et non plus par son objet. Or, paradoxalement, cette déviation de la souveraineté nationale en souveraineté parlementaire, en ce qu'elle signifie l'absence de maîtrise réelle des gouvernés sur les gouvernants, a été préparée de longue date par les adversaires du suffrage universel. La théorie du régime représentatif s'est en effet orientée à partir de l'an III et surtout de la Monarchie de Juillet, dans le sens d'une indépendance croissante du représentant à l'égard du corps électoral. Pour Guizot, par exemple, le représentant est l'homme capable do discerner l'intérêt national, aptitude qui fait défaut à l'électeur et qui justifie l'institution du régime représentatif. La seule fonction du corps électoral est donc de désigner des gouvernants à la nation dont la souveraineté devient illusoire puisqu'elle est déclarée radicalement incapable de l'exercer.

Sans doute ne peut-on pas designer le régime de la Monarchie de Juillet comme régime de l'Etat légal, l'organisation constitutionnelle de l'époque accordant à l'exécutif une place au moins aussi importante qu'au parlement[50]. Il en constitue cependant une première ébauche du fait qu'il instaure explicitement la déviation de la souveraineté nationale en souveraineté des gouvernants[51]. La Troisième République maintiendra cette confusion mais au profit exclusif du corps législatif, et en la justifiant, cette fois, par des arguments démocratiques le législateur tire sa légitimité de son élection au suffrage universel et confond sa volonté avec celle de la nation qu'il est censé représenter. Ce régime ultra-représentatif, pour reprendre l'expression de Dominique Turpin[52], apparaît pourtant aux yeux des contemporains davantage comme un régime semi-représentatif, c'est-à-dire soumis aux pressions combinées des électeurs et des partis. Les législateurs eux-mêmes, qui tirent argument de leur élection au suffrage universel pour asseoir leur légitimité, se plaignent des tendances de l'opinion à leur imposer un mandat impératif. Mais si ces pressions portent plus sur des points de détail (l'obtention de faveurs de l'administration) que sur la conduite réelle de la politique générale, elles n'en contribuent pas moins, chez les publicistes, à condamner un système qui semble s'éloigner de la tradition d'indépendance du représentant. La suprématie du législateur est donc ressentie essentiellement comme une ingérence des gouvernés dans l'exercice de la souveraineté, ingérence purement illusoire cependant, et comme une suprématie qui s'exerce aux dépens des autres pouvoirs constitués.

La notion d'Etat légal est donc une notion complexe, riche et contradictoire puisque s'y mêlent les apparences d'une dépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés et la déviation de la souveraineté nationale en souveraineté parlementaire héritée de la tradition du régime représentatif ; puisqu'elle se réclame des principes révolutionnaires de l'Etat de droit initial dont la signification s'est pourtant considérablement transformée au cours du dix-neuvième siècle.

Dans la mesure où l'Etat légal de la Troisième République fonde sa légitimité à la fois sur la théorie de la souveraineté nationale et sur le suffrage universel qui explique la suprématie du corps législatif sur les autres gouvernants, il nous faudra, pour apprécier l'attitude de la doctrine à l'égard de ce système, étudier

[50] Du moins, ce n'est pas un régime qui organisa le règne du parlement à travers la loi formelle.

[51] En ce sens, l'opinion de Royer-Collard, rapportée dans M. DE BARANTE, *La vie politique de Royer-Collard*, Paris, Didier, 1861, 2 vol., t. 1, pp. 230-231 : « La garantie des libertés nationales réside dans le gouvernement tout entier, dans la royauté aussi bien que dans les Chambres, et dans la Chambre héréditaire aussi bien que dans la Chambre élective ; elle résulte de l'ensemble et de l'harmonie des pouvoirs. Tout accroissement dans l'importance politique de la Chambre élective, loin d'ajouter à cette garantie, comme on paraît le croire, l'affaiblirait, et d'autant plus que cet accroissement serait plus considérable ; et s'il allait jusqu'à ce point que de simples mandataires de la Charte que nous sommes, quoiqu'élus, nous devinssions des mandataires du peuple, ayant droit de parler et d'agir en son nom, c'est alors peut-être que les droits et les libertés de la nation seraient dans un véritable péril » ; F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, Paris, M. Lévy, 2e éd., 1873, 8 vol., t. 8, p. 7.

[52] D. TURPIN, *op. cit.,* t 1.

dans un premier temps les conceptions théoriques des publicistes en matière de souveraineté avant d'aborder le jugement qu'ils portent sur le régime politique de leur temps et qui nous fournira une clé d'explication de l'évolution des idées sur la souveraineté.

Titre I

L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR LA SOUVERAINETÉ

Quelle conception les publicistes se sont-ils faite de la souveraineté, c'est ce qu'il convient de rechercher pour savoir comment ils jugent l'état légal de leur époque qui fonde sa légitimité sur la théorie de la souveraineté nationale.

Quoique de façon très indirecte, cette question a pour partie été déjà abordée dam un livre de G. Bacot sur l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale[53]. L'auteur y démontre de façon convaincante que cette distinction, née au moment de la Monarchie de Juillet, a été développée par les publicistes de la Troisième République et systématisée par Carré de Malberg. On aurait donc affaire à une relecture des théories révolutionnaires orientée vers une opposition manichéenne entre deux théories du titulaire de la souveraineté impliquant chacune un mode spécifique d'exercice du pouvoir. Ln Révolution française, au contraire, aurait connu et appliqué une seule théorie de la souveraineté, celle de la souveraineté absolue de la collectivité indivisible des citoyens actuels, les deux expressions « souveraineté nationale » et « souveraineté du peuple » recouvrant sensiblement tes mêmes choses, et n'imposant ni n'excluant aucun mode précis d'exercice du pouvoir.

Il n'est pas dans nos intentions de refaire ici la démonstration de cette thèse. Son point central, c'est-à-dire l'idée selon laquelle souveraineté de la nation et souveraineté du peuple signifient la souveraineté d'une collectivité indivisible de citoyens actuels, nous semble suffisamment avéré tant par la lecture des constitutions de 1791 et de 1793, par les études consacrées à la théorie de Rousseau, que par les

[53] G. BACOT. *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, éd. du CNRS, 1985.

enjeux poursuivis par une Révolution en train de se faire[54]. En outre, notre propos est ici moins de savoir quelle conception les révolutionnaires se sont faite dc la souveraineté, de son titulaire, de son exercice, que de rechercher quelle lecture en ont opérée les publicistes de la Troisième République.

De ce point de vue, il n'est pas inutile de rappeler que l'interprétation de la Révolution française est alors plus que jamais au centre du débat politique et intellectuel[55]. C'est en effet dans la Révolution que la nouvelle République prétend trouver ses racines, c'est par elle que tente de s'établir un consensus de tous les républicains. Référence avant tout idéologique, la Révolution française va pourtant s'avérer à l'usage difficile à manier : faut-il la célébrer en bloc ; faut-il, au contraire, privilégier certains de ses épisodes pour en exclure d'autres ?

La réponse est éminemment variable ; elle est à la fois fonction des circonstances et des courants politiques. Si les radicaux en tiennent pour la «Révolution-bloc» en 1891[56], c'est en grande partie pour des raisons d'opportunité politique qui les conduiront de plus en plus à privilégier, face aux socialistes, 89 à 93. D'une manière générale, si la Révolution peut constituer la référence commune, non seulement aux républicains mais aussi à la fraction orléaniste des monarchistes (dont certains républicains sont d'ailleurs issus), c'est davantage de 1789 que se réclament la plupart des courants politiques ; car en excluant la Terreur, ils se démarquent à la fois des excès révolutionnaires et des extrémistes contemporains (boulangistes, anarchistes auxquels sont souvent assimilés les socialistes). Certes, l'historiographie officielle préfère opposer Danton le pragmatiste à Robespierre *(« ce mystique assassin* », selon Aulard[57]) plutôt que d'opposer deux périodes 89 et 93, les républicains conservant ainsi un semblant d'unité. Mais les glissements politiques successifs s'opèrent, quoi qu'il en paraisse, de plus en plus au profit des modérés qui communient plus volontiers dans la référence à la Constituante que dans celle à la Convention. En outre, l'ambiance positiviste, par la critique du dogmatisme qu'elle implique, contribue à confondre dans le même opprobre Robespierre, la Convention et les théories de Rousseau.

Toutes ces données ne sont pas sans peser sur les positions prises par la doctrine, obligée de se situer sur ce terrain lorsqu'elle aborde la question de la

[54] D'autres éléments de la thèse de G. BACOT sont sans doute plus sujets à discussion, et notamment la question de savoir si les Constituants de 1791 n'ont pas joué sur l'imprécision du concept de nation, désignant par ce terme tantôt le cops des seuls citoyens actifs (thèse de G. Bacot), tantôt le corps de tous les citoyens, ce qui aurait ainsi donné prise à la constitution de l'opposition radicale chez Carré de Malberg entre nation et corps électoral.

[55] La création, en 1885, d'une chaire d'histoire de la Révolution française à la Sorbonne, confiée pendant près de quarante ans au très républicain Aulard, est un exemple parmi beaucoup d'autres de la volonté affichée de célébrer la Révolution.

[56] Voir le discours de CLEMENCEAU à la Chambre des députés, le 20 janvier 1891, *J.O.*, Débats parlementaires, pp. 155-156. Sur l'historiographie de la Révolution française, A. GERARD, *La Révolution française, mythes et interprétations*, 1789-1970, Paris, Flammarion, Questions d'histoire, 1970.

[57] A. AULARD, *Etudes et leçons*, 1ére série, Paris, Alcan, 1893, p.28I.

souveraineté et de son titulaire. Son interprétation des principes révolutionnaires est tributaire à la fois de l'idéologisation de la Révolution française par le débat politique de l'époque et des modifications apportées par le suffrage universel dans le fonctionnement du système politique.

Quels en sont les enjeux, c'est ce que nous tenterons d'élucider d'abord (Chapitre I) en examinant ce qu'elle dit du titulaire de la souveraineté : est-ce la nation, comme le postule la théorie classique de l'Etat légal, le peuple, comme le laisserait entendre l'irruption du suffrage universel dans le régime représentatif de la Troisième République, ou l'Etat, comme on le pense aujourd'hui ? Nous étudierons ensuite les caractères de cette souveraineté (Chapitre II) et les théories de légitimation du pouvoir des gouvernants (Chapitre III).

Chapitre I

LE TITULAIRE DE LA SOUVERAINETÉ

« *Là où les premiers constituants avaient voulu constater solennellement, en inscrivant dans la charte de la Nation, que le pouvoir suprême, le droit de faire la loi définitif, irrévocable, inaliénable, dans sa totalité ou ses parties, ce qui est la véritable souveraineté au sens ancien, ne peut légitimement appartenir avec les mêmes épithètes à aucun membre ni à aucun groupement de membres du corps social (...) — proclamant par là l'autonomie de la nation (...) ; — d'autres ont bientôt vu la souveraineté du peuple, forme et principe de gouvernement visant des procédés politiques spéciaux, excluant tout d'abord la monarchie même tempérée, se rapprochant autant que possible de la démocratie directe, faisant du nombre, considéré comme l'équivalent du peuple, le souverain absolu* »[58].

Il faut donc, selon E. d'Eichtal, distinguer deux théories du titulaire de la souveraineté, celle de la souveraineté nationale proclamée en 1791, celle de la souveraineté du peuple adoptée en 1793. La plupart des publicistes de la Troisième République n'adoptent pas explicitement cette conception dans la mesure où ils continuent à employer indifféremment les expressions de « souveraineté nationale » et de « souveraineté populaire ». Ils opposent cependant très clairement la nation et le corps électoral, postulant ainsi l'existence d'une différence essentielle entre ces deux collectivités pour affirmer l'indépendance des gouvernants à l'égard du suffrage universel (Section 1). Mais, nous verrons aussi que la doctrine s'oriente à la fin de la période étudiée vers la théorie de l'Etat souverain apparemment identique à celle de la souveraineté nationale, mais dont les conséquences peuvent en réalité s'avérer fort différentes (Section 2).

Section 1 LA NATION OPPOSÉE AU PEUPLE

Quoiqu'il existe encore une certaine confusion dans l'emploi des deux termes « nation » et « peuple », la doctrine de la Troisième République tend à opposer deux théories du titulaire de la souveraineté, tant par le type de collectivité souveraine (§ 1) que par le mode d'exercice du pouvoir qu'elles sont censées impliquer (§ 2).

[58] E. D'E1CHTAL, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, Paris, Alcan, 1895, pp. 76-77.

§1. - DES COLLECTIVITÉS ESSENTIELLEMENT DIFFÉRENTES

Qu'est-ce qu'une nation ? Cette question, posée par Ernest Renan dans une conférence prononcée à la Sorbonne en 1882[59], n'intéresse pas seulement la théorie politique et sociologique, elle concerne aussi de très près les conceptions juridiques qui s'en sont largement inspirées. A la réponse que propose Renan : « La nation, comme l'individu, est l'aboutissement d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements », font écho la définition d'A. Esmein (la nation, c'est-à-dire « la série des générations successives »)[60], mais aussi le *Manuel de droit public* publié par Duguit en 1907, où il insiste sur cette idée que la nation, comme l'humanité, est faite de plus de morts que de vivants[61].

A — L'émergence d'une nouvelle définition de la nation

À la fin du dix-neuvième siècle, la doctrine courante semble bien attribuer la souveraineté à la nation considérée comme l'équivalent du corps électoral. C'est du moins ainsi que F. Moreau présente les choses en 1892[62]. D'autres auteurs, comme Simonet ou Besson, conçoivent eux aussi la souveraineté comme appartenant au corps électoral, ou plus exactement à chaque citoyen membre du corps électoral[63] ; ils donnent ainsi un début de justification à la théorie élaborée plus tard par Carré de Malberg selon laquelle la souveraineté du peuple est une souveraineté atomisée. La nouvelle conception qui commence à se faire jour au tournant du siècle sous l'influence de Renan et surtout d'Esmein[64] attribue au contraire la souveraineté à une nation abstraite définie comme collectivité indivisible transcendant les individus

[59] E. RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? », 1882, cité *in* R. G1RARDET, *Le nationalisme français anthologie I871-1914,* Paris, Seuil, 1983, p. 65.

[60] A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2ème éd., Paris, Larose, 1899, p. 168. Voir, dans le même sens, G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, 1ère partie, éd. fr., Paris, Giard et Brière, 1911, p. 243 : « Ainsi, la nation qui semble à première vue avoir une existence en soi, apparaît à l'étude attentive comme un concept juridique qui ne s'identifie guère avec celui des individus particuliers. Il est indépendant de la personnalité de ceux qui vivent à un moment donné, car la nation continue à subsister au milieu du changement continuel des personnes ».

[61] L. DUGUIT, *Manuel de droit public*, tome 1: *Droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, p. 78 : « L'humanité, a-t-on dit, est faite de plus de morts que de vivants ; la nation est faite, elle aussi, de plus de morts que de vivants (...) Cf E. RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? » dans *Discours et Conférences*, p. 307.

[62] F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *R.C.L.J.* 1892, pp. 336-352. De même, E. PUJOL*, Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté*, thèse Toulouse, 1911 ; H. CHARAU, *Essai sur l'évolution du système représentatif*, thèse Dijon, 1909.

[63] J .B. SIMONET, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, Paris, Pichon, 1885, p.4 : « La souveraineté appartient à chacun des membres qui composent la nation ; mais les occupations privées des citoyens ne leur permettent pas de se réunir en corps à tout moment pour édicter des lois et en assurer l'exécution » ; A. BESSON, *Essai sur la représentation proportionnelle*, thèse Dijon, 1897. Voir également H. BOUCHET, *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures*, thèse Dijon, 1908 ; C. KOCH, *Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif*, thèse Nancy, 1905. On remarquera que l'école de Dijon compte de nombreux auteurs partisans de la souveraineté confiée au corps électoral (voir cette note et la note précédente) ; Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, t. I, p. 460 ; E. PIERRE, *Traité*..., 1893, p. 118.

[64] Voir E. PUJOI, *op. cit*., pp. 20-22, pp. 62 et s.

actuels qui la composent. Pendant quelques années, ces deux définitions vont coexister, ce qui permettra à certains auteurs de jouer sur l'ambiguïté du concept. Saleilles par exemple invoque la souveraineté d'une nation assimilée au suffrage universel pour limiter les pouvoirs du corps législatif, et dans le même texte, il utilise la théorie de l'organe pour ôter finalement la souveraineté au corps électoral[65]. Particulièrement sensibles chez les auteurs mineurs[66], ces hésitations sur la définition de la nation se retrouvent chez Maurice Hauriou qui, en 1910, refuse toute opposition de la nation et du corps électoral[67], pour écrire au contraire, en 1912, que « *le corps électoral n'est pas le souverain parce qu'il n'est pas la nation* »[68]. Trente ans plus tôt, F. Moreau s'inscrivait déjà en faux contre la conception de la doctrine courante pour élaborer une nouvelle théorie de la souveraineté et attribuer celle-ci, non plus au corps électoral mais à la « *vie sociale* »[69]. Entre 1879 et 1914, une nouvelle théorie s'est donc graduellement imposée pour aboutir, chez Carré de Malberg, à une opposition systématique entre la nation abstraite de 1791 et le peuple atomisé de 1793. L'avènement du suffrage universel n'est sans doute pas étranger à cette relecture qui procède de l'assimilation entre souveraineté du corps électoral, souveraineté du nombre, souveraineté atomisée et constitution de 1793.

B — Les arguments de la distinction

Qu'ils attribuent ou non cette conception à la Révolution française (ou à l'un de ses épisodes), les publicistes de la Troisième République sont en tout cas de plus en plus nombreux à faire de la nation une entité abstraite et intemporelle, qui s'oppose au peuple si l'on entend par ce mot le corps électoral. Pour l'essentiel, trois arguments concourent à justifier cette opposition.

1 - Volonté électorale et volonté générale.

---

[65] R. SALEILLES, • La représentation proportionnelle R.D.P. 1898, t. IX, N. 215.- 234 « n'.t pas douteux que le peuple entende que, pour chaque loi, on tienne compte de lui et que le Parlement, à chaque moment de son existence, souvienne qu'il n'est qu'un des organes de la souveraineté et non la souveraineté elle-même. La souveraineté existe en dehors du Parlement, elle appartient à la nation et la nation, par le suffrage universel n'entend pas abdiquer» et dans un second article (ibidem, pp. 38S-414), p. 389: « Cette souveraineté n'est incamée dans aucun corps entendu de la somme d. individualités qui le constituent, aucun corps politique, cela va de soi, pas même le corps él.toral il n'y a là que des organes par lesquels cherche à se dégager et à s'exprimer cette volonté générale qui est la manifestation de la souveraineté nationale (...) Tous les corps politiques sont des organes de la souveraineté politique, aucun n'in.me en lui la souveraineté elle-même. C'est la conclusion à laquelle je voulais aboutir ».

[66] H. CHARAU, *op. cit.* ; E. PUJOL, *op. cit.* 18.

[67] M HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910, p. 462.

[68] M.HAURIOU, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, p. 29 ; de même, V. E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *R.D.P.* 1895, t. I, pp. 1- 39, p. 21.

[69] F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit.*, pp. 349-351 ; cf. Ch. BENOIST, *De l'organisation du suffrage universel. La crise de !Etat moderne*, Paris, F. Didot, 1895, p.64 : « Voter, au lieu d'être l'exercice de la souveraineté, serait une fonction de la vie nationale ; la théorie de la vie nationale remplacerait la théorie de la souveraineté nationale et, de même qu'à celle-ci était lié le suffrage universel inorganique, de celle-là découlerait, pour le plus grand bien de l'Etat et de l'individu même, le suffrage universel organisé ».

Pour M. Hauriou, par exemple, le corps électoral n'est pas la nation « *parce que la volonté électorale ne peut pas être identifiée avec la volonté générale* »[70]. L'argument juridique de la différence qui sépare les deux collectivités est donc puisé ici dans le concept de volonté générale. Or cette notion ambiguë s'est toujours prêtée à des interprétations fort diverses.

Il semble cependant que les révolutionnaires aient compris cette volonté souveraine comme une volonté générale tant par son origine que par son objet : «*Tous les pouvoirs publics sans distinction sont une incarnation de la volonté générale,* dit Sieyès *; tous viennent du peuple, c'est-à-dire de la nation. Les deux termes doivent être synonymes* »[71]. L'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen proclame, lui aussi, que « *la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation* ». Cette volonté est donc générale parce qu'elle trouve sa source dans la volonté des citoyens qui concourent à la former ; mais aussi parce qu'elle a pour objet la raison, la caractéristique de la volonté humaine étant précisément d'être raisonnable. Cette volonté commune est une volonté unique en ce sens que la raison est présente dans chaque être, qu'elle est la même chez tous, qu'elle est ce qui définit l'humain contre l'animal. La raison est une, la volonté générale aussi.

C'est en oubliant que chaque citoyen se définit pour les révolutionnaires d'abord comme être raisonnable que les publicistes en sont venus à opposer volonté électorale et volonté générale, source et objet. La volonté électorale n'est plus, pour eux, que l'addition de volontés particulières souvent erratiques, et non ce point par lequel les hommes se reconnaissent comme tels et communient dans une raison immuable. La volonté générale, si tant est qu'elle existe (ce dont certains commencent à douter)[72], postule l'unité de la communauté. Définie exclusivement par son objet, elle va d'ailleurs rapidement se muer dans le concept très administrativiste d'intérêt général.

2 - La nation, collectivité transcendante.

Par cette interprétation des deux concepts de nation et de volonté générale, les publicistes de la Troisième République rejoignent paradoxalement les idées d'un Louis de Bonald en partie transmises par les doctrinaires de la Monarchie de Juillet[73]. Bonald opposait en effet aux révolutionnaires ce qu'il tenait pour être la vraie

[70] M. HAURIOU, *La souveraineté nationale, op. cit.*, p. 29.
[71] E. SIEYES, cité par D. Turpin, *op. cit.*, p. 284.
[72] L. DUGUIT, *Manuel..., op. cit.*, pp. 31-33: « Cette volonté commune existerait-elle, on n'aurait pas démontré par là qu'elle peut légitimement s'imposer aux individus (...) quoi qu'on fasse, cette prétendue volonté générale ne s'exprime jamais qu'au moyen d'une majorité et la puissance publique, le pouvoir de commander appartiennent à la majorité qui impose sa volonté à la minorité » ; E. PUJOL, *Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté*, thèse Toulouse, 1911, pp. 92-93; Ch. BENOIST, *De l'organisation du suffrage universel..., op. cit.,* p. 61.
[73] Voir G. BACOT, *op. cit.* 25.

conception de la nation, celle d'une collectivité transcendante réunissant en elle toutes les générations[74].

Ce serait cependant une erreur de conclure que les publicistes de la Troisième République aient tous été partisans de Louis de Bonald. La plupart revendiquent au contraire l'héritage révolutionnaire, mais l'interprétation qu'ils en font est tributaire des problèmes de leur époque : influencée par le nationalisme omniprésent après la guerre de 1870[75], elle l'est aussi et peut-être surtout par la difficulté de concilier libéralisme et démocratie[76]. L'avènement du suffrage universel induit en effet un certain nombre de modifications dans le fonctionnement du régime représentatif, et la volonté d'exclure toute assimilation entre suffrage universel et nation souveraine peut se comprendre comme une tentative de limiter ces changements[77]. Cette question cruciale du suffrage universel explique par ailleurs que la doctrine ait rapidement assimilé la théorie du corps électoral souverain à la seule constitution de 1793[78] consacrant l'universalité du suffrage, par opposition à une théorie de la nation souveraine qui aurait été celle de 1791[79]. Le concept de nation manque certes un peu de clarté chez les constituants de 1791 puisque l'on ne sait jamais exactement s'il désigne le corps de tous les citoyens ou le seul corps des citoyens actifs[80] ; mais il est clair qu'il ne s'agit pas d'un ensemble intemporel comme le postule la doctrine de la Troisième République.

---

[74] L. DE BONALD, *Théorie du pouvoir politique et religieux*, 1796, Paris, U.G.E. 10/18, 1966.

[75] Voir R. G1RARDET, *op. cit*

[76] F.A. HELIE, *op. cit.*, p. 1417: « La légèreté et l'ignorance à croire que le parlementarisme peut gouverner la démocratie et que le suffrage universel est compatible avec la liberté des journaux » ; R. SALEILLES, *Congrès international de droit comparé tenu d Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905, t. I, p. 81 : « Cc n'est pas seulement a priori que l'on déclare le parlementarisme incompatible avec la conception de l'égalité des droits politiques et avec la conception de la souveraineté numérique ; c'est l'expérience même, et ce sont les rapports que vous avez entre les mains, qui vous montrent, partout on se fait sentir la poussée démocratique, des déviations et des altérations correspondantes du régime parlementaire » ; *ibidem*, p. 86: « M. Picot développe l'idée que la cause principale du mauvais fonctionnement du parlementarisme est l'extension du suffrage universel à des masses sans éducation politique et ignorant les règles fondamentales de ce régime ».

[77] Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel , *R.P.P.* 1896, pp. 489,11, p. 491 « Quand la souveraineté du peuple a semblé atteindre son point culminant par la conquête du suffrage universel, n'estimait-on pas que ce système électoral devait consacrer l'aboutissement suprême et comme le couronnement du régime représentatif (...) Malheureusement, les faits se sont assez vite chargés de démentir la théorie. Chez la plupart des nations qui pratiquent le suffrage universel, une antinomie de plus en plus profonde s'est produite entre ce suffrage et le régime représentatif, de telle sorte que le principe qui devait assurer le triomphe de ce régime menace aujourd'hui, presque partout, d'en consommer la décadence et la ruine » ; H. CHARAU , *Essai sur l'évolution du système représentatif, op. cit.*, p. 101 « Les élus de la démocratie nouvelle, loin de conserver l'autonomie de leur jugement propre, le droit et la fonction d'exprimer librement et par eux-mêmes la volonté nationale, deviennent de plus en plus les simples traducteurs, les enregistreurs de voix du dehors sans cesse plus impérieuses : le corps électoral ne se contente plus d'élire, mais veut encore que sa volonté soit entendue ».

[78] Les publicistes ne sont ni les seuls ni les premiers à opérer cette assimilation, que l'on trouve d'abord chez les hommes politiques : blanquistes, socialistes et pour quelque temps, les radicaux, se réclament de 1793.

[79] Voir R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.* ; F.A. HELIE, *op. cit.*, pp. 303-305 et p. 387.

[80] G. BACOT, *op. cit*, p. 61, semble distinguer nation souveraine et nation gouvernée.

Or, c'est ici que gît le second argument de la distinction entre les deux collectivités, celui qui consiste à opposer la partie et le tout « *La souveraineté appartient, en réalité, à la nation elle-même, distincte des individus, comprenant le développement des générations successives. Les citoyens actuellement existants ont nécessairement l'exercice de la souveraineté, mais ils n'en ont que l'exercice ils sont en quelque sorte les premiers et nécessaires représentants de la souveraineté nationale* »[81]. Esmein, qui utilise indifféremment les expressions « souveraineté nationale » et « souveraineté du peuple », oppose donc la nation comprise comme collectivité permanente et le corps électoral formé des seuls citoyens actuels. La conception révolutionnaire de la nation souveraine posait précisément ce problème de l'opposition potentielle entre le corps des citoyens actuels, seul souverain, et l'ensemble de la population sur laquelle s'exerce l'autorité de l'Etat[82]. On pouvait dès lors se demander ce qui légitimait l'obligation imposée à tous de se soumettre à l'ensemble restreint d'individus dotés de droits politiques. L'extension du suffrage ne résout pas le problème puisque certains individus (les femmes, par exemple) en sont exclus. C'est ainsi que les publicistes en viennent à opposer volonté électorale et volonté générale : addition de volontés particulières, la volonté électorale n'est jamais que la volonté de la majorité, la force du nombre plus souvent tyrannique que raisonnable, et source de division dans la mesure où elle s'oppose à la volonté de la minorité[83]. Or l'une des préoccupations de la Troisième République est justement de construire l'unité du corps social, et le déplacement de la souveraineté du corps des citoyens actuels vers une entité beaucoup plus large (la nation nouvelle manière) permet de rapprocher, voire d'identifier nation souveraine et nation gouvernée[84].

Particulièrement sensible après la Commune, cette recherche de l'unité est surtout une dénégation de l'existence possible des conflits qui traversent la

[81] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 189. Dans le même sens, F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit*., pp. 351-352 : «On dira peut-être que notre doctrine revient en somme pratiquement à celle de la souveraineté nationale. Je ne le pense pas. Le peuple que je déclare souverain, ce n'est pas l'exclusive catégorie des citoyens doués de droits politiques, c'est-ii-dire une fraction du peuple ; cc n'est pas une foule inorganique et qu'il s'agit seulement de compter ; c'est la natice tout entière, les citoyens et les autres, c'est la nation agencée en un être nouveau et supérieur. Les citoyens auxquels la doctrine courante confère le titre immuable de peuple souverain, ne sont que les agents et les instruments de la souveraineté ; leurs faits politiques prétendus ne sont que des devoirs et da fonctions à remplir au profit de l'intérêt général et non des passions particulières ».

[82] F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit*., p. 341 : « Qu'est-ce que le peuple ? Tout d'abord, remarquez qu'il est impossible de conserver le même sens à ce mot si simple dans les deux cas : le peuple-sujet comprend tous les membres d'une société humaine, sans distinction. Le peuple souverain ne comprend, selon la doctrine courante, que les électeurs (...) Que de réflexions suggère ce procédé, la distinction du peuple-sujet et du peuple-souverain ! (...) Doctrine singulière qui, sous prétexte de souveraineté nationale, soumet le peuple entier à l'une de ses fractions, subordonne l'entier à la partie », et p. 342 : « Supposez que, dans le peuple souverain, il y ait une scission, une majorité et une minorité. Celle-ci, selon le dogme de la souveraineté nationale, devra céder, et en fait la souveraineté sera exercée sur le peuple-sujet et sur une fraction du peuple-souverain, par un groupe de celui-ci, par une fraction d'une fraction ».

[83] *Ibidem*, p. 342.

[84] M. HAUR1OU, *La souveraineté nationale, op. cit*., pp. 13-15 ; F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit*., p. 351.

communauté et la divisent ; le thème de la solidarité et celui, plus juridique, de l'intérêt général relayent le nationalisme pour établir l'idée d'un consensus rassemblant tous les hommes et toutes les générations.

3 - La nation organique.

Le troisième argument, enfin, est celui d'un certain « réalisme ». Quoiqu'elle conduise à faire de la nation un être abstrait, incapable de vouloir par lui-même[85], la distinction de la nation et du corps électoral peut en effet se réclamer d'une conception réaliste qui oppose la nation en tant que collectivité organique complexe formée de groupes hétérogènes et enchevêtrés, au corps électoral compris comme l'addition d'individus strictement égaux, voire identiques[86], puisqu'ils jouissent des mêmes droits politiques, quelles que soient leurs différences d'attitude ou de mérite. Dans ces conditions, seule la nation est une collectivité vivante et riche, le corps électoral n'étant qu'une masse informe, une création artificielle sans rapport avec la réalité[87]. Une fois encore, cette conception d'une nation organique n'est pas sans rappeler les idées d'un Louis de Bonald défendant l'ancien système des ordres et des corporations aboli par la Révolution, et plus ou moins relayées par les doctrinaires de la Monarchie de Juillet[88]. La reconstitution des groupes sociaux à l'issue du mouvement d'industrialisation a sans doute favorisé la renaissance de cette doctrine, désormais défendue également par les progressistes qui souhaiteraient développer le rôle des syndicats et des associations.

C - L'opposition de deux théories de la souveraineté

Tous ces éléments d'opposition entre la nation et le corps électoral vont jouer en faveur de la distinction systématisée par Carré de Malberg entre deux théories de la souveraineté : l'une attribuée aux constituants de 1791 et faisant de la nation, collectivité abstraite et indivisible, le titulaire de la souveraineté ; l'autre, qui aurait été défendue par Rousseau et les conventionnels de 1793, pour donner la souveraineté au corps électoral, collectivité atomisée[89]. On distingue, dit Barthélémy, « la théorie de la souveraineté nationale proprement dite et la théorie de la souveraineté personnelle La théorie de la souveraineté personnelle suppose les électeurs « cotitulaires » du droit de souveraineté »[90].

---

[85] H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.* 1904, pp. 209-227, p. 226.

[86] F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit*., p. 340: « On nous invite à compter des individus et on nous dit que la souveraineté à l'égard de chacun consiste dans le chiffre qui exprime leur nombre total. Ce procédé arithmétique et nullement sociologique ne saurait nous satisfaire. L'accumulation des grains de sable ne donne jamais l'idée d'une supériorité sur chaque grain ».

[87] Voir *infra*, titre II.

[88] G. BACOT, *op. cit*., p. 133 ; F. GUIZOT, « Philosophie politique de la souveraineté », *Histoire de la civilisation en Europe*, Paris, Hachette, 1985, pp. 305-309, notamment pp. 363 et s

[89] Voir *supra*, note 5, Chapitre I.

[90] J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, pp. 41-42 : « On distingue la théorie de la souveraineté nationale proprement dite et la théorie de la

Or cette théorie est attribuée à Rousseau[91], à partir d'une lecture erronée du *Contrat social*, ce qui permet de la rejeter en bloc. Le positivisme implique en effet l'abandon des hypothèses sur lesquelles elle est censée se fonder la thèse de l'état de nature est considérée comme une utopie non scientifique, un postulat métaphysique, l'homme étant désormais envisagé comme un être naturellement social ; la méthode de Rousseau, jugée dogmatique, est également abandonnée. Enfin et surtout, les conclusions pratiques auxquelles il était parvenu concernant l'exercice du pouvoir déterminent en grande partie le rejet de sa théorie et la caricature qui en est faite. Rousseau joue à l'époque le rôle également dévolu à Robespierre (dont on en fait d'ailleurs un disciple) de repoussoir pour des conceptions jugées dangereuses en ce qu'elles comportent une possible remise en cause du régime représentatif[92].

Quelques auteurs ont cependant tenté une lecture moins systématiquement hostile de Rousseau sans pour autant suivre toujours ses conclusions. Duguit et surtout les publicistes de l'école de Dijon (Deslandres, Charau et particulièrement Bouchet)[93] sont de ceux-là, sans doute parce qu'ils souhaitent l'extension de certains procédés de démocratie semi-directe, en conservant néanmoins le principe de la

souveraineté personnelle. Et encore une fois, nous ne pouvons ici que donner un dessin schématique de ces idées cependant subtiles. Comme l'indique l'expression elle-même, la théorie de la souveraineté personnelle suppose les électeurs « cotitulaires » du droit de souveraineté, mais l'impossibilité matérielle de cet exercice direct les obligerait à désigner des commis, des mandataires pour les représenter personnellement dans l'exercice de cette souveraineté. - Dès lors l'organisation politique doit avoir pour objet de faciliter la réalisation pratique, immédiate et sans obstacle, de la volonté des citoyens. Il en résulte que l'organe chargé d'exécuter les volontés des représentants doit être absolument dans leurs mains un agent docile. Les citoyens étant censés gouverner par l'intermédiaire de leurs représentants, ce mode de gouvernement a été qualifié de *gouvernement semi-représentatif*. C'est là, enseigne M. Esmein, une conception erronée de la souveraineté nationale. - La nation, personne morale, est titulaire de la souveraineté ; et les électeurs n'en sont pas cotitulaires pas plus que les citoyens d'une commune ne sont copropriétaires du domaine de cette commune. Ce n'est pas seulement une impossibilité matérielle qui empêche les électeurs de gouverner directement, c'est une inaptitude intellectuelle et morale autant qu'une incapacité d'ordre juridique ».

[91] E. D'EICHTAL, *op. cit.,* p. 66, dénonce les dangers de la théorie de Rousseau d'après laquelle la démocratie attribuerait « à chaque individu une part égale de droits et de puissance » ; de même, A. ESMEIN, *op. cit*., p. 189 : « Rousseau part de cette affirmation qua la souveraineté nationale est fractionnée entre tous les membres de la société, de telle sorte . qu'une même fraction appartiendrait en propre à chacun d'eux » ; F. MOREAU, « Régime parlementaire et principe représentatif », *in Congrès international de droit comparé*, *op, cit*., t. 2, 1907, pp. 223-274, p. 260 ; R.SALEILLES, *Congrès international de droit comparé*, *op. cit*., t. I, 1905, pp. 69-87, p. 78 « Si l'on se heurte, au contraire, à un esprit public qui ne comprenne la souveraineté qu'à la façon de Rousseau, en tant que souveraineté de l'individu, souveraineté individuelle à laquelle tout doive revenir et tout doive se soumettre, vous pouvez être sûrs que, dans un milieu de ce genre, le Régime parlementaire ne sera pas viable, qu'il sera condamné d'avance ».

[92] Dès 1860, VACHEROT écrivait, dans la préface de *La démocratie* : «Notre démocratie repousse absolument toute espèce de despotisme, quelle qu'en soit l'origine, le caprice d'un prince ou la volonté d'un peuple tout entier... S'il est vrai que les révolutionnaires qui, en 1793, ont fait un si terrible abus de la souveraineté populaire aient obéi en cela à un principe plus qu'à une nécessité, nous répudions énergiquement cette dangereuse tradition, et nous nous séparons sans retour de cette fraction de l'école démocratique qui, tout en flétrissant les excès et les crimes de la Révolution, accepte la théorie de l'omnipotence populaire », cité par H . CHARAU, *op. cit.*, p. 94.

[93] Voir également I. TCHERNOFF, « Montesquieu et J.J. Rousseau », *R.D.P* 1903, (t.19) pp. 477-514 et *R.D.P*. 1903 (t. 20), pp. 49-97.

représentation. Ils sont aussi les seuls à ne pas opposer systématiquement nation souveraine et corps électoral, certains allant jusqu'à les identifier[94].

A lire les publicistes, il apparaît clairement que leurs idées sur la souveraineté, et notamment son titulaire, sont étroitement fonction du mode de gouvernement qu'il convient, selon eux, de défendre[95]. À la conception d'une nation abstraite titulaire de la souveraineté et incapable de l'exercer par elle-même, correspond nécessairement le régime représentatif ; à celle de la souveraineté d'un corps électoral atomisé par le suffrage universel, correspondrait tout aussi nécessairement l'adoption de la démocratie directe ou semi-directe. Là où la théorie révolutionnaire distinguait deux questions : celle du titulaire de la souveraineté et celle du mode d'exercice du pouvoir, la doctrine de la Troisième République, suivant en cela les doctrinaires, tend au contraire à les confondre pour opposer deux théories du titulaire de la souveraineté (nation ou corps électoral) impliquant chacune un mode précis d'exercice du pouvoir.

§ 2. - DEUX MODES D'EXERCICE DU POUVOIR

C'est à partir des conséquences pratiques qu'ils leur attribuent que la plupart des publicistes[96] ont été amenés à opérer une distinction entre deux théories de la souveraineté présentée par la suite comme l'opposition entre deux conceptions révolutionnaires. Ainsi, lorsque Esmein condamne le suffrage des femmes, des jeunes, la représentation proportionnelle et surtout la démocratie directe, il justifie cette exclusion par l'idée que ces différents modes d'organisation du suffrage et du pouvoir seraient la conséquence d'une fausse conception de la souveraineté[97]. Si l'on s'en tient en effet à la conception d'une nation intemporelle souveraine, il s'ensuit logiquement que cette collectivité abstraite ne peut exercer le pouvoir par elle-même ni môme le contrôler. Confier la souveraineté au corps électoral n'implique au contraire aucune forme spécifique de gouvernement et laisse ouverte la possibilité pour le souverain de contrôler l'exercice du pouvoir par ses éventuels représentants.

A — L'héritage des doctrinaires

---

[94] C'est notamment le cas de A. BESSON (*op. cit.*) et de H. BOUCHET (*op. cit.*).

[95] A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *R.D.P.* 1894, t. 1, pp. 15-41 BARTHELEMY, *op cit.,* p.42 ; COUTANT. *Le vote obligatoire*, Thèse Paris, Chevalier-Marescq, 1898, p. 237.

[96] En sens contraire cependant, voir Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, 5ème éd., Paris, Thorin, 1877, 2 vol., t. 1, p. 17 : « Ce principe de souveraineté nationale n'est l'apanage exclusif d'aucune forme politique de gouvernement, ne peut en imposer une obligatoirement (ce qui serait la négation même du principe), ni limiter le droit du pays librement consulté ou légalement représenté d'organiser celle de son choix, dans les conditions fixées par la loi » ; et p. 460 : « La souveraineté se manifeste, dans les conditions déterminées par la loi, par le droit de suffrage ou d'élection » ; mais cette opinion contraire présente déjà quelques ambiguïtés : voir tome I, p. 463.

[97] Voir A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *loc. cit.* ; E. D'EICHTAL, *op. cit.*, pp. 76-77 ; J. BARTHELEMY, *op. cit.*, pp. 41.42 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Fontemoing, 1903.

Justification du régime représentatif comme seul mode possible d'exercice du pouvoir, cette théorie de la souveraineté nationale est l'héritière des conceptions de la Monarchie de Juillet. Selon Guizot, en effet, le seul souverain, c'est Dieu ou la Raison, et le pouvoir doit être exercé de manière à se rapprocher autant que possible des préceptes de la Raison. Aussi oppose-t-il le gouvernement des capacités correspondant à la véritable souveraineté, au gouvernement du nombre, qu'il appelle également souveraineté du peuple : « *On n'a jamais entendu la souveraineté du peuple en ce sens qu'après avoir recueilli toutes les volontés, la volonté du plus grand nombre ferait la loi, mais sans que la minorité fût tenue d'obéir à des résolutions adoptées contre sa volonté. Telle serait pourtant la conséquence de cette prétendue souveraineté attribuée à chaque individu sur lui-même qui ne l'oblige qu'envers les lois sanctionnées par son exprès consentement (...). Que la souveraineté du peuple renonce à ces vains subterfuges et qu'elle consente à paraître ce qu'elle est en effet, le pouvoir absolu de la majorité numérique sur la minorité, c'est-à-dire une tyrannie* »[98].

La doctrine de la Troisième République, dans sa grande majorité, n'a fait que développer et laïciser ces principes en assimilant gouvernement du nombre et souveraineté du peuple atomisé d'une part, gouvernement représentatif et souveraineté nationale d'autre part. Apparue en même temps que le régime parlementaire en France, cette conception de la souveraineté constitue une pièce maîtresse de la théorie de l'Etat légal en ce qu'elle permet, dans la pratique, la confusion du titulaire de la souveraineté (raison ou nation abstraite) et de ceux qui l'exercent (les représentants). Dans les premiers temps, cette confusion pouvait constituer un avantage pour les partisans du régime représentatif. C'est d'ailleurs en partie pour cautionner la souveraineté de fait des gouvernants que la théorie a été élaborée. Mais avec l'extension du suffrage, le fonctionnement du régime représentatif sous la Troisième République va très vite en révéler les défauts. Les députés tirent en effet de leur élection au suffrage universel une légitimité supplémentaire qui les amène à présenter leur volonté comme celle du corps électoral[99]. La souveraineté de fait des gouvernants devient essentiellement celle des assemblées, et se trouve finalement de nouveau confondue avec celle du corps

[98] F. GUIZOT, « Philosophie politique de la souveraineté », *Histoire de la civilisation en Europe*, cours professé à l'université en 1828, Paris, Hachette, 1985, pp. 305-389. pp. 372 et 374. Ce passage a été publié en article dans la R.F. et l'expression « souveraineté du peuple » y a partout été remplacée par celle de « souveraineté du nombre » (« De la démocratie dans les sociétés modernes », *Revue Française*, novembre 1837).

[99] D. TURPIN, *op. cit*., p.224 : « L'élargissement progressif du nombre des citoyens appelés à participer à l'élection a surtout eu pour effet d'accroître d'autant la représentativité des élus - le lien représentation/élection étant définitivement admis - et, donc, leur force politique, face à un pouvoir royal déclinant ou à un exécutif républicain dont l'expérience napoléonienne a appris à se garder soigneusement. Grâce au suffrage universel, pense-t-on, les représentants peuvent se prévaloir d'incarner, en fait comme en droit, la souveraineté de la nation ».

électoral qui prétend imposer ses directives aux représentants qu'il a élus[100]. Les parlementaires, par le souci de conforter leur légitimité, le corps électoral, par les pressions qu'il exerce sur les gouvernants, concourent ainsi à identifier volonté nationale, volonté électorale et volonté législative.

B - L'enjeu : l'indépendance des gouvernants

L'effort de la doctrine pour opposer nation et corps électoral peut donc être interprété comme la tentative de maintenir l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés et de préserver les équilibres du régime parlementaire. Preuve en est le rejet par la plupart des publicistes des éléments de démocratie semi-directe qu'ils présentent comme la conséquence de cette fausse théorie attribuée à Rousseau du corps électoral souverain et qui déboucherait sur un régime de type conventionnel. Avec le système de la souveraineté nationale au contraire les électeurs, dit Barthélémy, « ne désignent pas des représentants personnels, chargés de gouverner *à leur place*, ils nomment des individus qui gouverneront *au nom de la nation* et qui, par conséquent, n'auront pas à rendre compte à leurs électeurs : donc pas de mandat impératif, pas de referendum, pas de droit de révocation, enfin et surtout, aucune nécessité logique n'oblige à taire du pouvoir exécutif un agent de l'Assemblée »[101].

C'est une façon pour les publicistes de critiquer le système politique de la Troisième République tel qu'il a tendance à fonctionner depuis le message du Président Grévy aux assemblées. Avec l'affaiblissement de l'exécutif, le régime semble en effet s'orienter vers la confusion des pouvoirs au profit du parlement : les députés tirent prétexte de leur élection au suffrage universel pour imposer leur volonté à l'exécutif et les électeurs tentent en retour de leur imposer un mandat presque impératif. Contre cette « déviation », il convient donc de rappeler quels sont les « vrais principes », ceux du régime représentatif «classique » (c'est-à-dire de la Monarchie de Juillet) postulant à la fois l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés et l'équilibre du législatif et de l'exécutif[102].

Mise à part l'assimilation de la souveraineté atomisée du suffrage universel à la théorie de Rousseau et au régime de 1793 qui débouche sur la Terreur, la doctrine justifie sa condamnation du gouvernement semi représentatif auquel semble tendre le régime de la Troisième République par l'idée que le corps électoral n'étant qu'une partie d'un tout (la nation), il usurperait la souveraineté en se l'attribuant. On assiste ainsi à l'affinement de la théorie selon laquelle le citoyen n'a pas de droit subjectif à participer directement et activement à la vie politique. Initialement, cette exclusion n'était justifiée que par des difficultés matérielles (on ne peut réunir tous les citoyens

[100] H. CHARAU, *op. cit.*, p. 253: « Du jour où le suffrage s'universalise, ou même simplement s'étend à des individus plus nombreux, les relations d'électeurs à députés prennent une allure nouvelle », et p. 264 ; D. TURPIN, *op. cit.*, p. 221 et s.
[101] J. BARTHELEMV, *op. cit.*, p. 42.

[102] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Fontemoing, 1903.

pour légiférer dans un pays vaste) ; elle l'a été ensuite par une incapacité intellectuelle (la masse des citoyens n'aurait pas les connaissances pour se gouverner elle-même) ; elle l'est enfin par une impossibilité logique et physique (l'ensemble des citoyens actuels ne constituerait qu'une partie de la nation).

Mais tous ces efforts pour distinguer nation et corps électoral sont impuissants à battre en brèche l'orientation du régime vers leur assimilation. Les électeurs et les hommes politiques contribuent au phénomène, mais les publicistes y participent aussi lorsque, comme Esmein, ils font l'apologie du gouvernement de l'opinion pour légitimer le régime existant[103].

C—Les nouvelles données de la Troisième République

Avant d'abandonner la théorie de la souveraineté nationale devenue trop complexe et pratiquement inefficace, la doctrine va cependant revenir à la distinction du titulaire de la souveraineté et de celui qui l'exerce. Puisque le législateur, censé agir au nom d'une nation abstraite, s'obstine à confondre sa volonté et celle du corps électoral, il faut lui rappeler que la volonté législative n'est pas la volonté générale souveraine. A défaut de pouvoir ancrer la distinction de la nation et du corps électoral, il convient d'agir sur le maillon intermédiaire, le corps législatif, par lequel se produit l'assimilation des deux collectivités.

Rousseau, dit Hauriou, « *a confondu la volonté générale avec la volonté législative ; cette erreur a vicié son système et, depuis, tout notre droit public (...). La volonté législative du Parlement n'est pas la même chose que la volonté générale de la nation, puisqu'elle n'en est qu'une représentation*»[104].

Si Hauriou fait de Rousseau, contre toute évidence, le responsable de cette confusion, c'est bien parce que l'assimilation de la volonté législative et de la volonté nationale qui avait initialement pour objet d'assurer l'indépendance des gouvernants à l'égard du corps électoral a fini par servir des objectifs inverses après l'avènement du suffrage universel. La suprématie législative résulte en effet de trois assimilations

[103] A. ESMEIN, *Eléments...* (*op. cit.*), p. 165 : « Reconnaitre, organiser et respecter la souveraineté nationale, c'est donner à l'opinion publique, force supérieure, une expression précise, une valeur juridique, une autorité légale. Pour compléter, d'ailleurs, ce règne de l'opinion, pour préparer son expression juridique, la liberté moderne lui donne aussi d'autres moyens de se manifester par l'initiative individuelle : la liberté de la presse et le droit de réunion » ; mais il ne faut pas oublier que ce passage fait suite immédiatement à cet autre qui pourrait l'expliquer : « Quelle que soit la source légale de la souveraineté chez un peuple. en quelques mains que la loi l'ait placée, elle ne subsiste et s'exerce en fait que si elle est obéie par les citoyens ou sujets. Or, cette obéissance ne peut être obtenue que de deux manières : ou par l'emploi de la force, ou par l'adhésion de l'opinion publique » (*ibid.*, p. 163); cf. H. CHARAU, *op. cit*., voir notamment note 1, p. 96 sur la théorie de Esmein.

[104] M. HAURIOU, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, p. 26; E. V1LLEY, « La souveraineté nationale, son fondement. sa nature et ses limites », *R.D.P.* 1904, pp. 5-26, p. 6 : « Depuis plus d'un siècle. toute notre politique sociale est fondée sur ce postulat, accrédité par J.J. Rousseau. que le peuple est souverain ; d'où l'on tire cette conséquence logique que les représentants du peuple sont souverains ».

successives : celle de la volonté législative et de la volonté nationale (qui implique l'indépendance des gouvernants et la confusion du titulaire de la souveraineté et de son exercice) ; celle de la volonté nationale et de la volonté électorale (élément de la théorie révolutionnaire initiale et que la Troisième République retrouve par le suffrage universel, cette assimilation peut conduire à la remise en cause de l'indépendance des gouvernants puisque, redevenu collectivité concrète, le titulaire de la souveraineté peut contrôler l'exercice qui en est fait) ; celle enfin, produite par les deux précédentes, de la volonté législative et de la volonté électorale qui justifie la prééminence du corps législatif sur les autres pouvoirs au sein de l'Etat.

En brisant chacune de ces assimilations, la doctrine vise ainsi à remettre en cause l'Etat légal tel qu'il fonctionne sous la Troisième République, c'est-à-dire investi par le suffrage universel. Mais cette critique trouve rapidement sa limite dans la mesure où il s'agit aussi de défendre le régime représentatif qui fonctionne sur la première de ces assimilations et de tirer argument du suffrage universel pour légitimer l'obligation d'obéissance. Il n'y a guère, finalement, que la seconde assimilation qui soit rejetée dans ses conséquences pratiques. Or, en refusant le mandat impératif, la doctrine se condamne à justifier l'omnipotence de l'assemblée, car s'il n'existait des contrepoids, dit Esmein, le gouvernement semi-représentatif «*conduirait au despotisme presque illimité d'une assemblée unique* »[105].

Par quelque côté qu'on l'envisage, cette théorie de la souveraineté nationale s'avère donc inefficace à limiter le pouvoir d'un Parlement élu au suffrage universel. Devenue d'une complexité inutile, les juristes vont progressivement l'abandonner au profit d'une autre théorie, moins chargée politiquement, celle de la souveraineté de l'Etat.

Section 2 DE LA NATION SOUVERAINE À L'ÉTAT SOUVERAIN

Le passage d'une théorie à l'autre s'est fait très progressivement et peut être considéré comme acquis à la fin de la période que nous étudions ici. S'il s'opère par l'identification de la nation et de l'Etat (§ 1), ce n'est pas pour autant que les deux théories s'équivalent. Nous verrons au contraire que le système de l'État souverain possède des implications fort intéressantes pour construire un Etat de droit et relativiser la suprématie législative postulée par l'État légal et la théorie de la souveraineté nationale (§ 2).

[105] A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *loc. cit.,* p. 35 ; or, ces contrepoids sont précisément les éléments de démocratie directe (mandat impératif, referendum). Sans ces « contrepoids », le régime semi-représentatif n'est plus qu'un régime représentatif, ce qui revient à dire que le régime représentatif allié au suffrage universel conduit au despotisme de l'assemblée, sauf à admettre un contrôle des électeurs sur les représentants, ce que rejette vigoureusement Esmein.

§ I. - L'IDENTIFICATION NATION / ÉTAT

Parfois confondus, parfois dissociés, les deux concepts de nation et d'Etat ont subi une évolution assez semblable. Si l'on étudie en effet les transformations de la notion d'Etat, sinon dans leur réalité, du moins telles qu'elles étaient perçues à la fin du siècle dernier, on s'aperçoit d'une progression constante vers l'abstraction, identique à celle que nous avons pu constater à propos du concept de nation.

A — L'évolution de la notion d'Etat

D'abord confondus dans la *polis* grecque, nation et Etat revêtent alors une signification relativement concrète. La *polis* se définit en effet comme une communauté de citoyens censée participer activement au pouvoir, opérant ainsi une symbiose de l'Etat (ou communauté) et de l'individu. Cette collectivité des citoyens (ou nation dans son sens concret) constitue l'élément dominant de l'Etat, voire son seul élément, puisque la qualité de citoyen implique l'appartenance de l'individu à un territoire déterminé et que la collectivité en tant que telle détient et exerce l'autorité sur elle-même et les non citoyens.

Le Moyen-Age semble au contraire dissocier les deux concepts d'Etat et de nation l'État est alors couramment désigné par les termes de *Land*, terre ou *terra* : la terre et la propriété foncière ayant pris une importance décisive, c'est par rapport à cet élément territorial que se définit le pouvoir politique exercé non plus par les citoyens, mais par le prince en qui s'incarne l'autorité. Le pouvoir garde visage humain, mais il s'exerce sur la société au lieu que la société l'exerce sur elle-même, consacrant ainsi la séparation de l'État et de la nation, de l'Etat et de l'individu.

C'est en Italie enfin que naît, au quinzième siècle, le terme moderne d'Etat, le *status*, l'ordre établi : « *Tous les Etats, toutes les seigneuries qui eurent et ont commandement sur les hommes, furent et sont ou républiques ou principautés* », dit Machiavel[106]. En tant qu'ordre établi, le *status* s'analyse donc essentiellement comme la constitution du pays, donnant ainsi la prédominance à l'élément d'autorité dans l'Etat (puisque le *status* désignait initialement le prince et sa cour), sans impliquer aucun mode spécial d'exercice du pouvoir, sans indiquer quel en doit être le titulaire.

C'est en ce sens que Jellinek peut dire qu'il « *n'y a pas de terme plus commode que celui d'Etat. Il est tellement incolore qu'aucune autre représentation accessoire ne s'y rattache, pouvant amener une confusion* »[107], et notamment la confusion avec le concept de nation comme collectivité concrète de citoyens. Or Jellinek note aussi, dans le même passage, que « *de nos jours (...), les expressions nation,* nazione, Volk,

[106] N. MACHIAVEL, *Le Prince*, éd. Gallimard Folio, 1980, p. 39. On peut noter que Jellinek cite ce passage de Machiavel en italien, et que le traducteur français, G. Mardis, le traduit ainsi : « Tous les Etats, toutes les souverainetés qui ont autorité sur des hommes ont été ou sont, soit des Républiques, soit des principautés » (*L'Etat moderne et son droit*, 1ère partie, éd. fr., Paris, Giard et Brière, 1911, p. 226).
[107] G. JELLINEK, *op. cit* , p. 230.

survivances d'une terminologie ancienne (...) , sont également très usitées »[108]. Cette terminologie est précisément celle de la Révolution française qui, pour réconcilier l'autorité et ceux sur lesquels elle s'exerce, semble retrouver partiellement la conception grecque de la *polis* qui fait de la collectivité concrète des citoyens le souverain et légitime le pouvoir de l'État, c'est-à-dire des gouvernants, par le fait qu'il puise son origine dans la volonté nationale[109].

La doctrine du dix-neuvième siècle, nous l'avons vu, transforme cette conception de la nation pour en faire un être abstrait et définit l'Etat, en droit international, par la combinaison de trois éléments : territoire, nation et pouvoir de commander ; en droit interne, comme la personnification juridique de la nation[110]. Mis à part chez Duguit, qui continue à identifier Etat et gouvernants[111], l'État est donc devenu lui aussi une entité abstraite dont l'existence se perpétue au-delà des gouvernants passagers et qui ne peut agir que par l'intermédiaire de représentants ou d'organes : « *Aujourd'hui, l'État, c'est l'ensemble des citoyens. Entendons bien cette formule. Elle ne doit pas exclure de l'État les citoyens futurs, ceux de demain ; ni ceux d'hier, qui nous ont légué un patrimoine matériel et moral, à charge de l'entretenir et de le transmettre* »[112].

B — Etat et nation deux aspects d'un même objet

Cette identification de la nation et de l'Etat comme collectivités permanentes et abstraites transcendant les éléments actuels qui les composent, permet alors d'exclure le problème de leur statut respectif posé par la théorie révolutionnaire celle-ci donnait à la nation le statut de collectivité antérieure et supérieure à l'Etat ; elle voyait en elle la collectivité titulaire de la souveraineté originaire. Cette conception

[108] G. JELLINEK, *ibid.*

[109] Il s'agissait en effet, pour les révolutionnaires du dix-huitième siècle, à la fois de limiter les pouvoirs du Roi en transférant la souveraineté à la nation, et d'établir les bases du pouvoir politique du Tiers-Etat en proclamant la souveraineté de la collectivité des citoyens dotés de droits politiques. Une conception purement négative de la souveraineté (et qui aurait conduit à lui donner pour titulaire un Ore abstrait) n'aurait pas permis de légitimer une redistribution du pouvoir au profit de ceux qui en avaient jusqu'alors été exclus. Elle aurait seulement justifié une limitation idéelle de la monarchie, limitation déjà comprise dans la notion de souveraineté de droit divin. Or, il ne s'agit pas seulement, en 1789, de lutter contre l'arbitraire, il est surtout question pour le Tiers-Etat de prendre le pouvoir et de l'imposer. La souveraineté nationale a donc, à cette époque, un contenu positif et concret.

[110] A. ESMEIN, *Eléments..* (*op. cit.*), p. I «Ce qui constitue en droit une nation. c'est l'existence dans cette société d'hommes d'une autorité supérieure aux volontés individuelles ».

[111] Cette assimilation résulte cependant chez DUGUIT d'une définition plus large : l'État. c'est aussi pour lui « toute société où existe une différenciation entre gouvernants et gouvernés» (*Manuel de droit public*, *op. cit.*, p. 19). On peut d'ailleurs noter que H. BERTHELEMY se rapprochera des conceptions de L. Duguit, voir *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau, 1902, 2ème éd, pp. 4-5. De même : L. LE FUR, « La souveraineté et le droit », *RD.P*. 1908, pp.. 189-422, p. 389. note 1 : la souveraineté ne peut appartenir à l'État, car « ce mot est pratiquement vide de tout sens s'il ne signifie ni les gouvernants, ni les gouvernés, ni leur réunion à tous deux ».

[112] A. LEFAS, *L'État et les fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1913, introduction, p. XXVIII ; G. TARDE, *Les transformations du pouvoir*, Paris, Alcan, 1899, p. 19: « A voir profondément les choses, l'Etat, c'est la nation tout entière».

découlait logiquement de l'hypothèse du contrat social. Mais le développement du positivisme et la critique systématique de Rousseau conduisent rapidement à l'abandon de la théorie du contrat. Et si certains maintiennent encore, pour quelque temps, le principe de la primauté de la nation sur l'Etat, ils en arriveront très vite à parler de la souveraineté de l'Etat et de la souveraineté de la nation comme d'une seule et même chose. Ainsi Esmein, qui définit l'Etat comme la personnification juridique de la nation, utilise indifféremment les deux expressions[113].

Dans ces conditions, Etat et nation apparaissent comme désignant un même objet étudié sous deux angles différents. Ce qui sépare encore les deux concepts tient à une question de point de vue : la nation et la souveraineté nationale relèvent de la théorie politique, voire sociologique de l'Etat ; l'Etat souverain est au contraire envisagé sous l'angle de la théorie juridique. Cette distinction des deux points de vue[114] est très nette chez. M. Hauriou, dans son ouvrage sur la souveraineté nationale[115]. Elle l'oblige à des subtilités parfois peu convaincantes pour éviter les contradictions entre la théorie de la souveraineté nationale encore plus ou moins prisonnière des conceptions révolutionnaires et celle de la souveraineté de l'Etat. On peut voir, dans ses tentatives, un exemple de la transition entre deux époques : celle de l'Etat légal (la souveraineté nationale originaire) et celle de l'Etat de droit (la souveraineté de l'Etat catégorie juridique).

La volonté de faire oeuvre de science et de construire le droit public comme discipline autonome vis-à-vis de la politique, l'influence des doctrines allemandes[116], enfin et surtout la remise en cause de l'Etat légal auquel conduit la théorie de la

[113] A. ESMEIN, *Eléments*. .. (*op: cit.*), p. 3: « L'État, sujet et titulaire de la souveraineté » ; p. 4 : « Dans l'Etat républicain, le sujet de la souveraineté est collectif. C'est la nation entière » ; p. 149, chapitre Il « La souveraineté nationale » : « La souveraineté chez un peuple réside dans le corps entier de la nation et ne saurait résider ailleurs ».

[114] Cette distinction est parfaitement explicite chez CARRE DE MALBERG (*op. cit*., t. I, p. 15) : «Finalement donc, les mots nation et Etat ne désignent que les deux faces d'une seule et même personne. Ou plus exactement la notion de personnalité étatique est l'expression juridique de cette idée que la nation, en s'organisant en Etat, se trouve par là érigée en un sujet de droit, lequel est précisément l'Etat : en sorte que ce que l'Etat personnifie, c'est la nation même, étatiquement organisée ». De même, G. JELLINEK distingue dans l'Etat la doctrine juridique et la doctrine sociale ou plus exactement sociologique (*op. cit*.). Pour les auteurs allemands, le concept de nation relève du domaine sociologique et ne présente aucun intérêt sur le plan juridique ; pour P. LABAND notamment (*Le droit public de l'Empire allemand*, éd. fr., Paris, Giard et Brière, 1911), la nation ne constitue pas le substratum de l'Etat, elle n'en est que l'un des éléments constitutifs, voir LABAND, *op. cit.*, t. 1, p. 102, mais aussi pp. 161-162, qui montrent que cette conception de la nation semble essentiellement liée au problème posé par la nature fédérale de l'Etat allemand, et qu'en présence d'un Etat unitaire, Laband aurait sans doute conçu la nation comme formant le substratum de l'Etat. Sur ce point, la distinction des théories française et allemande soulignée par Carré de Malberg n'est pas absolument établie.

[115] M . HAURIOU, *op. cit.*

[116] Influence relevée par H. CHARAU, *op. cit.*, p. 153: « Cette métaphysique cadre bien avec le tempérament allemand ; nous n'ignorons pas qu'elle a trouvé des échos en d'autres pays ; mais c'est. en Allemagne qu'elle est née, et déjà prestigieuse par elle-même, elle a bénéficié du prestige que, depuis 40 ans, et en tout domaine, nous semblons accorder de droit à ce qui vient d'Allemagne » (depuis 40 ans, autrement dit depuis la défaite de 1870).

souveraineté nationale font que les publicistes privilégient de plus en plus l'aspect juridique de la théorie et donc la souveraineté de l'Etat par rapport à la souveraineté de la nation. Et quoique les deux concepts d'Etat et nation semblent avoir des contenus identiques, ce glissement progressif d'une théorie à l'autre permet d'évacuer les problèmes politiques posés par la souveraineté nationale et de transposer la question de la légitimité du pouvoir sur un plan juridique et formel.

§ 2 - LES IMPLICATIONS DE LA THEORIE DE L'ETAT SOUVERAIN

En fondant la légitimité du pouvoir des gouvernants sur la volonté de la nation, la théorie de la souveraineté nationale renvoie à un ensemble de conceptions politiques dont nous avons vu à quel point elles étaient devenues ambiguës : légitimation par l'origine du pouvoir si l'on identifie nation et corps électoral, légitimation par l'objet si l'on assimile volonté des représentants et volonté d'une nation abstraite, volonté nationale et intérêt national. La théorie qui confie la souveraineté à l'Etat permet au contraire de reléguer ces questions au second plan, voire de les exclure comme non juridiques. Théorie juridique de la souveraineté, la théorie de l'Etat souverain n'est donc pas dépourvue de signification politique. Nous verrons notamment qu'elle réussit à relativiser l'importance du corps électoral et du parlement dans l'organisation des pouvoirs, là où l'évolution du concept de nation semble bien avoir échoué.

A — La transformation du mode de légitimation

Théorie juridique de la souveraineté, la théorie de l'Etat souverain l'est d'abord en ce qu'elle postule la personnalité juridique de l'Etat, autrement dit l'idée que l'Etat est titulaire de droits et obligations comme peuvent l'être les personnes physiques. Cette assimilation de l'Etat et des personnes physiques a d'ailleurs amené, par la confusion des notions philosophique et juridique de personnalité, la construction de la théorie organique de l'Etat d'après laquelle l'Etat est un organisme vivant ayant une volonté propre et indépendante.

Cette conception, née en Allemagne[117], a été vivement combattue en France, notamment par les libéraux. Berthélemy, par exemple, l'estime dangereuse dans la mesure où elle fait de l'Etat une puissance illimitée indépendante des individus sur

[117] BLUNTSCHL1, *Geist und Charakter der politischen Parteien*, 1869 ; H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889 ; C.F. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3e éd., Leipzig, 1880 ; O. GIERKE, «Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsreehtstheorien», *Zeitschrift fur die gesammte Staatswissenschaft*, Tübingen, 1874 ; Th. WELCKER, Die *letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813 ; WARNKOENIG, *Rechts-Philosophie als Naturlehre des Rechts*, 1839. Sur cette question, voir X.S. COMBOTHECRA, «L'État en tant qu'organisme », *R.D.P.* 1896, t. 5, pp. 279-288.

lesquels elle s'exerce[118]. Aussi la théorie de l'Etat-personne ne sera-t-elle pas immédiatement admise par la doctrine française ; celle-ci va cependant évoluer sous la pression d'un certain nombre de facteurs, pour finalement l'admettre dans son ensemble. C'est sans doute L. Michoud qui a le plus contribué à ce résultat en dissociant la théorie de la personnalité morale de la conception de l'Etat comme organisme, tout en soutenant la thèse de la réalité de la personne morale[119].

Si la préoccupation partagée par les libéraux d'obliger l'Etat à reconnaître la personnalité juridique des associations a joué en sa faveur, celle de fonder l'unité de l'Etat, de l'intégrer dans des cadres juridiques[120] et de reléguer enfin la théorie de la souveraineté nationale n'a pas été moins importante. Les publicistes du dix-neuvième siècle restreignaient en effet l'utilisation du concept de personne juridique aux interventions de l'Etat en son domaine privé et voyaient dans ce concept une simple fiction. Berthélemy et Ducrocq poursuivent cette tradition en opposant l'Etat-personne (l'Etat patrimonial) et l'Etat-puissance[121]. Mais cette résistance n'est plus qu'un combat d'arrière-garde. Duguit lui-même, dont nous verrons qu'il rejette pourtant les notions de souveraineté et de personnalité, l'utilise en 1907 dans son Manuel de droit public[122]. La théorie dominante est donc celle de l'Etat personne publique, titulaire de droits subjectifs de puissance publique et donc aussi d'obligations.

Quant à la théorie de la réalité de la personne morale progressivement adoptée en droit privé[123], elle a pour avantage de distinguer l'intérêt collectif de la personne morale des intérêts particuliers des membres qui la composent, et donc, s'agissant de l'Etat, de séparer l'intérêt de la collectivité de celui des gouvernants passagers et des intérêts particuliers des gouvernés. Personne juridique, l'Etat est donc un être abstrait dont la volonté ne se confond pas avec la volonté particulière des gouvernants,

---

[118] H. BERTHELEMY, «De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *R.D.P.* 1904, pp. 209-227.

[119] L. MICHOUD, « La notion de personnalité morale », *R.D.P.* 1899, t. 11, pp. 1-32 et pp. 193-228 ; *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906-1909, 2 vol.

[120] G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 280 : « Concevoir l'Etat comme sujet juridique, ou personne, est une chose que nous pouvons faire avec autant de raison scientifique que concevoir l'homme comme sujet juridique. Cette théorie seule nous permettra de concevoir juridiquement l'unité de l'Etat, l'unité de son organisation et de la volonté qu'elle engendre ».

[121] H. BERTHELEMV, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Rousseau. 2ème éd., 1902 ; Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 5ème éd., 1877, t. 2, pp. 84 et s., et 7ème éd., 1901, t. IV.

[122] L. DUGUIT, *op. cit.*, pp. 44 et s. ; P. TIRARD, *De la responsabilité de la paissance publique, essai d'une théorie générale*, thèse, Paris, Rousseau, 1906, p. 120 : « C'est à tort qu'on oppose, comme s'excluant l'une l'autre, la personne morale et la puissance publique. L'observation des faits nous permet simplement de dire ceci : il y a un patrimoine administratif et des droits patrimoniaux qui appartiennent collectivement à tous les Français, qui sont destinés à assurer tous les services publics et dont, par fiction, la personne morale a la gestion. I1 y a un principe d'autorité, qui résulte de l'équilibre volontaire de deux forces et dont les gouvernants ont l'exercice parce qu'ils détiennent la plus grande force conformément au droit ».

[123] L. MICHOUD, « La notion de personnalité morale », *loc. cit.* ; et « Analyse du livre du marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902 », R.D.P. 1903, t. 20 , pp. 339-357, où il souligne que la théorie de la réalité de la personne morale signifie que la personne en question présente tous les caractères de la personnalité juridique avant même l'intervention du législateur.

instruments ponctuels de l'intérêt collectif[124]. La théorie de la souveraineté nationale ne dit guère autre chose lorsqu'elle fait de la loi édictée par le parlement l'expression d'une volonté, générale par son objet, Cette conception n'est donc pas sans intérêt pour justifier la nécessaire obéissance aux ordres des gouvernants qu'elle présente comme le produit d'une volonté transcendante visant l'intérêt collectif, et légitime en tant que telle.

Paradoxalement, cette théorie de la réalité de la personne morale constitue un pas supplémentaire franchi dans l'abstraction et qui n'est pas sans rappeler l'évolution parallèle qui s'est faite dans la théorie de la nation. Dire que l'Etat a une volonté propre jusque dans les ordres qu'il adresse aux gouvernés permet à la fois de sauvegarder l'unité indivisible de l'Etat[125] (contrairement à la théorie de Berthélémy) et d'intégrer l'Etat au monde du droit puisqu'il relève d'une catégorie juridique, celle de la personnalité. La puissance publique, la souveraineté n'est donc pas seulement un pouvoir politique, c'est surtout un pouvoir juridique.

C'est aussi, comme le remarque Berthélémy, un moyen de justifier l'extension des pouvoirs de l'Etat[126]. Comparée à la théorie libérale classique d'après laquelle la puissance publique est un pouvoir de commander exercé au nom de la nation par les gouvernants dans le but d'organiser les libertés individuelles, la conception de la souveraineté comme ensemble de droits justifie les interventions de l'Etat pour la protection de l'intérêt collectif : «*Si le droit,* dit Michoud*, veut correspondre aux besoins de l'humanité, dégager la formule exprimant aussi exactement que possible les rapports existant dans la société humaine, il ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité de droits subjectifs, les intérêts collectifs et permanents des groupements humains. Il doit donc permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales* »[127].

En passant de la souveraineté nationale à la souveraineté de l'Etat, la doctrine peut donc abandonner les présupposés libéraux attachés à la première, et éluder la légitimité du pouvoir par l'origine, question que la théorie de la souveraineté

[124] «La personnalité de l'Etat ne se pose pas seulement vis-à-vis des sujets ; elle se pose encore vis-à-vis de ceux qui détiennent le pouvoir ; il s'agit, en effet, d'expliquer et de traduire ce fait que l'autorité publique nous apparaît comme essentiellement orientée vers l'intérêt de tous et non vers celui de ceux qui l'exercent, et que c'est au contraire à cet intérêt général que les gouvernants doivent sacrifier le leur propre. Ils ne justifient leur autorité qu'en lui donnant pour but le bien de l'Etat. Ici encore on est amené à concevoir ce dernier comme une personnalité distincte des individus qui agissent en son nom », E. PUJOL, *op cit.*, pp. 15-16.

[125] L MICHOUD, « Analyse du livre du marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902 », *loc. cit.*, p. 350, où il critique la théorie de Vareilles-Sommières parce qu'elle réduit la personnalité morale à son côté patrimonial et qu'un tel système « rompt tout lien entre les relations publiques et les relations privées de l'Etat (...) par là il détruit l'unité de sa personnalité » ; de même : G. JELLINEK, *op. cit*., p. 280.

[126] H. BERTHELEMY, « Le fondement de l'autorité politique », *R.D.P.* 1915, pp. 663-682, p. 674, note 1 : «C'est bien, restaurée au prix d'un détour d'une inutile complication, la théorie de la soumission absolue des sujets au souverain par l'intermédiaire d'un Etat fictif. Peut-être se présente-t-elle sous une forme plus dangereuse qu'auparavant car l'individu se trouve aujourd'hui en présence, non plus d'un homme, dont l'autorité, après tout, peut être contestée, et contre lequel on peut chercher à lutter, mais bien d'une abstraction, d'une personne morale insaisissable, derrière laquelle les gouvernants auront beau jeu pour se réfugier quand on leur demandera compte de leurs actes ».

[127] L. MICHOUD, « La notion de personnalité morale », *loc. cit*., p. 218.

nationale cherchait désespérément à transformer en une légitimité par l'objet. Avec l'Etat souverain, il ne s'agit plus de légitimer le pouvoir de gouvernants concrets censés agir au nom et pour le compte de la nation, mais de légitimer la défense d'intérêts collectifs par une unité abstraite : l'Etat dont les gouvernants ne sont que des instruments. La distinction fondamentale des gouvernants et des gouvernés tend ainsi à s'estomper derrière l'abstraction de l'Etat, personnification juridique de la nation, en même temps qu'est maintenue l'indépendance des gouvernants dont la volonté se confond nécessairement avec celle de l'Etat.

Du point de vue de l'Etat légal, cette transformation nous semble fort importante (et nous en retrouverons les conséquences qui en sont aussi les raisons d'être tout au long de ce travail) : en s'attachant aux seules considérations juridiques, la théorie de l'Etat souverain peut oublier le principe de la suprématie législative lié à la souveraineté nationale, donc à des justifications historiques et politiques. Si, comme nous venons de le voir, la souveraineté de l'Etat exclut de la théorie juridique toute référence au problème de l'origine du pouvoir, elle contribue du même coup à relativiser l'importance du législateur élu au suffrage universel dans l'organisation constitutionnelle. Dans la défense de l'intérêt collectif, tous les gouvernants apparaissent sur un pied d'égalité : tous agissent pour le compte de l'Etat, ils en sont les représentants ou, mieux encore, les organes.

B — La relativisation du rôle des assemblées et des citoyens

Quoiqu'elle soit issue de la conception organique de l'Etat[128], cette théorie de l'organe va être adoptée par un grand nombre de publicistes français[129] soit pour remplacer la théorie de la représentation, soit pour coexister avec elle. Vidée de tout contenu précis, la notion de représentation[130] ne présente plus que des inconvénients en ce qu'elle renvoie essentiellement à la théorie de l'Etat légal et à l'idée qu'il existe quelque part des représentés susceptibles de revendiquer un jour un droit de contrôle sur leurs représentants. La théorie révolutionnaire s'était élaborée dans l'action en prenant pour point de départ la nation concrète élisant des gouvernants censés la représenter. La théorie de l'organe s'est construite à l'inverse, à partir de la notion

[128] Selon R. CARRE DE MALBERG, la théorie de l'organe est d'origine française : « Si la théorie actuelle de l'organe juridique est de construction allemande, les matériaux en ont été fournis en bonne partie par travaux et les discours des Constituants français de 1791, (*op. cit*., t. Il, p. 297) ; mais il remarque aussi que les juristes français de l'époque se représentaient cette notion d'organe d'Etat comme « une notion d'origine et d'essence purement germaniques» (ibidem)

[129] Outre R. CARRE DE MALBERG (*op. cit.*), on peut citer notamment G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, Paris, Rousseau, 1903 ; A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Paris, Rousseau, 1899 ; L MICHOUD, *op. cit.* ; V.E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *loc. cit.* ; N. SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, thèse, Paris, Rousseau, 1899. Quoiqu'il se soit toujours considéré comme un adversaire de la théorie de l'organe, L. Duguit n'est pas loin de les rejoindre lorsqu'il considère les gouvernants comme des fonctionnaires. Comparer J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, pp. 28 et s.

[130] En ce sens, D. TURPIN, *op. cit.*

abstraite d'Etat qui, pour agir, a besoin d'organes. Seul l'Etat est censé ici avoir une volonté, ses organes, comme ceux du corps humain, n'ont pas d'existence propre, autonome. Et pourtant, la volonté étatique ne peut se former sans l'intervention de ses organes, c'est-à-dire des gouvernants concrets. En d'autres termes, la volonté de l'Etat, c'est tout simplement celle de ses gouvernants, résultat auquel était déjà parvenue la théorie de la souveraineté nationale après transformation du concept de nation. Ces deux théories ont ainsi pour effet de sauvegarder l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés.

Mais le concept d'organe, à l'inverse de celui de représentant, présente un mérite supplémentaire, essentiel dans la lutte contre la souveraineté parlementaire : celui de ne pas postuler immédiatement la supériorité des assemblées sur les autres pouvoirs. Aussi cette théorie correspond-elle assez bien à la situation politique allemande pour laquelle elle a été échafaudée : le parlement n'y bénéficie pas de cette suprématie propre à l'Etat légal, la bourgeoisie n'ayant pas réussi à imposer son pouvoir au monarque avant d'être elle-même menacée par la montée du socialisme. Proclamé en 1866, le suffrage universel a d'ailleurs contribué à accélérer la construction de cette théorie : il est devenu, dit Charau, « *un danger pour les partisans de l'ordre social établi, pour toute l'Allemagne 'monarchique, bureaucratique et militaire'* » ; le socialisme menace de s'emparer des pouvoirs publics avec le bulletin de vote comme instrument de conquête. Une réaction était donc inévitable : elle a déterminé la tentative des jurisconsultes de réduire par des moyens légaux les situations d'électeur et de représentant du peuple »[131]. Et si la doctrine française adopte aussi facilement la théorie de l'organe, n'est-ce pas parce qu'elle poursuit les mêmes objectifs ?

De même que la théorie de l'Etat souverain, le concept d'organe se présente comme un concept juridique débarrassé de toute connotation politique : la volonté de l'organe est celle de l'Etat, légitime par elle-même, et non parce qu'elle serait l'expression d'une volonté générale formulée par des représentants de la nation. L'organe, lui, ne représente rien. Il n'y a donc aucune raison pour accorder une suprématie quelconque au parlement ; il n'y en a pas non plus pour faire du corps électoral le souverain, puisque le corps électoral n'est qu'un organe de l'Etat seul souverain. La conséquence de cette théorie de l'organe, dit encore Charau (seul auteur ou presque à identifier nation et corps électoral), « *la conséquence la plus intéressante, c'est que dans les constitutions démocratiques modernes, la nation ne saurait être regardée à aucun titre comme souveraine. De la nation appelée à désigner les représentants, il n'en va pas autrement que du Parlement : tous deux sont compris dans la série variable des organes entre lesquels se répartit l'exercice de la souveraineté de l'Etat. L'un est l'organe législatif, l'autre, l'organe électoral (...) ; ni l'un ni l'autre enfin ne résument l'Etat tout entier, puisque l'Etat se compose*

[131] H. CHARAU. *op. cit.*. pp. 147-148.

de tous ses organes et n'exprime pleinement sa volonté latente que par leurs volontés réunies »[132].

Cette théorie de l'organe se combine donc parfaitement à celle de l'Etat souverain qui, en juridicisant le titulaire de la souveraineté, contribue à relativiser les justifications de l'Etat légal. Celles-ci n'apparaissent plus que sous l'angle historique et politique, donc contingent. Les justifications juridiques peuvent en revanche, par leur neutralité prétendue, passer pour éternellement valables.

[132] H. CHARAU, *op. cit.,* p. 157.

Chapitre II

L'ÉTENDUE DE LA SOUVERAINETÉ

Les publicistes ont souvent insisté sur l'ambiguïté du concept de souveraineté. Celle-ci est en effet susceptible de définitions variables dans le sens le plus courant, la souveraineté, c'est le pouvoir de commander[133] ; mais c'est aussi ce qui caractérise l'Etat en tant que puissance qui n'a rien au-dessus d'elle. La souveraineté est donc un pouvoir de commander indépendant dont on peut se demander s'il ne signifie pas aussi et nécessairement pouvoir illimité[134]. Etant à la fois élément et caractéristique de l'Etat, elle occupe par conséquent une place privilégiée, et son statut présente d'autant plus d'ambiguïtés que la définition des éléments de l'Etat est elle-même susceptible de varier : le pouvoir de commander est aussi appelé autorité, gouvernement ou puissance publique. Ainsi en arrive-t-on à identifier souveraineté et gouvernement.

Une seconde ambiguïté vient de ce que la souveraineté désigne aussi parfois le caractère de la puissance attribuée à l'organe suprême dans l'Etat[135]. Mais si cet emploi du terme était fréquent à l'époque de la monarchie absolue où le Roi, organe souverain, pouvait s'identifier à l'Etat, il est pratiquement abandonné à la fin du dix-neuvième siècle, les juristes répugnant à dire que les assemblées sont souveraines[136].

On peut enfin distinguer la souveraineté externe qui signifie indépendance de l'Etat vis-à-vis des autres Etats, et la souveraineté interne : le pouvoir qu'a l'Etat d'imposer sa volonté aux individus vivant sur son territoire. C'est dans cette dernière

[133] L. DUGUIT, *op. cit*., p. 115 ; E. PUJOL, *op. cit.*, p. 16 : « La souveraineté en droit interne, c'est donc le droit de commander et d'imposer l'obéissance par la force à tous les citoyens membres de l'Etat et même à toute personne résidant sur son territoire la souveraineté est donc la qualité de l'autorité la plus haute qui ne reconnais aucun pouvoir juridique supérieur au sien ».

[134] En sens contraire, voir L. DUGUIT, *op. cit*., p. 123: « Dire que la souveraineté est un pouvoir-vouloir indépendant, ce n'est pas dire qu'elle est un pouvoir-vouloir illimité. La souveraineté de l'Etat est un droit, comme tout droit, elle ne peut s'exercer que dans certaines limites juridiques ».

[135] L. DUGUIT, *op. cit*., p. 113 ; J.G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, Paris, Guillaumin, 1887, p. 220 : « En tout temps, quelle que soit l'origine ou la forme du gouvernement, le pouvoir législatif est souverain, par définition. (...) Chez nous, le législateur n'est pas personnellement au-dessus des lois, mais dans l'exercice de ses fonctions, il est souverain ». Cette confusion passe donc ici par celle du pouvoir et de l'organe. R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.,* t. I, p.79 : «Le mot souveraineté a acquis dans le passé trois significations principales bien distinctes. Dans son sens originaire, il désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique. Dans une seconde acception, il désigne l'ensemble des pouvoirs compris dans la puissance d'État, et il est par suite synonyme de cette dernière. Enfin, il sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique, et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe ».

[136] En sens contraire voir E. PIERRE, *Traité*...

acception que nous étudierons ici le concept de souveraineté, en précisant toutefois que la notion de souveraineté externe n'est pas restée sans influence sur l'évolution du concept de souveraineté interne.

Or cette évolution suit à peu près les mêmes voies que celle qui affecte la théorie du titulaire de la souveraineté. La doctrine se livre en effet à une relecture des conceptions révolutionnaires pour opposer deux thèses : celle de la souveraineté limitée et celle du caractère absolu de cette souveraineté. Duguit, pour sa part, ira plus loin en rejetant purement et simplement un concept dont il estime qu'il relève de la métaphysique. C'est pourquoi nous n'avons pu parler du professeur de Bordeaux à propos de la question du titulaire de la souveraineté. Mais nous verrons que, par l'intermédiaire d'une critique qui se veut radicale, la position de Duguit rejoint celle des autres publicistes dans leur remise en cause de la souveraineté parlementaire (Section 1). Quoiqu'elles n'aient pas été intégralement suivies, ses conceptions ont par ailleurs largement contribué à ce que la majorité de la doctrine adopte la thèse du caractère nécessairement limité de la souveraineté par opposition à Rousseau, mais aussi contre les théories allemandes (Section 2).

Section 1 LA CRITIQUE DU CONCEPT DE SOUVERAINETÉ

A partir d'une conception proche du solidarisme, L. Duguit a voulu rénover profondément le droit public de son temps et en expliquer les transformations. Un tel projet se devait d'aborder tous les problèmes habituellement posés en doctrine et s'attaquer notamment aux fondements mêmes du système juridique, du moins à ce qui se donne pour tel, les notions de souveraineté et de personnalité. Sans exposer ici toute la doctrine de Duguit, il convient de s'attacher aux raisons d'être et aux implications de sa critique (§ 1), avant de voir quelle en a été l'influence sur ses contemporains (§ 2).

§ l . - LE CONTENU DE LA CRITIQUE

Se voulant avant tout positiviste et réaliste, Duguit ne voit dans l'Etat qu'un simple fait social, celui de la distinction des gouvernants et des gouvernés. Il ne peut donc admettre la thèse selon laquelle l'Etat est une personne dotée d'une volonté supérieure aux volontés individuelles des particuliers. La volonté de l'Etat n'est, selon lui, que celle des individus qui gouvernent. Or il n'y a pas de volonté qui soit, par essence, supérieure aux autres ; si une volonté s'impose, c'est parce que son titulaire détient la plus grande force, non parce qu'elle est légitime. La souveraineté s'avère par conséquent une théorie élaborée par les gouvernants pour légitimer le fait qu'ils détiennent la plus grande force, que cette force soit matérielle, intellectuelle, morale,

économique ou numérique. La souveraineté est un dogme métaphysique que tout positiviste doit abandonner ; c'est aussi un concept individualiste inadapté aux besoins de l'Etat moderne. Duguit reproche à la Révolution française d'avoir conservé la conception féodale de l'Etat patrimonial qui fait de la souveraineté un droit subjectif, une sorte d'équivalent du droit de propriété. Les révolutionnaires ont prétendu déposséder le Roi au profit d'une personne fictive la Nation. « *Cette conception de La souveraineté droit subjectif d'une personne était un produit historique qui devait disparaître avec les circonstances qui lui avaient donné naissance. Cependant, il n'en fut rien* »[137]. Le titulaire de la souveraineté a donc changé en 1789, mais le concept est resté le même parce que les membres de l'Assemblée Constituante avaient été nourris des conceptions monarchiques. Il leur a suffi de faire de la Nation une personne pour transmettre à celle-ci ce qui appartenait au Roi.

Duguit explique le maintien de cette conception patrimoniale de la souveraineté par la force de la tradition et plus encore par le caractère religieux et mythique de l'idée de souveraineté. En bon représentant de la République radicale et laïque, il se propose donc d'achever l'oeuvre entreprise par 1es révolutionnaires et de dévoiler aux yeux du monde l'inanité de cette croyance. Au reste, et c'est là sans doute l'essentiel, la théorie de la souveraineté nationale a épuisé ses mérites et ne cadre plus avec les faits. Elle a en effet été détournée par les assemblées qui se la sont appropriée ; elle est donc désormais impuissante à garantir l'individu et la société contre les gouvernants ; elle ne réussit pas non plus à légitimer les interventions de ces derniers puisque la théorie de la souveraineté nationale assignait un seul but à la loi : organiser l'exercice et la défense des libertés individuelles.

Si la souveraineté n'est qu'une force déguisée, la volonté des électeurs n'a donc aucune légitimité par elle-même puisqu'elle est, selon Duguit, assimilable à la force du plus grand nombre[138]. Les gouvernants ne peuvent non plus prétendre tirer leur légitimité de ce qu'ils représenteraient cette volonté. La légitimité vient plutôt, pour Duguit, de ce que tous poursuivent le même but, celui de la solidarité sociale. Aussi, par cette critique de la souveraineté, Duguit rejoint-il finalement les autres publicistes ; mais il n'est pas du tout certain qu'il ait poursuivi 1es mêmes objectifs que ces derniers. Malgré certaines hésitations[139], le professeur de Bordeaux défend en effet une conception de la nation assez proche de celle des révolutionnaires de

[137] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, A. Colin, 1913, p. 11.

[138] Dans le même sens, voir E. VILLEY, «La souveraineté nationale, son fondement, sa nature et ses limites», *R.D.P.* 1904, pp. 5-27, p. 24 : « Quand donc on entend la souveraineté nationale comme un pouvoir omnipotent, qui appartiendrait au peuple par une sorte de loi naturelle, et dont il appartiendrait au peuple de déterminer souverainement les limites, on fait purement et simplement la théorie de la force, qui est toujours, qu'elle appartienne à un tyran ou à une multitude, le contraire du droit » ; L. LE FUR, « La souveraineté et le droit », *R.D.P.* 1908, pp. 389-422.

[139] Voir *supra*, chapitre I, p. 41.

1789 en l'assimilant au concept de corps électoral[140]. Il est en outre plus ou moins partisan du gouvernement semi-représentatif dont il accepte certains éléments (referendum, représentation proportionnelle) sans pour autant admettre le mandat impératif.

On peut donc se demander si ce rejet de la souveraineté parlementaire ne signifie pas le désir d'accorder une plus grande place au suffrage universel. L'omnipotence des assemblées peut en effet s'analyser aussi bien comme une souveraineté indirecte des électeurs que comme l'usurpation par les gouvernants des volontés des électeurs[141]. En ce sens, la position de Duguit pourrait s'interpréter comme une défense du gouvernement semi-représentatif contre sa transformation en gouvernement ultra-représentatif. Et quoiqu'elle parvienne au même résultat (la critique de la souveraineté parlementaire), elle serait diamétralement opposée à la conception des autres publicistes.

Dans les premiers temps, la doctrine semble d'ailleurs l'avoir comprise ainsi, Hauriou taxant Duguit d'« *anarchiste de la chaire* »[142]. Ayant mis à nu la réalité du pouvoir, Duguit s'est effectivement rapproché sensiblement des critiques marxistes de l'Etat. Le reproche qui lui est adressé est cependant mal fondé puisqu'il s'est empressé d'élaborer une nouvelle théorie plus apte que la précédente à légitimer le rôle de l'Etat sous la Troisième République. En outre, s'il avait réellement critiqué les assemblées pour avoir détourné à leur profit les volontés du corps électoral, on ne

[140] L. DUGUIT, *op. cit.,* p. 113 «On dit qu'à l'heure actuelle en France, le corps électoral est le souverain, parce que tous les organes de l'Etat, tous les agents de l'Etat sont créés directement ou indirectement par lui ». Mais Duguit ajoute : « Cet organe dit souverain en réalité n'exerce que la puissance de l'État ; ce caractère de souverain qu'on hui attribue qualifie sa situation à l'égard des autres organes de l'Etat considéré et la question de savoir quel est l'organe souverain ainsi compris est résolue par la loi constitutionnelle du pays ». Cependant, p. 115 : « Dans la doctrine française, qui est certainement l'expression exacte de notre droit positif, la souveraineté interne est tout simplement la puissance publique ».

[141] En ce sens, voir E. PUJOL, *op. cit.*, pp. 18-19 : « La nation titulaire de la souveraineté la délègue à ses représentants qui l'exercent en son nom ; ainsi la volonté de ces derniers est considérée comme la sienne propre ; elle est censée se gouverner elle-même dans la mesure où le gouvernement est dans la dépendance de ses représentants. Telle est l'interprétation courante et pour ainsi dire classique que l'on a donnée du gouvernement représentatif et de la démocratie et au travers de laquelle on les a tour à tour glorifiés et combattus. C'est cette interprétation doctrinale que nous nous proposons d'examiner et de critiquer ». Cependant, la critique opérée par Pujol ne vise pas à restaurer la souveraineté du corps électoral, même s'il est partisan du referendum. Elle débouche au contraire sur la reconnaissance à la nation de droits finalement réduits, ceux que le réalisme empêche de lui refuser « Le pouvoir de la Nation (...) est un pouvoir de résistance et d'adhésion, comme celui du gouvernement un pouvoir de domination. Dès lors, il sera naturel de lui reconnaître les droits, mais ces droits seuls qui traduisent ce pouvoir de résistance : nous ménageons ainsi à sa propre force des voies régulières et pacifiques. C'est ainsi que nous lui reconnaîtrons notamment le droit de choisir ses gouvernants (...) Il nous paraîtra par suite normal de nous attacher à rendre cette acceptation sûre et effective, par exemple d'introduire le referendum, dans la mesure où l'expérience le reconnaît possible et concluant » (*ibid*., pp. 117-118). Pujol rejoint ainsi Esmein (quoique celui-ci rejette le referendum) qui soulignait de façon très réaliste que l'adhésion implicite de l'opinion publique est une condition indispensable de l'obéissance. Mais il rejoint aussi Duguit qui voit dans le referendum une institution destinée à maintenir la solidarité entre les électeurs et les élus plutôt qu'à imposer la volonté des électeurs aux élus.

[142] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910, p. 79.

comprendrait pas qu'il ait condamné le système du mandat impératif [143], encore moins qu'il critique le principe de l'égale participation des citoyens à la puissance publique [144].

D'après cette théorie, l'action des gouvernants doit se fonder sur la solidarité sociale qui les limite et les oblige en même temps. C'est la version solidariste de l'intérêt national dont les gouvernants ne seraient plus que les fonctionnaires. On pourrait ici retourner à Duguit le reproche qu'il adresse aux théories de la souveraineté : « *Sophismes dont les gouvernants veulent leurrer leurs sujets et se leurrent souvent eux-mêmes* »[145]. En effet, s'il montre bien que le pouvoir des gouvernants n'est, par son origine, qu'un pouvoir de fait, il restaure la légitimité de l'exercice de leur domination par le biais du concept vague de solidarité sociale, aussi vague que l'est devenu celui de nation dans la pensée du dix-neuvième siècle.

Dans une certaine mesure, et quoiqu'il s'en défende, la théorie de Duguit conduit finalement à restaurer la souveraineté d'une raison d'un genre nouveau, celle de la nécessaire unité de tous les membres du corps social, qui laisse aux gouvernants toute leur indépendance à l'égard des velléités des gouvernés, au nom de la solidarité sociale[146].

C'est là un résultat à la fois inévitable et paradoxal. Inévitable, car pour échapper aux conséquences extrêmes de l'idée émise à propos de la souveraineté, et selon laquelle le droit n'est que la consécration de la force, Duguit se voit obligé de chercher une nouvelle source de légitimité à l'exercice du pouvoir. Paradoxal, dans la mesure où la démarche parvenue à ce stade entre en contradiction avec ses présupposés positivistes : qu'il s'agisse de la volonté de construire une nouvelle idéologie ou du contenu donné à l'acte légitime, l'auteur s'éloigne d'une théorie qui ne reposerait que sur les faits donnés par l'expérience ; il abandonne le terrain du droit positif pour distinguer parmi les lois édictées celles qui seraient légitimes (parce qu'elles correspondent à la notion de solidarité sociale) et celles qui ne seraient pas juridiquement valables. C'est sans doute dans ce paradoxe que l'influence de Duguit trouve sa limite. L'attraction qu'il a exercée sur les auteurs de son temps est pourtant considérable, ce qui témoigne une fois de plus en faveur de l'idée qu'il ne défendait pas des conceptions radicalement opposées à celles de ses contemporains.

---

[143] L. DUGUIT, op. cit., p. 314: « Au point de vue politique et pratique, le système du mandat impératif est inadmissible ». Voir également note 141 *supra*.

[144] L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 491.

[145] L. DUGU1T, *L'Etat, le droit objectif el la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, p. 246 ; également, L. Duguit, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *R.D.P.* 1907, pp. 411-439, p. 422 : «Le concept de puissance publique est un concept métaphysique emprunté au droit romain par les hommes au pouvoir et leurs légistes pour donner un fondement d'apparence juridique à la force qu'ils détiennent ; c'est un concept que tout esprit positif doit rejeter ».

[146] « Que le député ait promis quelque chose ou n'ait rien promis, sa situation, ses pouvoirs et ses devoirs restent toujours les mêmes ils sont supérieurs à lui ; ils ne dérivent ni de sa volonté, ni de celle de ses électeurs, mais de la loi qui les constate et les sanctionne », L. DUGU1T, *L'Etat.... op. cit*., p. 235

§ 2. - L'INFLUENCE DE DUGUIT

On peut se faire une idée de cette influence par la lecture de la *Revue du Droit Public* (de sa fondation à 1920), qui montre le progrès constant des idées de Duguit parmi les chroniqueurs de la revue à laquelle il collaborait aussi.

G. Jéze, Nézard, Barthélemy dans une moindre mesure, peuvent être classés parmi ceux qui ont le plus nettement subi son influence[147]. Tous se rallient à la critique du concept de souveraineté et à sa définition de la puissance publique comme un pouvoir de fait[148]. Ils veulent collaborer à la grande oeuvre d'édification d'un nouveau système juridique fondé sur les obligations positives imposées aux gouvernants en vertu de la solidarité sociale[149]. Ils adhèrent à cette idée que 1es gouvernants ont des fonctions à remplir plutôt qu'ils ne possèdent des droits[150], contribuant ainsi à la lutte contre toute justification de la souveraineté parlementaire. C'est pourquoi Berthélemy, attaché à la théorie libérale classique de la limitation du rôle de l'Etat, les rejoint sur ce point[151].

Mais ils se méfient aussi de certaines des conséquences extrêmes auxquelles pourrait parvenir la doctrine du maître. Ils évitent notamment de le suivre sur le terrain dangereux de la désobéissance nécessaire aux lois positives qui n'auraient pas pour but la solidarité sociale. Ils préfèrent d'ailleurs le terme plus technique et plus juridique de service public à celui de solidarité, ce qui permet en outre de ramener au positivisme la doctrine de Duguit. D'une manière générale, les contemporains ont davantage retenu la partie critique de son oeuvre que ses conclusions[152], dans la mesure où l'abandon du concept de souveraineté contient une critique de la puissance illimitée du parlement. En outre, nous l'avons vu, cette doctrine n'est pas dépourvue d'ambiguïtés. Aussi peut-elle être adoptée par 1es nostalgiques de l'Etat légal d'avant le suffrage universel, comme par les rares partisans d'un contrôle renforcé des électeurs sur les élus[153]. En revanche, l'idée selon laquelle les gouvernants n'ont que des devoirs nés de la solidarité sociale, si elle n'implique aucune dépendance directe

[147] C'est aussi le cas d'auteurs comme L. Le Fur. F. Moreau, P. Tirard ou H. Berthélemy qui, au fil des années, se rapproche de plus en plus nettement de Duguit (H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif,* 5e éd.. 1908, p. 4).

[148] J. BARTHELEMY, « Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 92-101, «On est loin de reconnaître unanimement aujourd'hui que la loi est l'expression de la volonté générale : elle est simplement l'expression de la volonté des gouvernants, c'est-à-dire de ceux qui détiennent à un moment donné la plus grande force politique».

[149] H. NEZARD, *Éléments de droit public*, Paris, 3e éd., 1922, pp. 3-4.

[150] G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437.502, p. 440: « Voilà l'idée fondamentale du droit public moderne : les agents publics, quels qu'ils soient, n'ont de pouvoir que pour remplir leur devoir d'assurer le service public ».

[151] H. BERTHELEMY. « Le fondement de l'autorité politique , *R.D.P.* 1915, pp. 663-682, pp. 675-676.

[152] E. VILLEY, « La souveraineté nationale : son fondement, sa nature et ses limites », *loc. cit.*

[153] C. KOCH, *Les origines françaises de la prohibition du mandai impératif*, thèse Nancy, 1905 ; dans une moindre mesure : H. BOUCHET, *op. cit*.

à l'égard du corps électoral, n'exclut pas la multiplication des interventions de l'Etat au nom précisément de cette solidarité.

Pourquoi un tel succès ?

On peut penser d'abord que l'ampleur et la nouveauté du projet ont séduit les juristes. Au début du siècle, la doctrine publiciste est encore en train de se constituer. La génération précédente a été marquée par Ducrocq, Aucoc et surtout Laferrière qui a, le premier, tenté une synthèse du droit administratif. Or ce droit a connu une évolution très rapide, le traité de Laferrière s'est trouvé dépassé et les retouches successives apportées par d'autres auteurs se sont avérées insuffisantes. Duguit apparaît alors comme celui qui à la fois réactualise la synthèse et l'ouvre vers l'avenir il indique dans quelle voie poursuivre l'évolution du droit public. Un tel projet ne pouvait que séduire ceux qui ne se contentaient plus de décrire un système dont il fallait bien admettre qu'il avait perdu sa cohérence au fil des bouleversements introduits par la jurisprudence.

Le succès de Duguit s'explique ensuite et peut-être surtout par le fait que sa pensée s'inscrit exactement dans l'idéologie de la Troisième République. Radical et laïc, le professeur de Bordeaux traduit dans la pensée juridique le mouvement d'une époque qui veut tourner le dos aux idéaux religieux sans très bien savoir par quoi les remplacer. On a souvent écrit que la Troisième République était à la recherche d'un ciment idéologique[154]. C'est à cela que contribue Duguit dans le domaine du droit public et c'est aussi pourquoi son oeuvre constitue un centre autour duquel se rassemblent la plupart des publicistes[155].

Le succès de Duguit vient enfin de ce que la doctrine, dans son ensemble, reste insatisfaite du renouvellement qu'elle a opéré de la théorie de la souveraineté nationale ou de la souveraineté de l'Etat. Car, si l'évolution du concept de nation a permis d'exclure le système de démocratie directe, elle n'a pas vraiment réussi à freiner efficacement l'omnipotence parlementaire. L'appropriation de la souveraineté par le parlement pouvait certes convenir à l'époque de l'Etat légal et du libéralisme ; elle devient gênante pour certains dès lors que se profile derrière les députés « *la force du nombre* » (le suffrage universel) et que le volume législatif ne cesse d'augmenter sans beaucoup de cohérence. C'est pourquoi la critique de Duguit peut facilement rassembler nombre d'auteurs aux idées par ailleurs opposées : les libéraux y trouvent leur compte dans la mesure où cette critique alimente leur contestation des ingérences de l'Etat dans tous les domaines ; les conservateurs peuvent s'y référer

[154] « La réussite de la Troisième République, jusqu'à la fin de la Première Guerre mondiale, était tributaire, dans une large mesure, de son « ciment idéologique » (...) Là où Dieu a failli après des siècles de bons et loyaux services, la science doit prendre place pour ressouder la communauté nationale, dans laquelle chacun à sa place doit sentir son utilité au bien commun » (J.P. AZEMA et M. WINOCK, *La Troisième République, op. ci*t.. pp. 102 et 133).

[155] L. DUGU1T ne fait évidemment pas l'unanimité autour de lui : ainsi, M. Hauriou et A. Mestre sont-ils très critiques à l'égard de son oeuvre dont ils doivent cependant reconnaître le grand intérêt (M. HAURIOU et A. MESTRE, « Analyse du livre de L. Duguit, *Le droit objectif et la loi positive*, 1901 », *R.D.P*. 1902, t. XVII, pp. 346.366).

pour dénoncer un régime dont les gouvernants n'auraient pour légitimité que la force du nombre ; les interventionnistes s'appuient sur la doctrine de Duguit pour imposer des obligations précises aux gouvernants, notamment au législateur ; ils sont d'ailleurs les seuls à pouvoir revendiquer la partie constructive de l'oeuvre.

Quoiqu'elle ne le suive pas totalement dans la remise en cause du concept de souveraineté, la doctrine est unanime à dénoncer avec Duguit le caractère absolu de cette souveraineté détournée au profit des assemblées. Mais nous allons voir qu'elle confond dans sa critique le problème de la limitation de la souveraineté et celui de la limitation du pouvoir des gouvernants.

Section 2 L'ÉVOLUTION VERS UNE THÉORIE DE LA SOUVERAINETÉ LIMITÉE

La définition classique de la souveraineté qui fait de celle-ci le caractère d'une puissance qui n'a rien au-dessus d'elle implique logiquement que la souveraineté est absolue. Si cette puissance, en effet, est limitée par quelque chose qui lui est extérieure, c'est, selon cette définition, qu'elle n'est pas souveraine. C'est du moins la thèse défendue par Rousseau[156] et reprise sous la Troisième République par Berthélemy : « *Cette souveraineté peut tout contre chacun de nous, parce qu'elle ne serait plus une souveraineté si elle n'était illimitée* »[157]. Or on assiste sur ce point à une évolution de la doctrine puisque, à la fin de la période étudiée ici, l'unanimité s'est faite sur l'idée que la souveraineté doit être limitée[158].

Nous nous attacherons donc à examiner quels sont les facteurs de cette évolution (§ 1), et quelle en est l'incidence sur la notion d'Etat légal (§ 2).

[156] J.J. ROUSSEAU, *Lettres de la Montagne*, 2e partie, lettre 7 : « II est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien cité par R. Carré de Malberg, *op. cit.*, t. 1, 230, note 17.

[157] H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *loc. cit.*, p. 226 ; v. également A. Esmein, *op. cit*., p.1 : « Cette autorité qui, naturellement, ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente, quant aux rapports qu'elle régit, s'appelle la souverain. », mais L Duguit fait remarquer (*Manuel*..., *op. cit*., p.122) que la précision apportée par Esmein (« quant aux rapports qu'elle régit ») montre bien qu'il s'agit d'une puissance limitée en ce sens qu'il y a des rapports qui lui échappent. Voir aussi H. NEZARD, *op. cit*., p. 70, où il définit la souveraineté : « La volonté supérieure aux volontés individuelles qui, pour assurer l'ordre dans l'Etat, commande à tous sans être contrôlée par aucune autre autorité ».

[158] L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit*., p. 613 : « On a compris que cette souveraineté de l'État ne pouvait être, en fait, une souveraineté absolue et sans limite » ; dans le même sens, N. SARIPOLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, *op. cit*., p. 200, note 3 *in fine* : «Le droit et la science tendent à la souveraineté limitée du peuple et à la liberté des citoyens, les fictions aboutissent à la tyrannie d'un despote et à la suppression de la liberté ».

§ 1. - LES FACTEURS DE L'ÉVOLUTION VERS UNE SOUVERAINETÉ LIMITÉE

On peut recenser trois facteurs principaux de cette évolution.

Le premier réside dans le développement du droit international. Celui-ci permet en effet de voir en la souveraineté le caractère d'une puissance indépendante vis-à-vis des autres, mais dont l'indépendance n'est pas absolue. Comme le remarque Le Fur, « *poser en principe l'indépendance absolue de chaque Etat reviendrait à supprimer purement et simplement le droit international* »[159]. Certes, il s'agit ici de la souveraineté externe de l'Etat, mais la distinction de la souveraineté externe et de la souveraineté interne est loin de faire l'unanimité parmi les publicistes de l'époque[160] ; en outre, même pour ceux qui acceptaient cette distinction, les glissements de sens et les ambiguïtés du concept ont sans doute permis une influence des conceptions des internationalistes sur l'idée de souveraineté interne. Si la limitation de la souveraineté apparaît comme une condition d'existence du droit international, on peut se demander si elle n'en constitue pas également une pour la théorie de l'Etat de droit.

Le second facteur de cette évolution résulte de l'hostilité de la plupart des publicistes français à l'égard de la doctrine allemande[161]. D'après la thèse de l'autolimitation, la puissance de l'État n'est pas limitée par une autorité qui lui serait extérieure, mais par l'Etat lui-même, c'est-à-dire par le droit que seul l'Etat peut créer. Il y a donc bien limitation de la puissance de l'Etat sans remise en cause du concept de souveraineté et c'est sans doute la seule possibilité logique de conciliation entre la définition de la souveraineté et la volonté de limiter le pouvoir de l'Etat. En maintenant le caractère absolu de la souveraineté, cette thèse présente l'inconvénient majeur de n'imposer aucune obligation aux assemblées. Dans le système français, la principale source de création du droit reste en effet le parlement. Dans ces conditions, obliger l'Etat à respecter le droit qu'il crée n'implique guère de limitation à l'omnipotence parlementaire.

Le facteur principal qui conduit la doctrine à soutenir la thèse de la souveraineté limitée tient surtout à l'évolution du concept de nation. Cette évolution a en effet entraîné une confusion des idées de nation et d'Etat ; elle a aussi produit une autre confusion entre la limitation du pouvoir des gouvernants et celle de la souveraineté. On sait que la Révolution française a confié la souveraineté à la nation

[159] L. LE FUR, « Analyse du livre de A. Pillez, Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font nitre », *R.D.P.* 1900, t. XIV, pp. 150-154.

[160] «On s'est demandé si la notion de souveraineté en droit international était distincte de la notion de souveraineté en droit interne. Les juristes allemands, et notamment MM. Laband, Jellinek, Rehm, et quelques auteurs français, par exemple M. Moreau, semblent bien considérer que la notion de souveraineté est une et qu'un Etat ne peut pas, par exemple, posséder la souveraineté interne et point la souveraineté externe. Les internationalistes français distinguent au contraire, en général, la souveraineté interne et la souveraineté externe » (L DUGUIT. *Manuel…*, *op. cit*., p. 114).

[161] Voir *infra*.

dans le but essentiel de limiter le pouvoir des gouvernants, en leur enjoignant notamment de ne pas porter atteinte aux droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Cette limitation visait d'abord le monarque ; elle n'était pas pensée comme limitant l'autonomie de la nation elle-même, au contraire, puisque la volonté générale était considérée comme éminemment raisonnable, donc incapable par essence de porter atteinte à ces droits. L'expérience de la Terreur a cependant transformé cet optimisme initial en méfiance à l'égard de l'individu[162] et l'idée selon laquelle la souveraineté doit être limitée commence à se faire jour chez Benjamin Constant et chez Sismondi[163] pour être reprise pratiquement par tous les publicistes[164].

On sait aussi que le développement du régime parlementaire a, par la suite, entraîné une confusion du titulaire de la souveraineté et de ceux qui l'exercent, une assimilation de la nation et de ses représentants, et donc la « *déviation* » de la souveraineté nationale en souveraineté des assemblées. Si cette déviation était souhaitée par les tenants de l'Etat légal à l'époque du régime censitaire, elle a commencé à poser problème avec l'extension du droit de suffrage, dans la mesure où la souveraineté des assemblées devenait synonyme de souveraineté du suffrage universel, où le « *nombre* » pouvait se croire souverain à la place de la nation. Les publicistes de la Troisième République, Hauriou le premier, ont certes tenté de battre en brèche l'assimilation de la volonté électorale à la volonté législative, de la volonté législative à la volonté générale. Mais, nous l'avons vu, cet essai s'est soldé par un échec, et c'est vers la souveraineté que se tourne la doctrine pour fixer des limites au pouvoir des assemblées, et derrière lui à la « *force du nombre* ».

Une fois encore, les principes révolutionnaires vont être réinterprétés à la lumière de ces préoccupations. Les publicistes ne se contentent pas d'opposer 1789 et

[162] Voir X. MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800. Essai de spectroscopie. *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 4, pp. 87-144

[163] Voir G. BACOT, *op. cit*., pp. 120 et s.

[164] L. DUGUIT, *Le droit objectif et la loi positive*, *op. cit*., p. 613 ; A. ESME1N,, op. ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2e éd., Paris, Larose et Forcel, 1893, p. 10 : « Des limites imposées à la souveraineté par le droit. - Cette souveraineté de l'Etat (...) n'est pas sans limites au point de vue de l'intensité ; ce n'est pas de l'omnipotence (...) elle a un but qui est la direction du corps social dans le sens de la justice. Cela lui impose le respect des droits d'autrui. Dans les relations internationales, elle est forcément limitée par la souveraineté égale des Etats voisins. Dans les relations intérieures, elle est limitée par les franchises des citoyens, franchises que le progrès de la civilisation tend à accroître constamment » ; F. MOREAU, « De la notion de souveraineté », *loc. cit*., pp. 350-351 : « Notre notion de la souveraineté porte en elle-même les limites de la souveraineté et de ses organes (...) Expression de la vie sociale, la souveraineté a pour limites les besoins de cette vie, et les pouvoirs qui la garantissent ne peuvent les excéder sans troubler l'équilibre nécessaire à la vie sociale et mettre ainsi cette vie en péril » ; N. SARIPOLOS, *op. cit.*, p. 269 et s.. chapitre III : « Critique de la souveraineté absolue» ; J.B. SIMON, *Traité élémentaire de droit public et administratif*, Paris, Pichon, 1885, p. 2 ; E. VILLEY, « La souveraineté nationale son fondement, sa nature et ses limites », *loc. cit*., p. 21 : « La souveraineté nationale, dans le sens où l'on entend communément ce principe, comme une sorte de droit supérieur, de pouvoir illimité qui appartiendrait à le nation sur tous ses membres, n'a aucun fondement philosophique ou juridique : c'est un anachronisme ». Villey semble ici largement s'inspirer de Duguit ; il en va de même notamment de P. .TIRARD (*op. cit*.) mais aussi de H. BERTHELEMY (*Traité élémentaire de droit administratif*, 5e éd., Paris, Rousseau, 1908, pp. 4 et s.) qui renonce au concept de souveraineté précisément parce que ce concept implique le caractère absolu de la puissance souveraine ; dans le même sens, voir Anatole LEROY-BEAULIEU, *La Réforme sociale*, 16 décembre 1895, cité *in* N. SARIPOLOS, *op. cit.*, note p. 275.

1793 sur la question du titulaire de la souveraineté et de l'exercice du pouvoir ; ils les opposent également sur la définition même du concept de souveraineté. Aussi croient-ils pouvoir dire, d'une part, que la « véritable » souveraineté nationale, celle de 1791, était limitée par les droits individuels[165], d'autre part, que la souveraineté atomisée du peuple, celle de 1793, était seule à être conçue comme souveraineté absolue. Rousseau est ici encore utilisé comme repoussoir systématique de cette conception dont il aurait été l'auteur. S'il est vrai de dire que la souveraineté est nécessairement absolue selon Rousseau, il l'est moins de prétendre qu'il ait été le seul à soutenir cette conception : nous avons vu que la souveraineté nationale n'était pas moins absolue en 1791 qu'en 1793.

Cet acharnement contre Rousseau s'explique à la fois par le développement du positivisme et par un souci plus directement politique. L'ensemble du système de Rousseau est condamné pour sa méthode dogmatique[166] et pour ce qu'il repose « *sur des affirmations gratuites* »[167]. Ainsi, l'hypothèse du contrat social, qui présente le défaut d'être une pure hypothèse logique, anhistorique, et de se fonder sur une conception individualiste de l'être humain. La sociologie de la Troisième République prétend partir au contraire des faits, exclusivement des faits, de l'être (abstrait) vivant en société, plutôt que de l'individu isolé. Mais la théorie de Rousseau est également et peut-être surtout abandonnée pour ses conséquences pratiques : la subordination totale de l'exécutif au législateur, la condamnation du régime représentatif remplacé par fin système de démocratie directe, enfin l'aliénation par l'individu de tous ses droits à la société et le caractère absolu de la souveraineté[168].

Ce Rousseau est décidément bien commode en ce que sa théorie concentre tout ce que la doctrine de la Troisième République veut combattre. Celle-ci ne s'interroge pas sur la signification en leur temps des principes de 1789 et de 1793, elle projette simplement dans le passé les conflits politiques du présent et trouve en Rousseau un bouc émissaire pour rejeter les prétentions du suffrage universel et des assemblées. Ainsi, en faisant de Rousseau le père de l'absolutisme[169] et le

[165] J.B. SIMONET, *op. cit*., p. 2 : « Le principe de la souveraineté nationale ne doit pas être entendu en ce sens que la nation peut faire tout ce qui lui plaît, sans que sa volonté soit soumise à une limite quelconque, il existe des droits antérieurs à toute création de la loi positive, et contre lesquels la souveraineté nationale ne saurait rien entreprendre sans injustice et sans tyrannie » ; A. ESMEIN, *op. cit*., pp. 19-20 : « II semble que la souveraineté soit nécessairement illimitée et que, par suite, le droit de l'Etat soit sans bornes. Telle était incontestablement la conception de l'antiquité grecque et romaine (...) C'est au contraire l'une des idées les mieux établies et les plus fécondes des temps modernes que l'individu a des droits antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat, qui s'imposent par conséquent au respect de l'Etat ».

[166] M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *R.D.P*. 1901, t. XV, pp. 394-427, 4e article, p. 400.

[167] J. BARTHELEMY, Analyse du livre de J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910 », *R.D.P*. 1910 pp. 596-600, p. 597.

[168] Selon M. Hauriou, cette théorie « engendrerait un socialisme monstrueux » (M. HAUR1OU, « Philosophie du droit et science sociale », *R.D.P.* 1899, t. XII, pp. 462-476, p. 464).

[169] H. NEZARD, *op. cit*., p. 6 ; R. BONNARD, « Analyse du livre de J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, 1907 », *R.D.P.* 1907, pp. 596-601, p. 597 « On discute beaucoup sur la question de savoir si Rousseau est individualiste ou absolutiste. Or, il se présente comme le grand théoricien de l'exécutif subordonné et ce système a précisément pour conséquence forcée l'absolutisme ».

responsable des erreurs commises dans l'ordre politique[170], on en arrive logiquement à rejeter la souveraineté absolue.

§ 2. L'ÉTENDUE DE LA SOUVERAINETÉ ET LA NOTION D'ÉTAT LÉGAL

De même que l'abandon du concept de souveraineté, l'idée que la souveraineté est nécessairement limitée est étroitement liée au rejet de l'Etat légal, ou plus exactement de l'omnipotence parlementaire par lequel il se caractérise : il semble bien qu'en fait, ce soit la volonté de limiter les pouvoirs du Parlement (ou du suffrage universel) qui ait déterminé l'adoption de cette conception de la souveraineté. Souvenons-nous, en effet, que les publicistes de la Troisième République relient chaque mode d'exercice du pouvoir à une théorie particulière de la souveraineté. Ils confondent ainsi deux questions : celle du titulaire de la souveraineté et celle de son exercice[171], et partant, les deux sens du mot souveraineté : souveraineté de l'Etat et souveraineté dans l'Etat, nature du pouvoir de l'Etat et organe suprême dans l'Etat.

Or le caractère absolu de la souveraineté, qui serait le fait de la seule théorie de Rousseau et de la souveraineté populaire, implique la nature illimitée des pouvoirs de l'organe suprême dans l'Etat, c'est-à-dire l'omnipotence parlementaire. Ainsi, selon Moreau, en serait-on arrivé, sous l'influence de Rousseau, à concevoir la souveraineté nationale comme « *le droit de faire ce qui plaît avec une liberté entière*», ce qui a conduit le parlement à « *une omnipotence irresponsable* »[172]. On retrouve la même idée chez Villey qui estime que, depuis plus d'un siècle, toute l'organisation politique est fondée sur le postulat de Rousseau celui de la souveraineté du peuple, qui a pour conséquence logique la souveraineté des représentants du peuple, dès lors que l'on exclut tout système de démocratie directe[173]. On attribue donc à Rousseau la responsabilité de l'omnipotence parlementaire, née pourtant du régime représentatif et de l'Etat légal, précisément à l'époque où l'avènement du suffrage universel rend cette omnipotence problématique pour le régime représentatif.

Aussi, croyant voir dans l'omnipotence du parlement une conséquence de la souveraineté absolue de la nation, les publicistes critiquent le caractère absolu de cette souveraineté et tentent de démontrer la nécessité de limiter la souveraineté, là où il s'agit, en fait, de limiter le pouvoir de ceux qui l'exercent[174]. Tous reprochent à la Révolution d'avoir substitué à la souveraineté du Roi « *une souveraineté anonyme,*

[170] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit.,* p. 284.
[171] Cette confusion devient explicite chez Duguit, lorsqu'il se refuse à faire de l'Etat une personne juridique pour n'y voir que des gouvernants.
[172] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit*., pp. 247-248.
[173] E. VILLEY, « La souveraineté nationale : son fondement, sa nature et ses limites , *loc. cit*., p. 6 ; L. LE FUR, « La souveraineté et le droit », *R.D.P.* 1908, pp. 389-442, p. 390 : « A la souveraineté royale se substitue la souveraineté nationale ou souveraineté de l'Etat, conçue d'une façon au moins aussi absolue, et présentée comme seule légitime et inaliénable. C'est Rousseau qui est le grand théoricien, trop écouté aujourd'hui encore, de cette nouvelle souveraineté ».
[174] Confusion déjà opérée par B. CONSTANT et relevée par N. SARIPOLOS, *op. cit*., note p. 277.

avec le même caractère d'absolutisme et, par conséquent, de tyrannie »[175], souveraineté que s'est approprié le Parlement et dont le suffrage universel a contribué à renforcer le caractère illimité : « *Il serait superflu de démontrer qu'il n'est guère aujourd'hui de limites, dans l'opinion publique française, aux pouvoirs du Parlement, émanation et expression de ce que l'on appelle la souveraineté nationale, autres que celles qu'il veut bien s'imposer à lui-même* » [176]. En refusant la souveraineté absolue et le pouvoir illimité du parlement, les auteurs rejettent finalement le principe selon lequel les parlementaires représentent la nation et celui de la subordination de l'exécutif au législateur. Or ces principes étaient ceux de l'Etat légal. Ils renversent également la démarche qui avait été suivie jusqu'alors : au lieu de limiter le pouvoir des gouvernants en instituant un être supérieur titulaire d'une souveraineté absolue, ils tentent de le limiter par la limitation de la souveraineté elle-même, c'est-à-dire du pouvoir de commander.

Comment, du point de vue théorique, les publicistes parviennent-ils à concilier l'idée de souveraineté et celle de limitation, sans remettre en cause la définition de la souveraineté comme caractère d'une puissance qui n'a rien au-dessus d'elle ? Les ambiguïtés déjà signalées du concept de souveraineté ont sans doute contribué à éluder le problème car il n'y a, à première vue, rien de choquant dans la proposition selon laquelle le pouvoir de commander est limité, surtout si l'on confond le titulaire de la souveraineté et celui qui l'exerce. D'autres éléments ont cependant permis cette conciliation et d'abord la confusion du fait et du droit. Comme le remarque Saripolos[177], il n'y a jamais eu de pouvoir réellement absolu car le pouvoir de commander est limité par la capacité d'obéissance (donc de révolte) des gouvernés. C'est en ce sens que nous disions, en introduction, que tout Etat est un Etat de droit. Mais ces limites sont des limitations de fait à une souveraineté conçue comme la plus grande force politique.

Définir la souveraineté d'un point de vue juridique, comme droit de commander, suppose de transcrire ces limites réelles en langage juridique. C'est ainsi

[175] E. VILLEY, «La souveraineté nationale... », *loc. cit.,* p. 5 ; L. LE FUR, «La souveraineté et le droit », */oc. cit.,* p. 390 ; IL BERTIIELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *loc. cit*., et « Le fondement de l'autorité politique », *O.D.P.* 1915, pp. 663-682 ; N. SARIPOLOS, *op. cit*., p. 276 ; L. MICHOUD,*L4 théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906-1909, 2 vol., t. IL p. 56.

[176] E. VILLEY, «La souveraineté nationale... », *loc. cit*., p. 5.

[177] N. SARIPOLOS, *op. cit.*, pp. 269-270: « L'observation et la science nous montrent qu'aucune souveraineté ne peut être absolue (...). La monarchie la plus absolue n'est fondée, en fait, que sur le consentement des sujets. Le monarque ne peut pas dépasser certaines limites dans l'exercice de son pouvoir, ni trop opprimer ses sujets, du consentement et du concours desquels il a besoin pour établir son autorité (...). Ceci est également vrai, bien qu'à un moindre degré, si on rapplique à la souveraineté d'une majorité populaire (...). La souveraineté, en effet, est fondée sur l'opinion publique ; elle a une base morale, psychologique ; il en résulte qu'elle ne peut pas être absolue ou trop tyrannique ; si elle fait bon marché de la conscience nationale, celle-ci se révolte et la renverse ». Souveraineté et exercice de la souveraineté sont donc ici confondus.

que Pujol, suivant en cela Hauriou, définit le pouvoir de la nation comme un droit de résistance au droit de domination du gouvernement, et laisse finalement la souveraineté à l'Etat conçu comme l'union de la nation et du gouvernement[178]. Le problème de l'étendue de la souveraineté est alors évacué. La définition juridique de la souveraineté contient cependant l'idée d'une limitation, non d'une limitation qui s'applique à la souveraineté juridique, mais à la souveraineté politique. En effet, la question du droit de commander (et non du pouvoir effectif de commandement) est une question de légitimité : le pouvoir de commander ne devient un droit que s'il est légitime, la force est limitée idéellement par le droit. Etant juridique, la souveraineté n'est pas un pouvoir arbitraire. C'est en ce sens que Duguit pouvait écrire que le pouvoir de commander n'est pas un pouvoir illimité[179]. Ce droit étant extérieur au souverain, Duguit était logique avec lui-même lorsqu'il abandonnait la notion de souveraineté[180]. Les autres publicistes reprennent l'idée que la souveraineté n'est que le pouvoir de la plus grande force, mais s'ils rejettent le caractère absolu de la souveraineté, ils veulent conserver le concept.

Puissance qui n'a rien au-dessus d'elle, comment et par quoi la puissance souveraine peut-elle être limitée ? La seule réponse qui soit cohérente consiste à trouver cette limitation dans la définition même du concept, ce qui débouche sinon sur une tautologie, du moins sur la tendance à confondre le mot et la chose, l'idée de limitation et sa réalité : la souveraineté est limitée parce qu'elle est du ressort du droit et, étant limitée, elle est légitime. Il faut avouer qu'après avoir confié la souveraineté à un titulaire abstrait (l'Etat ou la nation nouvelle manière), les publicistes n'avaient guère d'autre choix, s'ils voulaient limiter le pouvoir des gouvernants, que de limiter la souveraineté elle-même ou d'abandonner le concept.

Or cette évolution des idées concernant la souveraineté et son titulaire implique un certain nombre de modifications quant aux théories de légitimation du pouvoir des gouvernants si la souveraineté n'est, comme le prétend Duguit, que l'expression métaphysique d'un pouvoir de fait qui n'a, par lui-même, aucune légitimité, il faut reconstruire une nouvelle théorie qui justifie l'obligation d'obéissance ; de la même façon, si l'on conçoit la souveraineté comme le droit limité de commander, encore faut-il savoir sur quoi se fonde ce droit.

[178] E. PUJOL, *op. cit.*, pp. 117-118 et p. 120 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 446.
[179] L. DUGU1T, *Manuel...*, *op. cit.*, p. 123.
[180] Charles BENOIST abandonne lui aussi le concept de souveraineté comme une idée fausse et inutile, *De l'organisation du suffrage universel. le crise de l'Etat moderne*, (*op. cit.*), pp. 61 - 62.

Chapitre III

LA LÉGITIMATION DU POUVOIR DES GOUVERNANTS

Puisque les théories de la souveraineté se transforment, la justification du pouvoir des gouvernants évolue elle aussi. Cette légitimation est nécessairement liée à l'idée de limitation du pouvoir. En d'autres termes, on ne peut convaincre les gouvernés de se soumettre aux lois et règlements que dans la mesure où ces commandements ne leur semblent pas arbitraires. Mais la ligne de partage entre ce que l'Etat peut faire et ce qui lui est interdit n'est évidemment pas la même dans toutes les sociétés.

À l'époque de la Révolution française, la théorie de la souveraineté nationale avait précisément pour fonction de légitimer le pouvoir des gouvernants considérés comme représentants de la nation. Le rôle, et en même temps la limite, qui leur étaient assignés résultaient des droits naturels de l'individu qu'il fallait protéger. Le pouvoir des gouvernants était donc justifié par sa source (la nation) et le rôle de l'Etat était limité par la théorie libérale à une obligation de ne pas faire, celle de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs de l'individu. Or nous avons vu que le concept de nation avait évolué au point de se vider de tout contenu précis. Dire que les gouvernants représentent la nation n'implique donc plus aucune garantie effective, preuve en est le reproche qui leur est fait de s'être approprié la souveraineté. Il n'est pas jusqu'à la théorie de la loi expression de la volonté générale, qui ne soit remise en cause. La plupart des publicistes estiment que cette formule ne signifie plus rien[181] et l'école de Duguit considère la loi, comme l'expression de la seule volonté des gouvernants. Enfin, le rejet de la théorie du contrat social et des droits naturels de l'individu aboutit à la remise en question des limites jusqu'alors assignées à l'Etat.

[181] J. BARTHELEMY, « Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 92-101, p. 94 : « On est loin de reconnaître unanimement aujourd'hui que la loi est l'expression de la volonté générale : elle est simplement l'expression de la volonté des gouvernants, c'est-à-dire de ceux qui détiennent à un moment donné, la plus grande force politique » ; E. PUJOL, *op. cit.*, p. 92 : « c'est précisément l'existence de cette Volonté mystérieuse, créatrice de vie, et qui émanerait de la Nation que nous contestons ».

Sous la Troisième République, il n'y a plus guère que Berthélemy et Esmein pour soutenir la doctrine classique héritée de la Révolution ; encore n'est-ce pas sans de sérieux aménagements. Ces deux libéraux veulent en effet limiter le rôle de l'Etat à la protection des droits de l'individu[182], mais c'est à peu près le seul point qu'ils aient encore en commun avec la théorie de l'Etat légal. Comme tous ses collègues, Berthélemy a perdu confiance dans les vertus du parlement et de la souveraineté nationale qui faisait de la loi la suprême garantie des droits de l'individu. Il insiste sur la distinction nécessaire des droits et des pouvoirs du législateur : « *Les Chambres n'ont pas la disposition du pouvoir législatif ; elles n'en ont que l'exercice. Le pouvoir de faire la loi n'est pas un droit qu'on leur a accordé, c'est une charge qu'on leur a confiée* »[183]. Il rejoint d'ailleurs Duguit et son école pour ne voir dans la loi que l'acte de volonté des individus qui gouvernent[184]. Quant à Esmein, il répudie en bon positiviste l'hypothèse de l'état de nature ; il lui faut donc trouver un nouveau fondement aux droits individuels pour pouvoir en imposer le respect à l'Etat : « *La source de tout droit se trouve dans l'individu parce que lui seul est un être réel libre et responsable* »[185], à la différence des sociétés humaines et politiques qui, certes, sont des formations naturelles, mais ne sont pas des êtres réels. Ce nouveau fondement est, à l'évidence, bien fragile et ne sera pas repris par les autres auteurs.

Parvenus à ce point, les publicistes devaient élaborer une nouvelle théorie de légitimation du pouvoir, sauf à renoncer à leur tâche et considérer la puissance publique comme un pouvoir de fait et non de droit. La volonté de limiter le pouvoir (du corps législatif, du suffrage universel) les conduit à rechercher des théories de légitimité qui ne se fondent pas sur l'origine du pouvoir, comme c'était le cas de la théorie initiale de la souveraineté nationale. Fonder le pouvoir des gouvernants sur ce qu'il trouve sa source dans une délégation de la nation souveraine n'implique en effet aucune limitation de ce pouvoir dès lors que la nation est un être purement abstrait ; le fonder sur le fait qu'ils représentent la nation concrète (le corps actuel des citoyens) reviendrait à légitimer « *l'omnipotence du nombre* » et la dépendance du corps législatif à l'égard du corps électoral. Surtout, la question du titulaire de la

[182] Dans le même sens, voir J.B. SIMONET, *op. cit*., et A. GAUTIER, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, Paris, Lahure, 1880 ; A. DE SAINT- GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L.D.G.J., 1881 ; cf A. BATBIE, *Traité op. cit*., 2e éd. tome II, pp. 2-3.

[183] H. BERTHELEMY, *op. cit*., p. 103 et *ibidem*, p. 5 ; J. BARTHELEMY, «De l'interprétation des lois par le législateur », *R.D.P*., 1908, pp. 456-500, p. 480 : « il ne faut pas se lasser de répéter que si le Parlement est au-dessus des lois, il n'est pas au-dessus du droit » ; F. MOREAU, « Chronique constitutionnelle et parlementaire », *R.D.P*, 1903, tome X., pp. 92-112, p. 93 : « cette souveraineté de fait (de la Chambre) n'implique pas le droit de violer la loi ; c'est seulement le pouvoir de la violer impunément » ; G. JEZE, « Du retrait des actes juridiques », *R.D.P.* 1913, pp. 225-293, p. 251 : « il faut distinguer entre le pouvoir de droit et le pouvoir de fait du Parlement » ; A. DE SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation*..., *op. cit*.., p. 238: « il est sans doute nécessaire de limiter le pouvoir exécutif, a dit de Lolme, mais il est bien plus nécessaire encore de limiter le pouvoir législatif ».

[184] L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit*.; H. BERTHELEMY, *op. cit*., p. 4.

[185] Selon G. JELLINEK, la science positive a abandonné pendant quelques temps la question de la justification de l'Etat, et « ce n'est que la critique socialiste qui, de concert avec les assertions anarchistes, a de nouveau montré de nos jours la haute importance du problème », (*op. cit*., pp . 299-300).

souveraineté et celle de son exercice étant désormais confondues, la légitimité de l'exercice ne peut se fonder sur la légitimité du titulaire, elle ne peut venir de la source du pouvoir (problème relégué dans le champ extrajuridique)[186], mais des conditions dans lesquelles il s'exerce ou du but assigné aux gouvernants.

L'effort de reconstruction des publicistes va effectivement se faire dans ces deux directions à première vue divergentes mais dont nous allons voir qu'elles se rejoignent finalement pour des raisons d'efficacité pratique. La première tentative est celle de Duguit, suivi par de nombreux auteurs ; elle consiste à imposer aux gouvernants le respect d'une règle qui leur est extérieure, celle de la solidarité sociale qui, à la fois, les limite et les oblige. Elle leur assigne donc un but à poursuivre (Section 1). La seconde vient de la doctrine allemande, reprise par certains juristes français et se résume à l'intégration de l'Etat dans un ordre juridique positif qu'il est obligé de respecter : c'est la théorie de l'autolimitation de l'Etat qui impose aux gouvernants d'agir dans le respect du droit qu'ils ont eux-mêmes créé (Section 2).

Section 1 LA LÉGITIMATION PAR LE BUT POURSUIVI

La théorie révolutionnaire était, elle aussi, une doctrine téléologique puisqu'elle assignait un but à l'Etat : celui de conserver les droits naturels et imprescriptibles de l'homme ; mais elle donnait surtout aux gouvernants une source de légitimité par l'origine de leur pouvoir (la collectivité des citoyens). Dans la théorie de Duguit, au contraire, l'origine du pouvoir des gouvernants n'est qu'une question de fait : celle de leur plus grande force, et tout le problème de la légitimité se trouve déporté vers le but qu'ils doivent poursuivre. Or ce but s'est déplacé de l'individu vers la société. Aussi peut-on parler d'un renouvellement des doctrines téléologiques grâce à Duguit (§ 1). Ce renouvellement est cependant limité en ce qu'il retrouve finalement la tradition jusnaturaliste et les problèmes qui s'y attachent (§ 2).

§ 1. - LE RENOUVELLEMENT DES DOCTRINES TÉLÉOLOGIQUES

En exigeant des gouvernants qu'ils oeuvrent au développement de la solidarité sociale, Duguit place le but à poursuivre dans le domaine social au lieu de le situer dans l'individu, comme le faisait la tradition libérale de la Révolution française. L'homme n'est plus isolé dans l'état de nature, de même que la nation n'est

[186] « Le pouvoir politique, quelle que soit sa forme, n'est jamais légitime par son origine. Monarchie, démocratie, royauté, république, ces différeras formes du pouvoir politique ne sont que le produit de l'évolution, et n'ont pas plus l'une que l'autre, en elles-mêmes, le caractère de gouvernement légitime ; elles sont la traduction en un langage conventionnel de ce fait qu'un seul, quelques-uns ou une majorité sont plus forts que les autres », L. DUGUIT. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, *op. cit.*, p. 243 ; de même, P. TIRARD, *op. cit.*, p. 114.

plus conçue comme une collectivité d'individus identiques mais plutôt comme l'unité organique de groupes hétérogènes. L'école de Duguit intègre ainsi au domaine juridique un élément essentiel de la pensée politique de son temps et de la théorie sociologique dont certains en viennent d'ailleurs à craindre l'impérialisme. Dans le domaine politique en effet, le nationalisme omniprésent ne cesse d'opposer le thème de la solidarité aux théories de la lutte des classes[187]. De leur côté, celles-ci contribuent à discréditer l'individualisme libéral pour le remplacer par le primat de la société et de l'homme pensé comme être social.

Quant à la sociologie, son influence est d'autant plus grande que les juristes se veulent positivistes ; or la doctrine la plus en vogue à l'époque est celle de Durkheim (dont, rappelons-le, Duguit a suivi les cours) qui étudie l'interdépendance des hommes vivant en société. Cette idée de la solidarité sociale est donc « dans l'air du temps » et c'est sans doute pourquoi on la retrouve défendue par tant d'auteurs[188], jusque chez un adversaire de l'école de Bordeaux : Maurice Hauriou[189], qui pouvait y voir pour partie une reprise des valeurs chrétiennes.

Outre le fait qu'elle s'insère aisément dans son époque, la théorie de Duguit présente deux avantages : elle permet d'abord de rappeler au législateur qu'il n'a pas le droit de tout faire : « *Nul n'est obligé d'obéir à une loi quand elle est contraire au droit* »[190], c'est-à-dire quand elle ne respecte pas la solidarité sociale. C'est ensuite la seule théorie qui puisse justifier l'accroissement du rôle de l'Etat et son intervention dans des domaines de plus en plus nombreux puisqu'il appartient à l'Etat de développer la solidarité sociale en créant et en organisant les services publics.

Contrairement aux libéraux, Duguit[191] impose aux gouvernants des obligations de faire, des devoirs positifs à remplir envers les gouvernés, et cette idée du devoir qui incombe aux gouvernants fonctionnaires permet de justifier un accroissement de leur rôle[192] tout en présentant cette extension comme une limite. La solidarité sociale ne peut, en effet, trouver sa pleine réalisation que par l'intervention des gouvernants, par la mise en place des services publics ; les gouvernants sont tenus d'édicter toutes les lois qui favorisent cette solidarité, qu'il s'agisse de l'assistance, de l'enseignement ou même du travail obligatoire. Dans cette optique, il n'est plus question d'opposer l'individu à l'Etat, mais de les réconcilier

[187] Voir Z. STERNHELL, *La droite révolutionnaire*, Paris, Seuil, 1978 ; R. GIRARD., *op. cit.*

[188] Nombreux sont les auteurs qui se réfèrent explicitement à Durkheim : mis à part Duguit, c'est le cas de H. NEZARD (*op. cit.,* p. 327), F. MOREAU (*Pour le régime parlementaire*, *op. cit.*, p. 283), H. BERTHELEMY (*op. cit*., p. 161), G. CAHEN (*Le gouvernement législateur. La loi et le règlement*, thèse Paris, Rousseau, 1903, p. 41) etc. En outre l'idée de solidarité est présente pratiquement chez tous.

[189] L'idée de solidarité a, chez lui, une connotation plus religieuse et se rattache au catholicisme social plutôt qu'au solidarisme.

[190] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 4e éd., 1923, p. 99 ; *Manuel de droit public*, *op. cit*., 1ère éd. 1907, p. 57.

[191] L. Duguit, mais aussi G. Jèze, H. Nézard, F. Moreau, J. Barthélemy, P. Tirard.

[192] Cette notion de devoir, substituée à celle de droit, est souvent utilisée pour justifier une augmentation de pouvoir, tout en présentant cet accroissement comme une limitation ; cf discours de Jules Ferry au Parlement le 28 juillet 1885 : « il y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures » cité *in* R. G1RARDET, *op. cit.,* p. 103.

l'Etat ne peut faire aucune loi qui porte atteinte au libre développement de l'activité individuelle, non pas parce qu'il devrait respecter les droits naturels de l'individu, comme le dit la théorie libérale classique, mais parce que ce libre développement est nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale. Duguit prétend ainsi substituer le droit « social » de la Troisième République à la conception individualiste et libérale de la Révolution.

Cependant, et malgré l'influence indéniable qu'il a exercée sur ses contemporains, beaucoup ne le suivent pas sur le terrain de l'Etat-providence. L'interventionnisme étatique implique en effet un accroissement de l'activité législative, même si la loi n'est pas le vecteur principal de ces interventions. Or nous avons vu que lorsque les publicistes veulent limiter la souveraineté, c'est essentiellement dans le but de combattre l'omnipotence parlementaire. Barthélemy, par exemple, voit dans les tendances sociales de la législation l'origine du recul de la décentralisation[193]. Il rejoint les libéraux[194] pour s'opposer à l'action de l'Etat lorsqu'il veut s'imposer comme Providence, le laisser agir lorsqu'il se présente comme gendarme, et de citer Sully-Prudhomme : « *Toujours d'un droit qui naît, meurt une liberté »*[195]. Il s'agit surtout de combattre le socialisme qui exigerait *« des sacrifices considérables de liberté* »[196] et de s'opposer aux tendances égalitaires des doctrines démocratiques qui conduiraient tout droit au despotisme étatique.

Nous touchons ici aux limites du renouvellement opéré par Duguit de la légitimation du pouvoir. Si sa doctrine est nouvelle tant par le but qu'elle assigne aux gouvernants que par l'extension du champ des activités de l'Etat qu'elle justifie, il n'en reste pas moins que cette légitimation relève surtout du domaine politique, ce qui explique entre autres qu'elle ne soit pas acceptée par tout le monde. Or c'est déjà ce reproche qui pouvait être adressé aux théories jusnaturalistes d'autrefois ; ces théories sont, elles aussi, des doctrines téléologiques inspirées de préoccupations immédiatement identifiables comme politiques et qui, comme telles, posent nécessairement le problème des sanctions juridiques du but ainsi assigné au pouvoir. Cc qui change avec la théorie de la solidarité sociale, apparemment au moins, c'est le contenu des objectifs poursuivis qui montre un détachement à l'égard des conceptions libérales individualistes et une adaptation aux nécessités économiques et politiques de la Troisième République. Ses limites sont celles de la plupart des doctrines téléologiques, celles du droit naturel, dont on peut dire qu'il connaît une sorte de renaissance à l'époque qui nous intéresse ici.

---

[193] J. BARTHELEMY, « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *R.D.P.* 1909, pp. 114-155.

[194] H. BERTHELEMY, *op. cit.,* p. 4 « Pour quels besoins et jusqu'à quel point est-il avantageux que les individus soient subordonnés au pouvoir des gouvernants ? Voilà la vraie forme du problème : si on le pose ainsi, qui osera répondre que le mieux est qu'il n'y ait pas de limite au pouvoir des gouvernants, pas de matière où l'ingérence de ce pouvoir ne soit justifiée ? »

[195] J. BARTHELEMY, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement », *R.D.P.* 1911, pp. 129-163, p. 163.

[196] J. BARTHELEMY, « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *loc. cit*., p. 140.

§ 2. - LA RENAISSANCE DU DROIT NATUREL

Malgré les résistances que nous venons de signaler, les publicistes se retrouvent pour assigner un but à l'action des gouvernants et l'accord peut se faire d'autant plus facilement que le but en question est susceptible d'interprétations diverses. Ainsi la solidarité sociale peut-elle se transformer dans l'idée plus ancienne de bien commun ou de justice[197]. Dans tous ces cas, il s'agit d'imposer aux gouvernants le respect de principes extérieurs et supérieurs à l'Etat.

Les publicistes de la fin du siècle dernier rejoignent ainsi les théoriciens de l'école du droit de la nature puisqu'ils placent le fondement du droit en dehors de l'Etat et assignent à la règle un contenu humaniste et moral. Leur préoccupation est fondamentalement la même : distinguer le pouvoir et le droit, donner à celui-ci une assise morale capable de légitimer l'obéissance qui lui est due. Cette renaissance du droit naturel donnera d'ailleurs son titre à un livre de J. Charmont, paru en 1910 et dont Barthélemy fera un compte rendu élogieux : « *C'est une protestation éloquente contre la confusion du droit avec la volonté des législateurs. M. Ch. affirme sa foi dans une justice supérieure à la loi ; il en démontre la nécessité (...). Il se félicite de dégager dans les grands courants actuels de la pensée juridique une tendance idéaliste que, dans une heureuse formule, il qualifie de "Renaissance du droit naturel"* »[198].

C'est bien d'une renaissance qu'il s'agit plutôt que d'un retour pur et simple au droit naturel, fût-il celui de l'époque révolutionnaire. Le contexte a en effet changé

---

[197] A. DE SAINT-GIRONS, *op. cit*., pp. 224 et s.; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif, op. cit.,* p. 10 ; L. LE FUR, «La souveraineté et le droit », *loc. cit.* ; L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, *op. cit.*, tome II, pp. 56-57 : «Dans la théorie de la souveraineté de l'Etat., la limitation provient naturellement de l'idée que ce détenteur exerce un pouvoir qui ne lui est confié que dans l'intérêt de la collectivité, d'où résulte que cet exercice devient illégitime dès qu'il n'a plus cet intérêt en vue (...) Cette limitation s'applique à l'organe législatif, qui est le plus élevé des organes de 173tat (...) le droit qu'il exerce est le droit qui appartient à la collectivité-nation d'élaborer d'abord les règles de sa constitution intérieure, ensuite les règles régissant les relations réciproques de ses membres, en vue de maintenir entre eux le premier des biens communs qui est la justice. L'organe qui exerce ce droit peut n'avoir personne au-dessus de lui pour réformer ou annuler ses décisions, même contraires au bien commun ou à la justice, et en ce sens il est souverain. Cela lui permet d'avoir en fait le pouvoir d'imposer ses décisions, mêmes contraires au bien commun et à la justice, et par conséquent son obligation d'agir en vue de cet objet n'est pas sanctionnée de la même manière que s'il avait au-dessus de lui une volonté supérieure pouvant le forcer à exécuter son obligation. Il ne faut pas en conclure cependant que la règle qui s'impose à lui n'est pas une règle de droit, ni même qu'elle est tout à fait exempte de sanction. La notion de droit en effet n'est nullement identique à la notion de loi publiée par les organes de Œta, » et pp. 58-59 « L'idée de droit est indépendante de l'idée d'Etat (...) elle lui est antérieure et supérieure. Aussi le législateur d'Eut pas d'autre rôle que d'interpréter la règle de droit telle qu'elle s'est élaborée dans la conscience sociale (...) Cette limitation des pouvoirs de l'Etat souverain n'est pas d'ailleurs à nos yeux la seule existante, et nous restons, pour notre part, résolument fidèle à l'idée d'un droit naturel, c'est-à-dire d'une règle supérieure de justice qui n'est pas née du groupe lui-même, mais qui lui préexiste» ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Les principes fondamentaux du droit, Paris, Pichon, 1889, pp. 34-35 ; R. BEUDANT, Le droit individuel et l'Etat, Paris, Rousseau, 1891 ; M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », R.D.P. 1901, t. XV, pp, 394-427, (4c article), p, 425 ; P.A. HELIE, Les constitutions de la France, op cit., p. 33.

[198] J. BARTHELEMY, « Analyse du livre de J. Charmont, *La renaissance de droit naturel*, 1910 », *R.D.P.* 1910, pp. 596-600 ; p. 596.

en 1789, on cherchait à limiter le pouvoir du Roi ; désormais, c'est le législateur qui est en cause et qui voit opposer à ses prétentions un droit supérieur. Du coup, le contenu de la règle s'est modifié pour s'adapter aux impératifs du moment et des théories en vogue sous la Troisième République. La sociologie positiviste impose une relativisation de l'idée de droit : ce n'est plus la justice absolue, mais « *la justice en fonction de la conscience des hommes, au temps où l'on se trouve, qui devient le principe générateur de la loi* »[199]. Gagnés par l'idéologie scientiste, les juristes refusent les postulats et les principes intangibles et reprochent aux premiers théoriciens du droit naturel d'avoir eu l'illusion que la raison pouvait préciser une règle de droit s'imposant à l'humanité entière[200]. Ce sont les mêmes critiques qu'ils formulaient à l'encontre de Rousseau et de la Révolution française ; ils se sentent plus proches de *L'Esprit des lois* que du *Contrat social*.

La règle de solidarité sociale apparaît malgré tout beaucoup moins contingente que l'idée que les gouvernés se font de la justice, même si Duguit admet que « les juristes sociologues de l'avenir » substitueront un jour un nouveau système juridique à celui qu'il a élaboré[201]. Avec le professeur de Bordeaux, on assiste en quelque sorte à l'avènement du «droit objectif», c'est-à-dire d'un système qui s'auto-légitime sans avoir besoin de se fonder sur l'individu. En d'autres termes, le droit naturel n'est plus fondé sur la nature humaine pour donner naissance à des droits subjectifs de l'individu que le législateur doit reconnaître plutôt que proclamer, mais sur la nature sociale au développement de laquelle les gouvernants doivent contribuer activement.

Malgré ces adaptations, il est évident que ces doctrines téléologiques sont en contradiction avec les présupposés positivistes de cette période. Elles conduisent en effet à nier le droit positif comme droit obligatoire quand il entre en conflit avec cet objectif supérieur de la solidarité, du bien commun ou de la justice. En outre, le respect de ce droit supérieur manque totalement de sanction pratique : comment obliger le législateur à s'y conformer dès lors qu'aucun organe n'est institué à cet effet, dès lors surtout qu'il est impossible de préciser avec certitude le contenu de ce droit supérieur ? Pour toutes ces raisons, l'efficacité de ce type de limitation est destinée à rester essentiellement virtuelle, ce qui ne signifie pas qu'elle soit sans valeur.

Mais le souci de l'efficacité réelle va conduire les juristes à tenter une transposition de ces conceptions dans le droit positif en remplaçant le concept de solidarité sociale par celui de service public[202]. En imposant aux gouvernants de

[199] M. DESLANDRES, « Etude sur le fondement de la loi », *R.D.P.* 1908, pp. 5-37, p. 31 ; dans le même sens, A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Force., 2e éd., 1885, p. 187 ; H. BERTHELEMY, « Le fondement de l'autorité politique », *loc. cit*., p, 664.
[200] H. BERTHELEMY, « Le fondement de l'autorité politique », *loc. cit.*, p.665.
[201] L. DUGUIT, *Les transformations du droit privé*, cité par G. JEZE, « Analyses et comptes-rendus », *R.D.P*., 1912, pp. 810-814, p. 814.
[202] Cette transformation a surtout été l'oeuvre de G. Jèze dont nous verrons plus loin qu'il fut l'un des auteurs les plus attachés à la distinction du droit et de la politique. Voir également *L'Année administrative*, publiée

créer et d'organiser des services publics, il s'agit encore d'assigner un but à leur activité, mais l'objectif est cette fois plus juridique, on peut même dire plus administratif ; et quoique la notion de service public soit, on le sait, fort imprécise, elle présente des contours plus facilement discernables, en tout cas plus proches du droit positif, que celle trop politique de solidarité sociale. L'Etat n'a-t-il pas déjà créé des services publics ? En ce cas, l'obliger à respecter les règles qu'il a édictées pour leur organisation et leur fonctionnement ne relève pas d'un droit supérieur mais tout simplement du droit positif. Aussi, le service public peut-il devenir une forme, un cadre à respecter plutôt qu'un but lointain. Surtout, il est possible de trouver des sanctions juridiques à l'obligation de respecter les nécessités du service, la jurisprudence du Conseil d'Etat le prouve, il suffit donc de les développer.

En passant ainsi d'un droit naturel, même rénové, au droit positif, les publicistes français ne sont pas loin de rejoindre la théorie allemande de l'autolimitation qui trouve une légitimation du pouvoir dans le fait que l'Etat respecte les règles qu'il a lui-même édictées.

Section 2 LA THÉORIE DE L'AUTOLIMITATION

Née en Allemagne, cette théorie se présente comme une conception exclusivement juridique qui rejette toute légitimation du pouvoir par l'origine dans le champ politique ou sociologique (§ 1). Cette volonté de se situer sur le seul terrain du droit, et plus précisément du droit positif, est sans doute l'une des raisons de son influence sur les juristes français (§ 2).

§ 1. - LE CONTENU DE LA THÉORIE

Le contexte philosophique et politique dans lequel se développe la pensée juridique allemande est, à première vue, très différent de celui qui existe en France où les théories révolutionnaires de 1789 gardent un impact très important, même lorsqu'elles sont rejetées. La doctrine allemande n'a guère à se préoccuper de la souveraineté nationale, elle ne puise pas ses sources chez les philosophes français du dix-huitième siècle, mais plutôt chez Kant et chez Hegel, dont l'influence est particulièrement nette sur un auteur comme Jellinek. En outre, l'Etat qu'il s'agit pour elle de justifier (ou de combattre) n'est pas celui du parlementarisme, mais un système qui s'apparente davantage à la monarchie autoritaire. Cette circonstance explique assez bien la théorie du *Herrscher* de Seydel d'après lequel l'Etat est objet de droit, droit dont le *Herrscher* est le sujet et qu'il tient du simple fait de sa plus

par G. JEZE, M. HAURIOU et Ch. RABANY, Paris, Giard et Brière, 1904 et 1905 (année 1903 et année 1904).

grande force, non d'un droit supérieur. La conséquence logique de cette conception, c'est que le droit public n'est qu'un ensemble de règles arbitraires par lesquelles les gouvernants ne sont pas liés ; son principal défaut est de souligner la division de la communauté en gouvernants et gouvernés et de ne légitimer le pouvoir des premiers que par la force.

C'est, en grande partie, en réaction contre cette théorie qu'est née la doctrine de l'autolimitation. Ihering est sans doute le premier à l'avoir développée (*Der Zweck im Recht*, 1877), et cela, à partir d'une réinterprétation de la théorie de Seydel : d'après Ihering en effet, le droit est la politique bien entendue de la force et l'autolimitation résulte d'une large compréhension de ses intérêts par l'Etat qui sait que ses lois seront mieux obéies si les gouvernés ont la certitude qu'il les respecte lui-même. Ihering ne fait qu'exposer ici, de façon assez naïve, les ressorts de toute théorie de légitimation du pouvoir ; on trouvait d'ailleurs le même aveu chez Esmein à propos de la souveraineté nationale[203].

Avec Jellinek[204], la théorie de l'autolimitation s'affine pour devenir une construction juridique parfaitement cohérente puisque l'Etat est titulaire de la puissance publique, sujet de droit, il se détermine par sa seule volonté et cette volonté toute puissante peut aussi bien décider de s'autolimiter ; l'autodétermination est en même temps une autolimitation. L'Etat appartenant au monde du droit en tant que personne juridique est obligé de se soumettre aux normes en vigueur, sauf à cesser d'être une personne juridique, donc à se nier lui-même[205]. « *L'Etat est soumis au droit, il est lui-même gardien et principe de développement du droit, il doit nécessairement avoir sa place au milieu du droit ; il faut donc qu'il y ait une idée juridique de l'Etat* » [206].

Cette démonstration n'est pas sans rappeler la preuve ontologique de Saint-Anselme : Jellinek prouve que l'Etat, conçu comme personne juridique, est nécessairement soumis à l'idée de droit ; il ne prouve pas que, dans la réalité, l'Etat soit effectivement une personne juridique ni qu'il soit effectivement soumis au droit.. En d'autres termes, cette preuve fonctionne dans le pur domaine des idées rapidement confondues avec la réalité. Certes, la soumission de l'Etat au droit est vue comme la condition logique qui permet de parler de l'Etat comme d'un sujet de droit et non comme d'un pur fait. Mais la théorie qui présente l'Etat comme une personne juridique dans toutes ses manifestations fait aussi de cette qualification la condition nécessaire à la soumission effective de l'Etat (réel) au droit et notamment aux contrôles juridictionnels. Et comme le montre la phrase précédemment citée de Jellinek, l'autolimitation de l'Etat est à la fois la conséquence pratique de la théorie de l'Etat-personne juridique et sa condition logique, son point de départ.

---

[203] A. ESMEIN, Eléments ..., op. cit., p. 163.
[204] G. JELIINEK, *op. cit.*
[205] cf N. SARIPOLOS, *op. cit*., note pp. 274-275.
[206] G. JELL1NEK, *op. cit*.. p. 268.

Ce système, qui a pour mérite de conserver la cohérence du concept de souveraineté, n'institue cependant qu'une limite purement formelle. A supposer qu'il y parvienne effectivement, il ne démontre en effet qu' une chose : l'obligation pour l'Etat de respecter le droit qu'il crée, mais il ne dit rien du contenu légitime de ce droit. C'est pourquoi Jellinek a voulu parfaire sa doctrine en assignant à l'Etat une finalité, celle de développer la civilisation. L'Etat ne doit pas être seulement un *Rechtsstaat*, mais aussi un *Kulturstaat* [207]. Cependant, dans son optique, civilisation et ordre juridique s'avèrent finalement synonymes[208]. D'une certaine façon, Jellinek renoue ainsi avec la doctrine de Kant d'après laquelle l'Etat doit se contenter de réaliser le droit. Cependant, il s'agissait, pour Kant, de limiter le champ d'activité de l'Etat en en excluant la poursuite du bonheur commun[209]. Or, si l'on assimile ordre juridique et civilisation, cette finalité devient la justification de l'extension du rôle de l'Etat. La doctrine allemande rejoint ainsi une partie de la théorie française, notamment celle de Duguit qui assimile solidarité sociale et droit objectif.

§ 2. - SON INFLUENCE EN FRANCE

La théorie de l'autolimitation fait l'objet en France de critiques excessivement vives, et ce d'autant plus que les relations entre la France et l'Allemagne se détériorent.

On trouve ses détracteurs les plus violents chez des libéraux comme Berthélemy qui reproche à la doctrine allemande de sacrifier l'individu à l'Etat [210]. En 1904, c'est essentiellement la théorie de l'Etat-personne juridique qu'il dénonce, mais il accepte pour partie la théorie de l'autolimitation : « *Il est au moins nécessaire qu'elle (la souveraineté) s'exerce suivant des formes arrêtées à l'avance. Ces formes ont été définies par les dépositaires mêmes du pouvoir souverain et en ce sens la théorie allemande de l'autolimitation de l'Etat est l'expression d'un fait positif* »[211]. En 1915 au contraire, il ne lui accorde plus aucune valeur : « *Nous n'avons plus*

[207] G. JELL1NEK, *op. cit*, p. 409 : « L'Etat a pour devoir de s'affirmer lui-même, d'assurer la sécurité et le développement de sa puissance et de protéger par le droit, de favoriser enfin la civilisation ».

[208] G. JELL1NEK, *op. cit*.. pp. 399-400: « L'Etat a, en outre, pour devoir exclusif de développer d'une façon consciente et de maintenir l'ordre juridique (...) Dans la mesure où, par une force extérieure, les intérêts de la civilisation peuvent être favorisés, le droit peut être considéré comme un moyen important de favoriser cette civilisation ».

[209] G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 385: « dans les temps modernes, c'est surtout la théorie qui pose le droit objectif et l'ordre juridique comme but unique de l'Etat qui a acquis de l'importance. On l'a rattachée en particulier à Kant, dont l'influence se fait sentir sur de nombreux auteurs dans les dernières années du dix-huitième siècle et au début du dix-neuvième siècle ».

[210] H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *loc. cit*., p. 213: « cette conception erronée de la souveraineté moderne qu'ont admise un grand nombre de savants allemands lorsqu'ils y ont vu un faisceau de droits subjectifs de la collectivité devant lesquels les droits de l'individu s'anéantissent (...) Gardons nous au contraire d'assimiler à une personne l'Etat qui commande, car nous construirions par cette nouvelle fiction un être formidable (...), un monstre ».

[211] H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté », *loc. cit*., p. 226.

besoin, dit-il, de nous embarrasser de cette théorie un peu ridicule de l'autolimitation de l'Etat. Ce barbarisme devient d'autant plus inutile que n'apercevant dans l'organisation étatique que des pouvoirs limités, nous ne redoutons plus les inconvénients d'une toute-puissance illimitée contre laquelle nous ayons à nous défendre »[212]. Ce que Berthélemy redoute avant tout, c'est donc l'omnipotence des gouvernants que la théorie de l'autolimitation restreint de façon purement formelle.

En d'autres termes, la théorie de l'Etat personne justifie la création de toutes sortes de normes, et la doctrine de l'autolimitation ne permet pas de restreindre ses domaines d'intervention ; elle ne peut donc convenir à ceux qui refusent l'extension du rôle de l'Etat. Mais elle ne convient pas non plus à Duguit pourtant partisan de l'interventionnisme. On se souvient que le professeur de Bordeaux rejette les concepts de souveraineté et de personnalité sur lesquels se fonde la théorie de l'autolimitation. Il ne voit par conséquent dans la doctrine allemande qu'une théorie métaphysique, et dans l'autolimitation « une garantie bien fragile contre l'arbitraire de l'Etat »[213]. « *Nous persistons à croire que l'Etat est lié par un droit supérieur à lui et que, s'il est obligé de respecter les lois qu'il fait, c'est parce qu'elles sont présumées être l'expression de ce droit supérieur, quelque fondement qu'on lui donne, droits individuels naturels ou solidarité* »[214]. Entre Duguit et la théorie allemande, c'est donc le conflit du droit naturel et du droit positif qui ressurgit. Si les publicistes français répugnent à admettre la thèse de l'autolimitation, c'est en grande partie parce qu'ils refusent l'idée que l'Etat crée le droit. Libéraux et solidaristes croient au contraire que l'Etat se contente de reconnaître, de proclamer un droit qui lui préexiste, droits de l'individu ou droits du groupe. Mais cette opinion est difficilement conciliable avec le positivisme et c'est précisément parce qu'elle est du côté du droit positif que la doctrine de l'autolimitation tend à l'emporter finalement[215].

S'il est en effet impossible de sanctionner juridiquement une loi ou un règlement contraire à la solidarité sociale, il n'en va pas de même d'un acte de l'Etat contraire à l'ordre juridique créé par ce dernier. Etant sujet de droit, l'Etat est

[212] H. BERTHELEMY, « Le fondement de l'autorité politique , *loc. cit*., p. 681 ; et p. 679 : « on justifiera la puissance souveraine d'une entité d'autant moins inquiétante, semble-t-il, qu'elle va se plier elle-même à l'observation du droit, sans que personne soit capable d'assigner la mesure de cette limitation discrétionnaire. Malheureusement, l'action de cet être fictif ne saurait être procurée que par des êtres réels. Ce sont eux qui seront souverains pour et par l'Etat, sous réserve de se plier ... comme ils l'entendront à l'observation du droit».

[213] L. DUGUIT, *Manuel de droit public fiançais*, tome I : *Droit constitutionnel*, *op. cit*., p. 54.

[214] L. DUGUIT, *ibidem*.

[215] Sans l'emporter définitivement, la théorie de l'autolimitation l'emporte au moins chez Carré de Malberg dont on connaît l'influence sur les juristes ultérieurs. Voir R. CARRE DE MALHERG, *op. cit*., tome I, pp. 236-243.

susceptible d'être actionné comme n'importe quelle personne juridique devant ses propres tribunaux qui pourront annuler l'acte illégitime par simple confrontation avec le droit en vigueur, et sans avoir à rechercher ce que peut signifier concrètement le principe supérieur de solidarité ou de justice. Certes, le pouvoir d'interprétation dont il dispose permet au juge de se poser ce genre de question, mais encore faut-il qu'il y ait dans l'ordre juridique des éléments pour lui servir de prétexte. Même si la limitation posée par la théorie allemande est très formelle, elle possède une efficacité certaine si l'on se contente d'imposer aux gouvernants le respect de la cohérence de l'ordre juridique. Elle assure du même coup la sécurité aux particuliers dans leur commerce avec l'Etat, et c'est bien ce qui est en cause lorsque les règlements touchant la vie quotidienne se multiplient.

En outre, le caractère formel de ce système peut concilier les partisans de doctrines politiques très différentes en ce qu'il n'implique aucun contenu précis de la règle de droit. En ce sens, la doctrine de l'autolimitation peut servir de plus petit dénominateur commun à ceux qui veulent imposer des limites aux gouvernants, la plus petite limite consistant à les obliger à respecter le droit déjà créé.

Entre la théorie allemande et la conception française, il existe des points de passage nombreux[216] et de nature finalement identique à ceux déjà signalés entre la théorie du service public et celle de la solidarité sociale : d'une légitimation par le but (poursuivre la réalisation du droit), on passe aisément à une légitimation par les conditions d'exercice (exercer le pouvoir dans le respect du droit déjà édicté), et ce passage est facilité par la polysémie du mot « droit » (justice ou droit positif). En outre, et ce sera la tâche du juge, on peut obliger l'Etat à respecter l'esprit du droit positif et pas seulement sa lettre ; il suffira de se fonder sur les grands principes dont s'est inspiré le législateur en créant le droit. En d'autres termes, il n'y a pas de droit positif « pur », sauf à supprimer toute marge d'interprétation des normes édictées ; il n'y a donc pas non plus d'opposition absolue entre les conceptions jusnaturalistes et les théories positivistes.

La doctrine allemande a d'autre part gagné du terrain dans ses autres éléments : l'idée que l'Etat doit être considéré comme une personne juridique dans toutes ses manifestations est de mieux en mieux admise. Or la doctrine de l'autolimitation est étroitement liée à cette conception de l'Etat-personne. Particulièrement sensible chez Cahen, Larnaude ou Michoud, plus diffuse chez les autres, l'influence en France de la théorie allemande vient aussi de ce que les préoccupations des doctrines allemande et française se rejoignent à l'époque qui nous intéresse ici.

[216] Le concept d'autolimitation n'est d'ailleurs pas sans rappeler certaines conceptions politiques qui avaient cours en France sous l'Ancien régime, notamment celles des « parlementaires pour qui le roi ne devait pas se servir de sa puissance absolue, sauf dans les cas extrêmes, mais seulement de sa puissance réglée, seule légitime à leurs yeux », CARDINAL DE RETZ, *Mémoires* (*op. cit.*), appareil critique, p. 1307, note 3.

D'une part, la théorie allemande présente cet avantage de remplacer les représentants de la nation par des organes de l'Etat, simples instruments de la volonté étatique. Dans cette optique, le législateur n'est qu'un organe parmi d'autres, et la réalité allemande donne beaucoup plus d'importance au monarque et à son administration qu'au parlement. Nous montrerons un peu plus loin qu'un mouvement se dessine, en France, pour revaloriser le rôle de l'exécutif au moment où s'accroit la réglementation administrative, et les juristes français trouveront dans la théorie allemande des arguments tout prêts pour justifier cette évolution.

D'autre part, la doctrine de l'autolimitation est l'une des versions possibles de l'Etat-Providence, d'un Etat qui, dans son infinie sagesse, accepte de limiter volontairement sa propre puissance pour se soumettre à ce qu'il crée[217].

Elle se présente enfin comme une doctrine essentiellement juridique, ce qui, nous le verrons, correspond là aussi aux préoccupations de nos publicistes qui veulent faire oeuvre de science et séparer le droit de la politique.

[217] Cf le CARDINAL DE RETZ à propos de la sagesse des rois « semblables à Dieu, qui obéit toujours à ce qu'il a commandé une fois », *Mémoires*, *op. cit.*, p. 194).

Titre II

LA CRITIQUE DE L'OMNIPOTENCE PARLEMENTAIRE

La critique du parlement et de sa toute puissance revient comme un leitmotiv sous la plume des publicistes dès les débuts de la Troisième République. La doctrine est ici unanime et désigne le parlement comme le principal responsable du mauvais fonctionnement du régime.

Cette attitude pourrait surprendre de la part des libéraux traditionnellement favorables à l'organe législatif. Elle atteste à quel point les fondements de l'Etat légal sont remis en cause. Il faut donc s'interroger sur les raisons d'être de cette soudaine méfiance à l'encontre des assemblées. S'il faut se garder de prendre à la lettre les critiques adressées au régime, on doit cependant se souvenir de l'unanimité, du consensus qui s'établit à ce propos non seulement chez les publicistes, mais aussi dans l'opinion publique tous courants confondus.

On peut voir dans ces dénonciations réitérées le symptôme d'une crise réelle qui affecte un système élaboré à l'époque de la Restauration et désormais confronté à des conditions politiques, sociales et économiques très différentes, sinon opposées à celles du début du dix-neuvième siècle. L'avènement définitif du suffrage universel, la réapparition des groupes sociaux (syndicats, associations...), l'industrialisation, amènent partisans et adversaires du régime libéral à se retrouver pour critiquer le parlement comme le lieu où se manifeste avec le plus d'évidence l'inadaptation du système politique à ce nouveau contexte.

Mais les publicistes ne se contentent pas de dénoncer cette crise du régime représentatif (chapitre I). Ils cherchent aussi à rétablir des contrepoids à la puissance

du parlement par la revalorisation de l'exécutif moins dépendant des électeurs (chapitre II). Ces propositions de réformes montrent que la méfiance a changé d'objet, qu'elle est passée de l'exécutif au législateur derrière lequel se profile le « *nombre* », la « *masse* », la « *tyrannie de la majorité* ». Le danger ne vient plus d'un monarque absolu comme au temps de la Révolution et de l'apparition de l'Etat légal ; il est désormais du côté de l'électeur dont dépend le député (plus encore que le sénateur). Aussi, contrairement aux apparences, n'est-ce pas tant à une remise en cause de l'Etat légal que nous assistons, qu'à la sauvegarde de l'essentiel : l'existence d'un Etat, d'un pouvoir politique séparé de la société civile et indépendant des électeurs. C'est ce qui explique pourquoi le régime est critiqué avant même d'avoir pu mal fonctionner, pourquoi les publicistes retrouvent les accents des doctrinaires lorsque ceux-ci étaient aux prises avec les revendications pour l'extension du suffrage. Le sacrifice de certains principes de l'Etat légal apparaît comme le prix payé de l'adaptation du régime à la démocratisation du suffrage et de la société, adaptation qui passe par la relativisation des garanties politiques mises en place par la Révolution française au profit de garanties plus juridiques (chapitre III).

Chapitre I

LA CRISE DU RÉGIME REPRÉSENTATIF

Les publicistes font état d'une crise du régime qui touche à la fois l'équilibre du parlementarisme et le système représentatif. Ils dénoncent pêle-mêle l'incompétence des parlementaires, la corruption des politiciens, la prétention des assemblées à tout régenter, bref une déviation générale des « vrais principes », c'est-à-dire des principes de base du système libéral, « pervertis » par la démocratisation du suffrage.

Celle de ces déviations qui apparaît le plus clairement concerne le régime parlementaire transformé en régime d'assemblées. La pratique politique de la Troisième République semble donc s'inspirer davantage des théories de la confusion des pouvoirs et notamment de Rousseau (tel que l'interprète la doctrine de l'époque), que des principes de Montesquieu. Or, nous avons vu à quel point les théories de Rousseau étaient critiquées. En rejetant Rousseau, les publicistes prétendent dénoncer l'illégitimité de la confusion des pouvoirs au profit du parlement. Pourtant, l'omnipotence parlementaire pourrait être considérée comme l'une des caractéristiques du régime représentatif dans son acception classique : celle de l'indépendance de l'élu vis-à-vis de l'électeur. Mais l'avènement du suffrage universel remet en cause cette indépendance et toute la conception libérale de la représentation politique. L'électorat tend à devenir un droit plutôt qu'une fonction, le lien qui unit l'électeur à l'élu se resserre et le député devient un mandataire.

Au-delà de la crise du régime parlementaire (section 1), c'est de la crise de la représentation (section 2) qu'il s'agit et de la confrontation du libéralisme et de la démocratie. Pour résoudre cette crise, il faut donc concilier ces deux courants antagonistes ; et, puisqu'il est impossible de revenir sur le suffrage universel, il faut au moins, l'encadrer et diminuer les prérogatives des élus (section 3).

Section 1 LA CRISE DU PARLEMENTARISME

Les publicistes sont unanimes à dénoncer la déviation du régime parlementaire instauré par les lois constitutionnelles de 1875 en régime d'assemblées consacré par la pratique. C'est en effet par cette transformation que le parlement s'impose comme souverain dans l'Etat et nie les prérogatives de l'exécutif. Mais le parlement fait un peu figure de bouc émissaire dans la mesure où les critiques qui lui sont adressées sont très souvent contradictoires, dans la mesure également où la toute-puissance qu'on lui attribue semble *a posteriori* plus illusoire que réelle. Aussi faut-il s'interroger sur les raisons profondes qui conduisent les publicistes et la majorité de l'opinion à désigner le parlement comme le grand responsable des dysfonctionnements du régime et sur les transformations réelles qui se sont opérées par rapport au type classique du parlementarisme

§ 1. - LA DÉVIATION DU RÉGIME PARLEMENTAIRE EN RÉGIME D'ASSEMBLÉES

Parler de déviation suppose un point de référence, une norme à partir de laquelle on mesure la pratique politique. En toute logique, cette norme doit être recherchée dans les lois constitutionnelles. Mais le compromis auquel ont abouti les constituants de 1875 est susceptible d'interprétations variables, et partant, le régime parlementaire peut lui aussi faire l'objet de plusieurs définitions.

A — Le discours critique des publicistes

Pour Charles Benoist, « *le parlementarisme consiste essentiellement dans l'accord pour la politique et la législation entre l'exécutif et le législateur, entre le chef de l'Etat et le parlement, établi et maintenu par l'intermédiaire obligatoire d'un Cabinet nommé par le chef de l'Etat, responsable, non seulement en droit,* mais en fait*, autrement que par une clause « de style », devant lui et devant le parlement* »[218]. Le vrai régime parlementaire est donc, d'après cette définition, reprise par Duguit[219],

[218] Ch. BENOIST, « Parlements et Parlementarisme », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris LGDJ, tome 2, 1907, pp. 292-313, p. 302 ; Ch. LEFEBVRE, *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Marescq, 1882, p. 102. Opinion contraire : R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome 2, P. 81.

[219] L. DUGUIT, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », *Congrès international de droit comparé*..., Paris LGDJ, tome 2, pp. 313-325, pp. 314 et 315 : « Réduit à ses éléments simples, tel qu'il est sorti de la longue évolution historique dont il est l'aboutissant, le gouvernement parlementaire se reconnaît aux caractères suivants. Le pouvoir politique appartient à deux organes, agissant en une continuelle collaboration, et se limitant l'un l'autre par l'action réciproque qu'ils exercent l'un sur l'autre : un organe électif et collectif, le Parlement, un organe unitaire, le Gouvernement personnifié par un chef d'Etat (...) Mais en même temps, pour concilier la responsabilité et la stabilité gouvernementales, le Gouvernement se compose de deux éléments : un élément permanent et irresponsable, le chef de l'Etat, un

de type orléaniste plutôt que britannique. C'est aussi, à l'époque boulangiste, la définition qu'en donnent les radicaux pour en souligner le caractère peu démocratique [220]. Pourtant, nulle part dans la constitution de 1875 ne figure cette responsabilité du gouvernement devant le président de la République.

L'interprétation orléaniste n'est donc que l'une des interprétations possibles, celle qui avait été soutenue par Mac Mahon et le centre droit contre les républicains monistes[221]. La norme du régime parlementaire se situe plus près du régime anglais chez F. Moreau qui consacre tout un ouvrage à sa défense en 1903 [222]. Mais quelle que soit la définition qu'on en donne, il s'agit toujours d'une norme qui postule l'idée contestable que tout écart par rapport à cet idéal théorique constitue une déviation, un fonctionnement défectueux[223]. Au-delà de leurs éventuelles divergences sur l'idéal politique à suivre, tous les auteurs se retrouvent en effet pour dénoncer la déformation française du parlementarisme comme une forme de despotisme[224].

La fortune de ces critiques vient de ce que le régime d'assemblées peut alors concentrer sur lui toutes les attaques : celles de la gauche, comme celles de la droite. Vers 1885, la gauche radicale dénonce l'omnipotence parlementaire comme une appropriation indue de la souveraineté par une oligarchie, celle de la bourgeoisie

élément changeant et responsable, le ministère (..) le chef de l'Etat est l'inspirateur de la politique ministérielle, il choisit ses ministres, qui doivent avoir à la fois sa confiance et celle du Parlement ».

[220] Sur ce point, voir Z. STERNHELL, *La droite révolutionnaire, les origines françaises du fascisme 1885-1914*, Paris, Seuil 1978, p. 43: « les premières attaques contre la Constitution lancées, en mai 1881 par Alfred Naquet, alors député radical du Vaucluse, peuvent être considérées comme le coup d'envoi de la campagne contre la République libérale et bourgeoise que va désormais mener l'extrême gauche radicale. Le 31 mai, Naquet demande à la tribune de la Chambre la révision de la Constitution. Depuis, il ne cessera plus d'instruire le procès du régime parlementaire et de ses incohérences, de son inefficacité, de sa nature antidémocratique. Pour le député, devenu en 1883 sénateur radical, le régime parlementaire, importé d'Angleterre, est un rouage de la monarchie constitutionnelle et non un rouage de la démocratie de suffrage universel ».

[221] Voir J.J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris, Dalloz, 5ème éd. 1977, p. 292 : « Cette République, à laquelle, telle qu'elle était, personne ne croyait, il fallait absolument se réserver la faculté de la changer, de la réviser. Le centre doit comptait bien en faire une vraie monarchie parlementaire orléaniste, c'est-à-dire dualiste, avec un centre de pouvoir dans 1c roi et un centre de pouvoir dans les assemblées. Les républicains, les "vrais", les "croyants', et surtout les vieux, les Louis Blanc, les Edgar Quinet, comptaient bien tirer de cette "République honteuse", de cette "Cendrillon", de cette "République sans républicains", comme on disait, fille de Thiers "l'orléaniste défroqué", la vraie *République jacobine* de style 93. Les plus jeunes comptaient bien en tirer la *République opportuniste*, celle enfin qui réussirait et s'installerait, enfin solide, enfin à l'abri des aventures du pouvoir personnel ».

[222] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, Paris, Fontemoing, 1903.

[223] Cf Ch. SEIGNOBOS, « Analyse du livre de Ch. Benoist, *la crise de l'Etat moderne*, Paris 1897 », *R.D.P.* 1898, tome IX, pp. 141-144, p. 143 : « si un mécanisme politique était une fin en soi, on aurait le droit de dire que la machine "va mal" quand elle ne fonctionne pas suivant les règles conçues par le mécanicien. Mais toute forme politique n'est qu'un procédé pour assurer à une nation des biens désirables en eux-mêmes, la prospérité matérielle, la liberté et la sécurité, l'activité intellectuelle. Ces résultats ont-ils jamais été obtenus aussi complètement que de nos jours et dans les pays à "suffrage inorganique" (...) Ainsi la formule "tout va mal" ou n'a aucun sens ou se réduit à dire que l'évolution politique du monde civilisé ne s'est pas conformée aux règles tracées d'avance par une école doctrinaire — dont les derniers survivants achèvent d'ailleurs de s'éteindre ».

[224] A. DE SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, p. 264.

libérale. Naquet et Laisant qui instruisent ce procès et rejoindront plus tard les rangs du boulangisme, attaquent aussi bien le régime parlementaire (« *le parlementarisme bourgeois* ») que sa déviation. Après la période boulangiste, qui a fourni aux extrêmes un terrain commun d'attaque contre le régime, la droite reprend la critique de l'omnipotence parlementaire pour des raisons opposées à celles de Naquet : il ne s'agit plus de dénoncer le parlementarisme libéral, mais de le défendre contre ses déviations provoquées par la pression du suffrage universel.

Défendre le régime parlementaire après l890, c'est aussi une façon de se tenir à distance du césarisme. Dans cette optique, le parlementarisme peut apparaître comme le régime de l'équilibre, celui du juste milieu ; dès lors qu'on s'en éloignerait, ce serait retourner au despotisme[225]. S'il faut défendre le régime parlementaire, dit Duguit, c'est parce qu'« *il est le meilleur procédé qu'aient encore inventé les hommes pour protéger l'individu contre l'arbitraire d'un dictateur, d'une classe ou d'une majorité* »[226]. Les adversaires naturels du régime parlementaire, ajoute Moreau, sont « *les hommes de tous les despotismes, ceux qui lui reprochent d'avoir à jamais rendu impossible le pouvoir absolu d'un souverain, et ceux qui s'irritent des obstacles qu'il oppose à l'avènement d'un régime conventionnel* »[227]. Les rares partisans du régime présidentiel estiment eux aussi que la « *vraie liberté, celle de l'individu, est ennemie de l'omnipotence d'une assemblée* »[228]. Tous parviennent à cette même constatation « *nous sommes arrivés au terme de ce que Benjamin Constant appelait « l'horrible route de l'omnipotence parlementaire* »[229].

À cette toute puissance du parlement, correspond évidemment la subordination de l'exécutif, et notamment celle du chef de l'Etat. Aussi, la pratique politique de la Troisième République est-elle confondue avec celle de la Convention[230], la théorie de cette pratique rapportée à Rousseau. Les républicains

[225] Cf R. SALEILLES, « Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme », *in Procès verbaux des séances et documents du Congrès international de droit comparé tenu à Paris, du 31 juillet .4 août 1900*, Paris, LGDJ, 1905, tome ler, pp. 69., p. 76 : « De même que, sur le terrain politique, le régime parlementaire réalise l'harmonie des pouvoirs, de même, sur le terrain social, il a pour but de réaliser l'harmonie et la coordination des influences Tout régime qui subordonne exclusivement l'un des pouvoirs à l'autre, n'est plus politiquement le régime parlementaire. Tout régime qui, au point de vue social réduit toutes les influences historiques à une seule, qui soit oppressive de toutes les autres, ou qui réduise la nation à une foule inorganique, aboutissant à l'anarchie sociale, ne saurait être le régime parlementaire ».

[226] L. DUGUIT, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire depuis 1875 », *loc. cit*., p. 325.

[227] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, préface.

[228] . R. JACQUELIN, « Les cent jours et le régime parlementaire », *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 193-220, p.220.

[229] J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906,.p. 681 ; A. Le BOURGEOIS, *De la séparation des pouvoirs*, Thèse, Paris, 1884, notamment p. 171.

[230] Ch. BENOIST, « Parlements et parlementarisme », *loc. cit.*, p. 303 ; « Ou bien le chef de l'État n'est pas assez fort : et c'est la dictature anonyme, multiple et multiforme, d'une assemblée ou de la fraction dominante d'une assemblée, la Convention avec un ou plusieurs comités de Salut public. Le ministère n'est pas assez fort et c'est ou le gouvernement direct par le chef de l'Eut — le despotisme — ou le gouvernement indirect par les Chambres — l'anarchie — Le parlement n'est pas assez fort : et c'est alors le caprice, le bon plaisir, l'arbitraire tyrannique. / Le chef de l'Etat trop fort, les ministres et le parlement pas assez : c'est la déformation prussienne du parlementarisme ; le chef de l'État et les ministres pas assez forts, le parlement

«avancés » confortent d'ailleurs cette analyse puisqu'ils réclament la suppression pure et simple de la présidence de la République en prétendant s'inspirer de 1793.

B — Discours et réalité

Pourtant, à bien des égards, cette omnipotence du parlement peut nous paraître aujourd'hui plus illusoire que réelle. Si l'on analyse en effet les critiques faites par les publicistes à ce régime « *dénaturé* », on s'aperçoit qu'elles sont essentiellement contradictoires et qu'elles établissent davantage l'impuissance du personnel parlementaire de l'époque qu'une toute puissance effective du parlement. Si les auteurs accusent le parlement, et d'abord la chambre des députés, d'empiéter sur les prérogatives de l'exécutif[231], de renverser les ministères sans rime ni raison[232], de « s'immiscer dans toutes les parties de l'administration »[233], ne lui reprochent-ils pas aussi son absence de programme politique, la médiocrité, l'ignorance et la corruption de son personnel[234] ; ne l'accusent-ils pas encore de délaisser le travail législatif devenu stérile et lent[235] et de lui préférer les luttes politiciennes, pour n'être finalement pas même capable de contrôler le ministère ? [236].

Les assemblées sont donc à la fois omnipotentes et inefficaces, voire impuissantes, constat qui ne se défend guère d'un point de vue logique et nous impose un examen plus serré de la question. Il semble qu'en réalité, le parlement ait été balloté entre des influences contradictoires, celles des divers groupes de pression dont les députés se sont faits les porte-parole. Témoins les innombrables groupes constitués à la chambre. Témoin aussi le système d'élaboration des lois : de nombreux projets furent en effet entièrement préparés en dehors des assemblées, dans un premier temps par ce qu'on appelait les « sociétés savantes », puis par les bureaux des ministères, pour être ensuite adoptés pratiquement sans modification par les chambres[237]. Les pressions contradictoires qui s'exerçaient sur les députés,

---

beaucoup trop : n'en était-ce point hier encore la déformation française ? Le chef de l'État de moins en moins fort, le parlement et les ministres trop, ou les ministres trop et le parlement lui-même plus assez n'en serait-ce pas pour un avenir prochain, une autre déformation à prévoir ? Ainsi s'accomplirait le cycle du despotisme à la tyrannie par l'anarchie : la Convention, le Directoire, et après ? »

[231] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 208 : «La faute vraie, c'est l'empiètement. et c'est la faute des Chambres » ; R. SALEILLES, *loc. cit*., p. 80.

[232] A. ESMEIN, *Éléments*..., p. 728 ; R. SALEILI.ES, *loc. cit*., p. 80.

[233] L. DUGUIT, « Note sommaire... », *loc. cit*., p. 317.

[234] L. DUGUIT, *ibidem*, p. 318; Ch. BENOIST, « parlements et parlementarisme », *loc. cit*. p. 308 et p. 310 notamment.

[235] F. MOREAU, « Régime parlementaire et principe représentatif », *Congrès international de droit comparé,* Paris LGDJ 1907, tome 2, pp. 223.274, p. 251 ; E. BOUVIER et G. JEZE, « La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances », *RCLJ* 1897, pp. 381-393, 427-451 et 528-540.

[236] L DUGUIT, « Note sommaire ... », *loc. cit.*, p. 318.

[237] Cf. H. BOUCHET, *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures*, thèse pour le doctorat en sciences politique et économique, université de Dijon, Dijon 1908. Voir notamment le chapitre III de cet ouvrage, chapitre dans lequel Bouchet montre quelle a été l'influence de la société générale des prisons sur l'oeuvre pénitentiaire de la Troisième République : « l'initiative de chacune des réformes, dans ce domaine, est toujours partie de la Société générale des prisons (...) C'est

l'hétérogénéité croissante de la composition des assemblées, le manque de continuité du travail parlementaire auquel s'est ajoutée plus tard l'instabilité ministérielle ont, sans doute, oeuvré dans le sens d'une déperdition des pouvoirs du parlement au profit de la haute administration plutôt que dans le sens inverse de sa toute puissance.

Cet aspect des choses et le caractère contradictoire des critiques faites aux assemblées laissent donc penser que les publicistes ont surtout voulu remettre en cause la mythologie de la prépondérance légitime du parlement dans l'Etat. Cette mythologie était celle de l'Etat légal et se fondait sur l'idée que les parlementaires sont dans l'Etat les premiers représentants de la nation, représentants indépendants de leurs électeurs. Ce qui vient étayer cette hypothèse, c'est que la doctrine est unanime à dénoncer l'incompétence et la corruption des parlementaires. Les adversaires du régime libéral n'admettent pas que l'Etat soit accaparé par une « *caste* » parlementaire; ses partisans ne peuvent s'accommoder des changements intervenus dans le personnel politique et dans « les moeurs » parlementaires.

§ 2. - LA CRITIQUE DU PERSONNEL PARLEMENTAIRE

Aux yeux des publicistes, les représentants n'offrent plus les garanties qu'ils étaient censés présenter pour le bon fonctionnement du système politique. Bien que (ou parce que) devenus pour la plupart des « politiciens professionnels » [238], ils n'ont même pas la compétence de leur fonction et paraissent uniquement préoccupés de leur réélection.

---

encore au sein de la même Société que se poursuivent l'étude et l'élaboration de ces réformes (...) C'est enfin toujours sous les auspices de la Société que s'effectue le dépôt des projets de lois ainsi élaborés (...) Quant au Parlement, nous sommes à même maintenant d'apercevoir son véritable rôle : il n'est jamais, en toutes ces matières, que l'écho du dehors ; il se borne à enregistrer des solutions élaborées en dehors de son enceinte et à leur donner la consécration législative ». (Bouchet p. 97). I1 faut noter que tous les projets de lois dont parle ici Bouchet ont été votés en 1885 ; en revanche, à partir de la fin des années 1890, il semble que l'influence des sociétés savantes sur la législation ait fait place à celle des conseils supérieurs institués auprès des ministères, l'initiative législative passant ainsi, des assemblées et des sociétés extérieures au parlement, au gouvernement par l'intermédiaire des bureaux des ministères ; voir l'élaboration de la législation sur les habitations à bon marché de 1894 à 1906 (Bouchet, *op. cit*., pp. 119 et s.) et celle de la loi du 15 février 1902 sur la santé publique, ou le rôle du Conseil supérieur du Travail dans la législation (Bouchet, *op. cit*., pp. 134 et s.).

[238] Voir Th. FERNEUIL, «La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *R.P.P.* 1896, tome X, pp. 489-511, p. 498 : « les progrès de la division du travail appellent partout l'intervention des compétences spéciales (...). Or, la politique seule a le privilège d'échapper à cette loi générale, et on admet ordinairement que, pour trancher les questions les plus ardues et les plus complexes de législation, d'administration, de travaux publics, de finances ou d'instruction publique, il est inutile de posséder une préparation ou un entraînement appropriés (...) le premier plan de la scène politique est accaparé par les médiocres et les ambitieux qui, n'étant pas gênés par l'exercice d'une profession, peuvent se livrer entièrement à la politique dont ils font un véritable métier. D'où l'invasion de ces politiciens de carrière qui s'offrent d'eux-mêmes aux électeurs, non point pour répandre leurs idées et leur programme politique, fruit de leur culture et de leur expérience personnelle, mais pour se soumettre aux sommations et aux caprices de ceux qui les ont investis de leurs suffrages ».

A — Les arguments de la doctrine

Dans le registre de l'incompétence, le premier reproche fait aux parlementaires concerne la qualité de leur travail législatif. « *L'expérience des dernières législatures a montré que l'usine parlementaire fonctionne d'une façon défectueuse, que les produits qui en sortent sans se briser contre l'opposition du Sénat (opposition que souhaitent souvent au fond de leur coeur ceux mêmes qui ont à la Chambre proposé ou voté les projets de lois), sont mal venus, que beaucoup de ceux qui ne sont pas tout-à-fait mauvais en principe, auraient besoin de corrections ou de tempéraments que personne ne peut y introduire, et que le chômage de l'atelier législatif est, dans de très nombreux cas, préférable à la mauvaise fabrication qu'il infligerait à la nation* »[239]. Certes, la critique s'explique en partie par le fait que d'Eichtal est un saint-simonien convaincu. Mais on la retrouve chez les autres publicistes, toutes tendances confondues. Ainsi la stérilité des débats parlementaires, « l'incurable lenteur » des assemblées[240], l'abus du droit d'initiative[241] sont devenus des lieux communs. Leroy constate à son tour en 1908 l'incapacité du législateur à formuler l'intérêt général[242].

Toutes ces critiques visent davantage la chambre que le sénat dont les membres auraient une compétence « *cent fois supérieure* » à celle des députés[243]. Elles peuvent nous surprendre aujourd'hui où l'oeuvre législative accomplie durant les trente premières années du régime semble avoir été particulièrement féconde. Mais il est évident aussi que le problème de la compétence se pose alors avec plus d'acuité pour les contemporains, dans la mesure où les députés légifèrent désormais dans des domaines plus nombreux et plus techniques. Comme nous le verrons[244], les publicistes tendent à évacuer la question politique pour la remplacer par l'oeuvre

[239] E. D'EICHTAL *Souveraineté du peuple et gouvernement* (*op. cit.*) pp. 243-244.
[240] F. MOREAU, *Le règlement administratif. Etude théorique et pratique de droit public français*, Paris, Fontemoing, 1902, p. 173 ; voir P. MOREAU, « Chronique constitutionnelle parlementaire », *R.D.P.* 1896, tome IV, pp. 292-321, p. 308 ; F. Moreau, « L'initiative parlementaire », *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 251-279, p. 251 « un des phénomènes les plus frappants de notre vie parlementaire, c'est le contraste entre l'énorme quantité de travail fournie par les Chambres et la médiocrité du produit législatif (...) Le Parlement ne donne au pays qu'un petit nombre de lois, et la plupart de ces lois sont médiocres pour le fond, défectueuses pour la forme. L'effort et les résultats sont disproportionnés ».
[241] L MICHON, « L'initiative parlementaire en France depuis 1789 », *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 71-118, et pp. 231-279 ; L. MICHON, « L'initiative parlementaire en matière financière ». *R.D.P.* 1898, tome X, pp. 193-219 ; BOUVIER et JEZE, « La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances », *RCLJ* 1897, pp. 381-393 ; E. LARCHER, *L'initiative parlementaire en France*, Paris, Rousseau, 1896 ; F. MOREAU, « L'initiative parlementaire », *loc. cit.* ; L. DUGUIT, *Manuel de droit public français*, tome 1 : *Droit constitutionnel*, pp. 876 et s.
[242] M. LEROY, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, p.112-113.
[243] E. DEJEAN, « Chronique politique février-juin 1896 », *R.D.P.* 1896, tome V, pp. 480-493, p. 489 ; F. MOREAU, « l'initiative parlementaire », *loc. cit.*, p. 269 : « on est tenu de le déclarer, au Sénat, l'initiative est beaucoup mieux exercée, les propositions sont infiniment moins nombreuses, elles sont moins souvent soufflées par l'actualité ; elles sont mieux étudiées, mieux rédigées, car le Sénat possède encore plusieurs bons juristes. Tout cela est si certain, si connu que la Chambre a pris l'habitude de compter sur le Sénat pour le redressement des erreurs qu'elle a commises ».
[244] *Infra*, chapitre III, section 2.

prétendument neutre de la technique : les représentants de la nation ne sont plus censés élaborer un programme politique, mais rédiger des lois juridiquement correctes avec un maximum d'efficacité. Cette idée naît précisément au moment où les choix politiques du parlement commencent à être contestés[245]. Et c'est en partie à la préférence du parlement pour les luttes politiciennes qu'est attribuée la mauvaise qualité du travail législatif : « *on sait qu'un grand nombre de séances sont consacrées sans profit pour personne, à l'interminable discussion d'innombrables interpellations ; que la Chambre, outre qu'elle perd là un temps qui pourrait être mieux employé, y perd aussi le goût du travail sérieux, y prend l'amour des luttes stériles où l'existence ministérielle est cependant sans cesse menacée ; qu'elle y devient nerveuse, indocile ; que le pays enfin se fatigue de ces tournois brillants et vains desquels il ne sort que bruit et fumée* »[246].

Et si la politique a pris le pas sur le travail législatif proprement dit, c'est parce qu'elle s'est dégradée en une « *politique de surenchère électorale* »[247] et d'intérêts particuliers. À cet égard, la liste des groupes à la chambre des députés est assez instructive par ce qu'elle révèle de leur diversité et de leur aspect catégoriel : n'y voit-on pas figurer, à côté du groupe agricole et du groupe colonial, le groupe des députés des arsenaux et manufactures militaires, celui de la région du sud-ouest, ou encore le groupe viticole de l'est et du centre ?[248] Tous les auteurs dénoncent la préoccupation. exclusive chez les députés pour les intérêts particuliers qui peuvent influer sur leur réélection. Or, cette critique met directement en cause l'un des mythes fondateurs du système politique de l'époque. Ce système postule en effet que le pouvoir du député vient de ce qu'il représente la nation et de ce qu'il sait formuler l'intérêt général. Si cette aptitude est mise en doute, sa légitimité et, avec elle, celle de l'ensemble du système sont destinées à s'effondrer. Une telle situation explique que Duguit en soit venu à dénoncer derrière la souveraineté une réalité beaucoup plus crue : celle de la force, à ne voir dans la volonté de l'Etat que la volonté particulière des gouvernants. Or il n'est pas difficile de pousser plus loin le

[245] Cette contestation devient plus sensible avec l'arrivée au pouvoir du ministère Léon Bourgeois, voir la chronique politique de la *R.D.P.* 1895-1896. Voir également E. D'EICHTAL, *op. cit*., pp. 241-242.

[246] F. MOREAU, « Chronique constitutionnelle et parlementaire 1894-1895 », *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 292-321, p. 311.

[247] ZEDYX, « Chronique politique », *R.D.P.* 1899, tome XI, pp. 493-508, p. 493. F. MOREAU : « L'initiative parlementaire », *R.D.P.* 1901 (t. 15*) loc. cit*., pp. 273.274 : « Notre séculaire éducation catholique et royaliste a forcé notre temps de libres penseurs et de républicains à fabriquer un dieu et un monarque pour utiliser des facultés d'adoration et d'obéissance menacées de rester sans emploi. Dans cet état d'esprit, les élections sont autre chose que la désignation des hommes les plus aptes à gérer les affaires du pays ; elles sont le moyen de connaître les volontés impératives du suffrage universel (...) il est passé en opinion commune que l'électeur qui vote pour Mr X..., adopte en bloc et en détail les solutions que Mr X... propose pour les nombreux problèmes signalés dans sa profession de foi. Voilà Mr X... élu ; le voilà en même temps convaincu qu'il a le devoir non moins que le droit de provoquer les lois qu'il a annoncées ; il ne réfléchira pas -pour l'instant - qu'il est investi par une infime portion du suffrage universel ; il se dit, il se croit investi par le suffrage universel tout entier (...) Nul besoin d'étudier, le peuple veut, il suffit. Pourquoi des règlements, des restrictions, des conditions ? Si on les supporte encore, on saura les éluder (...), l'initiative qui sert à affirmer la déférence envers le peuple, sert encore à entretenir dans le petit rayon de la circonscription, une nécessaire popularité ».

[248] *R.D.P*. 1894, tome I, « Les groupes à la Chambre des députés », pp. 193-195.

raisonnement jusqu'à penser que l'intérêt général est lui aussi une fiction. Le pas sera d'autant plus vite franchi que les députés se préoccupent manifestement plus de satisfaire des intérêts locaux et catégoriels qu'un intérêt général hypothétique. Ce que l'on peut reprocher aux parlementaires de l'époque, c'est de n'être plus en situation ni de discerner l'intérêt particulier qui doit prédominer sur tous les autres, ni de présenter cet intérêt comme celui de la société tout entière.

Cette crise de l'intérêt général que tente de pallier notamment le solidarisme sous toutes ses formes, peut s'analyser finalement comme une crise au sein de la classe dominante dont les divers éléments souhaitent faire prévaloir leur point de vue et leur politique. Dans cette confusion générale, les parlementaires en sont à se préoccuper de leurs seuls intérêts pécuniaires[249], au point d'apparaître comme « une féodalité interposée entre le pouvoir central et le citoyen »[250], comme une « caste »[251] désignée à la vindicte populaire.

B - Les raisons de la critique

D'où vient que la qualité du personnel parlementaire ait si brusquement baissé aux yeux de la doctrine ? [252]. Deux raisons peuvent être avancées pour expliquer ce phénomène.

La première tient au milieu dans lequel se recrutent désormais les parlementaires, milieu fort différent de celui dont était issu le personnel politique du parlementarisme censitaire. Dans son livre sur *La vie politique sous la Troisième République*[253], J.M. Mayeur souligne cette démocratisation du personnel politique, manifeste selon lui à partir de 1902, mais qui nous semble déjà sensible à la fin des années 1880. L'arrivée au parlement de députés issus de la moyenne et de la petite bourgeoisie a contribué à modifier les moeurs parlementaires, tout en introduisant une certaine hétérogénéité dans le personnel politique des assemblées. Dès lors, on comprend mieux que les publicistes se plaignent de ce que les députés sont incapables de dégager un consensus. L'ascension sociale de la petite bourgeoisie, si fréquemment notée pour cette période, se manifeste aussi dans les institutions politiques, et c'est ce que beaucoup n'acceptent pas.

---

[249] Cf la loi du 23 novembre 1906 qui a permis le relèvement de l'indemnité parlementaire de 9 000 à 15 000 francs (Albert-Révillon, chronique du mouvement législatif, *R.D.P.* 1907, pp. 120-142, p. 124); voir également les nombreux scandales financiers mettant en cause des parlementaires.

[250] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p.352.

[251] J. DELPECH, « la notion de parti et le party government », *R.D.P.* 1910, pp. 534-570, p. 557, note 2, à propos de deux livres, l'un de H. CHANTAVOINE, *En province,* Paris, Grasset 1910 ; l'autre de H. LEYRET, *La tyrannie des politiciens*, Paris, Cornely 1910 : « Ces deux volumes ont pour thème l'exposé des conditions dans lesquelles s'est constituée la caste parlementaire et des causes pour lesquelles elle est, à l'heure actuelle, de plus en plus mise en échec par sa propre clientèle ».

[252] Pourtant, ce sentiment d'un affaiblissement de le qualité du personnel politique (et surtout parlementaire) existait déjà à l'époque de la Monarchie de Juillet, v. la *Correspondance d'Alexis. de Tocqueville avec P.P. Royer-Collard*, A.TOCQUEVII.I.E, *Œuvres complètes*, tome XI, Gallimard 1970.

[253] J.M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République*, 1870-1940, Paris, Seuil, 1984, pp. 215 et s.

Le régime parlementaire est en effet défini par la plupart des auteurs comme celui d'une élite sans laquelle il ne pourrait fonctionner. Ce régime, dit Charles Benoist, « *suppose et appelle, — on n'ose pas dire une classe, toute idée de classe étant, ici et aujourd'hui, déplacée, — disons un personnel de gouvernement et de parlement à tous les degrés instruit, compétent, indépendant, désintéressé, capable de supporter la contradiction, tolérant (...) originairement et essentiellement, le parlementarisme est un régime aristocratique ou bourgeois* »[254]. Marcère est plus explicite encore lorsqu'il cherche dans le changement de personnel politique la raison des déviations du régime depuis 1875 : « *la presqu'unanimité des membres de l'Assemblée nationale, surtout de ceux qui établirent les lois constitutionnelles, faisaient partie, par la tradition au moins, des classes dirigeantes du passé* »[255]. C'est bien ce qui, en l'espace de quelques années, a changé et c'est à ce changement que certains attribuent la faillite des institutions parlementaires, de ce « *mécanisme délicat* » qui exigerait pour son bon fonctionnement « *la haute culture de l'esprit, le souci des intérêts généraux, les connaissances étendues en toutes choses, l'expérience des grandes affaires* » [256], bref, l'appartenance à la classe dominante.

La seconde raison, ou si l'on veut, la raison de la première, tient au mode de recrutement des parlementaires, désormais élus au suffrage universel. L'extension du droit de suffrage est en effet considérée comme principale responsable des déviations subies par le régime parlementaire tel qu'il se pratiquait à l'origine, c'est-à-dire en fait à l'époque libérale. Aussi les critiques adressées aux députés recouvrent-elles bien souvent une dénonciation des abus du suffrage universel et manifestent une crise réelle d'adaptation du régime représentatif à la démocratisation du suffrage[257].

---

[254] Ch. BENOIST, « Parlements et parlementarisme », *loc. cit*., p. 304.
[255] MARCERE « La constitution et la constituante », *R.P P*., 1899 , tome XDC, pp. 225-243, p. 230
[256] MARCERE, *ibidem*.
[257] N. SARIPOLOS, *op. cit*., p. 303 : « Le pouvoir de la majorité dans les démocraties modernes, presque toutes plus ou moins représentatives, se concentre au corps législatif ; le Parlement, peut-on dire, tend à absorber aujourd'hui à peu près tous les pouvoirs publics »; R. SALEILLES, *Procès-verbaux des séances et documents du congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900* Paris, LGDJ ; 1905, tome ler, pp. 69-113, p. 82 : « Le vrai régime parlementaire n'obéit pas à la foule, mais à une petite élite, c'est une forme aristocratique de l'idée de souveraineté politique (...) si le régime parlementaire, historiquement, est né de la prépondérance d'une classe, il n'est pas douteux qu'avec l'extension de la démocratie, ce sont d'autres couches sociales qui font leur entrée sur la scène, prêtes à jouer leur rôle ; et il s'agit de savoir si le mécanisme parlementaire peut leur convenir encore, ou s'il leur faut un régime plus simplifié, mieux adapté à leurs idées et à leur degré dc culture et d'éducation politique » ; Th. FERNEUIL, «La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre », *R.P.P.* 1894 (I) pp. 18-26, pp. 920: « Déjà, sous le suffrage restreint, la chasse aux porte-feuilles accaparait le premier plan de la scène politique, et l'esprit de parti ou de coterie se substituait trop souvent 'à la recherche de l'intérêt national : mais, du moins, grâce au mode de votation, on obtenait des Chambres recrutées dans un milieu social privilégié, par suite des majorités plus respectueuses des prérogatives du pouvoir exécutif, et plus aptes à se plier au mécanisme délicat du régime représentatif. Avec le suffrage universel nous avons vu la fréquence des crises ministérielles aggraver les abus de la chasse aux porte-feuilles, et les compétitions de personnes ou de groupes se substituer de plus en plus au souci des intérêts supérieurs de la communauté ; mais, en outre, les majorités émanant du suffrage universel se montrent beaucoup moins respectueuses des prérogatives du pouvoir exécutif et plus disposées à empiéter sur les attributions des autres organes gouvernementaux. Etant don. le niveau moyen des Chambres élues par le suffrage universel, il faut donc prévoir qu'elles renfermeront toujours une masse de députés qui chercheront à se faire gloire devant leurs électeurs en soulevant d.

Section 2 LA CRISE DE LA REPRÉSENTATION

Si le régime parlementaire est en crise, c'est que la conception classique de la représentation politique est elle-même subvertie par la démocratisation du suffrage[258]. C'est du moins la thèse explicitement soutenue par les publicistes qui ne se contentent pas de décrire les symptômes de la crise, mais en recherchent les causes pour éventuellement y remédier. Nous verrons que cette conception classique de la représentation repose sur une ambiguïté que l'extension du suffrage a seulement rendue plus manifeste (§ 1). L'avènement du suffrage universel fait en effet du régime représentatif un gouvernement de l'opinion et remet en cause le postulat essentiel du régime libéral : celui de l'indépendance du représentant vis-à-vis de l'électeur (§ 2). C'est aussi toute la question de la nature du suffrage qui se trouve posée : la pression des électeurs tend à transformer l'électorat d'une fonction en un droit, pour aboutir à ce que les publicistes appellent la tyrannie de la majorité et la souveraineté du nombre. Et pour eux, la force du nombre n'a en elle-même aucune légitimité (§ 3).

§ 1 . - LES AMBIGUÏTÉS DE LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA REPRÉSENTATION

Dans la théorie classique de la représentation, confier le pouvoir à des représentants de la nation constitue à la fois un gage de capacité des gouvernants et de légitimité du régime. L'étude du développement historique du régime représentatif et de sa théorie montre en effet qu'il a toujours mis en oeuvre la conjonction de deux idées qui se sont révélées à certaines époques contradictoires. Lorsque la constitution de 1791 instaure le régime représentatif, il s'agit de transformer radicalement le système de légitimité : la souveraineté de droit divin est abandonnée au profit de la nation, corps indivisible des citoyens ; à l'autorité monarchique, on oppose désormais le respect de la volonté générale. Pour exercer légitimement le pouvoir, les

---

incidents parlementaires et en mettant les ministres sur la sellette, bien plutôt qu'en discutant des projets de loi à la tribune ou en préparant des rapports dans la pénombre discrète et silencieuse des commissions. Sans doute, si la composition et les moeurs des Assemblées parlementaires étaient plus saines, il n'y aurait pas lieu de règlementer le droit d'interpellation ; mais, comme aucun pronostic n'autorise à compter sur un relèvement du niveau de ces Assemblées, ne faut-il pas en conclure que le frein du règlement doit intervenir là où les moeurs sont reconnues impuissantes à prévenir la dégénérescence du régime parlementaire ? »

[258] Cf. Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *R.P.P.* 1896, tome X, pp. 489-511, p. 491 : « quand la souveraineté du peuple a semblé atteindre son point culminant par la conquête du suffrage universel, n'estimait-on pas que ce système électoral devait consacrer l'aboutissement suprême, et comme le couronnement du régime représentatif? (...) Malheureusement, les faits se sont assez vite chargés de démentir la théorie. Chez la plupart des nations qui pratiquent le suffrage universel, une antinomie de plus en plus profonde s'est produite entre ce suffrage et le régime représentatif, de telle sorte que le principe qui devait assurer le triomphe de ce régime menace aujourd'hui, presque partout, d'en consommer la décadence et la ruine » ; cf L DUGUIT, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », *loc. cit*. p. 318 : « pour beaucoup de bons esprits, la cause principale de cette déviation du régime parlementaire se trouve uniquement dans le suffrage universel. Le régime parlementaire est en soi, disent-ils, complètement incompatible avec la démocratie ».

gouvernants doivent donc représenter l'ensemble des citoyens formant la collectivité nationale. Mais pour gouverner, encore faut-il, dit-on, être capable de formuler l'intérêt national. Aussi, le régime représentatif se présente-t-il à la fois comme un gouvernement de la volonté générale et comme un gouvernement des capacités, l'idée de la capacité nécessaire venant légitimer celle de représentation. À son tour, la question du choix des gouvernants les plus aptes pose le problème de la capacité des électeurs, et cette appréciation de l'aptitude du corps électoral dépend évidemment des objectifs poursuivis par les constituants. La théorie libérale, qui voit dans la richesse (ou la propriété) la preuve de l'aptitude, implique logiquement le suffrage censitaire. Le régime représentatif se présente alors essentiellement comme un gouvernement des capacités, sans que soit pour autant abandonnée l'idée selon laquelle la source fondamentale de légitimité se trouve dans la nation. Le gouvernant est légitime à la fois parce qu'il est le plus capable et parce qu'il représente la nation[259].

Avec la transformation du concept de nation, c'est l'aspect gouvernement des capacités qui l'emporte sur celui d'un gouvernement de la volonté générale. Plus exactement, la nation étant comprise comme un être abstrait, la volonté générale est aussi une volonté abstraite qui n'a plus rien de nécessairement commun avec la volonté des gouvernés. Pour autant, l'idée que les gouvernants tiennent leur légitimité de ce qu'ils représentent la nation n'a jamais été abandonnée ; l'origine historique du régime l'impose, et plus encore la nécessité d'obtenir l'obéissance des gouvernés aux décisions qui sont prises. C'est en partie pour avoir négligé cette exigence que la Monarchie de Juillet (« *gouvernement des capacités* » selon Guizot) s'est effondrée, et que le suffrage universel a été proclamé.

Après le vote des lois constitutionnelles de 1875, le régime représentatif s'avère donc autant, sinon davantage, un gouvernement de l'opinion qu'un gouvernement des capacités. Hormis Deslandres qui fait l'apologie de ce règne de l'opinion publique[260], les publicistes critiquent, nous l'avons vu, l'incompétence des représentants et au premier chef celle des députés. Or, si le représentant n'est pas compétent, c'est, à leurs yeux, que l'électeur est lui-même inapte à choisir ses élus. Le problème du choix ne se posait pas à l'époque du suffrage censitaire ; il se pose au contraire avec le suffrage universel : « *Les membres des assemblées politiques, dit Berthélemy, sont choisis à l'élection non parmi ceux qui peuvent le mieux, mais*

[259] Voir E.J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?*, éd. Champion, 1889, été in J. GODECHOT, *La pensée révolutionnaire 1780-1799*, Paris, A. Colin, 1964, pp. 82-83 : « le corps des représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne se dirige, il ne se commande que par elles. A cette nécessité d'organiser le corps du gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'a la nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. De là, une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution, et qui sont autant de règles essentielles au gouvernement. sans lesquelles l'exercice du pouvoir deviendrait illégal. On sent donc la double nécessité de soumettre le gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il ut établi et son impuissance à s'en écarter ».

[260] M. DESLANDRES. « étude sur le fondement de la loi », *R.D P.* 1908. pp. 5-37.

parmi ceux qui plaisent le plus »[261]. Les complexités du régime parlementaire, dit également Saleilles, « *sont choses qui échappent à la foule, laquelle est rétive aux nuances* »[262]. La cause principale du mauvais fonctionnement du parlementarisme, selon Picot, est dans l'extension du suffrage à des masses sans éducation politique et ignorant les règles fondamentales de ce régime[263]. C'est encore cette opinion que défend Charles Benoist « *Livré à lui-même et laissé à l'état inorganique, le suffrage universel ne se forme pas, il se déforme ; il ne s'éduque pas, il se corrompt à l'user (...) Et si l'on veut relever le personnel parlementaire, s'il le faut, c'est sur le corps électoral qu'il faut agir* »[264].

Duguit lui-même, estime que « *le régime parlementaire est inconciliable avec le suffrage universel tel qu'il se pratique en France* » ; il ajoute cependant qu'«*il n'est pas prouvé par l'expérience qu'il soit inconciliable avec le suffrage universel organisé et éduqué* »[265]. Enfin, les colonies offrent l'exemple caricatural de l'opinion que se font certains publicistes des capacités de l'électeur : « *La mentalité des indigènes, dit Mestre, ne nous paraît pas susceptible d'élaborer des représentations d'un ordre suffisamment précis et relevé pour devenir la matière de lois* »[266].

En donnant la priorité à l'opinion sur la capacité dans la conduite des affaires de l'Etat, le suffrage universel aurait donc transformé le régime représentatif en un gouvernement de l'incompétence ; et selon les publicistes il aboutirait ainsi à fausser la représentation.

§ 2. - LA REPRÉSENTATION FAUSSÉE PAR LA DÉMOCRATISATION DU SUFFRAGE

Affirmer que l'extension du suffrage fausse la représentation nous paraît aujourd'hui paradoxal, sinon absurde. C'est pourtant une idée très répandue sous la

[261] H. BERTHELEMY, *Traité* ..., 2° éd., p. 6

[262] R. SALEILLES, « Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme », in *Procès-verbaux des séances et documents du congrès international de boit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris LGDJ, tome I , 1905, pp. 69.87, p. 81 ; cf Th. FF.RNEU1L, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *loc. cit*., pp. 497-498: « le fonctionnement normal du régime représentatif (...) exige encore dans la représentation nationale, un certain degré d'initiative et de compétence qui fait de plus en plus défaut aux assemblées électives. Contraste bizarre ! à l'époque où l'organisation des sociétés modernes va se compliquant de plus en plus, où les attributions de l'état s'étendent et s'élargissent dans toutes les directions, où, par conséquent, la tâche du gouvernement devient de plus en plus lourde et requiert un bagage plus considérable de connaissances techniques, d'énergie intellectuelle et morale, on voit, grâce au suffrage universel, le niveau des assemblées s'abaisser chaque jour davantage ».

[263] R. SALEILLES ,« Rapport d'ensemble ... », *loc. cit*.. p. 86; F. MOREAU, « L'initiative parlementaire », *R.D.P.* 1901, tome 15, pp. 251-296, p. 273; Faustin Adolphe HEL1E, *Les constitutions de la France*, Paris, Marescq, 1880, 1467 pages, p. 1417.

[264] Ch. BENOIST, « Parlements et parlementarisme », *loc. cit*.. pp. 306 et 308-309.

[265] L. DUGUIT, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire depuis 1875, *loc. cit*., p. 319

[266] A. MESTRE, « Analyse et compte-rendu du livre de F. Moreau, *Le règlement administratif*, *R.D.P*., 1904, pp. 623-647, p. 636.

Troisième République dans le milieu des publicistes, nourris de la tradition libérale. Aussi faut-il resituer le problème dans son contexte pour en comprendre les tenants et aboutissants.

L'opinion selon laquelle le régime représentatif est incompatible avec la démocratisation du suffrage repose sur deux arguments eux-mêmes fondés sur une certaine conception de la représentation. Le postulat essentiel de la théorie libérale de la représentation étant celui de l'indépendance de l'élu vis-à-vis de l'électeur, toue pratique politique tendant au mandat impératif est considérée comme une déviation. Si, de plus, on met l'accent sur l'idée abstraite de capacité, le rôle de l'électeur se réduit au choix des gouvernants les plus aptes à gérer un intérêt national, abstrait lui aussi. En d'autres termes, l'électorat est une fonction exigeant la réunion d'un minimum de conditions, plutôt qu'un droit appartenant à chacun. Or, le suffrage universel remet en cause cette-conception de la représentation à ces deux points de vue (A), conduisant les publicistes à renouveler la théorie de l'électorat pour restaurer l'indépendance des gouvernants (B).

A — Les effets du suffrage universel

S'agissant d'abord du lien qui unit l'électeur à l'élu, la conception classique part du principe que ce lien doit être assez ténu de façon à préserver à la fois une certaine autonomie des gouvernants et l'unité de la communauté politique : le député représente l'ensemble de la nation et non pas seulement les électeurs qui ont voté pour lui.

Or la pratique de la Troisième République tend à remettre en cause cette conception. Tous les auteurs de l'époque notent, en effet, une tendance dans l'opinion publique, mais aussi chez les élus, à transformer le député en mandataire. Cette «*perversion* » du système est due en partie au mouvement socialiste et syndical[267], relayé par le parti révisionniste[268], qui conteste la République bourgeoise tout en voulant s'y faire une place. Elle est due aussi à l'influence sur les élections des comités électoraux de toutes tendances, comités dont le rôle est d'autant plus important que les partis ne sont pas encore vraiment organisés[269]. Ainsi voit-on, à partir de 1894, s'instaurer la pratique de la démission en blanc signée par le député dès son élection, et remise au comité qui a patronné sa candidature. Esmein cite comme exemple de cette pratique un extrait du registre des délibérations du comité électoral du parti ouvrier (séance du 25 août 1894) : « *Considérant que le parti ouvrier dijonnais ne saurait accepter plus longtemps une solidarité quelconque avec*

[267] Le système du mandat est aussi, pour les socialistes, un moyen de faire accepter à leur électorat la participation des militants à la « République bourgeoise ».
[268] Voir le programme révisionniste, septembre 1889, « Partie impérative », article VII « Obligation pour les députés de rendre compte de leur mandat, dans chaque chef-lieu de canton de leur circonscription à chaque vacance législative», cité *in* R. GIRARDET, *op. cit.*. p.136.
[269] Voir E. D'EICHTAL. *op. cit*., pp. 215-217 ; Ch. BENOIST, « Parlements et parlementarisme », *loc. cit*., p. 308 ; Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *loc. cit*., p. 496

les agissements du député qui s'est fait élire sous ses auspices ; que le corps électoral, en donnant la majorité au citoyen X..., a reconnu implicitement au Comité qui l'a soutenu le droit d'en apprécier la conduite ultérieure et de disposer, en temps utile, de sa démission librement signée par lui... »[270].

Le refus d'une telle démission par la chambre des députés amène les partisans de ce système à l'abandonner mais il est repris quelques années plus tard sous une forme nouvelle : en 1904, le congrès socialiste de Saint-Etienne organise un contrôle sur ses parlementaires en même temps qu'il réclame l'institution d'un pouvoir de révocation des élus par la moitié plus un des électeurs inscrits[271].

Plus les années passent, et plus sont nombreux les auteurs qui dénoncent cette pratique. En 1910, c'est Delpech qui note la dépendance croissante des élus face à leurs électeurs[272]. En 1911, G. Scelle établit le môme constat[273]. Tous deux estiment que cette évolution est liée à la montée du mouvement ouvrier. D'une part en effet, le syndicalisme révolutionnaire qui exerce une influence certaine au début du siècle repose en partie sur l'idée d'un contrôle étroit des délégués par la base. D'autre part, le parti socialiste qui entend placer la lutte exclusivement sur le terrain légal et voit le nombre de ses députés augmenter régulièrement, inscrit le mandat impératif à son programme. Quant à l'Action Française, elle n'est pas loin de les rejoindre sur cette question. En fait, tous les courants politiques sont gagnés par cette tendance favorisée par le scrutin d'arrondissement et par l'absence de partis fortement structures.

De là, cette politique de surenchère électorale et d'intérêts particuliers, cette corruption des députés et leur asservissement : « *Que le représentant se charge de porter au Parlement une opinion toute faite, au Louvre, ou chez. Potin une commande de chaussettes ou de chocolats, son rôle n'est-il pas le même ? (...) C'est à ce point que nos députés ont été réduits par la notion fausse qui domine parmi les Français au sujet des nécessités de la représentation* »[274]. Mis à part Deslandres et Bouchet[275], favorables à cette conception de la représentation parce que démocratique, tous les publicistes la combattent au nom de la théorie classique de l'indépendance de l'élu, et l'imputent au suffrage universel.

On pourrait se demander pourquoi la doctrine préfère condamner cette pratique plutôt que d'abandonner une théorie vieille de plus d'un siècle. Cette

[270] A. ESMEIN, *Eléments...,* p..265.
[271] Voir J. DELPECH, «Chronique constitutionnelle », *R.D.P.* 1904, pp. 333-361, p. 359 ; sur cette question, les socialistes ont d'ailleurs été précédés par les radicaux qui font campagne dès 1881 pour le mandat impératif. Voir J.M. MAYEUR, *op. cit*., pp. 89-90
[272] J. DELPECH, « La notion de parti et le party government », *R.D.P*. 1910, pp. 534-570, p. 537.
[273] G. SCELLE, « A propos de la crise actuelle de la représentation politique », *R.D.P*. 1911, pp. 525-557, p. 525 .
[274] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 271 ; E. D'EICHTAL, *op. cit*., pp. 218 -219 ; Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *loc. cit*., p. 496.
[275] M. DESLANDRES, « Étude sur le fondement de la loi », *R.D.P*. 1908, pp. 5-37 ; H. BOUCHET, *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures*, thèse pour le doctorat de sciences politiques et économiques, Dijon, 1908. Comparer G. BRIOT, *Du mandat législatif en France*, thèse, Parts Rousseau 1905.

condamnation du mandat impératif s'explique aisément et pour les mêmes raisons que celles par lesquelles les publicistes rejettent la théorie de Rousseau : si l'on admet la capacité des électeurs à dicter leurs choix aux gouvernants, que reste-t-il de la séparation des gouvernés et des gouvernants, c'est-à-dire de l'existence même de l'Etat dont les publicistes font la théorie ? Si l'on conçoit que le député représente ceux qui ont voté pour lui, et seulement ceux-là, comment maintenir l'idée de l'unité de l'État, comment obtenir la soumission de la minorité à la majorité ?

« *La doctrine du mandat impératif est manifestement contraire au principe de la souveraineté nationale* », dit Duguit, car « *ni les individus ni les groupes pris séparément n'ont une parcelle quelconque de la souveraineté* ». Surtout, « *au point de vue politique et pratique, le système du mandat impératif est inadmissible. D'abord avec le mandat impératif, on n'aurait ni les avantages du gouvernement direct, puisque le peuple ne serait pas directement consulté, ni ceux du gouvernement puisque les députés, liés par les instructions de leurs électeurs, ne pourraient pas apporter au pays le profit de leurs aptitudes spéciales, et on aurait les inconvénients de ces deux espèces de gouvernement. Enfin, il serait à peu près impossible d'assurer le fonctionnement du mandat impératif dans des conditions équitables. L'expérience prouve que, dans le fait, ce prétendu mandat est donné par les comités plus ou moins influents d'une circonscription, lesquels souvent ne représentent qu'un nombre infime d'électeurs et n'ont d'autre autorité que celle qu'ils s'attribuent* »[276].

C'est à Rousseau et à sa théorie de la souveraineté que l'on impute la responsabilité de cette « *fausse conception* » de la représentation : au mandat impératif correspondrait nécessairement l'idée d'une souveraineté fractionnée entre les individus, théorie de la souveraineté atomisée qui serait celle de Rousseau[277]. Sans compter les erreurs que comporte une telle explication, il est évident qu'elle n'explique finalement pas grand chose puisqu'elle se contente de tout ramener à de fausses conceptions qui auraient cours dans l'opinion publique.

Or le problème est précisément de savoir pourquoi ces idées font florès à l'époque. Nous avons vu que l'extension du suffrage donnait au régime représentatif le caractère d'un gouvernement d'opinion plutôt que des capacités. Dans cette

[276] L. DUGUIT, *Manuel de droit public français*, tome 1: *droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, pp. 313-314.

[277] A. ESMEIN, *Eléments* pp. 185 et s.; E. D'EICHTAL, *op. cit*., p. 171 : « l'idée du mandat, sorte de tempérament entre la doctrine absolue de Rousseau sur l'impossibilité de déléguer la souveraineté, et les nécessités pratiques de l'organisation du gouvernement de la démocratie dans les grands Etats, n'est jamais sortie du programme radical, et a été insuffisamment effacée du programme simplement libéral », et p. 174 : « le mandat s'est substitué depuis longtemps au principe de la véritable représentation (...) concilié avec les doctrines de la souveraineté du peuple pour se répercuter sur celle de la représentation et la modifier profondément » ; V.E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *R.D.P*. 1895, tome III, pp. 1-39 ; R. SALEILLES, « Compte-rendu critique du livre de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle* », *Revue historique du droit français et étranger*, 1899, pp. 591-604 ; *Idem*, *Congrès international de droit comparé*, tome I, *loc. cit*., p. 78 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, pp. 258 et s.

optique, il semble logique que le parlementaire élu sur un programme respecte ce dernier, sauf à donner à l'électeur le sentiment d'avoir été grugé. Le problème se posait de façon moins cruciale à l'époque du suffrage censitaire parce que l'électorat était plus homogène, et parce qu'il y avait une plus grande communauté d'origine et de pensée entre les électeurs et les élus. L'extension du suffrage modifie au contraire ces données et le mandat impératif parait d'autant moins acceptable aux publicistes qu'il donne à tous, à « *la masse* », comme à l'élite la possibilité d'influer sur les décisions politiques[278].

Certains en concluent que « *si la crise parlementaire actuelle vient surtout de l'asservissement réciproque du député à ses électeurs et des ministres aux députés, il importe d'organiser l'élection de façon à ce que chacun reprenne son indépendance*»[279]. C'est le « *but indispensable à atteindre si nous voulons relever le niveau parlementaire et donner à nos députés le courage de vouloir cc qu'ils veulent, et de vouloir le bien du pays, môme lorsque le bien du pays est en contradiction avec les passions de cette masse inorganique et irresponsable d'où ils sont issus* »[280] . En d'autres termes, la démocratisation du suffrage ne doit pas signifier la maîtrise des gouvernés sur les décisions à prendre. Il faut donc préserver l'indépendance des députés, « *cette règle essentielle du régime primitif* »[281], et rappeler à l'électeur que «*les députés sont appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple qui est censé vouloir par leur volonté et parler par leur bouche* »[282].

Si la représentation est destinée à n'être qu'une fiction, comme le laisse clairement entendre cette phrase d'Esmein, on peut se demander quelle est la nature de cette représentation, et surtout quel est le rôle de l'électeur et quelle est la nature du suffrage. On ne s'étonnera pas que la doctrine, confrontée à la pratique du mandat impératif et aux propositions diverses pour sa consécration constitutionnelle, ait fait un retour à l'étude du concept de représentation vers la fin des années 1890. Les uns (et notamment Esmein) excluent du concept de représentation toute idée de mandat[283], contrairement à la théorie première du régime représentatif qu'ils sont pourtant censés défendre[284]. D'autres poursuivent le raisonnement pour aboutir à ce

[278] Voir F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 272 ; E. D'EICHTAL, *op. cit*., p. 153.
[279] R. SALEILLES, « Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme ». *loc. cit*., p. 82 ; D. MULLER, « Le système électoral de l'avenir : la représentation régionale », *R.D.P*. 1903, tome XX, pp. 409-414, p. 410 « un système électoral qui éloignerait les représentants de leurs électeurs offrirait de sérieux avantages ».
[280] R. SALEILLES, « Compte-rendu critique du livre de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle* » *loc. cit*., p. 595.
[281] J. DELPECH, « La notion de parti et le party government », *loc. cit*., p. 537.
[282] A. ESMEIN, *Éléments* ..., p. 223.
[283] Voir A. ESMEIN, *Éléments* ... ; V.E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique » ». *loc. cit.* ; E. D'EICHTAL, *op. cit.*
[284] SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat ?* : «Il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution auxquelles elle a assujetti ses mandataires » cité *in* J. GODECHOT, *La pensée révolutionnaire I780-1789*, p. 84 ; cf G. BACOT, *op. cit*., p. 100: « dans la Constitution de 1791, comme dans la Constitution de 1793, la représentation n'est pas censée substituer la volonté des députés à celle du peuple, comme le craignait Rousseau, et moins encore donner naissance à une volonté générale

paradoxe « *que le vrai régime représentatif est un régime dans lequel il n'y a pas de représentation (...) le député n'a de représentant que le nom ; (...). Il est l'organe chargé d'une fonction, la fonction législative. Pour la remplir, il n'a pas à tenir compte dc la volonté dc ceux qui l'ont nommé* »[285].

L'évolution des conceptions en la matière suit la même voie que celle concernant la souveraineté nationale : au nom du libéralisme et de la défense des principes d'origine, les publicistes se livrent à une relecture des théories révolutionnaires. Et ce sont paradoxalement les moins conservateurs qui en restituent le véritable sens, sans les modifier, même s'ils les critiquent. C'est, comme le rappelle Duguit, « *l'idée de mandat qui est le fondement même de la théorie française du régime représentatif. Les députés ne peuvent donc pas décider arbitrairement, parce que l'assemblée qu'ils composent doit décider conformément au mandat qu'elle a reçu de la nation (...) Les députés sont des fonctionnaires ; ils sont investis par la loi du pouvoir d'exprimer la volonté du parlement, lequel est représentant de la volonté nationale* »[286].

B — Le renouvellement de la théorie de l'électorat

Si le régime représentatif ne fonctionne ni sur l'idée du mandat, ni sur celle de représentation, d'où vient la légitimité des gouvernants ?

Nous retrouvons le problème déjà posé de l'ambiguïté du régime représentatif qui tire sa légitimité à la fois de la capacité de ses gouvernants et de la volonté nationale souveraine. Pour restituer au député son indépendance, pour restaurer la notion de gouvernement des capacités, les publicistes en viennent à supprimer l'une des sources dc légitimité du régime. Et la théorie allemande est ici d'une grande utilité en ce qu'elle permet de remplacer la notion de représentant par celle d'organe de l'Etat, évacuant ainsi toute référence à la volonté nationale.

Puisqu'il s'agit de restaurer l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés, la nature de l'électorat doit être à son tour redéfinie. Les constituants de 1791 définissaient l'électorat à la fois comme un droit et comme une fonction[287], soulignant ainsi la double légitimité du régime : l'électorat est un droit car, en tant que membres de la nation souveraine, « *les citoyens ont le droit de concourir*

---

dépourvue de toute consistance antérieure, comme le pensait Carré de Malberg ; il s'agit dans les deux cas, de faire exprimer par les représentants la volonté réelle et préexistante de la collectivité souveraine, et non de recourir à une fiction juridique, pour attribuer à une personne morale abstraite une volonté que celle-ci serait bien incapable de posséder effectivement ».

[285] R. Saleilles, « Compte-rendu critique du livre de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle* », *op. cit*., pp. 593 et 595.

[286] L. DUGUIT, *Manuel de droit public français*, tome I : *droit constitutionnel*, pp. 308 et 310. Ce paradoxe n'est d'ailleurs qu'apparent il est assez logique que des progressistes soient conduits à faire ressortir les aspects novateurs d'une théorie ancienne, alors que d'autres, plus conservateurs, chercheront davantage à en limiter les effets.

[287] Voir G. BACOT, *op. cit.*, pp, 59 et s.

personnellement ou par leurs représentants à la formation de la loi »[288] ; c'est aussi une fonction car, l'exercice du gouvernement exigeant des capacités spéciales, l'électeur doit désigner les gouvernants les plus aptes dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité. L'électeur doit donc réunir un minimum de conditions lui permettant d'effectuer intelligemment son choix. Mais si l'on définit le régime représentatif exclusivement par la capacité, l'électorat est destiné à n'être plus qu'une fonction, comme le rappelaient les doctrinaires pour justifier le maintien du suffrage censitaire[289].

Les aspirations démocratiques et l'extension du suffrage tendent au contraire à présenter l'électorat comme un droit qui doit appartenir à tout citoyen parce qu'il est membre de la collectivité souveraine ; le suffrage est conçu dans cette optique comme une sorte de droit naturel que la loi électorale vient seulement consacrer et organiser. Pour autant, l'idée de capacité ne disparaît pas complètement, puisque c'est précisément elle qui fonde la nécessité de choisir des représentants, de confier l'exercice du pouvoir à des individus spécialisés, et qui permet d'organiser le suffrage selon des modalités variables. Aussi Duguit continue-t-il à voir dans l'électorat un droit doublé d'une fonction, avec cette différence cependant qu'il ne s'agit pas pour lui d'un droit subjectif appartenant en propre à chaque individu qui pourrait l'exercer dans son intérêt particulier, mais d'un droit objectif, c'est-à-dire d'un droit accordé par la loi pour l'exercice d'une fonction que chacun doit exercer au profit de tous[290].

Cette conception postule évidemment l'existence possible d'un intérêt commun, c'est-à-dire l'absence de contradictions au sein de la collectivité, ou, si l'on préfère, la solidarité essentielle de tous les individus composant la société politique. Or, il n'est nullement certain que ce postulat soit très réaliste[291] : si l'existence d'un intérêt commun est possible dans une société politique restreinte comme c'était le cas à l'époque du suffrage censitaire, elle devient fort improbable du jour où cette société se compose d'individus aux intérêts économiques antagonistes. L'ancienne opposition du pays légal et du pays réel se trouve alors transportée au sein du pays légal pour aboutir à l'exercice du droit de vote au profit d'intérêts particuliers divergents.

On sait que les publicistes dénoncent cette pratique comme une déviation des « *vrais principes* ». Une fois encore, ils l'attribuent aux fausses conceptions qui ont cours dans l'opinion publique, conceptions qui seraient celles de Rousseau et de

[288] Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 6.
[289] Voir F. GUIZOT, *op. cit.*, p. 386: « l'étendue du droit de suffrage varie et doit varier sans cesse, car il n'appartient jamais légitimement qu'à la capacité ».
[290] L DUGUIT, *Manuel de droit public français*, tome 1 : *droit constitutionnel*, pp. 86- 95 ; P. COUTANT, *op. cit*., pp. 238 et s.
[291] C'est d'ailleurs ce que certains commencent à dénoncer. Ainsi R. SALEILLES qui écrit en 1898: « on comprend que les hommes de la Constituante, qui ne vivaient que d'abstractions, aient pu ériger en dogme cette belle utopie que chacun en votant était censé ne représenter que l'intérêt général et qu'il incarnait en lui, non ses intérêts à lui, mais comme la personnalité et comme la conscience de la nation. C'est sur cette fiction, osons le dire sur ce mensonge, que nous avons construit toute notre théorie du gouvernement représentatif. Mais la politique vit de réalités et non de fictions. Et la réalité est que chaque électeur ne voit que ses intérêts de classe et que la protection à accorder au petit groupe social dont il fait partie » (R. SALEILLES, «la représentation proportionnelle », *R.D.P*. 1898, tome IX, pp. 385-414, p. 399).

l'électorat exclusivement conçu comme un droit : « *Les mauvais principes abondent dans les pays représentatifs,* dit Moreau. *Si on consulte l'opinion populaire sur les données fondamentales de la politique, on est à peu près sûr d'une réponse aussi fausse que claire ; les erreurs les plus dangereuses sont énoncées comme des axiomes, avec une naïve conviction (...) Qu'est-ce qu'un droit, et spécialement le droit de suffrage ? C'est une faculté inhérente à la personnalité humaine, dont l'exercice est affranchi de toute règle (...) Si les droits sont des facultés données aux hommes pour être exercées arbitrairement, le citoyen votera au gré de ses intérêts ou de ses caprices personnels, sans souci des non-électeurs (...) Les membres du Parlement, issus de tels votes, ne sont pas les hommes les plus dignes de faire les affaires du pays : ce sont ceux qui ont accepté de porter au Parlement les votes populaires, ceux qui ont su, par quelque manière, capter ces suffrages individuels. Ils ne gouvernent pas pour le plus grand bien public, mais par obéissance aux injonctions des électeurs et pour s'assurer leur fidélité* »[292].

Pour restituer au député son indépendance au nom de la nécessaire capacité des gouvernants[293], les publicistes sont conduits à opposer les deux conceptions de l'électorat droit et de l'électorat fonction, de la même façon qu'ils opposent deux théories de la souveraineté pour condamner celle qu'ils attribuent à Rousseau. La conception de l'électorat droit est présentée comme la conséquence logique et inéluctable de la théorie de la souveraineté atomisée du peuple, fausse conception de la souveraineté. La « *vraie* » théorie de la souveraineté au contraire, celle de la collectivité indivisible, impliquerait de voir en l'électorat une fonction exercée au

[292] F. MOREAU, « Régime parlementaire et principe représentatif », *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 223.274, pp. 257-258 et p. 260: « Pour tout dire d'un mot, il faut donner à la démocratie un autre maître que Rousseau. Le principal obstacle au parlementarisme, c'est l'éducation politique que la France et d'autres nations après elle ont reçu de Jean-Jacques et de ses disciples » ; R. SALE1LLES, «Rapport d'ensemble résumant lu rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme », *loc. cit*., pp. 78 et 81 ; A. ESMEIN, *Eléments*... pp. 187 et s. l'auteur distingue deux conceptions du suffrage, celle de l'électorat droit et celle de l'électorat fonction. Il attribue la première à Rousseau et la condamne en ces termes : « le droit de suffrage politique appartient nécessairement à chaque citoyen : il est attaché à la qualité de membre de la société, à la qualité même d'être humain. C'est par conséquent un droit individuel et propre à celui qui l'exerce (...) Ce serait la conséquence nécessaire du principe de la souveraineté nationale, surtout quand on le rattache au Contrat Social (..) Mais cette conception du droit de suffrage politique me paraît fausse dans son principe et condamnée, d'autre part, par les conséquences logiques qu'elle entraîne. Elle part de cette affirmation que la souveraineté nationale est fractionnée entre tous les membres de la société, de telle sorte qu'une même fraction en appartiendrait en propre à chacun d'eux. Dans une nation de 30 millions d'habitants, par exemple, chaque habitant possèderait en propre 1/30 millionième de la souveraineté. Mais cela est faux. Non seulement cela rendrait difficile à expliquer la soumission politique et nécessaire de la minorité à la majorité ; mais surtout cela rendrait possible, légitime en droit l'aliénation de la souveraineté nationale, si tous les membres de la société étaient unanimes à la consentir ; L. DUGUIT, *Manuel de droit public français*. tome 1, *droit constitutionnel*, pp. 88 et 89 : «l'idée dominante à l'Assemblée de 1789 est bien que l'électorat n'est pas un droit, mais une fonction (...) A la Convention, les idées de J.J. Rousseau triomphent et le droit électoral de tout citoyen est affirmé comme conséquence nécessaire du principe de la souveraineté nationale » ; Th. DUCROCQ, *op. cit.*, 7ème éd., 1897-1905, tome 3, pp. 6 et 12.

[293] A. ESMEIN, *Éléments* ..., p. 193 ; V.E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation politique », *loc. cit*., p. 32 : « l'élection politique n'est donc pas autre chose qu'une désignation de capacités. Il n'y a aucune transmission de pouvoir ».

profit de la société et exigeant certaines capacités : cette conception, dit Esmein, «*voit dans le suffrage politique, non pas un droit individuel et absolu attaché à la qualité même d'être humain et appartenant nécessairement à tout membre de la nation, — mais une fonction sociale. Elle dérive naturellement de l'idée, plus haut émise, d'après laquelle la souveraineté nationale ne se fractionne point entre les membres de la nation, mais reste l'attribut indivisible et inaliénable de la nation elle-même dans le développement des générations successives* »[294].

Cette conception de l'électorat fonction permet de dénier toute légitimité au mandat impératif et de s'opposer à de nouvelles extensions du suffrage à des catégories jugées incapables (femmes, jeunes, etc.). Elle permet aussi de proposer des modifications de la loi électorale visant à restaurer finalement le pouvoir d'une élite sous couvert de renforcer l'indépendance de l'élu et la capacité des gouvernants. Enfin, elle trouve un nouveau point d'appui dans la théorie allemande qui fait du corps électoral un organe de l'Etat[295], en d'autres termes un instrument chargé d'une fonction en définitive très limitée : celle de désigner en tout ou partie l'organe législatif. Quoique-la France connaisse un régime politique fondé sur des principes opposés à ceux de l'Empire allemand, la théorie allemande n'est pas restée sans écho au-delà de ses frontières. On peut attribuer cette influence non seulement à la qualité de ses penseurs, mais surtout aux conséquences pratiques d'une théorie élaborée pour un régime peu démocratique et fort utiles aux publicistes français à l'heure où certains jugent nécessaire de limiter les pouvoirs du parlement et ceux de l'électeur.

La théorie allemande permet aussi de remplacer à point nommé le concept de représentant par celui d'organe. Nous avons vu certains publicistes soutenir l'idée que les députés n'ont pas à représenter le corps électoral, de façon à justifier leur indépendance à l'égard des électeurs. Or cet argument est repris d'une critique plus fondamentale adressée aux gouvernants auxquels une partie de l'opinion reproche de ne pas fidèlement la représenter. Si la démocratisation du suffrage fausse le régime représentatif comme gouvernement des capacités, il s'avère aussi et à un autre point

[294] A. ESMEIN, *Eléments* ..., p. 193, et l'auteur poursuit : « Sans doute, il résulte du principe même de la souveraineté nationale que tous les citoyens sont naturellement appelés à exercer cette fonction fondamentale ; car en restreindre l'exercice, de parti pris, au profit d'une classe de citoyens, cela équivaudrait, en fait, à concentrer la souveraineté dans cette classe privilégiée. Mais cet exercice suppose, chez le citoyen, une capacité suffisante, car sans cela il serait inconciliable avec l'intérêt général. La loi peut donc, dans cette mesure, en déterminer les conditions ».

[295] Cette théorie est reprise en France notamment par G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, Paris, Rousseau, 1903, pp. 19-20 ; cf R. SALE1LLES, « La représentation proportionnelle », *R.D.P.* 1898, tome IX, loc. cit., p. 389 : « avoir la souveraineté, c'est avoir des volontés qui s'imposent (...) cette souveraineté n'est incarnée dans aucun corps entendu de la somme des individualités qui le constituent, aucun corps politique, cela va de soi, pas même le corps électoral ; il n'y a là que des organes par lesquels cherche à se dégager et à s'exprimer cette volonté générale qui est la manifestation de la souveraineté nationale. Le but des constitutions est donc uniquement de créer des organes aussi bien adaptés que possible en vue de fournir l'expression exacte de la volonté du pays. Tous les corps politiques sont des organes de la souveraineté politique, aucun n'incarne en lui la souveraineté elle-même. C'est la conclusion à laquelle je voulais aboutir ». La théorie de l'organe est reprise en Italie par V.E. ORLANDO dont certains écrits ont été publiés en France, voir « Du fondement juridique de la représentation politique » paru dans la *R.D P.* en 1895 (tome III, pp. 1-39).

de vue qu'elle fausse la représentation de l'opinion, ou, plus exactement, celle de la nation. Le régime représentatif de la Troisième République n'est donc, selon la doctrine, ni un gouvernement des capacités, ni un véritable gouvernement de l'opinion.

§ 3. - LA TYRANNIE DE LA MAJORITÉ, LA SOUVERAINETÉ DU NOMBRE

Même si l'on admet la représentation comme fondement du régime représentatif, principe dont nous avons vu qu'il était désormais contesté, le suffrage universel tel qu'il est organisé sous la Troisième République ne permet pas, selon la doctrine, une représentation exacte de l'opinion. Au contraire, il aboutit à la tyrannie de la majorité en excluant la possibilité pour les courants minoritaires d'être représentés au parlement[296]. C'est d'ailleurs en partie pour contester ce droit de la majorité que certains publicistes réfutent l'idée selon laquelle le régime représentatif serait fondé sur la notion de représentation. Aussi Duguit en vient-il à écrire que « *au reste, Rousseau a raison : une volonté ne peut ni se déléguer ni s'aliéner ; et, à tout prendre, le principe de la représentation n'est qu'un subterfuge ingénieux inventé pour leurrer les gouvernés. Si cette prétendue volonté sociale s'exerce directement, elle se manifeste par une majorité et par une minorité ; la moitié plus un des individus pourront imposer leur volonté aux autres individus, parce qu'ils sont les plus forts, étant les plus nombreux* »[297].

En réalité, c'est moins le suffrage universel qui est en cause que le mode de scrutin adopté. Mais il arrive que les publicistes assimilent l'un à l'autre, attribuant ainsi à l'extension du suffrage les défauts imputables au scrutin majoritaire : « *Ce qui arrive aujourd'hui avec le système majoritaire*, dit Saleilles, *c'est qu'en dépit des classes sociales qui subsistent et qui subsisteront, quoi qu'on fasse, puisqu'elles répondent à des diversités d'intérêts, il n'y a guère qu'une seule classe qui ait toute l'influence politique ; et ce n'est ni la plus élevée ni celle qui l'est le moins (...) Le suffrage universel aboutit à faire représenter les 2/3 des électeurs par des gens qui ne les représenteront pas : voilà qui est profondément injuste (...) et c'est pourquoi on commence à se méfier du suffrage universel lui-même. C'est un instrument qui à l'apparence sert tout le monde ; en fait, il en est de lui comme de la liberté*

[296] N. SAR1POLOS, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, thèse, Paris, Rousseau, 1899, pp. 288 et s.: « l'omnipotence de la majorité est presque un dogme dans la démocratie moderne depuis la Révolution française ; de là, un véritable danger d'oppression de la minorité. Ce danger inhérent à la démocratie est beaucoup plus à craindre aujourd'hui où les questions politiques sont particulièrement mêlées à des questions religieuses, économiques ou sociales » (p. 288) ; « la tyrannie d'une majorité démocratique est beaucoup plus redoutable que la tyrannie d'un monarque absolu » (p. 289).

[297] L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 244; cf. J. BARTHELEMY, « Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 92-101, et 295-320, p. 94 ; M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *R.D.P.* 1901, tome XVI, pp. 402451, (6ème article), p. 408: « La loi du nombre, qui est le signe de la force est une règle absolue : contre la majorité il n'y a pas de droit ».

économique, c'est une liberté qui ne profite qu'à ceux qui l'accaparent, et forcément il y aura toujours une classe d'accapareurs »[298].

Le droit de cette majorité est d'autant plus contestable que cette majorité s'avère n'être finalement qu'une minorité si l'on ajoute, aux électeurs non représentés parce qu'ils ont voté pour un candidat qui a échoué, le chiffre des abstentionnistes. Celui-ci représente 20 % des inscrits en 1881, 29 % en 1893[299]. Or l'abstentionnisme, qui peut apparaître comme l'une des conséquences du scrutin majoritaire, provoque l'inquiétude de la doctrine en ce qu'il manifeste un désintérêt croissant de l'opinion pour les affaires de l'Etat, en ce qu'il traduit surtout une perte de confiance des gouvernés dans le système politique pouvant aboutir à remettre en cause la paix sociale[300]. Les chambres ne traduisent pas avec exactitude l'opinion publique, dit Moreau et « *le peuple français se rend compte qu'il n'est pas représenté, que son Parlement n'a que de vaines prétentions à remplir cette mission* »[301].

Le décalage entre l'opinion du corps électoral et celle du parlement est d'autant plus grand que le parlement prend lui-même ses décisions à la majorité. Aussi les décisions les plus importantes sont-elles prises par la majorité d'une assemblée qui ne représente elle-même qu'une partie de l'opinion, et ce décalage se répercute des assemblées aux ministères. Dans ces conditions, la « *servitude des élus vis-à-vis des passions ou des intérêts des électeurs* », combinée aux « *prétentions du suffrage universel à l'omnipotence aussi bien dans le détail des affaires que dans le principe général des choses* »[302], conduit à « *la tyrannie d'éphémères majorités plus enclines à continuer les procédés absolutistes d'ancien régime qu'à assurer la puissance du gouvernement aux divers éléments de l'opinion publique* »[303], à l'impuissance et à l'anarchie.

Ces critiques faites par la doctrine au fonctionnement du régime pourraient surprendre puisque nous avons vu les mêmes auteurs dénoncer la pratique du mandat impératif et se plaindre de la dépendance des gouvernants à l'égard des électeurs. Nous les avons vus aussi critiquer l'incompétence des masses à choisir des représentants capables. Il est donc assez paradoxal de les voir se plaindre en même temps que les parlementaires ne représentent pas assez fidèlement l'opinion. N'est-ce pas qu'au bout du compte les auteurs sont en désaccord avec la politique influencée par les classes moyennes sans que les courants minoritaires aient voix suffisante au

[298] R. SALEILLES, « La représentation proportionnelle », *R.D.P.* 1898, tome IX, *loc. cit*., p. 400.
[299] E. D'EICHTAL, *op. cit*., p. 203, note 1 ; Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *R.P.P*., 1896, tome X, pp. 489-511, p. 495
[300] E. NAVILLE, *Questionnaire pour l'étude de ta représentation proportionnelle*, Genève, Kündig, 1900, p.25 : « que le principe majoritaire soit source de fraudes et de violences, c'est ce qu'il est impossible de méconnaître. Les groupes de citoyens privés de leur juste part de représentation éprouvent une irritation naturelle, un mécontentement qui peut devenir assez vif pour troubler gravement l'ordre public », cf E. D'EICHTAL, *op. cit*., p. 204.
[301] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, pp. 236 et 346.
[302] E. D'EICHTAL, *op. cit*., p. 87.
[303] J. DELPECH, « Analyse et compte-rendu du livre de Ch. Benoist, *Pour la réforme électorale* », *R.D.P.*, 1908, pp. 775-776, p. 775

chapitre ? Quoique tous ne soient pas réactionnaires, ni même simplement conservateurs, la dénonciation d'une politique qui tend au socialisme est monnaie courante chez les publicistes[304], et les critiques qu'ils adressent au système majoritaire permettent de relativiser la légitimité de cette politique tout en la présentant comme non démocratique.

Tel qu'il fonctionne à l'époque, le suffrage universel ne permettrait donc pas de représenter fidèlement l'opinion, mais, et c'est plus grave, il serait également incapable de représenter correctement la nation. Le reproche est en effet plus grave dans la mesure où il s'adresse cette fois directement au principe du suffrage universel égalitaire, et pas seulement à un mode de scrutin contingent. Si l'on se souvient de l'évolution du concept de nation, il paraîtra évident que le corps électoral, tel qu'il est organisé par le suffrage universel égalitaire, n'a que peu de rapport avec la nation comprise comme un ensemble collectif, abstrait, et surtout organique. Le suffrage universel égalitaire postule au contraire, selon les publicistes, une conception numérique et individualiste de la collectivité nationale : chaque citoyen dispose d'une voix, et c'est par l'addition des suffrages que l'on obtient l'élection des représentants.

Or la nation, disent-ils, est bien autre chose que la somme d'individus tous égaux. C'est un tout organique, composé de groupes ayant chacun leur spécificité ; c'est aussi un ensemble d'individus différents les uns des autres, d'une valeur sociale, morale et intellectuelle diverse. Sur ce point, nous retrouvons encore la conjonction d'auteurs progressistes, comme Duguit, fascinés par le développement des associations et des syndicats, et d'autres plus conservateurs, hostiles aux conceptions égalitaristes. « *C'est l'erreur d'une démocratie niveleuse de ne voir dans la société que des individus isolés et d'émietter le peuple dans une poussière individualiste : il n'y a pas seulement que les individus, il y a les groupes* », écrit Duguit en 1895[305], reprenant ainsi les idées d'une partie de la doctrine allemande[306]. Ferneuil développe cette critique du suffrage numérique l'année suivante : « *Aujourd'hui, dit-il, la représentation du nombre individuel suffit bien à exprimer les intérêts particuliers et éphémères de la somme numérique des individus engagés dans l'action électorale ; mais elle reste impuissante à incarner ces intérêts généraux et permanents de la nation tout entière qui dominent les individus par la force et la cohésion même du*

[304] Voir E. D'EICHTAL, *op. cit.*, p. 240 J. BARTHELEMY, « Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle », *R.D.P.* 1909, pp. 114-155; A. DE SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire* ; cf d'un point de vue différent, les critiques de R. SAI.EILLES : « avec le système majoritaire, la loi est une victoire de la politique (...) La loi au contraire doit être le résultat d'un compromis entre les panis,une œuvre transactionnelle ou plutôt contractuelle entre les tendances diverses qui se partagent le pays » (« la représentation proportionnelle », *loc. cit.*, p. 410).

[305] L. DUGUIT, « L'élection des sénateurs », *R.D.P.* 1895, tome V, pp. 300-323, et pp. 451-475, p. 464 L. DUGUIT, *Congrès international de droit comparé* ..., tome 2, 1907, pp. 313-325, p. 320 : « Le suffrage universel est, tel qu'il fonctionne, une représentation diffuse des individus, au lieu d'être une représentation des groupes et des intérêts permanents ».

[306] De même, selon L DUGUIT, *loc. cit.*, *Schaeffe. Deutsch Kern und Zeitfragen*, 1895 ; BLUNTSCHLI, *La politique*, éd. française 1883 ; MOHL, Staatsrecht und Politik, Berlin, 1860.

lien social, par le prestige supérieur de la continuité et de la durée. Ce que les assemblées parlementaires doivent représenter pour traduire la conscience même du peuple, ce n'est donc pas seulement le total numérique dos individus, des grains de sable momentanément entraînés dans le tourbillon électoral, mais encore l'ensemble des organes en qui s'incarne la vie sociale dont une longue série de générations a transmis le dépôt au présent, et que le présent doit conserver et développer au profit de l'avenir »[307].

Tel qu'il est décrit, le suffrage universel égalitaire a tous les traits de cette souveraineté atomisée, dont la théorie est attribuée à Rousseau. Il est donc passible des mêmes critiques que la souveraineté du peuple ainsi entendue. Tous en concluent logiquement à l'illégitimité de cette souveraineté du nombre, c'est-à-dire finalement du suffrage universel octroyant à chaque individu, et à l'individu seul, un poids égal dans l'élection. Nous retrouvons ici à la fois la question de la capacité comme fondement du régime représentatif, puisque, dit-on, le nombre n'est pas la qualité, la masse étant inculte[308], et le problème de la souveraineté analysée comme un pouvoir de fait : le nombre, c'est la force, et non le droit[309]. Dès lors, on comprend mieux les critiques faites au système majoritaire qui donne la prépondérance à la classe la plus nombreuse sans laisser d'influence à « *l'élite* »[310]. C'est aussi pourquoi toutes les

[307] Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel »,13 *loc. cit*., pp. 495 et 496 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 297 : la loi électorale « nie le caractère organique de la nation, les rôles différents et inégaux que jouent les individus, les groupes, les catégories ; elle ramène à une commune mesure, purement arithmétique, des quantités dont la nature intrinsèque diffère. Elle traite le peuple comme un tas de sable, aux grains égaux et semblables (...) La nation n'est pas cette matière désagrégée et inerte, c'est une matière vivante. Elle forme un ensemble harmonique dont les éléments sont variés, combinés, concertés. Entre ces éléments, le nombre n'est qu'un facteur d'ordre secondaire et l'intelligence, la science, la moralité, la richesse, l'activité économique ont, pour l'appréciation de la vie sociale une autre importance » ; F. MOREAU, « Régime parlementaire et principe représentatif », *Congrès international de droit comparé*, tome 2, pp. 223-274, p. 235 : « La loi électorale ne considère que le nombre des électeurs. Elle méconnaît les faits les plus évidents, le caractère organique de la nation, les rôles différents et inégaux que jouent les individus, les groupes, les catégories ».

[308] E. D'EICHTAL, *op. cit.*, p. 153: « Le difficile est de conserver et de faire respecter par Io masse des citoyens, au milieu du conflit des passions et des intérêts, l'esprit d'institutions aussi complexes et qui reposent sur des distributions de fonctions et de responsabilités malaisées à comprendre pour le plus grand nombre des intelligences, plus difficiles encore à faim accepter par une démocratie de suffrage universel, leurrée, depuis un siècle, sur l'étendue et le caractère de ses droits, quelle a cependant laissé violer à plusieurs repris., enivrée d'une souveraineté que nous avons ici cherché à réduire à ses justes limites, mais qui en a de tout autres ou plutôt qui n'en a pas dans les imaginations populaires surchauffées par des flatteurs intéressés » ; cf F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 272: « les masses populaires ont appris que le Gouvernement est un art difficile, que les problèmes législatifs sont compliqués, que pour légiférer et gouverner la volonté toute pure ne sen de rien, que le talent et les connaissances spéciales sont nécessaires. Elles s'aperçoivent que ces difficultés surpassent et les possibilités matérielles et leurs moyens intellectuels »

[309] F. MOREAU cite en exergue de son ouvrage *Pour le régime parlementaire*, une phrase de V. Hugo : «le droit n'est pas le nombre », et une autre de Amiel : « le nombre fait la loi, mais le bien n'a rien à faire avec le chiffre » ; cf L. DUGU1T et ses critiques de la souveraineté.

[310] Th. PERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel » *loc. cit.*, p. 496 : « Le suffrage universel, basé sur l'unique représentation du nombre individuel, aboutit fatalement au despotisme des masses populaires » ; N. SARIPOLOS, *op. cit.*, p. 299 : « Un des plus grands dangers qu'on rencontre dans une démocratie, c'est la prédominance absolue d'une classe de citoyens, la classe la plus nombreuse et la plus pauvre, sur les autres ; or, qui dit pouvoir de la dernière classe sociale dit prédominance de l'envie ou du mépris, suivant que cette classe domine librement ou qu'elle est menée par les riches et les puissants».

réformes proposées en matière d'élection visent à encadrer, sinon à restreindre le suffrage universel.

Section 3 LES RÉFORMES PROPOSÉES

Puisque le régime est en crise, il s'agit de le réformer, sauf à encourir le risque d'une nouvelle révolution. Le contenu des propositions de réforme découle logiquement de l'analyse que font les publicistes de la crise. Et puisque celle-ci est due selon eux à l'omnipotence parlementaire, elle-même causée par le mode de recrutement des élus, il faut d'abord changer le système électoral et diminuer les prérogatives du parlement.

§ 1. - LA RÉFORME ÉLECTORALE

Pour l'essentiel, les réformes proposées s'orientent dans deux directions différentes, mais non forcément opposées, retrouvant ainsi les ambiguïtés sur lesquelles se fonde le régime représentatif. Les unes ont en effet pour objet d'améliorer la représentation de l'opinion en faisant une place aux diverses minorités; les autres tentent de restaurer l'idée d'un gouvernement des capacités par l'organisation du suffrage universel. Dans tous les cas, il s'agit de mettre un frein à la force du nombre qui donne la prépondérance à une majorité purement numérique.

A — La représentation proportionnelle

La représentation proportionnelle, d'abord apparaît comme l'une des questions sur lesquelles se concentre le débat politique jusqu'à la première guerre mondiale. Au point qu'en 1912, la chambre des députés vote l'instauration de ce mode de scrutin pour les prochaines élections législatives ; mais le projet n'aboutit pas du fait de l'opposition du sénat à son encontre[311]. La représentation proportionnelle figure pourtant au programme de nombreux partis politiques, tant à droite qu'à gauche. En réalité, elle est soutenue par la plupart des courants minoritaires jusqu'au jour où, comme pour le parti radical, le scrutin majoritaire lui devient profitable[312]. La question des avantages et inconvénients de la représentation

[311] « Chronique législative », *R.D.P.* 1912, p. 579 ; J. BARTHELEMY, « Les résistances du Sénat », *R.D.P.* 1913, pp. 371-410.

[312] Les positions des différents partis concernant la réforme électorale n'ont cessé d'évoluer. On peut distinguer trois périodes pour schématiser ces positions. La première période qui va de 1873 à 1889 se caractérise par de nombreux revirements centrés sur l'alternative scrutin uninominal/scrutin de liste, sans qu'il soit pratiquement question de représentation proportionnelle : lors du vote des lois constitutionnelles, les républicains sont favorables au scrutin de liste majoritaire, les conservateurs obtiennent l'adoption du scrutin uninominal ; les premières élections législatives ayant été favorables aux républicains, les positions des partis s'inversent (les républicains deviennent favorables au scrutin uninominal, les conservateurs défendent le

proportionnelle n'est pas débattue seulement chez les politiques ; on la retrouve aussi chez les publicistes dont la majorité se prononce en faveur de ce système[313].

Ces préférences pourraient surprendre si l'on se souvient des critiques adressées à la souveraineté du nombre : la représentation proportionnelle ne se fonde-t-elle pas, plus encore que le scrutin majoritaire, sur une conception purement numérique et individualiste du suffrage ? C'est d'ailleurs cet argument que développent ses adversaires : Esmein, toujours partisan du *statu quo* (à défaut peut-être de pouvoir revenir au *statu quo ante*), reste résolument attaché au scrutin majoritaire d'arrondissement. Il oppose à la proportionnelle les mêmes arguments que ceux qu'il formule à l'encontre du mandat impératif. Non seulement la représentation des minorités est contraire selon lui au principe de la souveraineté nationale, en ce qu'elle renvoie à la conception de l'électorat-droit et du suffrage atomisé, et partant à la théorie de la souveraineté atomisée du peuple[314]. Mais elle est également indéfendable du point de vue de ses conséquences pratiques, car elle tend à diviser les assemblées en groupes de plus en plus nombreux et introduit des complications dans l'opération électorale qui risquent de désintéresser les électeurs du choix de leurs députés[315].

Certains partisans du système proportionnel voient au contraire dans ce dernier point un avantage essentiel : dans la mesure où elle suppose nécessairement le scrutin de liste, la représentation proportionnelle peut être une façon efficace d'éloigner l'élu de l'électeur, de restaurer une certaine indépendance du premier vis-à-vis du second. Delpech y voit explicitement un moyen de diminuer l'influence des potentats locaux et de donner quelque chance à la constitution de partis mieux structurés[316]. Ainsi, par le biais du scrutin de liste, l'influence des partis et associations pourrait se substituer à celle des individus isolés, la poursuite d'objectifs politiques à celle d'intérêts particuliers.

---

scrutin de liste majoritaire) ; vers 1880, une partie des républicains (les radicaux sous l'influence de Gambetta) recommencent à défendre le scrutin de liste, mais sans succès jusqu'au 16 juin 1885, date de l'adoption d'une nouvelle loi électorale instituant le scrutin de liste majoritaire par département. Mais il s'avère rapidement que le scrutin de liste ne profite pas nécessairement à ses partisans et la peur du boulangisme conduit les républicains à modifier une nouvelle fois la loi électorale avec le retour au scrutin uninominal en février 1889. La deuxième période (1889-1895) est marquée par la mise en sommeil de la question électorale. Les débats sur une éventuelle réforme reprennent au contraire à partir de 1895 et mettent cette fois en jeu l'alternative scrutin uninominal/scrutin proportionnel. Mais toutes les propositions faites pour instituer la représentation proportionnelle échouent soit devant la chambre des députés, soit plus tard devant le sénat. Sur ce point, voir JL. CHARDON, *La réforme électorale en France*, thèse Paris, Rousseau, 1910.

[313] J. BARTHELEMY, A. BESSON (*Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités*, thèse Dijon. 1897); J. DELPECH ; L. DUGUIT ; F. LARNAUDE ; A. DE SAINT GIRONS ; N. SARIPOLOS ; R. SALEILLES.

[314] A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement », *loc. cit.*; *Éléments ...*, *op. cit.*, p. 625. Comparer avec A. BESSON, *op. cit.*, favorable à la représentation proportionnelle et à la conception d'une souveraineté individuelle (atomisée) qu'il attribue, lui aussi, à Rousseau.

[315] A. ESMEIN, « Deux formes de gouvernement *loc. cit.* ; *Eléments...* , *op. cit.*, p. 626

[316] J. DELPECH, « La notion de parti et le Party government », *R.D.P.* 1910, pp. 534-570, p. 568 ; E. D'EICHTAL, *op. cit.*

C'est pour cette raison que Saleilles défend la représentation proportionnelle qui permettrait selon lui de transcender les intérêts de classe et de ressouder la communauté politique : « *La représentation proportionnelle n'est fondée ni sur un système de classes, ni sur un système de collectivités, mais sur un système de partis. Or les partis peuvent bien s'adapter aux classes ; mais ils reposent avant tout sur l'association libre et sur l'association des esprits et des idées (...). La libre association brisera les cadres répondant aux groupements purement sociaux : la vie politique englobera tous ces courants divers et la représentation proportionnelle en groupera la synthèse définitive, pour en faire sortir, comme résultante, la ligne d'orientation directrice correspondant au progrès de la vie nationale* »[317].

En donnant aux partis «*une fonction électorale, et surtout un profit électoral*»[318], la représentation proportionnelle renforcerait la cohérence du monde politique puisque les députés dépendraient des états-majors des partis (de la classe politique elle-même) plutôt que de comités électoraux incontrôlables ou d'électeurs. Là encore, on pourrait s'étonner de voir les mêmes hommes critiquer la constitution d'une classe de politiciens professionnels et réclamer le système proportionnel pour renforcer l'influence de partis organisés sur la vie politique. Ce n'est donc pas le fait que la politique soit devenue une profession à part entière qui est critiqué ; c'est plutôt l'arrivée au pouvoir de nouveaux notables locaux, journalistes, avocats, sur lesquels les états-majors politiques n'ont pas de prise suffisante pour leur imposer les traditions parlementaires ; c'est surtout l'absence de maîtrise de la classe politique sur le recrutement de ses membres[319].

La représentation proportionnelle permet enfin de faire contrepoids à la « *tyrannie majoritaire*». S'agit-il pour autant d'aboutir à une représentation réellement plus exacte de l'opinion ? On peut en douter si l'on considère le faible nombre de partisans de l'extension du suffrage[320] et le relatif mépris dans lequel est tenu l'électeur. Pour certains, il est clair que la représentation proportionnelle doit permettre de défendre le pouvoir de l'élite qu'ils croient menacé : « *Les classes pauvres ou peu aisées deviennent aujourd'hui de plus en plus maîtresses absolues du pouvoir* », dit Saripolos ; « *le danger qui peut en résulter saute aux yeux. Il faut protéger les classes possédantes contre le danger qui les menace* »[321].

---

[317] R. SALEILLES, « La représentation proportionnelle », *R.D.P.* 1898, tome IX, *loc. cit*., p. 401.
[318] R. SALEILLES, *ibidem*, p. 397.
[319] C'est d'ailleurs ce que dénonce à Genève le publiciste COMBOTHECRA : « l e système proportionnel ne donne satisfaction qu'à la vanité des partis, aux hommes influents de second ordre (...) Pour l'élection des députés, chefs et sous-chefs ne donnent leur investiture qu'à des soldats disciplinés, incapables d'insubordination, aux dépens des hommes de talent et d'initiative. Les chefs redoutent la création de nouveaux sous-chefs et les sous-chefs redoutent la perte de leur influence. Avec le système proportionnel, les cadres sont nettement tracés, chaque groupe compte ses soldats, s'inquiète peu de leurs idées et est soucieux de leur obéissance » (X.S. COMBOTHECRA. « la représentation proportionnelle à Genève », *R.D.P*. 1902, tome XVII, pp. 50-77, p. 55).
[320] Il n'y a guère que Duguit pour envisager le droit de vote des femmes.
[321] N. SARIPOLOS, *op. cit*., p. 300, et p. 301 : « La protection de la minorité devient aujourd'hui de plus en plus suspecte ; l'État est chargé, de plus en plus, de fonctions nouvelles qui touchent de près aux intérêts immédiats, économiques, de la minorité possédante ».

Et si la recherche d'une représentation de l'opinion réelle du corps électoral se traduit toujours chez les auteurs par la proposition d'instituer la représentation proportionnelle plutôt que par d'autres systèmes (referendum, extension du suffrage, mandat impératif,...), c'est que la représentation des minorités peut constituer un facteur de paix sociale[322] en offrant aux opposants une possibilité d'intégration au régime sans remettre en cause la séparation des élus et des électeurs.

L'un des arguments avancés en faveur de la représentation proportionnelle peut d'ailleurs s'analyser comme celui du moindre péril : refuser le système proportionnel serait courir le risque d'un rejet brutal du scrutin majoritaire, de revendications plus radicales pour le mandat impératif ou le referendum. En instituant la représentation proportionnelle, le régime pourrait faire l'économie de telles réformes, d'autant plus facilement que des courants fort différents peuvent y trouver satisfaction. Cette hétérogénéité des partisans de la représentation des minorités se retrouve chez les publicistes, puisque ce que l'on pourrait appeler «l'école de Dijon »[323], aussi bien que les adversaires de la « *souveraineté individuelle*»[324] lui sont favorables.

Même hétérogénéité d'ailleurs chez les auteurs hostiles à la représentation proportionnelle[325] : nous avons vu Esmein soutenir le scrutin majoritaire contre le système proportionnel ; G. Scelle, quant à lui, se place à un autre point de vue pour combattre la représentation proportionnelle. Il estime avec quelque raison qu'il s'agit là d'un faux débat, d'une solution illusoire pour des problèmes réels. « *L'origine du mal, dit-il, c'est que la représentation politique ne répond plus aux besoins du corps social, et que le corps social ne s'y intéresse plus (...) La crise de la représentation politique est très nette, mais c'est ne pas vouloir voir que de croire qu'elle se concrétise en une lutte entre le système majoritaire et le système proportionnaliste. Elle va bien au-delà, elle est un des symptômes de la transformation économique de la société actuelle, et tout ce qu'on fera sans tenir compte de cette transformation ne sera qu'une œuvre vaine* »[326].

---

[322] A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel*, *op. cit*., p. 151; E. NAVILLE, *Questionnaire pour l'étude de la représentation proportionnelle*, Genève, Kündig, 1900, p. 35 et p. 44.
[323] Voir notamment A. BESSON, *op. cit*.
[324] Voir R. SALEILLES, « La représentation proportionnelle », *R.D.P*. 1898, tome IX, pp. 215-234 ; et pp. 385-414
[325] Mis à part ESMEIN, on peut citer parmi ces adversaires E. D'EICHTAL, J.G. COURCELLE SENEUIL, Ch. BENOIST qui a d'abord été un adversaire de la représentation proportionnelle (*La crise de !Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris, Didot, 1897) avant de devenir l'un de ses partisans les plus acharnés.
[326] G. SCELLE, « A propos de la crise actuelle de la représentation politique », *R.D.P*. 1911, pp. 525-557, p. 540 et p. 557. De l'attitude de G. Scelle, on peut rapprocher celle de Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*. 7ème éd., tome 3. 1898.

B — Les autres propositions de réforme

La question de la réforme électorale ne se résume donc pas à l'alternative : scrutin majoritaire / système proportionnel. D'autres propositions sont faites qui ne visent pas simplement à une représentation plus exacte de l'opinion, mais qui recherchent surtout une meilleure représentation de la nation dans tous ses éléments[327], pour finalement restaurer le gouvernement des capacités par le système de la représentation professionnelle. Les deux types de réformes ne s'opposent pas en tant que choix antagonistes. Au contraire, nombre de partisans de la représentation proportionnelle sont également favorables à l'idée d'une représentation professionnelle qui donnerait une certaine influence aux éléments organiques de la nation à côté de celle donnée au nombre. Ainsi Duguit souhaite voir organiser l'élection des sénateurs d'après ce système[328].

Une fois encore, cette réforme peut réunir les suffrages des conservateurs comme ceux des progressistes. Malgré son aspect corporatiste, la représentation professionnelle permet en effet d'intégrer les syndicats à la vie politique selon des voies légales, et, au-delà du problème syndical, elle substitue à la conception individualiste de la représentation un système fondé sur les groupes, les collectivités. Pour G. Scelle, on peut même considérer qu'il s'agit d'opérer une transformation radicale en ce sens que la représentation, de politique, doit devenir sociale. La réforme se présente ainsi comme l'achèvement de l'extension du suffrage par la confusion qu'elle opère entre le corps électoral et la société civile. C'est aussi une façon éventuelle de désamorcer l'antiparlementarisme en substituant l'efficacité et la compétence à la politique politicienne, en remplaçant les partis politiques par les organisation professionnelles[329]. Si les conservateurs sont également tentés par cette solution, c'est à la fois parce qu'elle laisse libre d'imaginer toutes sortes de combinaisons possibles quant aux organes qui doivent être représentés, et parce qu'elle permet de restaurer l'idée d'un « *gouvernement des capacités* »[330].

---

[327] F. MOREAU, « Régime parlementaire et principe représentatif », *Congrès international de droit comparé*, *loc. cit*., pp. 223-274, p. 235 ; L. DUGUIT, *Manuel* ..., p. 491 : « qu'on accorde à tous une participation à la puissance publique, cela est juste puisque tous ont intérêt à ce que les affaires publiques soient bien gérées et que tous supportent les charges publiques. Mais qu'on accorde à tous une égale participation à la puissance publique, sous prétexte que tous sont membres du corps social, c'est là un pur sophisme, car si tous les individus sont membres du corps social, ils rendent à la société des services différents et ont une capacité différente. Par conséquent, pour respecter le principe d'égalité, on devrait accorder à chacun une participation à la puissance politique variant suivant sa capacité et les services qu'il est susceptible de rendre et qu'il rend en effet à la société ».

[328] L. DUGUIT, « L'élection des sénateurs », *R.P.P.* 1895, tome V, pp. 300-475 , p. 474: « Dans une proportion qu'il est impossible de déterminer d'avance, et qui d'ailleurs pourra varier constamment, le législateur devra donner des représentants aux associations commerciales, aux corporations ouvrières, aux syndicats industriels, aux associations agricoles, aux groupes administratifs, aux universités » ; L. DUGUIT, *Congrès international de droit comparé*, tome 2, *loc. cit*., pp. 319 et s.

[329] G. SCELLE, « A propos de la crise actuelle ... », *loc. cit*.

[330] Voir Ch. BENOIST, *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation da suffrage universel, op. cit*.; Ch. FRANÇOIS, *La représentation des intérêts dans les corps élus*, Paris, 1899 ; Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *loc. cit*., pp. 503-504: « l'intervention du groupes

Il n'est nullement certain qu'une représentation professionnelle, quelle qu'elle soit, donne de meilleurs gages de compétence qu'une représentation confiée aux politiques. En revanche, un tel système donne généralement le pouvoir à des «*élites* » plutôt qu'à cette masse « *ténébreuse et inconsciente* » dont parlait d'Eichtal. Tout le problème est de savoir quelles élites il faut faire prévaloir : les syndicats, les organisations patronales, les « *intelligences* »... ? Or, si l'on s'attache à étudier les modalités de cette représentation professionnelle, on s'aperçoit d'une part que de nombreux auteurs évitent de les préciser, d'autre part que ceux qui en donnent le détail tendent généralement à revenir au système des corporations de l'Ancien Régime. Charles Benoist, qui est sans doute l'un des plus fermes partisans du suffrage « *organique* », propose l'élection de la chambre des députés (et non plus du sénat) au suffrage universel direct par un corps électoral organisé en catégories professionnelles (agriculture, industrie, commerce, professions libérales,...), chacune de ces catégories étant représentée par un nombre de députés proportionnel au nombre d'électeurs qu'elle comporte[331]. Nous sommes donc aussi loin d'une représentation des classes sociales que des suffrages individuels, et l'on peut se demander comment une telle proposition peut se concilier avec les critiques si souvent faites au corps électoral de poursuivre des intérêts catégoriels.

Au nom de la compétence, d'autres vont plus loin encore en proposant d'instituer le vote plural [332]. Puisqu'il est impossible de revenir sur le suffrage universel, ce dernier n'est pas remis en cause directement ; mais toutes sortes de modalités sont envisagées pour restreindre l'influence de la masse dans la conduite

---

collectifs dans le recrutement des assemblées empêcherait le despotisme du nombre et des masses populaires en assurant la représentation de certaines catégories sociales qui, du jour où elle auraient la perspective d'exercer leur part légitime dans la vie politique, ne songeraient plus à tromper et à corrompre le suffrage universel, ou à se tenir systématiquement à l'écart des affaires publiques. En outre, on pourrait corriger la représentation du nombre dont la capacité et l'indépendance laissent souvent tant à désirer, par la représentation des grands intérêts sociaux qui se sont déjà révélés sur un théâtre moins vaste, dans les groupements collectifs comme les chambres de commerce ou d'agriculture, les universités, les syndicats, les associations professionnelles ou philanthropiques, et qui viendraient apporter au Parlement le concours précieux de compétences déjà éprouvées, d'intelligences et de caractères déjà mûris et trempés par l'expérience de la vie publique » ; et p. 507 : « Combien le Sénat ne verrait-il pas grandir son prestige et son autorité, quand il comprendrait dans son sein non plus seulement les représentants de tous les groupes territoriaux, mais ceux de tous les groupements collectifs qui collaborent à la vie nationale (...) La Chambre haute se recruterait alors véritablement parmi l'élite intellectuelle et morale du pays et, grâce à sa composition, elle pourrait remplir dans toute son étendue, ce rôle de pouvoir modérateur que lui assigne la Constitution, parce qu'en face de la Chambre basse, représentant les intérêts passagers et mobiles des individus, elle incarnerait les intérêts permanents et durables des groupes sociaux ». Cf D. MULLER, « Le système électoral de l'avenir: la représentation régionale », *R.D.P.* 1903, tome XX, pp. 409-414, pp. 410-411 : « un système électoral qui éloignerait les représentants de leurs électeurs offrirait de sérieux avantages (...) Le remède au mal dont nous souffrons serait la création de circonscriptions régionales comprenant chacune de cinq à six départements ayant autant que possible les mêmes intérêts économiques ».

[331] Ch. BENOIST, *op. cit.*, 2e éd. pp. 250 et s.

[332] F. LARNAUDE, « Analyse du livre de Arthur Desjardins, *De la liberté politique dans l'Etat moderne*, Paris, 1894 », *R.D.P.* 1894, tome I, pp. 151456, p. 155: « le vote plural et la représentation des minorités sont aussi nécessaires dans un pays monarchique que dans un pays républicain » ; G. TARDE se prononce aussi en faveur du vote plural dans *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août1900*, Paris, LGDJ, 1905, tome 1, p.112.

des affaires de l'Etat. Ferneuil, par exemple, propose un système de double vote au profit des chefs de famille et des « *intelligences* » : « *Si l'on est d'accord pour reconnaître la supériorité sociale du père de famille sur le célibataire, du citoyen instruit sur l'illettré, est-il donc impossible de constater ces deux causes de supériorité ? (...) Dans la moyenne des cas, le citoyen muni des connaissances de l'enseignement secondaire a plus de chances d'émettre un vote conscient et éclairé, et conséquemment, plus de titres à la direction des destinées du pays, qu'un individu dont la culture intellectuelle est nulle ou tout à fait rudimentaire (...) Les avantages que donne la valeur intellectuelle et morale n'ont rien d'incompatible avec la démocratie. Bien plus, ils lui apportent un contrepoids légitime et efficace contre ses propres excès, contre la toute puissance du nombre* » [333]. Cette nouvelle version de l' « *enrichissez-vous* ! » de Guizot, devenu un « *éduquez-vous* ! », a au moins le mérite de souligner les impératifs de la société industrielle de l'époque, aussi bien que les propositions modernistes, visant à associer les syndicats au système de gouvernement[334].

Pourtant, aucune de ces réformes n'a pu voir le jour, du moins pas dans les termes où elles étaient proposées ; et leurs auteurs ne semblent pas s'être fait beaucoup d'illusions sur leurs chances de succès : nombreux sont ceux qui, après avoir défendu l'adoption d'un nouveau mode de scrutin, ajoutent que la vraie réforme est celle des moeurs électorales et parlementaires. Or cette proposition est destinée, semble-t-il, à rester lettre morte, car pour changer les moeurs, il faut changer le corps électoral lui-même et la classe politique qui en est issue. La guerre de 1914 apprendra comment opérer cette transformation du corps électoral par la propagande de masse, celle de la classe politique s'avérant déjà partiellement faite.

Quoiqu'elles aient fait l'objet de propositions moins nombreuses, les autres réformes institutionnelles ne subiront pas le même sort. Certaines d'entre elles seront adoptées officiellement ou entérinées par la pratique. Toutes visent à diminuer les prérogatives du parlement tant dans le domaine législatif que dans le domaine politique.

---

[333] Th. FERNEUIL, « La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel », *loc. cit*., p. 501.

[334] G.F. SANGUINETTI, alias Censor, *Véridique rapport sur les dernières chances de sauver le capitalisme en Italie*, éd. fr., Paris, Champ Libre, 1976, p. 26 : « quand la classe dirigeante craignait, et bien légitimement en apparence, l'instruction des masses populaires et le suffrage universel, cette classe liait sa défense à une position du passé, à une attitude de recul qui s'accentuait continuellement car l'industrie moderne exigeait l'instruction, au moins sommaire, et celle-ci, en se répandant, entraînait nécessairement le suffrage universel. La bourgeoisie se rappelait que le progrès des lumières avait accompagné sa marche vers le pouvoir politique, et craignait que la même voie ne fût suivie par les prolétaires. Par bonheur, ceux-ci ont cru également à une telle identification de leurs destins successifs ; et l'une et l'autre classe se trompaient en ceci, car ces deux projets de révolution sont si différents qu'ils ne peuvent se servir des mêmes lumières, ni de leur diffusion et de leur emploi par des moyens analogues. Ainsi, des uns la crainte s'est montrée vaine, et des autres l'espérance » et p. 28 « Le processus qu'a entamé la représentation parlementaire des citoyens s'est complété tout naturellement, et considérablement renforcé, avec les succès de la représentation syndicale des travailleurs ; tant il est vrai que *toute* représentation fait notre jeu ».

§ 2. - LA DIMINUTION DES PRÉROGATIVES DU PARLEMENT

L'issue logique des critiques faites à l'omnipotence parlementaire, à la stérilité des débats et à l'incompétence des représentants est la recherche de moyens qui permettent de diminuer les prérogatives du parlement, soit en les encadrant de façon stricte, soit en en transférant une partie aux autres pouvoirs. Nous verrons plus loin comment se manifeste la volonté chez les publicistes de revaloriser le rôle de l'exécutif jugé plus compétent et plus efficace que le parlement. Nous nous contenterons ici d'indiquer quelles sont les diverses réformes envisagées pour mettre un frein aux prétentions des assemblées, et plus particulièrement à celles de la Chambre des députés[335].

A — L'initiative législative

Hormis E. Pierre, seul partisan de l'Etat légal, la plupart des publicistes envisagent de restreindre les attributions législatives des assemblées par une réglementation de l'initiative législative et de les encadrer par l'association de conseils compétents. Toutes ces propositions s'inspirent de la volonté de diminuer le nombre des projets et d'en améliorer la qualité, ce qui correspond aux critiques dont nous avons fait état concernant la législation pléthorique du parlement, la stérilité des débats et la mauvaise qualité des résultats. Pour opérer ces modifications, il n'y a guère que Ch. Benoist et Marcère pour souhaiter une révision de la constitution[336] ; les juristes préfèrent dans leur ensemble une solution moins radicale : celle de la révision du règlement des assemblées, peut-être pour éviter toute assimilation aux

[335] Ch. LEFEBVRE, *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, Paris, Maresq, 1882, pp. 25.27 : « La Chambre des députés est conçue dans notre constitution comme la représentation directe du suffrage universel (...). Le député se trouve contraint de rester en communication étroite avec ses électeurs. Ce sont ces idées qu'on exprime en disant qu'elle est la Chambre populaire, destinée à reproduire les courants d'opinion qui traversent les masses électorales, à refléter tous les éléments de la démocratie jusqu'aux plus mobiles et aux plus ardents, et surtout à manifester et réaliser la puissance du nombre. Pour les théoriciens absolus de l'école des J.J. Rousseau ou des Robespierre et d'après leur langage même, une chambre ainsi formée a charge de recueillir sur tous les points du territoire, pour l'exprimer en toutes choses, cette résultante des volontés individuelles qu'ils appellent la volonté nationale. Leur idéal est donc qu'elle fasse ou mène tout à elle seule, législation et gouvernement. Et s'ils rencontrent dans une constitution d'autres pouvoirs qui l'avoisinent, le moins qu'ils puissent exiger au nom des principes, c'est qu'en toute occasion, petite ou grande, ces inutiles voisins plient devant elle (...) Pour ceux qui reconnaissent aussi qu'une nation faisant elle-même sa destinée, doit en rester maîtresse et n'abdiquer jamais sa volonté, mais qui doutent qu'il existe dans aucun pays, sur chaque question intérieure ou extérieure, une volonté nationale toujours nette (...) pour ceux qui croient au contraire que cette volonté, souvent d'abord incertaine ou confuse, ne se dégage que peu à peu (...), pour ceux-là une constitution est d'autant meilleure qu'elle assure les meilleurs moyens de faire surgir, mûrir et triompher l'opinion, disons mieux la raison publique. L'expérience et l'histoire qu'ils ne dédaignent pas de consulter à côté de la logique pure leur enseignent qu'il y a péril pour la raison et pour la liberté à concentrer toute la puissance souveraine dans les mêmes mains (...) Aussi ne sauraient-ils admettre que la Chambre des députés soit à elle seule toute la Constitution. Elle n'en est qu'un organe nécessaire et essentiel ; F. MOREAU, « L'initiative parlementaire » *loc. cit*., p. 269 ; Th. FERNEU1L, « La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre », *R.P.P.* 1894, tome 1, pp. 18-26.

[336] Ch. BENOIST, La crise de l'Etat moderne, *op. cit*. ; MARCERE, « La constitution et la constituante », *R.P.P*. 1899, tome X., pp. 225-243. Marcère a pourtant fait partie de la 2e commission des 30 chargée de rédiger un projet de constitution en 1875.

boulangistes, le parti national réclamait en effet en 1889 la révision de la constitution et la réunion d'une constituante pour supprimer le régime parlementaire[337].

La restriction du droit d'initiative constitue l'une des propositions les plus souvent avancées par les publicistes, et pas seulement par les partisans d'une diminution du champ d'activité de l'Etat, la multiplication des propositions de lois déposées au parlement sans pour autant aboutir à un vote tend en effet à retarder la mise en œuvre d'une législation sociale. Pour éviter que les mêmes propositions ne soient toujours représentées au début d'une législature, E. Larcher propose comme remède aux abus de l'initiative législative la diminution du nombre de députés et le renouvellement partiel de la chambre[338]. Ferneuil envisage la prise en considération par les chambres des seules propositions ayant déjà obtenu la majorité des suffrages au sein d'un comité de législation nommé par le président de la chambre « *parmi les députés les plus versés dans l'étude des questions législatives* »[339]. Louis Michon n'est pas loin de préconiser la suppression pure et simple du droit d'initiative, ne laissant aux chambres que le droit d'amender les projets gouvernementaux[340].

La volonté de restreindre l'initiative législative est plus nette encore en matière financière. C'est d'abord la pratique des cavaliers budgétaires qui est contestée. Esmein en souhaite l'interdiction[341]. Bouvier et Jéze élaborent un raisonnement subtil pour en établir l'illégalité : la loi de finances est un acte administratif fait par le parlement, d'où il suit trois conséquences pratiques : « *Le rejet par la Chambre d'un projet de budget n'empêcherait pas le Gouvernement d'en représenter immédiatement un autre (...) Un acte d'administration ne doit pas contenir de disposition législative (...) Le troisième intérêt pratique concerne le contentieux des opérations administratives se rattachant aux lois d'affaires ou à la loi de budget. Ce contentieux demeure administratif* »[342].

---

[337] Voir le programme révisionniste de BARRES, in *Le nationalisme français*..., *op. cit*., pp. 135-137.

[338] E. LARCHER, *Étude de droit constitutionnel. L'initiative parlementaire en France*, Paris, Rousseau, 1896.

[339] Th. FERNEUIL, « La réforme parlementaire... », *loc. cit*., p.22

[340] L M1CHON, « L'initiative parlementaire en France depuis 1789 », *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 71-118 et pp. 231-279, pp. 274-275 « L'initiative parlementaire est aujourd'hui devenue plus que suspecte comme instrument législatif, et cette simple constatation suffit à expliquer que nous ne soyons pas disposés à accepter aussi facilement que nos aînés le jugement apparent de l'histoire. Le seul raisonnement ne suffisait-il pas à nous faire dire, dès le début de cette étude, que l'existence du gouvernement parlementaire, avec la responsabilité ministérielle telle qu'elle s'est développée à notre époque, était de nature à diminuer grandement l'importance de l'initiative parlementaire (...). On pourrait, semble-t-il, ne plus envisager l'institution que sous son autre aspect, le côté législatif, pour en peser les avantages et les inconvénients ; si, comme il n'est guère douteux, ces derniers l'emportaient, on pourrait la supprimer ». Pour une opinion contraire, on peut citer E. Pierre, qui semble bien être l'un des « aînés » auxquels Michon fait allusion, E. PIERRE, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Paris, Librairies-Imprimeries Réunies, 1893, pp. 59-60 : « Le droit d'initiative n'est pas moins important que le droit de vote, et l'histoire démontre que la politique fondée sur la peur ou la haine des libertés publiques s'est toujours traduite par une restriction de l'initiative parlementaire ».

[341] A. ESMEIN, *Eléments*..., *op. cit*., pp. 728-729.

[342] E. BOUVIER et G. JEZE, «La véritable notion de la loi et la loi annuelle de Finances », *R.C.L.J.* 1897, pp. 381-393, pp 427-451, pp. 528-540, p. 532 et p. 537.

Ces auteurs tentent ainsi de revenir à la distinction de la loi matérielle et de la loi formelle pour subordonner celle-ci à celle-là. On trouve le même raisonnement chez Moreau et chez Barthélemy[343] lorsqu'ils estiment que les assemblées ne doivent pas déroger aux lois qu'elles ont votées par des décisions individuelles car « *le Parlement ne doit pas être plus que le roi affranchi de la loi : il est lié par elle tant qu'il ne l'a pas abrogée. Le despotisme d'une assemblée peut devenir aussi redoutable que celui d'un homme ; aux partisans de l'omnipotence parlementaire, il faut opposer la théorie de la République légale* »[344] . Qu'on le remarque, cette «*République légale*» n'est pas l'Etat légal dont parle Carré de Malberg ; elle en est presque l'inversion en ce qu'elle oppose la suprématie de la loi matérielle à la suprématie effective de la loi formelle qui caractérise l'Etat légal décrit par Carré de Malberg. C'est une idée semblable qui amène Rolland à refuser aux assemblées le droit de modifier unilatéralement certains aspects des contrats de concession[345] ; Jèze et Bouvier à leur imposer des obligations en matière financière[346].

C'est surtout la tendance à l'augmentation des dépenses publiques que les publicistes souhaitent enrayer. Michon propose à cet effet de réserver toutes les initiatives au gouvernement et d'interdire aux chambres « *tout amendement aux projets de loi de budget qui aurait pour effet soit d'augmenter les dépenses, soit de diminuer les recettes* »[347]. La Chambre des députés leur donne partiellement satisfaction puisque, le 16 mars 1900, elle adopte une modification de son règlement intérieur pour interdire les amendements qui entraîneraient une augmentation des dépenses publiques. Comme le souligne Ferneuil, la réglementation du droit d'initiative législative, en matière budgétaire notamment, « *se justifie d'autant plus avec l'accroissement de l'intervention de l'Etat dans le domaine économique qui touche aux organes vitaux de la nation ; car plus la loi s'immiscera dans les phénomènes délicats et compliqués de la vie sociale, plus elle demandera à être maniée par des hommes compétents et expérimentés. Or, comment attendre ces qualités spéciales des assemblées actuelles qui ne présentent que de si faibles*

[343] J. BARTHELEMV, « Notes parlementaires: de la dérogation aux lois par le pouvoir législatif », *R.D.P.* 1907, pp. 472-480, p. 478 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 293.

[344] L. ROLLAND, « Du droit du législateur de compléter ou d' interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publies », *R.D.P.* 1910, pp. 116-131. G. JEZE, « Du retrait des actes juridiques », *R.D.P.* 1913, pp. 225-293.

[345] L. ROLLAND, « Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter... », *loc. cit*.

[346] E. BOUVIER et G.JEZE, «La véritable notion de la loi... », *loc. cit*., p. 568: « La pratique anglaise a réduit le droit de la Chambre à son minimum nécessaire ; il suffit en effet, pour la liberté du pays, que le Parlement conserve intact le droit de voter les recettes et les dépenses, et c'est au Pouvoir exécutif d'en établir le détail complet p. 569, ils envisagent aussi une revalorisation des pouvoirs financiers du sénat pour faim contrepoids à la chambre élue au suffrage universel et plus facilement dépensière ; Duguit est moins favorable à cette solution, il souligne cependant que « le Sénat, en matière financière, est avant tout chargé de s'opposer aux entraînements toujours possibles de la Chambre des députés, en contact continuel avec le suffrage universel et facilement tentée, dans un but électoral, d'accroître les dépenses » (L. DUGU1T, *Manuel*..., *op. cit*., p. 878). Cf. G. JEZE, «Indépendance des pouvoirs publics dans la fixation des dépenses publiques », *R.D.P*. 1910, pp. 3-45, p. 13: « En général, les juristes français n'admettent pas que le Parlement ait le droit de faire tout ce qu'il a la force de faire. Ils reconnaissent que le Parlement français a l'obligation juridique de voter les crédits nécessaires pour l'acquittement de dettes existantes régulièrement nées ».

[347] L. MICHON, « L'initiative parlementaire en matière financière », *R.D P*. 1898, X pp. 193-219, p. 218.

garanties d'une bonne législation ? »[348]. À cette question, l'une des réponses données par la doctrine consiste à adjoindre au parlement le concours d'organismes divers pour la préparation des lois[349] et c'est le plus souvent au Conseil d'État que l'on voudrait confier ce soin[350], quitte à ne laisser aux assemblées que le vote des lois en les dépossédant de leur élaboration[351].

B — Les autres attributions d'un Parlement

Il est aussi question de déposséder les assemblées d'un certain nombre d'autres attributions, et notamment de leurs compétences juridictionnelles celles-ci doivent être transférées selon certains au pouvoir judiciaire, qu'il s'agisse des procès en Haute Cour de Justice[352] (réunie en 1889 et en 1899) ou de la vérification des pouvoirs des députés[353]. Esmein lui-même souhaite une distinction plus nette du pouvoir constituant et du pouvoir législatif[354].

---

[348] Th. FERNEUIL, « La réforme parlementaire... », *loc. cit*., p. 23

[349] Voir dans *Congrès international de droit comparé tenu d Paris du 31 juillet au 4 août 1900,* Paris, LGDI, 1905, tome 1, p. 112, l'opinion de F. LARNAUDE et de HOYOIS.

[350] Th. FERNEU1L, « La réforme parlementaire... », *loc. cit*., p. 22 ; MARCERE, « La constitution et la constituante », loc. cit., p. 237; L. MICHON, « L'initiative parlementaire... », *loc. cit.*, p. 276; F. MOREAU, « L'initiative parlementaire , *loc. cit*., p. 282 et s. En sens contraire, voir notamment Ch. SEIGNOBOS, « Analyse du livre de Ch. Benoist, *Las crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris 1897 », *R.D.P.* 1898; tome IX, pp. 141-144, p. 142 : « Quant à idée d'un Conseil d'Etat investi du monopole de la législation, elle n'est pas neuve ; elle est une des parties essentielles des constitutions absolutives de Napoléon Ier et de Napoléon III, c'est la tendance naturelle des pouvoirs despotiques d'enlever l'initiative législative aux représentants élus de la nation. L'auteur a déjà manifesté, dans un autre ouvrage, sa préférence pour cc régime, qui remettrait à des conseillers d'État irresponsables le pouvoir d'arrêter tout progrès législatif ; mais il a toujours évité d'expliquer comment la nation serait protégée contre leurs cap.., leurs préjugés ou leur routine ». Sur cette question du fêle du Conseil d'État, voir infra, deuxième partie, titre II, chapitre I.

[351] Ch. BENOIST, *op. cit*.

[352] F. MOREAU, Chronique constitutionnelle », *R.D.P*. 1902, tome XVIII, pp. 324 ct 469 ; A. LE BOURGEOIS, *De La séparation des pouvoirs*, thèse Paris, 1884, p. 159. Cf. A. GAUTIER, *Précis des matières administratives*, op. cit., tome 2, p. 43.

[353] L. DUGUIT, *Manuel...*, *op. cit*., pp. 840-841 « Ce droit de vérifier les pouvoirs de leurs membres est reconnu aux assemblées politiques dans la plupart des pays qui pratiquent le régime représentatif. Cependant, il est, à notre sens, très critiquable (...). Nous ne verrions aucun inconvénient, au contraire, à ce que législateur constituant enlevât aux chambres le contentieux électoral et le donnât au Conseil d'État, qui forme aujourd'hui une juridiction présentant toute garantit de compétence et d'impartialité » ; également, M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2c éd., p. 251 ; D. MULLER, « De la vérification des pouvoirs des députés », *R.D.P*. 1898, tome IX, pp. 415-455, p. 449: « La Chambre, lorsqu'elle se juge elle-mime, est un tribunal suspect », et p. 453: « Nous croyons préférable de réserver aux tribunaux judiciaires la vérification des pouvoirs des députés et des sénateurs » plutôt qu'au juge administratif qui n'a pas la garantie de l'inamovibilité ; A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, pp. 27- 28 ; A. BATBIE, *op. cit*., tome 3, p. 33 ; A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel...*, *op. cit*., p. 200 ; A. I.EBOURGEOIS *op. cit*., p. 168. Pour une opinion contraire, I,. PIERRE, *op. cit*., pp. 360-361: « La Chambre statuant en matière de vérification des pouvoirs n'est liée ni par le texte des lois ni par les décisions du suffrage universel. Elle est souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserves (...). L'esprit de la loi constitutionnelle (...) attribue un pouvoir discrétionnaire à chacune des deux Chambres statuant sur l'éligibilité de ses membres et sur la validité de leur élection ». Au contraire, pour Faustin HELIE, « les Chambres ne sont nullement souveraines », *Les constitutions de la France*, p. 1423.

[354] A. ESME1N, *op. cit*., p. 757. Opinion contraire A. BATBIE, *op. cit*., I. 3, p. 55 ; Ch. LEFEBVRE, *op. cit.,* p. 239.

S'agissant enfin des attributions de contrôle du parlement, des réformes sont également envisagées : restriction du droit d'interpellation par le biais du règlement des assemblées[355], ou même suppression pure et simple de la responsabilité collective des ministres devant les chambres[356] . Cette proposition de Ch. Benoist rejoint celle des partisans d'un renforcement de l'institution présidentielle : Barthélemy et Jacquelin sont de ceux-là[357].

Mais la crainte du césarisme réveillée par l'affaire Boulanger et entretenue par Déroulède, amène la majorité des publicistes à souhaiter le maintien du régime parlementaire, ce qui suppose au moins un rééquilibrage des pouvoirs au profit de l'exécutif, à l'inverse de ce que réclament les socialistes du Congrès de Tours en 1902[358]. Esmein estime par exemple que « *devant la puissance toujours grandissante des assemblées représentatives, tendant à dominer le pouvoir exécutif, il est sage de ne point infuser à celui-ci une débilité constitutionnelle* »[359]. Dans ce but, Duguit et Nézard proposent d'élargir le collège électoral destiné à élire le Président de la République[360]. Moreau défend ce qu'il appelle le « *vrai régime parlementaire* » pour les prérogatives qu'il peut donner à l'exécutif sur la majorité de l'assemblée, au contraire du régime présidentiel qui établit une séparation trop rigide à son goût entre les pouvoirs. Plutôt que de réviser la constitution, il souhaite une révolution des moeurs politiques par la force de l'idée, thème cher aux solidaristes. Il lui semble en effet que le corps politique est moralement atteint et que « *l'hygiène propre à rétablir la santé dans l'organisme politique consisterait à proclamer, à répandre dans le peuple des doctrines saines et justes* »[361].

Quelle que soit la diversité des remèdes proposés qui correspond aux divergences dans l'appréciation des causes de la crise, l'analyse a manifestement pour dénominateur commun l'idée que le parlement en général (et, pour certains, la majorité radicale-socialiste en particulier) est doté de pouvoirs excessifs qu'il est urgent de limiter et que la seule façon d'y parvenir consiste à renforcer l'exécutif : «*S'il est un pouvoir qui tend à prendre une place prépondérante dans l'État, c'est*

[355] Voir le *Congrès international de droit comparé*..., *op. c*it. tome I, p. 112, l'opinion de DUNAND ; Th. FERNEUIL, « La réforme parlementaire... », *loc. cit.,* p. 21.
[356] MARCERE, « La constitution et la constituante », *loc. cit*., p. 237 ; Marcère est également partisan de choisir les ministres en dehors des assemblées ; pour une opinion contraire, voir L DUGUIT, *Congrès international de droit comparé*, tome 1, p. 112.
[357] De façon ambiguë: J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, *op. cit.;* R. JACQUELIN, « Les Cent jours et le régime parlementaire », *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 193-220 .
[358] J. DELPECH « Chronique politique », *R.D.P*. 1904, pp. 120 et s.
[359] A. ESME1N, op. cit., p. 436.
[360] L. DUGU1T, « Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », *Congrès international de droit comparé*, *op. cit.*, tome 2, 1907, pp. 313-325, p. 324 ; H. NEZARD, *Eléments*..., *op. cit*., pp. 113 et s. ; J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 743. Pour une opinion partiellement contraire, voir Ch. LEFBVRE, *op. cit*., p. 66.
[361] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit.*, p. 260. À chaque époque ses fantasmes et ses maladies : si la société française de 1900 semble avoir craint la syphilis même politique, celle des années 80 a peur du SIDA, même mental...

assurément le pouvoir législatif (...) Il faut le diviser pour l'affaiblir (...) Pour assurer l'équilibre des pouvoirs et la liberté politique, s'il faut diviser le pouvoir le plus fort, il est aussi nécessaire d'unifier le plus faible pour le fortifier. Or, le plus faible, c'est assurément l'exécutif »[362].

[362] H. NEZARD, *op. cit*., pp. 111 et 113.

Chapitre II

LA REVALORISATION DE L'EXÉCUTIF

Considéré comme responsable de la crise du régime, le parlement est donc voué aux gémonies par les publicistes, suivant en cela l'opinion publique de leur époque. Cette critique de la suprématie du corps législatif met en cause l'ensemble du système de l'Etat légal et notamment la conception des rapports entre pouvoirs publics, celle également des relations à instaurer entre la loi et le règlement. Née de la prévalence de la loi matérielle, la suprématie du législateur, par ses excès, conduit finalement à une réévaluation générale de tous les concepts de base de l'Etat légal. Et puisqu'ils cherchent à freiner l'omnipotence des assemblées, les publicistes se tournent logiquement vers l'exécutif qu'ils souhaitent voir jouer un rôle plus actif alors que la pratique du régime n'a cessé de l'affaiblir[363]. Les lois constitutionnelles lui donnaient pourtant les moyens de contrebalancer efficacement les prérogatives du législateur ; mais, faites pour un monarque qui n'a jamais pu conquérir te pouvoir, elles étaient destinées à rester lettre morte dans certaines de leurs dispositions dès lors que l'emportaient les républicains pour la plupart hostiles à leur conception initiale de l'exécutif.

L'argument du retour au texte constitutionnel appuiera chez les juristes la volonté de revaloriser l'exécutif et nous verrons les publicistes adopter simultanément deux points de vue contradictoires selon ce qu'il s'agit pour eux de démontrer : s'ils critiquent les assemblées à partir d'une étude de la pratique du régime parlementaire, ils valorisent l'exécutif sur la base de considérations abstraites tirées des principes d'organisation de ce même régime. Il faudra enfin se souvenir de l'évolution des conceptions en matière de souveraineté ou de représentation pour comprendre comment s'organisent intellectuellement les éléments de cette valorisation. Ces arguments, destinés à valoriser le *pouvoir* exécutif (section 1), vont permettre de redéfinir la *fonction* exécutive dans le sens d'un élargissement de la mission au-delà de la simple exécution des lois (section 2). Ainsi interprétée, cette mission exécutive pourra à son tour justifier l'établissement de nouvelles relations entre les pouvoirs (section 3).

[363] Apparemment, du moins. L'affaiblissement de l'exécutif concerne surtout le président de la République, notamment par la désuétude du droit de dissolution qui explique d'ailleurs pour partie l'omnipotence législative. Mais l'accroissement de l'activité législative entraîne du même coup un usage plus fréquent du pouvoir réglementaire, encore accru par le caractère de plus en plus technique des interventions de l'Etat.

Section 1 LES ARGUMENTS

Si le parlement a tous les défauts, l'exécutif est au contraire paré de toutes les qualités devant lesquelles disparaît jusqu'à la crainte de voir se constituer un régime autoritaire. L'argument essentiel de cette revalorisation de l'exécutif reste cependant implicite.

§ 1. - L'ARGUMENT DE L'EFFICACITÉ

Toutes les valeurs de l'époque sont désormais du côté de l'exécutif, et la première d'entre elles est la compétence. Nous retrouvons ici l'influence du positivisme sur le discours juridique : dès lors que l'on estime que le gouvernement est l'organe placé le plus près du réalités et de l'action, il s'ensuit forcément qu'il est le plus compétent.

Or le raisonnement suivi repose à la fois sur une tautologie et sur l'ambiguïté des termes utilisés : les juristes définissent d'abord la fonction exécutive par la mission de faire appliquer les lois ; ils en tirent la conséquence que l'organe chargé de cette mission est celui qui connaît le mieux les problèmes pratiques de l'exécution des principes posés par le législateur ; ils en concluent que l'exécutif est bien le plus compétent pour régler les détails d'application des lois[364]. Si le gouvernement est plus apte que le législateur à remplir cette mission, c'est aussi parce qu'il dispose d'une assistance technique et de moyens d'information que n'ont pas les assemblées. Il est ainsi amené à « *suppléer aisément aux omissions du législateur grâce à l'aide des bureaux des ministères et des conseils administratifs comme le Conseil d'Etat* »[365].

La centralisation contribue elle aussi à faire de l'exécutif l'organe le mieux placé pour connaître les besoins du pays[366]. Dans ces conditions, le législateur devrait se contenter d'un rôle politique et laisser au gouvernement le soin des problèmes techniques qui prennent justement plus d'importance avec le développement de l'interventionnisme. Et de ce point de vue, l'exécutif présente encore un avantage sur le législateur : celui de la permanence[367].

---

[364] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, p. 467 ; A. ESMEIN, *op. cit*., p. 474 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif. Etude théorique et pratique de droit public français*, p. 391; E. RAIGA, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, thèse Paris, Larose, 1900, p. 20 ; J. VALEGEAS, *Du pouvoir réglementaire en droit français*, thèse Bordeaux, Cadoret, 1892, p. 19 ; A. DE SAINT-GIRONS, *Essai*..., *op. cit*., p. 282.

[365] H. NEZARD, *Eléments ...*, *op. cit*. p. 185 ; G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, *op, cit*., p. 318 « Le gouvernement n'est-il pas particulièrement apte, avec les conseils, les moyens d'information dont il dispose, à tenter les réglementations expérimentales, qui facilitent ensuite le travail du Parlement ? » ; E. RAIGA, *op. cit*., p. 22 ; J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 57. Comparer A. GAUTIER, *op. cit*., tome II, p. 56.

[366] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit*., pp. 149 et 153.

[367] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 12.

Pour toutes ces raisons, l'exécutif est celui qui pourra le mieux servir l'intérêt général[368]. C'est là un point essentiel et qui montre un renversement total des conceptions de l'Etat légal selon lesquelles cette tâche est l'apanage du parlement. Dans la mesure où les députés sont accusés de ne poursuivre que des intérêts locaux, ce sera un argument supplémentaire pour transférer au gouvernement une partie des fonctions législatives. Pour certains, la compétence de l'exécutif est même dans la nature des choses[369]. Cet argument, très clairement idéologique, débouche d'ailleurs chez Saint-Girons sur un tableau dichotomique des qualités comparées de l'exécutif et du législateur[370]. Le gouvernement a pour lui l'expérience quotidienne, la connaissance de la pratique et des réalités, le calme et la modération. Le législateur, au contraire, se trouve du côté de la métaphysique, de l'idéalisme, de la passion, voire de la révolution.

L'exécutif ne possède pas seulement la compétence technique, il décide aussi avec plus de rapidité que ne le permettent les procédures parlementaires[371]. Cette efficacité dans l'action doit alléger le travail du parlement[372] qui, de toutes façons, « *est dans l'impossibilité matérielle de voter lui-même toutes les dispositions réglementaires qui sont nécessaires* »[373]. Plus mobile que la loi[374], le règlement peut mieux qu'elle également s'adapter à une situation qui se modifie rapidement. Si quelques-uns s'inquiètent d'une telle évolution (« *l'exagération de l'activité législative est aggravée par l'usage excessif de l'autorité réglementaire* »[375]), ils estiment cependant que certaines dispositions ponctuelles prises par le législateur auraient dû l'être par le gouvernement »[376]. La plupart considèrent que ces

[368] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit*., p. 153 ; G. CAHEN, *op. cit*., p. 319.
[369] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 13 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif, op. cit.*, pp. 23 et 170.
[370] A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel*..., *op. cit*., notamment p. 409 ; comparer J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, *op. cit*., p. 9 : « la fonction législative et la fonction juridictionnelle ne forment en somme que la vie abstraite de l'Etat ; sa vie concrète, c'est la gestion des affaires publiques, c'est l'administration dans un sens trés large (...) Le rôle de l'exécutif est d'assurer par une intervention spontanée et continue la vie même de l'Etat ».
[371] L'argument de l'urgence est souvent utilisé pour justifier les interventions du pouvoir réglementaire. Voir par exemple, L. DUGUIT, *Manuel de droit public*, *op. cit*., p. 1035.
[372] H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 2e éd., 1902, p. 97 « L'attribution générale de l'autorité réglementaire au Président de la République a une double utilité. Elle allège le travail législatif eu permettant de n'inscrire dans la loi que les principes fondamentaux... » ; J. VALEGEAS, *op, cit.,* p. 97.
[373] L. DUGUIT, *Manuel*..., *op. cit*. p. 1010 ; idem, p..7.
[374] H. BERTHELEMY, *Traité*..., *op. cit*., p. 98 ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit*., p.63: « les dangers qui menacent l'ordre public changent à chaque instant de nature ; le règlement seul est assez souple et assez rapide pour réussir à y parer »; E. RAIGA, *op. cit*., p. 10 et p. 20 ; J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 110.
[375] H. BERTHELEMY, «Le pouvoir réglementaire du Président de la République», *R.P. P*. 1898, p. 5 et p. 322, p. 6 ; A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau, *Le règlement administratif*», *R.D.P*. 1904, pp. 623-647, p. 646 : « Les Chambres votent des lois fort imparfaites, d'une rédaction manifestement incorrecte, mais dont elles essaient de masquer l'insuffisance par un appel presque continu au règlement ».
[376] H. BERTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *loc. cit*., p. 328 « plus l'État, le département, la commune avancent dans cette mauvaise voie qui les substitue à l'entreprise privée pour nous procurer ce dont nous avons besoin, plus nous avons dans nos budgets de recettes à caractère commercial et industriel c'est-à-dire constituant des prix de vente ou des loyers de service; je ne vois pas

changements constituent un progrès et qu'il appartient à l'exécutif de prendre de multiples décisions auxquelles le parlement n'a désormais plus assez de temps à consacrer [377].

Ce sont les mêmes arguments qui sont avancés pour justifier le régime des décrets présidentiels auquel sont soumises la quasi totalité des possessions coloniales : « *le gouvernement, étant donné l'éloignement de ces pays, est souvent mieux placé que le Parlement pour savoir ce qui s'y passe. Les moyens d'information dont il dispose lui permettent de suivre les transformations qui s'opèrent soit dans les moeurs, soit dans les besoins de ces colonies. Il sera toujours plus difficile au Parlement de se prononcer avec une égale compétence sur ces points nombreux de législation coloniale* »[378]. Ces considérations prendront un relief particulier au moment de la guerre, et tous les juristes pourront reconnaître sans difficultés au gouvernement le droit de prendre des mesures exceptionnelles en dehors de tout cadre légal[379]. La littérature juridique du début du siècle avait parfaitement préparé cette évolution par le complet renversement des valeurs qu'elle a opéré entre l'Exécutif et le législatif, renversement que symbolise très bien la majuscule acquise par le premier et perdue par le second dans certain texte de 1915 [380].

S'agissant de la guerre ou des colonies, les éventuels scrupules libéraux ou démocratiques ont souvent tendance à disparaître. Mais, sans crainte des paradoxes, la revalorisation de l'exécutif est aussi présentée comme le moyen de sauvegarder la démocratie contre l'omnipotence d'assemblées incompétentes.

§ 2. - L'ARGUMENT DE LA DÉMOCRATISATION

La méfiance traditionnelle à l'égard de l'exécutif s'est atténuée dès la fin du dix-neuvième siècle en même temps que s'accroissait la vague d'anti-parlementarisme. Certes, Boulanger puis Déroulède ont réclamé eux-aussi la fin de la tyrannie législative et la revalorisation de l'exécutif[381]. L'existence d'un tel mouvement, assimilé au césarisme, aurait pu freiner les revendications des publicistes en faveur de l'exécutif ; mais nous l'avons vu, ils étaient eux-mêmes convaincus des excès parlementaires, et les réformes qu'ils préconisent diffèrent de

pourquoi les tarifs de ces loyers et de ces prix, variables avec les circonstances (...) exigeraient une détermination législative ».

[377] G. JEZE, « Légalité des Décrets-Lois de guerre », *R.D.P.* 1915, pp. 479-490; L. ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *RD.P.* 1915, pp. 104-133 ; 266-309 et 500-544 ; J. BARTHELEMY, «Le droit public en temps de guerre », *R.D.P.* 1915, pp. 134-162; pp. 310-359 et pp. 545-575.

[378] E. RAIGA, *op.cit*., p. 230, de même pp. 231 à 233 ; J. VALEGEAS, *op. cit.*, p. 57 : « Ici aussi, et plus longtemps encore, le champ doit rester libre à l'administration ».

[379] G. JEZE, « L'Exécutif « temps de guerre. Les pleins pouvoirs », *R.D.P*. 1917, pp. 5-13.

[380] BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre »,3e article, *loc. cit*., p. 546.. Comparer avec J. BARTHELEMY «Le droit public en temps de guerre »,ler article, *loc. cit*., pp. 154 et s.

[381] Voir Z. STERNHELL. *op. cit*., p 93.

celles proposées par les boulangistes en ce que la plupart se contentent de réclamer un rééquilibrage des pouvoirs plus conforme à la logique du régime parlementaire[382]

À l'argument de l'efficacité, vient donc s'ajouter l'idée que le gouvernement ne met pas nécessairement en péril les libertés. Moreau insiste particulièrement sur ce point dans sa défense du régime parlementaire : « *l'exercice du pouvoir réglementaire est un véritable bienfait public, et même dans le sens de la liberté* » [383], grâce à l'extension du principe représentatif au pouvoir exécutif. Non seulement le président de la République est élu, mais le régime parlementaire offre aussi l'avantage essentiel d'organiser la collaboration des pouvoirs par l'intermédiaire des ministres, chefs de la majorité parlementaire. On pourrait logiquement penser que le système représentatif se concilierait mieux avec le régime conventionnel qu'avec le parlementarisme. Ce n'est cependant pas l'avis de Moreau pour qui l'élection des ministres par les chambres ne permettrait pas de préserver les prérogatives du chef de l'Etat à leur égard [384].

Mais la véritable explication est à chercher dans les possibilités que donne à l'exécutif la collaboration des pouvoirs. Ce qui importe finalement c'est que les ministres « *dirigent en même temps le Gouvernement et le Parlement* »[385] . Le régime parlementaire « *permet aux hommes d'Etat de diriger tous les pouvoirs* »[386], il aboutit ainsi à la confusion des pouvoirs tant décriée pourtant lorsqu'elle se fait au profit des assemblées. La supériorité du parlement sur l'exécutif, dit Moreau, n'est plus qu'une survivance de la Révolution[387] et dès lors que l'exécutif est devenu représentatif, le vote du budget par le parlement ne devrait plus s'imposer [388]. Enfin, la méfiance à l'égard du gouvernement est d'autant moins justifiée que la démocratie, selon Moreau, « *est peu favorable à l'éclosion de grands génies politiques* »[389].

Tous ces arguments contradictoires ont un objectif commun : démontrer que l'on peut sans danger étendre les pouvoirs de l'exécutif censé représenter la nation au même titre que le parlement.

Une telle argumentation, qui n'est pas spécifique à F. Moreau, montre à quel point les conceptions des publicistes ont évolué. La transformation de l'idée de représentation, la théorie de l'organe, contribuent à ancrer l'idée que le corps législatif n'est pas le souverain ; la critique de la souveraineté absolue et l'assimilation de la suprématie législative à une nouvelle forme de despotisme

[382] L. DUGUIT, *Manuel op. cit.*; p. 982.
[383] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit.*, p. 173.
[384] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit.*, p.28.
[385] F. MOREAU, *ibidem*, p. 12 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 569. Comparer M. LEROY, *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, pp. 112-113.
[386] F. MOREAU, *ibidem*, p. 90.
[387] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit.*, p. 289.
[388] F. MOREAU, *ibidem*, p. 215.
[389] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 137.

permettent de présenter la revalorisation de l'exécutif comme une défense soit de la démocratie, soit des « *vraies conceptions* », c'est-à-dire des conceptions libérales[390].

La façon d'envisager les rapports du pouvoir et des libertés a, elle aussi, changé : entre Ducrocq qui voyait le droit administratif sous l'angle des limitations qu'il apporte aux libertés et Duguit pour qui le droit administratif, c'est le droit des services publics et donc du développement de la solidarité sociale, c'est non seulement la conception des libertés qui a changé, mais c'est aussi celle du rôle de l'exécutif dans le développement de ces mêmes libertés qui s'est transformée, même si tous ne vont pas aussi loin que Duguit dans cette voie. Ainsi M. Hauriou, théoricien des équilibres institutionnels, occupe-t-il justement une sorte de point d'équilibre entre ces deux conceptions [391].

D'une manière générale, cette revalorisation de l'exécutif constitue l'un des nombreux éléments attestant la remise en cause de l'Etat légal : « *une théorie qui séduit par son apparente simplicité et sa logique superficielle,* dit Barthélemy, *réduit à la législation toute la vie de l'Etat ; faire la loi, l'exécuter ces deux termes comprendraient toute l'activité publique (...) Cette conception qui doit à Rousseau une grande partie de sa fortune, a dominé les idées révolutionnaires sur le pouvoir exécutif, et elle a encore cours parmi les publicistes (...) La conséquence de cette conception, c'est la subordination étroite de l'exécutif au législateur(...) Il suffit cependant de sortir de la théorie et de regarder les faits pour se rendre compte que la puissance exécutive est autre chose que la force appliquée à la loi (...) Entre la simple primauté du pouvoir législatif, réduite à son minimum strictement logique, et sa souveraineté absolue, il y a des degrés qui correspondent à des conceptions diverses du rôle de l'exécutif* »[392] . L'adoption d'un point de vue à la fois réaliste («*les faits* ») et libéral (la lutte contre la souveraineté absolue) impliquerait donc, si l'on en croit Barthélemy, l'extension des pouvoirs de l'exécutif. Et cette revalorisation peut se présenter comme d'autant moins dangereuse pour les libertés que l'exécutif est assujetti au contrôle du juge.

§ 3. - L'ARGUMENT IMPLICITE

La violence des critiques portées contre le législateur appelle immédiatement la question des garde-fous contre les abus éventuellement commis.

[390] N. SARIPOLOS, *op. cit*., p. 303: « Le pouvoir de la majorité dans les démocraties modernes, presque toutes plus ou moins représentatives, se concentre au corps législatif ; le Parlement, peut-on dire, tend à absorber aujourd'hui à peu près tous les pouvoirs publics ».
[391] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, pp. 60 et s.
[392] J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, *op. cit*., pp. 7-8 et 14 ; voir également pp. 11-12 : « Dans ses analyses, le juriste penche à voir toute la vie publique dominée par la législation. Et cependant les lois sont bien loin d'être tout dans l'Etat Cc ne sont pas elles qui peuvent édicter l'intelligent emploi des ressources, la sage direction des services, la compréhension et la prudente gestion des intérêts nationaux au dedans et au dehors. Il y a, en dehors de l'application des lois, un immense domaine qui est celui de l'exécutif » ; dans le même sens, Ch. LEFEBVRE, *op. cit*., pp. 116 et s.

Or tous les auteurs sont amenés à constater que le régime n'organise aucune garantie juridique efficace à l'encontre du parlement. Il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de l'exécutif : « *Nous avons vu que notre organisation n'apportait peut-être pas de garanties juridiques très puissantes contre les erreurs possibles du pouvoir législatif (...) Les sanctions juridiques contre le gouvernement et les administrateurs qui portent atteinte aux droits individuels sont plus efficaces* »[393]. L'existence de contrôles juridictionnels sur les actes de l'exécutif devient ainsi un argument supplémentaire pour transférer à celui-ci une partie des pouvoirs des assemblées devenues incontrôlables. La revalorisation de l'exécutif constitue de ce fait un élément important dans l'institution de l'Etat de droit.

À l'inversion des valeurs que nous avons constatée entre l'exécutif et le législatif correspond sur le plan juridique le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit.

L'adoption de la thèse selon laquelle le règlement est une loi matérielle participe de la même idée[394]. On constate en effet que la définition du règlement a évolué vers une assimilation de plus en plus nette entre loi et règlement au point de vue matériel. En 1858 (sous le second Empire donc), le *Répertoire Dalloz*, à l'article « Règlement »[395], opposait la loi et le règlement par le critère de l'objet : « *les règlements administratifs comme les lois sont obligatoires pour tous les citoyens, mais ils se distinguent des lois en ce qu'ils ne peuvent avoir pour objet que d'en assurer l'exécution ou d'en déterminer l'application sur des points de détail que la loi, dans sa généralité, ne pouvait atteindre* » ; en même temps, l'auteur de l'article refusait toute subordination hiérarchique du pouvoir réglementaire à la « *puissance législative* ». Le régime juridique du règlement découlait donc de sa nature définie par un critère matériel, critère qui permettait dans cette conception d'opposer la loi au règlement.

En 1895, ce même *Répertoire* adopte une présentation déjà différente : l'identité de la loi et du règlement sur le plan matériel est davantage soulignée ; l'opposition entre les deux actes relève à la fois du critère organique (« *l'acte réglementaire émane du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif* ») et du critère matériel (« *il ne doit tendre qu'à l'exécution de la loi sans pouvoir se mettre en opposition avec elle* »)[396]. Cette seconde opposition concerne plutôt le régime de

[393] H. NEZARD, *Eléments ...*, *op. cit*., pp. 74.75 ; A. GUILLO1S, « Analyse de notes de jurisprudence », *R.D.P*. 1911, pp. 511-524, p. 519 : « contre les abus du pouvoir législatif, aucune protection... Contre l'autorité administrative, au contraire, le pouvoir judiciaire est armé » ; G. CAHEN, *op. cit*., p. 308 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*., p. 176; E. RAIGA, *op. cit*., p. 111 ; J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 3 et p. 111.

[394] Voir notamment G. CAHEN, *op. cit*.; L. DUGUIT, *Traité...*, *op. cit*., tome II, p. 452 ; G. JEZE, « Note sous l'arrêt Sabin (CE. 4 mai 1906) », *R.D.P*. 1906, pp. 678-684 ; H. NEZARD, *op. cit*., pp. 83-84.

[395] *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, de M. Dalloz,* Paris, 1858, tome 39, article « Règlements administratifs et de police », pp. 2.28, p. 3 ; « Aucune autorité ne peut réformer les actes du pouvoir réglementaire, pas même la puissance législative. Ce sont deux pouvoirs de nature diverse qui ne sont point hiérarchiquement subordonnés l'un à l'autre » (*ibidem*).

[396] *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence de M. Dalloz*, Supplément publié sous la direction de G. Griolet et Ch. Vergé, tome 15, Paris, 1895, article « Règlements administratifs ».

l'acte que sa nature, deux questions que les auteurs de cette époque ont tendance à confondre, et semble résulter cette fois de la hiérarchie constitutionnelle entre législateur et pouvoir exécutif.

Au début du vingtième siècle enfin, apparaît une nouvelle tendance qui consiste à identifier totalement la loi et le règlement sur le plan matériel[397] (le règlement est une loi matérielle selon Duguit), l'opposition des deux actes résultant seulement du point de vue organique qui détermine un régime juridique différent pour la loi et pour le règlement [398].

Nature et régime juridique du règlement sont donc désormais conçus comme relevant de deux questions distinctes[399] ; le règlement est identique à la loi quant à sa nature, et les différences qui l'opposent à la loi constituent un avantage pour le règlement : celui d'être soumis au contrôle du juge. Cette identification matérielle souligne qu'il appartient aussi à l'exécutif de fixer des règles générales[400] . Il s'en trouve du même coup revalorisé, et ce d'autant plus que ses actes sont susceptibles de recours juridictionnels. Or la différence qui sépare la loi et le règlement résulte de la supériorité politique du corps législatif sur l'exécutif. Et les auteurs tendent à présenter cette situation comme l'héritage des conceptions de la Révolution, donc contingente, donc susceptible de disparaître[401]. Si l'on se souvient des critiques portées contre le parlement à la même époque, on peut remarquer que tout semble s'organiser pour remettre en cause ce privilège du législateur et pour souligner au contraire la supériorité juridique du règlement quant aux garanties qu'il présente, tant sur le plan de son élaboration (l'efficacité de l'exécutif) que sur celui des contrôles dont il peut faire l'objet.

Dans la mesure où il s'agit d'instituer l'Etat de droit, c'est-à-dire de mettre sous contrôle tous les actes faits par l'Etat, deux solutions peuvent alors être envisagées : ou bien l'on organise un contrôle juridique des actes du législateur ; ou bien, si cette première hypothèse n'est pas réalisable, on développe la fonction législative de l'exécutif.

---

[397] Comparer M. HAUR1OU, *Précis de droit administratif*, *op. cit*., pp. 60 et s.

[398] L. DUGUIT, *Traité*..., tome II, p. 452 ; M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, 5e éd. par Maguero, 1905-1907, 2 vol., tome 11, pp. 2287-2288 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*.

[399] E. RA1GA, *op. cit.*, p. 181 : « Dans notre droit public (...) la qualité de l'acte ne dépend pas de sa nature propre, mais de la procédure suivant laquelle cet acte est rendu » et p. 182: « Petites lois au fond, actes administratifs en raison de l'organe qui statue. Nulle différence, à ce point de vue, entre les règlements ordinaires et les règlements d'administration publique. Pourquoi les soumettre à une jurisprudence différente, quand il s'agit des voies de recours dont ils peuvent être l'objet ? ».

[400] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit*., p. 234 : «Le cabinet est donc tenu d'avoir et d'exprimer les idées générales, de former et de promulguer les plans d'ensemble pour le bien public, de professer et d'appliquer une conception philosophique du monde et de la liberté » J. BARTHELEMY, « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application », *R.D.P.* 1907, pp. 295.320, p. 301.

[401] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*., pp. 52-53 : la distinction de la loi et du règlement « ne dérive pas de la nature des choses puisque dans les deux cas des règles générales et impersonnelles sont édictées (...) dans l'Etat, le parlement est *tenu* pour l'autorité la plus élevée et c'est pourquoi le parlement seul peut faire des lois ».

L'adoption du critère matériel a le mérite de servir également les deux projets. En effet, si l'on montre que la seule différence à faire entre la loi et le règlement concerne l'auteur de l'acte, on peut envisager logiquement de soumettre la loi aux mêmes contrôles juridictionnels que le règlement. Nature et régime juridique seraient ainsi réconciliés[402]. Le retour au droit positif révèle cependant l'impossibilité d'un tel système ; la garantie du citoyen passerait alors paradoxalement par l'extension des pouvoirs de l'exécutif.

Section 2 L'ÉLARGISSEMENT DE LA MISSION DE L'EXÉCUTIF

Il convient de savoir maintenant en quoi consiste précisément la mission exécutive. Certes, nous ne pouvons pas prétendre que tous les publicistes en ont souhaité l'élargissement. Des résistances se manifestent du côté de ceux que l'on pourrait appeler les « classiques ». Elles s'appuient notamment sur la tradition constitutionnelle fondée sur la primauté du parlement (§ 1). Cependant, les textes de 1875, dans leur imprécision, donnent lieu à des interprétations très diverses (§ 2). Or, la jurisprudence va s'avérer sensible aux thèses qui prônent une conception large des prérogatives de l'exécutif et contribuer par là même à les accréditer. Nous verrons ainsi que la volonté de revaloriser le rôle de l'exécutif se traduit chez les auteurs par de nouvelles définitions du règlement, ou plutôt, des règlements (§ 3).

§ 1. - ÉVOLUTIONS ET RÉSISTANCES

S'il y a effectivement une évolution des idées entre les publicistes qui ont connu le Second Empire et la génération précédant la guerre, celle-ci est loin d'être linéaire. Cette évolution est en effet gouvernée par deux axes : les transformations du régime d'une part, les préférences politiques des auteurs de l'autre.

La logique de la « Constitution Grévy » implique une définition restrictive de la mission exécutive, cantonnée à la stricte exécution des lois. Mais les excès de l'omnipotence législative, critiqués par les publicistes, conduisent tout aussi logiquement ces derniers à vouloir étendre les pouvoirs de l'exécutif pour rétablir des contrepoids. En outre, l'accroissement de l'activité législative s'accompagne d'une multiplication des règlements ; la pratique du régime induit par conséquent une extension de la mission exécutive dans le temps, sinon par rapport au texte constitutionnel. Entre 1879 et 1914, l'évolution générale des idées est donc favorable à une définition de plus en plus extensive des pouvoirs de l'exécutif. Mais si la

[402] Pour une illustration de ce point de vue, voir notamment G. CAHEN, *op. cit*.

comparaison des thèses de Ducrocq[403] et de Duguit ou de Barthélemy[404] confirme cette analyse, celle que l'on pourrait opérer entre Batbie[405] et Berthélemy[406] semble au contraire l'infirmer. La définition de la mission exécutive est en effet étroitement liée aux conceptions politiques des juristes. Or les publicistes de la première génération n'appartiennent pas tous au même courant ; entre Ducrocq et Batbie, il y a toute la différence qui sépare le libéralisme politique d'un côté de la droite conservatrice et monarchiste de l'autre. De ce point de vue, il existe plus de convergences entre Berthélemy et Ducrocq qu'entre ce dernier et Batbie.

Qu'ils soient partisans du libéralisme économique le plus classique (Courcelle-Seneuil)[407], ou du libéralisme politique (Ducrocq, Berthélemy), ces auteurs se méfient des interventions de l'exécutif et préfèrent s'en tenir à une définition très restrictive de sa mission : « le pouvoir exécutif ne peut pas, par ses actes, contredire ou modifier une disposition législative. Il ne peut rien ajouter aux lois qui n'y soit implicitement contenu (...) ni donner une interprétation générale de la loi »[408].

L'évolution du contexte politique, le droit positif et surtout le développement des recours juridictionnels par le Conseil d'Etat vont cependant conduire individualistes et libéraux à relativiser leurs positions. C'est pourquoi des auteurs comme Hauriou, Mestre, Esmein ou Valegeas occupent une position intermédiaire dans le débat sur la mission exécutive. En définissant la loi par la liberté et le règlement par l'ordre, Hauriou[409] et Mestre[410] sont à première vue plus près des conceptions classiques de l'Etat légal qui impliquent la subordination presque totale de l'exécutif au législateur que d'une définition extensive de la mission exécutive. Hauriou est cependant conscient de l'évolution du système vers ce qu'il

[403] Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris, Thorin, 5ème éd. 1877, 2 vol., tome 1, pp. 61 et s. « l'acte réglementaire diffère de la loi, non seulement en ce qu'il émane d'un autre pouvoir, mais aussi en ce qu'il ne doit tendre qu'à l'exécution de la loi, sans pouvoir se mettre en contradiction ni avec son texte ni avec son esprit ».

[404] J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, *op. cit*., p. 6: « le rôle de l'exécutif ne peut se borner dans l'obéissance à la loi ».

[405] A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, *op. cit*., tome 3, pp. 67 et s. : « le président, pour l'exécution des lois, fait des règlements. Ce sont des dispositions secondaires qui ont pour objet de faire descendre les principes de la loi dans les détails de l'application. Le législateur ne peut pas tout prévoir, et il ne convient pas à une loi de suivre les principes qu'elle pose dans l'infiniment petit de l'administration. Les règlements sont le complément de la loi ». ; Ch. LEFEBVRE. *op. cit*., p. 79.

[406] H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5ème éd., 1908, p. 101 : « tandis que le domaine des lois est indéfini, tandis qu'elles peuvent créer toutes les obligations qu'il plaît au législateur d'imposer aux citoyens, le domaine des règlements est restreint dans des limites étroites ».

[407] J.G. COURCELLE SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, Paris, Guillaumin. 1887, p. 249 : « Les principaux actes de la législation réglementaire se nomment décrets. Ils ne sont pas destinés à suppléer à la loi, mais seulement à en assurer l'exécution ».

[408] H. BERTHELEMY, *Traité...*, *op. cit*., 2e éd., pp. 16-17.

[409] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit*., p. 63 ; Note sous C.E 9 mars 1900 « *Héritiers Boucher d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la ville de Paris* », Sirey 1901.3-1*, in La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*, Paris, Sirey, 1929, 3 vol., tome II, pp. 520-534, p. 529.

[410] A. MESTRE, Analyse du livre de P. Moreau, *Le règlement administratif*.. », *loc. cit*., p. 629 : « la loi tend à l'harmonie des libertés pour la justice ; le règlement tend à l'organisation de l'ordre public, pour l'ordre public ».

croit être « *un régime administratif socialisant* »[411]. Aussi est-il amené de plus en plus à élargir la mission de l'exécutif au-delà d'une stricte exécution des lois, d'autant plus qu'il se fait une haute idée de ce que doit être l'ordre public, donc de la police administrative traditionnellement dévolue au pouvoir réglementaire[412]. Une fois encore, Hauriou se situe donc au point d'équilibre entre deux conceptions qu'il tente de concilier.

L'attitude d'Esmein ou de Valegeas est sans doute moins cohérente : Esmein semble hésiter continuellement entre la conception restrictive (« *le règlement fait en exécution de la loi est complètement subordonné à celle-ci* »)[413] et une définition plus large des pouvoirs de l'exécutif. Valegeas[414] hésite lui aussi, et, comme Esmein, il n'hésite que parce que le recours pour excès de pouvoir contre les règlements n'est pas encore totalement développé[415]. Du jour où les contrôles juridictionnels sur tous les règlements sont admis par le juge, l'obstacle principal à l'extension de la mission exécutive disparaît.

§ 2. - LE DROIT POSITIF ET SON INTERPRÉTATION

Le problème que pose la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics et l'intérêt qu'elle présente en même temps tiennent à l'extrême concision de son article 3 : « *Le président de la République a l'initiative des lois, concurremment avec les membres des deux Chambres ; il en surveille et en assure l'exécution* ». Si Berthélemy et Ducrocq insistent sur la subordination totale du règlement à la loi, les autres auteurs s'attachent au contraire à l'esprit dans lequel est rédigée la loi constitutionnelle plutôt qu'à sa lettre jugée trop restrictive.

A — L'interprétation doctrinale

Dans un article de 1907 intitulé: « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application » Barthélémy explique que le rôle du gouvernement ne peut se résumer à la seule obéissance à la loi, la théorie inverse hérité de Rousseau étant trop abstraite. Si l'on tient compte de la pratique, on s'aperçoit que « *la mission du gouvernement est beaucoup plus large en réalité qu'une simple exécution des lois, quelque larges que soient les règles qui*

[411] Voir L SFEZ, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, , *op. cit.*, p. 16.
[412] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, p. 63.
[413] A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 471 : « le pouvoir réglementaire est pleinement distinct du pouvoir législatif, et le règlement n'est pas la loi. Le règlement fait en exécution de la loi est complètement subordonné à celle-ci » ; mais aussi *ibidem* : « il peut faire des règlements pour assurer l'exécution des lois. Ces décrets qui, comme les lois, statuent pour l'avenir et à l'égard de tous, obligent les citoyens, comme les lois elles-mêmes (...) Ils forment une partie très importante de notre droit et constituent à côté des lois comme une législation secondaire et dérivée »
[414] J. VALEGEAS, *op. cit.*, comparer pp. 25 et 32, pp. 50 et 56-57.
[415] J. VALEGEAS, *op. cit.*, p. 20, p. 26, pp. 32-33, pp. 37-38.

présideraient à cette exécution (...) Les lois ne sont qu'exceptionnellement les règles directrices de l'activité de l'exécutif. Elles en sont plutôt les limites juridiques, il se meut librement dans le cercle qu'elles tracent ; il est le maître dans le domaine qu'elles tracent »[416].

Le gouvernement peut donc légitimement édicter des règlements pour compléter la loi, sans même que le parlement le lui ait demandé explicitement. Il peut aussi suspendre l'application des lois comme il l'a fait pour les congrégations jusqu'à 1880. Il doit même préférer à son obligation de respecter la loi celle de sauver l'État. Ce principe posé dès 1907 prendra évidemment une importance particulière une fois la guerre déclenchée. Barthélemy, comme Rolland et Jèze[417], admet sous certains réserves les illégalités commises par le gouvernement dés lors qu'elles sont justifiées par la nécessité et l'impossibilité d'agir autrement. Loin d'être condamnée, la pratique vient donc éclairer l'interprétation des textes constitutionnels.

D'autres éléments contribuent à justifier cette conception extensive des pouvoirs de l'exécutif. D'abord la séparation des pouvoirs, dont nous verrons plus loin qu'elle a pourtant été très critiquée par les auteurs de l'époque, fournit un argument aux partisans de l'élargissement de la mission exécutive. Les uns, comme Duguit ou Saint-Girons[418], soulignent la nécessité de distinguer les points de vue matériel et organique pour refuser de confondre le parlement avec le pouvoir législatif, le président et le gouvernement avec le pouvoir exécutif. Ils insistent sur la collaboration des pouvoirs qui permet à l'organe exécutif de participer à la fonction législative, le règlement constituant selon Cahen[419] un mode spécial d'intervention gouvernementale entre la législation et l'administration.

---

[416] J. BARTHELEMY, «De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application», *R.D.P.* 1907, pp. 295-320, pp. 299 et 302 ; M. BLOCK, *Dictionnaire de l'administration française*, *op. cit*., p. 2287 ; A. GAUTIER, *op. cit*., tome II, p. 53: « ce serait une erreur que de restreindre uniquement à l'exécution des lois le rôle des décrets, car ceux-ci s'étendent à beaucoup d'autres cas »; Ch. LEFEBVRE, *op. cit*., p. 79: «I1 est visible enfin que ce Cabinet forme le ressort le plus actif du mécanisme parlementaire et qu'il est le point de mire de tout le monde politique. Ses membres ont bien plus à faire que de pourvoir, chacun dans son département, à la simple exécution des lois, ou aux besoins ordinaires et réguliers de l'administration » ; E. RAIGA, *op. cit*., p. 21 : « Les règles que le législateur édicte — et son rôle est prépondérant dans l'État — doivent être respectées par le gouvernement comme les normes et les limites juridiques de ses actes. Mais dans le cercle qu'elles tracent, il décide librement, exprime sa volonté, ordonne ou défend et provoque tout ce qui est utile au bien public. Ce qui caractérise donc le gouvernement, ce n'est pas l'exécution pure et simple, mais le pouvoir de commander, dans les limites fixées par la loi, le juste et l'utile (...) C'est de cette façon compréhensive qu'il convient de concevoir le pouvoir exécutif ». Pour une opinion partiellement contraire, J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 25: «On a mis dans l'article 3 (de la loi constitutionnelle du 25 février 1875) ce qu'il était impossible de ne pas y mettre : on a permis au Président de la République d'assurer l'exécution des lois. On a seulement entendu lui fermer le domaine législatif, attribué aux représentants du peuple ».

[417] J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *loc. cit*., p. 571 ; L. ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *R.D.P.* 1915, *loc. cit*. ; G. JEZE, « Note de jurisprudence sous C.E. 30 juillet 1915 Verrier », *R.D.P.* 1915, pp. 479-490 ; P. ANSELME, « Du respect de la légalité en cas de péril national », *R.C.L.J.* 1910, pp. 529-539.

[418] L. DUGUIT, *op, cit.*, pp. 146-148 : A. DE SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, p. 281 ; Ch. LEFEBVRE, *op. cit*., pp. 115 et s.

[419] G. CAHEN, *op. cit*., pp. 169-170; E. LAFERRIERE, *Traité*..., *op. cit*., tome 1, p. 11 ; E. RAIGA, *op. cit*., p. 23.

D'autres, faisant une lecture exactement inverse de la séparation des pouvoirs, considèrent que ce principe postule l'indépendance réciproque du parlement et du gouvernement ; ils en concluent que le gouvernement ne peut être cantonné dans la stricte exécution des lois[420]. Il n'est pas jusqu'à l'expression de «pouvoir exécutif» qui ne fasse l'objet de critiques pour ce qu'elle comporte de restrictif : *« en effet, il paraît tout-à-fait inexact de considérer que l'organe titulaire de ce pouvoir ne fait qu'exécuter les décisions du Parlement. Pratiquement, il fait autre chose ; théoriquement, il doit faire autre chose. Il possède et il doit posséder en dehors de ses attributions de pure exécution un certain pouvoir de décision propre ; il fait et il doit faire des actes primaires, c'est-à-dire des actes qui n'ont jamais été ordonnés par le Parlement* »[421].

Reste le recours à la tradition constitutionnelle française pour justifier une interprétation large des prérogatives gouvernementales et présidentielles. L'historique brossé par Moreau tend à montrer que le pouvoir réglementaire du Roi n'a jamais disparu malgré la volonté des révolutionnaires, car son exercice était indispensable en pratique. Aussi l'interdiction solennelle faite au pouvoir exécutif d'édicter des règlements disparaît-elle à partir de l'an III, date qui marque selon lui la « rentrée du pouvoir exécutif dans ses attributions naturelles » [422] jusqu'à la Troisième République. En lisant la loi du 25 février 1875 à la lumière des constitutions antérieures et de leur pratique, on pourrait donc établir que la mission de l'exécutif va bien au-delà de la simple exécution des lois et quelle comporte notamment une part de législation certes secondaire mais qui peut être spontanée[423].

Cette référence à la tradition constitutionnelle française, on la retrouve chez de nombreux auteurs[424]. Cahen n'échappe pas à la règle, quoique sa thèse se présente de manière plus originale en partie parce qu'elle est influencée par les théories allemandes. Il estime ainsi que les constitutions, tant en Allemagne qu'en France, ont

[420] J. BARTHELEMY, Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, *op. cit*.

[421] R. BONNARD, Analyse du livre de J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, Paris, 1907 », *R.D.P*. 1908, pp. 596 -601, p. 596 ; E. RAIGA, *op, cit*., p. 152 : « Dans le silence de la loi, il arrive que le gouvernement enrichit la législation à l'aide de décrets réglementaires. Il ne règle pas seulement les détails d'application des lois, mais souvent des matières d'une plus grande importance sur lesquelles les Chambres, pour tel ou tel motif, ont négligé de statuer » ; comparer J. VALEGEAS, *op. cit*., pp. 14-15 : « Si, après M. Thiers, on peut, comme Bluntschli, critiquer l'expression «pouvoir exécutif» qui est trop exclusive, c'est sans doute parce qu'il est écrit qu'on ne peut rien affirmer en matière politique... ».

[422] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*., pp. 77 et s. Rapprocher A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillo Durand, 1841-1844, 3 vol., t. I, p. 3 : « Le pouvoir exécutif pur constitue l'action gouvernementale ; ainsi, il se manifeste par les ordonnances nécessaires à l'exécution de la loi, par l'exercice de la part de souveraineté que lui délègue en certains cas le pouvoir législatif, par les règlements généraux d'ordre, de police et de sûreté publiques, par les traités, conventions et capitulations militaires, par les actes de haute police administrative ... »; G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Cotillo , 2e éd. 1854, 8 vol., t. I, pp. 40-49.

[423] Législation secondaire en ce qu'elle est destinée à compléter la loi, mais législation spontanée dans la mesure où elle peut intervenir à la place du législateur tant que ce dernier n'a pas légiféré.

[424] L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1878-1882, 3 vol., tome I, p.107 ; J. DEJEAMME, « Du pouvoir réglementaire », *R.G.A*. 1892 pp. 257-286, et *R.G.A*. 1893 pp. 146-171, ler article, p. 260 ; L. DUGU1T, *Traité*..., tome II, p. 466 ; H. NEZARD, *op. cit*., p. 185 ; E. RAIGA, *op. cit*., p 15.

toujours conféré à l'organe exécutif le droit d'édicter des règlements de droit, c'est-à-dire des actes qui, comme la loi, délimitent les sphères juridiques respectives de l'Etat et des particuliers. Dans la mesure où il réfute la possibilité d'existence d'un organe suprême dans l'Etat, il conteste aussi toute interprétation de l'article 3 qui ferait du gouvernement « *le serviteur du parlement* »[425]. Au contraire, la législation fait partie de sa « *mission naturelle* ».

B — L'évolution jurisprudentielle

Sans toutefois aller aussi loin, le Conseil d'Etat, d'abord réticent, va se laisser gagner progressivement à la thèse de l'interprétation extensive des pouvoirs de l'exécutif. En 1902, Romieu fait ainsi prévaloir l'idée que l'administration a le droit d'utiliser l'exécution forcée lorsque la loi n'a pas prévu de sanction[426]. En 1906, il estime que « *le pouvoir exécutif, tant qu'il n'y a pas de texte législatif qui s'y oppose, peut, à toute époque, fixer, modifier pour l'avenir la situation des fonctionnaires* »[427].

La guerre de 1914 accélère le mouvement en faveur de l'exécutif dont les illégalités nombreuses sont entérinées par le juge sous le couvert des circonstances exceptionnelles. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Heyries* du 28 juin 1918, considère que « par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce que, à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche »[428]. Cette référence à l'article 3 est intéressante en ce qu'elle montre que la mission d'exécution des lois est désormais conçue de façon si large qu'elle comprend jusqu'au droit de suspendre les textes législatifs par simple décret quand les circonstances l'exigent. La consécration de la thèse de la revalorisation de l'exécutif aura lieu finalement l'année suivante avec l'arrêt Labonne[429] qui reconnaît au chef de l'Etat un

[425] G. CAHEN, *op. cit*., pp. 256-260.
[426] Conclusions ROMIEU sur T.C. 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, *S*. 1904-3-17. De même J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public », *R.D.P*. 1912, pp. 505-540, p. 534 : « le silence du législateur au sujet de la sanction doit être interprété non point comme l'intention absurde et incompréhensible d'édicter des ordres vains, mais comme une nouvelle affirmation de la croyance traditionnelle que l'exécutif est chargé de prendre les mesures nécessaires à l'application des lois (...) toute obligation légale qui n'est pas sanctionnée par une peine est susceptible d'exécution forcée par la voie administrative ».
[427] Conclusions ROMIEU sur C.E *Babin* 4 mai 1906, *Recueil*, pp. 362-365. p. 364.
[428] C.E. 28 juin 1918 *Heyriès*, *Rec*. p. 651. De même H. NEZARD, *op. cit*., pp. 186-187: « au début de la guerre (...) le Gouvernement a pris de nombreux décrets réglementaires suspendant ou modifiant des lois (...) décrets illégaux soumis ensuite à la ratification du Parlement qui les a transformés en lois (...) Le Conseil d'Etat saisi parfois de recours contre ces règlements a estimé que l'état de guerre élargissait le pouvoir réglementaire du Président et que ce dernier placé entre l'obligation d'assurer les services de la défense nationale ou de ravitaillement civil et l'obligation de pourvoir à l'exécution de lois secondaires pouvait faire prévaloir la première ». Mais Nézard ajoute « La Cour de Cassation, plus juridiquement, a refusé de sanctionner les règlements modifiant les lois ».
[429] C.E. 8 août 1919 *Labonne*, *Rec*. p. 737.

pouvoir général de réglementation en matière de police en dehors de tout texte lui attribuant une telle prérogative : « il appartient au chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire ». Or cette solution était contenue en germe dans les écrits de M. Hauriou dès 1893[430].

Cette évolution jurisprudentielle reste cependant limitée. La Cour de cassation, moins soumise à l'influence des publicistes, se montre attachée aux conceptions traditionnelles ; certains commencent d'ailleurs à critiquer son conservatisme[431]. Il n'en reste pas moins que c'est la thèse la plus favorable à l'exécutif qui l'emporte auprès du juge administratif et que la jurisprudence devient ainsi un argument supplémentaire pour justifier une interprétation très large de l'article 3.

§ 3. LES DÉFINITIONS DU RÈGLEMENT

A — Les théories en présence au début du siècle

La question de la définition du règlement[432] a fait l'objet de nombreuses études à la fin du dix-neuvième et au tout début du vingtième siècle[433], ce qui semblerait indiquer une tentative de remise en cause des principes jusque là admis en la matière. Les auteurs recensent alors trois théories de la définition du règlement[434].

La première est celle de Laferrière [435] et correspond à l'opinion communément admise à la fin du dix-neuvième siècle ; elle considère les règlements

[430] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit*., pp. 63-64.
[431] G. JEZE, « Notes de jurisprudence administrative », *R.D.P*. 1913, pp, 537-543.
[432] Sur toute cette question, voir F. BLANCPAIN, *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral*, thèse Paris II, 1979, titre III, chapitre II, section II.
[433] Notamment, C. BAZILLE, « Le pouvoir réglementaire », *R.G.A*. 1881, pp. 271.283 ; J. DEJEAMME, « Du pouvoir réglementaire », *loc. cit*., pp. 1892 et 1893 ; 1. VALEGEAS, *Du pouvoir réglementaire en droit français*, *op. cit*., 189 ; E. RAIGA, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, *op. cit*., 1900 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*., 1902 ; G. JEZE. « Le règlement administratif », *R.G.A*. 1902, II, pp. 5-22 ; G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, *op. cit*.,1903 ; E. JUILLE, *Le domaine du règlement présidentiel*, *op. cit*., 1905.
[434] Voir notamment G. JEZE, « Le règlement administratif », *loc. cit*., pp. 11-12 ; comparer J. VALEGEAS, *op. cit*., pp. 20 et s.
[435] E. LAFERRIERE, *op. cit.*, 2e éd., t. I, p.482 : «Si les règlements administratifs paraissent avoir quelque analogie avec les lois, à raison du caractère général de leurs dispositions, il n'en résulte nullement que le pouvoir dont ils émanent soit d'essence législative; il se rattache directement à la puissance exécutive, car celle-ci chargée d'assurer l'exécution des lois, ne pourrait le faire sans édicter les prescriptions secondaires que cette exécution comporte (...) La question ne pourrait sérieusement se poser que pour une espèce particulière de régime., les règlements d'administration publique qui sont faits par le Gouvernement en Conseil d'Etat en vertu d'une délégation spéciale du législateur, et qui ne sont pas seulement destinés à assurer l'exécution des lois, mais encore à en compléter ou à en développer les dispositions sur des points déterminés. Mais en dehors de cette délégation spéciale, qui communique aux actes qu'elle prévoit un caractère quasi-législatif, le pouvoir réglementaire n'excède pas les attributions régulières de l'autorité

ordinaires comme des actes administratifs, les règlements d'administration publique comme des actes législatifs[436]. Cette théorie est héritée de la définition de Portalis, distinguant les lois, actes de souveraineté posant les principes, et les règlements, actes de magistrature développant les détails. On peut dire qu'il s'agit là de la définition propre au système de l'Etat légal, la nature du pouvoir réglementaire étant définie par sa subordination à la loi : les règlements ordinaires exécutent la loi ; les règlements d'administration publique complètent et interviennent dans le domaine législatif. Cette première théorie introduit donc une distinction parmi les règlements dont elle a tendance à définir la nature par le régime juridique qui leur est alors applicable, puisque le juge admet le recours pour excès de pouvoir contre les règlements ordinaires et le refuse contre les R.A.P.[437].

La seconde théorie[438] au contraire refuse de distinguer entre les règlements d'administration publique et les règlements ordinaires ; elle les définit tous comme des actes administratifs, c'est-à-dire des actes qui, par nature, ont pour objet de mettre en oeuvre les principes posés par les lois en en développant les détails. Cette conception est donc elle aussi héritée de Portalis, mais la notion d'exécution est comprise cette fois de façon extensive. La différence essentielle avec la théorie

administrative ; les actes qui en procèdent sont, par leur nature même, des actes administratifs, des actes de puissance publique ».

[436] Quoique différente, la définition d'E. Laferrière est dérivée de la doctrine qu'enseignaient encore Aucoc, Batbie et Ducrocq, au début de la Troisième République. Ces auteurs définissent en effet le règlement comme le complément de la loi ; mais cette législation secondaire diffère de la loi en ce qu'elle doit se contenter de pourvoir à l'exécution de cette dernière. Si Ducrocq semble refuser de faire des règlements d'administration publique une catégorie particulière (DUCROCQ, op. cit., 5e éd. t. I, pp. 220 et 225), Aucoc, et Batbie admettent que les R.A.P. (et eux seuls) permettent au chef de l'Etat d'intervenir dans le domaine normalement réservé au législateur (L. AUCOC, op. cit., t. I, pp. 108 et s. ; A. BATBIE, op. cit., 2e éd., t. III, p. 68). Ces définitions reposent sur l'idée d'une identité matérielle entre la loi et le règlement, fondée sur la généralité des prescriptions qu'ils comportent. Mais les auteurs soulignent aussi l'opposition à la fois matérielle et organique que l'on doit faire entre les deux actes : la loi faite par le parlement pose les principes, et le règlement est édicté par le chef de l'Etat pour exécuter la loi. Cette distinction (qui rappelle celle de Portalis) implique de faire des règlements d'administration publique une catégorie légèrement différente, dès lors que la délégation en vertu de laquelle est édicté le R.A.P. permet au chef de l'Etat de poser, lui aussi, les principes. La distinction ainsi amorcée entre les règlements ordinaires et les R.A.P. sera développée par E. Laferrière.

[437] L'évolution de la définition du règlement est largement dominée par le problème des recours admis ou non contre les règlements. A l'époque où Batbie, Aucac, Ducrocq formulent leur théorie, la jurisprudence ne distingue guère entre les règlements, contre lesquels la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est encore incertaine. Tous trois semblent favorables à l'assimilation du régime juridique des règlements en question et à les soumettre sans distinction au recours pour excès de pouvoir. Mais la jurisprudence ayant refusé le recours conne les R.A.P., la différence de régime juridique entre les deux sortes de règlements amène Laferrière à opposer les R.A.P. et les règlements ordinaires au point de vue de leur nature juridique (Voir A. BATBIE, op. cit., 2e .1., t. VII, p. 454 et t. VIII, p. 301 ; L. AUCOC, op. cit., t. I, p. 109 ; Th. DUCROCQ, op. cit.. 5e éd... t. I, pp. 220 et 225 ; E. LAFERRIERE, op. cit., 2e éd., t. Ii, pp. 9-10 et 422).

[438] Cette théorie est soutenue par E. BOUVIER et G. JEZE, « La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances *R.C.L.J.* 1897, pp. 381-393 ; H. BERTHELEMY, *Traité..* ; A. ESMEIN, *op. cit*. p. 474 et s. ; G. JEZE, « Le règlement administratif », *R.G.A*. 1902, pp. 5-22) ; J. VALEGEAS, *op. cit.,* p. 38 ; A. DES CILLEULS, « De la délégation des pouvoirs publics », *R.D.P*. 1910, pp. 458-467.

précédente porte sur la question des règlements d'administration publique que ces auteurs souhaitent soumettre au contrôle du juge et dont ils veulent limiter les domaines d'intervention[439].

La troisième théorie[440] enfin, estime que tous les règlements sans distinction sont des actes législatifs, mais que leur régime juridique est gouverné par la qualité de l'organe qui les édicte. Comme la précédente, cette thèse permet de soumettre les règlements d'administration publique au recours pour excès de pouvoir, mais elle souligne en même temps l'importance du pouvoir réglementaire et prétend abandonner la distinction du principe et du détail posée par Portalis. Ses partisans pensent en effet que le chef de l'Etat détient (par la constitution ou par la nature des choses) une compétence générale en matière législative. Le pouvoir réglementaire dans son ensemble est donc de nature législative, et la différence qui sépare la loi et le règlement vient de ce que la constitution interdit à l'exécutif de contredire le législateur. Ainsi, le pouvoir exécutif a-t-il « *une mission plus étendue et plus intéressante que l'exécution des lois ; il est chargé de gouverner (...) Le rôle de la loi consiste uniquement à poser des bornes et des conditions à son activité ; elle ne lui prescrit rien ; il n'a pas à l'exécuter, il n'a qu'à la respecter* »[441]. Il en résulte que le gouvernement peut valablement édicter des règlements spontanés soit pour compléter la loi, soit même pour légiférer dans des domaines où le législateur n'est pas encore intervenu[442]. De l'exécution au simple respect de la loi il y a donc un glissement révélateur de l'extension de la mission exécutive.

Or cette troisième théorie est soutenue par des auteurs de plus en plus nombreux. Lancée, semble-t-il, par Duguit[443], elle est reprise sous une forme différente par Moreau[444], Cahen[445], Barthélemy. Mais son influence est également sensible sur les partisans de la seconde théorie : Jèze finira par abandonner la thèse de la nature administrative de tous les règlements pour rejoindre celle de Duguit qu'il

---

[439] Voir *infra*, deuxième partie, titre I.

[440] Cette troisième théorie est soutenue par L. DUGUIT, *Manuel* ..., pp. 191 et s. ; C. BAZILLE, « Le pouvoir réglementaire », *loc. cit.* ; G. CAHEN, *op. cit.* ; F. MOREAU, *Le règlement administratif..., op. cit.* ; J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, *op. cit.*. ; E. RAIGA, *op. cit.*, p. 54.

[441] . F. MOREAU, *op. cit.*, p. 172.

[442] G. CAHEN, *op. cit.*, pp. 310-312 ; F. MOREAU, *op. cit.*, pp. 158 et s. ; J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public, *loc. cit.*, p.534 ; L DUGUIT, *Manuel...*, p. 1031 ; H. NEZARD, *op. cit.*, p. 185 ; E. RAIGA, *op. cit.*, pp. 64 et s. I1 faut noter que G. Cahen va plus loin en admettant la validité des règlements *contra legem* dans des hypothèses exceptionnelles (G. CAHEN, *op. cit.*, p. 329), ce en quoi il se rapproche d'ailleurs de J. Barthélemy, *op. cit.*.

[443] L. DUGU1T, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, pp. 508-509.

[444] Cependant la définition donnée par F. Moreau repose sur l'utilisation (négative) du critère organique : le règlement est « une règle obligatoire imposée par une autre autorité que le parlement » ; cf. E. RAIGA, *op. cit.*, p. 23.

[445] G. Cahen distingue cependant entre les règlements deux catégories : les règlements de droit et les règlements administratifs (voir *infra*).

avait pourtant combattue en 1902[446] ; Esmein et Valegeas hésitent, nous l'avons dit, entre la thèse administrative qui renvoie à la distinction contestée du principe et du détail, et la thèse législative qui postule une définition extensive du règlement.

La remise en cause de la distinction mise en place par Portalis aboutit d'ailleurs au renouvellement de la thèse de la nature administrative des règlements avec Hauriou et Mestre qui refusent d'identifier le règlement à la loi sur le plan matériel à partir d'une distinction de l'organisation et de la liberté destinée à remplacer celle du détail et du principe[447]. Mais cette conception n'exclut pas une définition extensive du pouvoir réglementaire dans la mesure où « l'organisation de ce qui est public », même limitée par les libertés privées, tend à se développer rapidement.

B — L'évolution des définitions

À la fin de notre période, il n'y a plus guère que deux théories en présence celle de la nature administrative et celle de la nature législative de tous les règlements. La première théorie a en effet disparu en 1907 lorsque le Conseil d'Etat a décidé de soumettre les règlements d'administration publique au recours pour excès de pouvoir[448], ce qui montre à quel point la question du régime juridique peut déterminer l'évolution des théories sur la nature des actes. Or si la définition du règlement comme acte administratif met sur le même plan le règlement et l'acte individuel, la théorie de Duguit au contraire insiste sur la différence radicale qui oppose ces deux actes, aussi ne permet-elle pas d'expliquer la coïncidence du régime et de la nature juridique dans un cas (l'acte individuel) et leur disparité dans l'autre (le règlement).

Cette difficulté permet d'ailleurs de comprendre pourquoi les partisans de la thèse législative sont ceux dont l'oeuvre présente le plus de contradictions, celles-ci pouvant résulter aussi du désir d'étendre à la fois le domaine réglementaire et le contrôle du juge sur tous les actes de l'État, tout en rendant compte du droit positif[449].

Ainsi, dans *Le gouvernement législateur*, Cahen commence par réfuter les doctrines proposant un critère de distinction entre la loi et le règlement pour exposer ensuite sa propre thèse qu'il appelle « *doctrine objective* » et qui consiste à distinguer les actes d'après leur objet : la loi crée des principes de droit, c'est-à-dire qu'elle délimite les sphères juridiques de l'État et des particuliers, alors que l'acte

[446] Comparer G. JEZE, « Le règlement administratif », *R.G.A*. 1902, pp. 5-22, et *Les principes généraux du droit administratif*, 2e éd. 1914, pp. 22 et s.
[447] M. HAURIOU, Note sous C.E. 9 mars 1900 *Héritiers Boucher d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la ville de Paris* , *S*. 1901-54-, *loc. cit*.: A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau, *Le règlement administratif...* », *loc. cit*.
[448] C.E. 6 décembre 1907 *Chemins de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*, *S*. 1908-3-1.
[449] En positiviste, R. CARRE DE MALBERG adoptera la thèse de la nature administrative du règlement (*op. cit*., tome 1, pp. 571 et s.)

administratif ne fait que mettre en oeuvre ces principes et pourvoir aux besoins de l'État[450].

Mais l'auteur souligne plus loin que certaines lois ne font qu'appliquer un principe à un cas déterminé donc que certains acte du parlement ne répondent pas à sa définition de la loi ; au contraire certains actes de l'exécutif constituent des lois matérielles. Cahen distingue en effet les règlements de droit c'est-à-dire les actes généraux et impersonnels contenant un nouveau principe de droit, des simples prescriptions administratives ou règlements administratifs qui se bornent à mettre en oeuvre le droit existant. Mais il doit reconnaître que le critère qu'il a choisi pour distinguer la loi et l'acte administratif « *ne s'impose pas toujours avec la clarté de l'évidence absolue* »[451].

C'est une des raisons pour lesquelles s'opère au cours de la thèse un glissement de ce critère vers celui de la généralité de l'acte, alors que la généralité était présentée au départ comme un caractère non essentiel de la loi. En fait, les deux critères (principe de droit et généralité) vont être utilisés alternativement selon l'opportunité de la démonstration : le principe de droit permet d'identifier la loi à certains règlements ; la généralité sert à étendre indéfiniment la catégorie des règlements de droit. Finalement, la ligne de partage essentielle passe entre la loi au sens matériel et l'acte administratif, et non entre l'acte du parlement et celui de l'exécutif.

On retrouve certaines de ces contradictions chez Moreau. Celui-ci voit dans le règlement « *une règle obligatoire imposée par une autre autorité que la parlement*»[452]. Cette définition qui utilise le critère organique de façon négative aboutit à souligner l'identité matérielle de la loi et du règlement. Ces deux actes contiennent en effet des règles obligatoires, générales et impersonnelles : « *le règlement et la loi ont la même nature intrinsèque ; ils diffèrent par l'autorité qui les fait et la différence est hiérarchique* »[453].

Moreau est ainsi conduit à rejeter la doctrine traditionnelle de Portalis qui voit dans la loi la définition de principes et dans le règlement la mise en œuvre des détails, car cette théorie oppose radicalement les deux actes par leur contenu même. Mais il y revient progressivement, d'abord en remplaçant la notion de principe par celle de gravité, puis en estimant que « *le parlement tend à être surtout un corps politique, l'organe des idées politiques, dont l'influence doit s'exercer dans toute la législation, mais de façon générale, plutôt que par des dispositions détaillées* » [454]. Le raisonnement de Moreau représente assez bien les difficultés que rencontre la doctrine prise entre la tradition de l'Etat légal qui oppose radicalement la loi et le

[450] Cette théorie est inspirée des auteurs allemands qui distinguent les *Rechtsverordnungen* et les *Verwaltungsvervordnungen* ; sur cette question voir R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, pp. 556 et s.
[451] G. CAHEN, *op. cit*., p. 138.
[452] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p.1; comparer E. JUILLE *op. cit*.
[453] F. MOREAU, *op. cit*., p. 52.
[454] F. MOREAU, *op. cit*., p. 143.

règlement et une pratique constitutionnelle qui se situe très au-delà de la lettre de l'article 3.

Les auteurs favorables à l'extension du pouvoir réglementaire en même temps qu'à celle du contrôle juridictionnel sur tous les actes de l'administration insistent sur les rapprochements entre la loi et le règlement mais doivent dissocier nature et régime juridique. Or ils ne parviennent pas toujours à se dégager des doctrines traditionnelles ni surtout des principes qui fondent la Troisième République (régime parlementaire et supériorité de la loi). Quant aux partisans de la nature administrative du règlement qui souligne la subordination de principe du règlement à la loi, ils sont confrontés à une autre difficulté : celle d'établir l'existence d'un domaine qui serait par nature législatif et comme tel réservé au législateur, tout en niant l'existence des règlements d'administration publique comme catégorie particulière de règlements. Ces questions sont celles que met en jeu le problème des relations entre l'exécutif et le parlement.

Section 3 LES RELATIONS EXÉCUTIF-PARLEMENT

La revalorisation de l'exécutif entraîne nécessairement la redéfinition de ses rapports avec le pouvoir législatif. Plus précisément, l'adoption du point de vue matériel pour définir le règlement va avoir de nombreuses conséquences sur la théorie juridique de ces relations. L'une des premières questions que les publicistes vont devoir se poser est de savoir s'il existe vraiment un domaine par nature législatif (§ 1). Dès lors que l'on affirme l'identité matérielle de la loi et du règlement, on peut se demander en effet si le législateur doit avoir un domaine réservé, et surtout quel pourrait en être le contenu précis. La définition matérielle du règlement amène également à reconsidérer le cas des règlements d'administration publique et à remettre en cause la théorie de la délégation législative, théorie qui devient inutile si l'on admet que tout règlement est une sorte de loi, et inconstitutionnelle dès lors que l'on conteste au parlement le droit de déléguer ses pouvoirs (§ 2).

C'est donc un nouvel équilibre qui cherche à se dessiner dans les relations de l'exécutif et du parlement et qui atteint également le chef de l'État. Considérant en effet que son rôle n'a cessé de décroître depuis 1877, certains auteurs souhaitent qu'il retrouve une place essentielle dans l'ordre juridique et politique (§ 3).

§ 1. - L'EXISTENCE (?) D'UN DOMAINE PAR NATURE LÉGISLATIF

L'idée d'une supériorité du parlement, héritée de la Révolution qui voyait dans la loi générale et impersonnelle une protection contre l'arbitraire, a conduit la doctrine traditionnelle à réserver au législateur la définition des principes et à limiter

l'exécutif à leur simple mise en oeuvre. À cette distinction des principes et des détails d'application, s'est ajoutée l'idée qu'il existerait des matières par nature réservées au législateur du fait des garanties offertes par son élection. On sait que la première conquête des parlements concerne le consentement à l'impôt, suivi par le droit exclusif d'établir des peines. La tradition consacrera cette supériorité en leur réservant tout ce qui peut toucher aux libertés.

Cette conception, encore soutenue par Berthélemy et plus ou moins par J. Valegeas[455], est remise en cause à partir de la fin du dix-neuvième siècle, et ce pour deux raisons :

- La première touche au problème des justifications politiques de la suprématie du parlement. Avec le passage de la monarchie à la République, on s'aperçoit qu'il n'a plus seul vocation à défendre les libertés. Les ministres émanent de la majorité parlementaire. Le président est élu, l'exécutif devient donc représentatif et apte à défendre les libertés du citoyen. C'est du moins l'argumentation de Moreau[456] qui soutient que la distinction de la loi et du règlement « *ne dérive pas de la nature des choses* »[457].

- La seconde résulte de la définition matérielle du règlement. Si l'on met l'accent sur le caractère général et impersonnel de la règle, on ne voit plus de différence entre l'acte fait par le parlement et celui édicté par l'exécutif, tous les deux présentent la même garantie de généralité contre l'arbitraire. I,a seule distinction possible réside dans l'auteur de l'acte et nous venons de voir que la supériorité du parlement paraissait de moins en moins justifiée.

En outre, la distinction héritée de Portalis entre la détermination des principes réservés à la loi, et la mise en oeuvre des détails incombant au règlement, est depuis longtemps contestée pour ses difficultés d'application pratique, justifiant d'ailleurs selon Chauveau le système des délégations législatives[458]. Les administrativistes de la troisième République reconnaissent de plus en plus qu'il est

[455] J. VALEGEAS, *op. cit.,* p. 50 ; ESME1N, *op. cit*., p. 471 ; comparer M. BLOCK, *op. cit*., p. 2287 et p. 2288.

[456] F MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 215.

[457] F. MOREAU, *op. cit.*, p. 52 ; mais aussi G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, p. 23 : « quelles que soient la qualité de l'auteur de l'acte, les formes suivies, le nom donné à l'acte juridique, nous trouvons comme effet juridique voulu la création d'une situation juridique générale, impersonnelle, objective. Cela est nécessaire pour qu'il y ait acte législatif au sens matériel, mais cela est suffisant. L'identité de nature juridique entre la loi et le règlement a pour conséquence l'identité de régime juridique : *en principe, le régime juridique est le même pour la loi et pour le règlement*. Exceptionnellement, la qualité de l'auteur de l'acte peut exercer une influence sur le régime juridique mais c'est exceptionnel. Ainsi, en France, il est de règle que les manifestations de volonté des Chambres échappent absolument au contrôle des tribunaux. C'est une règle qui s'explique par des considérations de politique et d'histoire, plus ou moins particulières à la France ».

[458] A. CHAUVEAU, *op. cit*., t. I, p. 5 : « Entre les attributions du législateur qui ne doit jamais descendre aux détails, et celles du pouvoir exécutif qui ne doit jamais pénétrer dans le domaine de la loi, je sais que la nuance est délicate », et p. 8 : « Pour éviter de graves difficultés, les lois chargent en général le pouvoir exécutif pur de faire des règlements d'administration publique qui en complètent le système, ou qui doivent pourvoir à l'exécution »: G. DUFOUR, *op. cit*., t. I, p. 49 : «Le domaine du pouvoir réglementaire est si variable que la détermination en est réellement impossible ».

difficile de déterminer les frontières de la loi et du règlement sur une telle base [459]. Si répartition il y a, elle ne peut dépendre que de facteurs conjoncturels selon Moreau, tels que l'importance plus ou moins grande d'une question à un moment donné[460]. Cette conception ne fait cependant pas l'unanimité ; certains, nous l'avons vu, tentent de renouveler la doctrine traditionnelle en opérant la distinction de la loi et du règlement à partir du but que doivent poursuivre ces actes. Mestre redéfinit ainsi la répartition des matières entre loi et règlement en assignant pour objet à la première la liberté et la justice, au second l'organisation de l'ordre public[461].

Hormis quelques exceptions, la plupart des administrativistes semblent avoir une grande difficulté à prendre une position claire sur la question de la délimitation entre la loi et le règlement. Le problème vient sans doute de ce qu'ils sont partagés entre la tradition et le droit positif qui reconnaissent au législateur le droit exclusif de créer des impôts, des peines ou des juridictions nouvelles[462], et l'évolution de ce même droit dans le sens d'un élargissement de la compétence réglementaire.

En outre, le droit positif ne permet pas vraiment de connaître de façon précise le contenu du partage entre les deux pouvoirs : comme le souligne Moreau, «*il n'existe aucune tradition certaine et surtout obligatoire qui attribue au parlement, à la loi, la possession exclusive de tels ou tels objets* »[463], mais le même auteur doit pourtant admettre un peu plus loin que la répartition des compétences juridictionnelles doit relever uniquement du parlement pour mieux garantir les justiciables[464]. On retrouve la même ambiguïté chez Jèze qui remarque en 1908 que

[459] A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel...,* p. 379 ; A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 53 : « on ne peut donc tracer d'une manière précise la ligne de démarcation entre l'empire de la loi et celui du décret » ; E. RAIGA, op. cit., p. 71 : « il n'y a pas de criterium qui permette, *a priori*, de dire : cette matière par sa nature, appartient à la loi, cette autre au règlement » ; A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau ... », *loc. cit*., p. 626 : « l'insuffisance doctrinale d'une pareille théorie (de la distinction principe/détail) ne fait pas de doute non plus pour nous » ; L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 1011: « quand on a voulu déterminer un critérium général de la distinction des matières législatives et des matières réglementaires, on a été dans l'impossibilité absolue de le faire » ; rapprocher L. AUCOC, *Conférences...*, tome I, pp. 65-66 : « il y a intérêt à déterminer quel est le domaine propre du législateur, quelles sont les matières sur lesquelles il peut seul statuer. La question serait très délicate à traiter en théorie pure, et la pratique a fréquemment varié en France depuis 1789 ».

[460] F. MOREAU, *op. cit*., p. 53 ; E. RAIGA, *op. cit*., p. 71 : « d'une façon générale, on peut dire que les règles permanentes sont du domaine de la loi, les règles transitoires du règlement (...) les limites de la loi et du règlement résultent surtout de considérations politiques et partant contingentes. Elles sont variables et ont varié avec les différents régimes » ; HEBRARD DE VILLENEUVE, «Règlements d'administration publique», *Répertoire du droit administratif Bequet*, Paris Dupont, tome XXIII, 1906, pp. 52-63, p. 55 : « la compétence législative ne comporte qu'un critérium purement empirique, à savoir qu'il s'agit d'objets sur lesquels il a été, en fait, statué par des lois et non par des décrets ». En sens contraire, voir *Répertoire de législation, de doctrine el de jurisprudence*, Dalloz, tome 39, Paris, 1858, p. 3, et *Supplément*, tome 15, Paris, 1895, p. 288.

[461] A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau... », *loc. cit.,* p. 637 et p. 643.

[462] H. NEZARD, *op. cit*., p. 84 « on a pu soutenir que toute mesure pouvait être prise par voie réglementaire; cependant la loi peut elle-même limiter le domaine du règlement, soit expressément, soit implicitement. Ainsi la loi seule peut établir des peines (article 4 du code pénal), des impôts (article final de la loi annuelle de finances) ou, d'après la jurisprudence, des restrictions graves aux droits individuels ».

[463] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p 220.

[464] *Ibidem*, p. 345

«nulle part la loi constitutionnelle n'énumère les matières législatives et les matières réglementaires», mais qui note cinq ans plus tard l'existence d'un principe du droit public selon lequel « seul, le législateur peut modifier le régime de la propriété privée, de la liberté individuelle, de la liberté du commerce et de l'industrie »[465].

L'absence de catalogue précis des matières réservées au législateur crée une incertitude dont Moreau se réjouit et qui profitera au gouvernement à partir de 1914. Le régime n'est-il pas caractérisé pendant la guerre par « *l'exercice du pouvoir législatif par le gouvernement : suspension, abrogation, modification des règles légales par des décrets* », et « *s'il a pu le faire régulièrement, c'est en vertu de la règle de droit non écrit qui le charge d'assurer l'ordre public et la défense nationale*»[466].

Au-delà des contradictions et des ambiguïtés, il semble cependant qu'une tendance s'affirme pour critiquer l'idée d'un domaine par nature législatif, au moins pour poser la question, comme le fait Cahen, de sa raison d'être : « *en vertu de quel texte, quel principe, tel objet devrait-il nécessairement être réglementé sous forme de loi ?* »[467]. Entre Portalis et Cahen, il y a toute la différence qui sépare la doctrine classique de l'Etat légal et celle de l'Etat de droit. La théorie de Portalis opposait en effet la loi et le règlement à partir de leurs domaines d'intervention respectifs, réservant à la loi seule les actes de souveraineté ; elle les identifiait au contraire, du point de vue de la généralité de leurs dispositions et justifiait ainsi l'absence initiale de recours contre les règlements. Cahen inverse ce raisonnement en ce qu'il dénie toute différence entre la loi et le règlement de droit, cette identification au point de vue de la nature juridique des deux actes impliquant selon lui de leur imposer le même régime juridique et donc de soumettre la loi au contrôle juridictionnel. Une telle évolution ne nous étonnera pas dans la mesure où la revalorisation de l'exécutif passe en grande partie par la remise en cause de l'idéologie parlementaire. Il s'agit désormais d'affirmer que la délimitation des compétences, si elle existe, est d'origine politique et non strictement juridique. Nous retrouvons les mêmes problèmes dans le débat, très important à l'époque, sur les règlements d'administration publique.

§ 2. - LES RÈGLEMENTS D'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Le parlement de la IIIème République a très souvent exigé de l'exécutif qu'il édicte des règlements après avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans certaines matières déterminées. La question que se pose la doctrine concerne la nature juridique de tels règlements, et la réponse est évidemment liée de près au

[465] G.JEZE, note sous C.E. *Compagnie du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Oues*t, 6 décembre 1907, *R.D.P*. 1908, pp. 38.56, pp. 50-51 ; « Du retrait des actes juridiques », *R.D.P*. 1913, pp. 225-293, p. 251, note 1. De même, J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *loc. cit*., p. 352.
[466] J. BARTHELEMY, *ibidem*, pp. 557 et 157.
[467] G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, p. 247.

problème de la nature du règlement en général et de la délimitation des compétences entre le parlement et le gouvernement. On ne peut cependant en conclure qu'il existerait une logique et une cohérence parfaites dans les positions des auteurs à ces différents égards. D'autres éléments interfèrent en effet dans la solution qu'ils adoptent :la question des contrôles juridictionnels sur les règlements d'administration publique détermine dans bien des cas la thèse soutenue par les administrativistes qui élaborent ainsi une théorie de la nature juridique des règlements à partir du régime juridique qu'ils souhaitent leur voir appliquer.

Voyons d'abord quelles sont les forces en présence. En schématisant un peu, nous pouvons regrouper les auteurs en deux camps adverses[468] :

- Les moins nombreux sont partisans de la thèse de la délégation législative, en d'autres termes ils considèrent que « *le chef de l'Etat reçoit parfois une délégation législative plus étendue que le pouvoir réglementaire. Une telle délégation est indispensable pour que le chef de l'Etat puisse imposer des sacrifices à la propriété, et établir le tarif d'un impôt ou édicter des pénalités* »[469]. Cette thèse se présente comme la plus ancienne, puisqu'elle a été soutenue par Laferrière, Batbie, Aucoc[470] . Mais la nouvelle génération d'administrativistes, dans la mesure où elle est moins encline à admettre que le parlement a le droit de tout faire, tend à abandonner cette conception[471].

Il est encore certains auteurs cependant pour la défendre tout en essayant de la renouveler[472]. C'est le cas notamment de Moreau et de Cahen. Mais tous deux doivent la concilier avec l'idée que loi et règlement sont de même nature et avec une définition extensive des pouvoirs de l'exécutif. Tout cela ne va pas sans contradiction car la théorie de la délégation a été élaborée par des auteurs favorables dans leur

---

[468] A. Gautier semble cependant échapper à cette classification dans la mesure où il ne fait pas de distinction matérielle entre les règlements ordinaires et Ici règlements d'administration punique « il est un certain nombre de décrets qui ne peuvent être pris qu'après l'avis préalable du Conseil d'Etat, et on les qualifie de règlements d'administration publique, parce qu'ils ont le plus souvent pour objet d'édicter un ensemble de règles applicables à quelqu'une des branches de l'administration » (*op. cit*., p. 52). Rapprocher L AUCOC, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, Paris, Imp. nationale, 1876, pp. 181 et s.

[469] A. DE SAINT-GIRONS, *Essai*..., p. 283, et *Manuel*..., p. 379.

[470] E. LAFERRIERE, *op. cit*., 2e éd. t. II, pp. 10 et 422 ; A. BATBIE, *op. cit.*, t. III, p. 68 ; L. AUCOC, *op. cit*., L I, p. 109.

[471] Cependant, il est encore certains auteurs qui maintiennent la thèse de la délégation législative sans la modifier. C'est le cas de C. BAZILLE, « Du pouvoir réglementaire », *R.G.A*. 1881, pp. 271-283, p. 283 : « une délégation spéciale du législateur peut élargir le cercle des matières sur lesquelles intervient le règlement » ; J. DEJEAMME , « Du pouvoir réglementaire », *loc. cit*., p. 259 ; M. BLOCK, *op. cit*., p. 2288 ; HEBRARD DE VILLENEUVE, « Règlements d'administration publique », *Répertoire du droit administratif Bequet*, tome 23, pp. 52 et s. ; M. HAUR1OU, *Précis de droit administratif*, p. 277 (mais il abandonnera la thèse de la délégation après 1907) ; A. DES CILLEULS, « De la délégation des pouvoirs publics », *R.D.P*. 1910, *loc. cit*.

[472] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*.; G. CAHEN, *op. cit*.: rapprocher E. RAIGA, *op. cit*., p. 180 « le mot délégation est un mot commode, mais qui, en droit public, ne doit pas être pris au pied de la lettre (...) Telle matière aujourd'hui réglementaire peut devenir demain législative et inversement. Il y a, si l'on veut, délégation perpétuelle, tacite ou expresse, du législateur au Chef de l'État. Nous sommes en présence d'une seule fonction exercée, suivant les nécessités du moment, par deux organes différents, mais dont l'un est maître de l'exercer tout entière, ou plus ou moins, à son gré ».

ensemble au parlement et persuadés pour la plupart que le règlement ordinaire devait se cantonner dans un rôle de pure exécution de la loi. Dans leur optique, il était donc nécessaire de faire appel à la notion de délégation législative pour concevoir qu'un règlement puisse jouer le même rôle qu'une loi. La théorie devrait logiquement perdre une grande partie de son intérêt dès lors que l'on soutient que la mission de l'exécutif comprend naturellement une part de législation et qu'il n'existe pas de domaine véritablement réservé au législateur. Moreau va cependant l'utiliser de façon assez inattendue en inversant totalement sa signification première. Le R.A.P. devient ainsi une manifestation de la méfiance du parlement vis-à-vis de l'exécutif, puisque en utilisant ce procédé, le corps législatif peut empêcher l'intervention du règlement ordinaire là où cette intervention serait possible[473].

Quant à Cahen, il préfère l'expression de «*substitution d'organes*» à celle de délégation législative car il n'y a pas de pouvoirs dans l'Etat, mais seulement des organes. Le parlement et le gouvernement sont tous deux des organes autonomes au même titre et qui peuvent se substituer l'un à l'autre : « *ils se remplacent souvent l'un l'autre ; les Chambres croient nécessaire d'intervenir personnellement dans certaines affaires administratives, les plus graves de l'Etat. Ayant le dernier mot dans un régime parlementaire, elles peuvent à leur gré user d'un droit d'évocation. Cette substitution est toute spontanée. De son côté le gouvernement ayant des tâches obligatoires à remplir, assure la sécurité publique, utilise les procédés les meilleurs, les plus rapides, pour accomplir toute sa fonction ; il édicte donc des règles, quand le Parlement a omis sciemment ou involontairement de les prononcer. Là encore, la substitution de l'organe exécutif à l'organe législatif se fait spontanément par la nature des choses, à raison du but communément poursuivi* » [474]. Cette substitution ne fait pas changer de nature l'acte en cause mais elle « *restitue au gouvernement, dans son intégrité première, le champ d'action sur lequel le législateur s'exerçait concurremment avec lui* »[475]. Il en résulte que la délégation de fonctions s'est pas vraiment nécessaire dans la plupart des cas, elle ne le devient que dans certaines circonstances particulières du fait de l'inégalité hiérarchique qui existe en régime parlementaire entre exécutif et parlement. Il faut donc considérer deux hypothèses : dans la première, le parlement contraint l'exécutif à agir par le biais du R.A.P. ; dans la seconde, le législateur permet au gouvernement d'intervenir dans des domaines qu'il s'était jusqu'alors réservés ; dans ce cas, la délégation n'est pas

[473] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 143 : « Le parlement a une tendance naturelle à entreprendre sur le pouvoir exécutif, à restreindre le libre usage de ses prérogatives... Le pouvoir réglementaire donne au chef de l'Etat les moyens de suppléer la loi quand elle tarde, et de la rendre inutile ; quand elle existe, de la déborder et de la noyer. Pour en restreindre l'exercice, la loi s'empare du plus grand nombre possible de sujets législatifs, et exige pour les règlements qui la complèteront l'avis du Conseil d'État; et le deuxième procédé, qui met une condition à l'usage du pouvoir réglementaire est encore plus efficace que le premier, surtout si la loi, au lieu d'assigner au R.A.P. des buts définis, le charge en bloc de toutes les mesures utiles à son exécution. Alors le règlement ordinaire devient impossible » ; cf L. AUCOC, Conférences, Tome I, pp. 108-109.

[474] G. CAHEN, *Le gouvernement législateur*, p. 303.

[475] G. CAHEN, op. cit., p. 297.

inconstitutionnelle car l'interdiction habituellement faite à l'autorité parlementaire résulte de textes législatifs, non de la constitution.

Quel que soit le raisonnement suivi, ces nouveaux partisans de la délégation législative sont ainsi conduits à légitimer la pratique de la Troisième République, tout en renforçant la thèse de prérogatives gouvernementales étendues.

- Quant aux adversaires de la délégation, de plus en plus nombreux, ils se recrutent aussi bien chez les libéraux classiques (c'est le cas de Berthélemy ou d'Esmein) que parmi les solidaristes. Tous sont d'accord pour estimer que le parlement n'a pas le droit de déléguer son pouvoir législatif car « *on ne peut déléguer qu'un droit qu'on a ; or le parlement n'a pas en réalité la puissance législative qui appartient à la nation ou plus exactement à l'Etat* »[476]. Ces deux courants ont en commun la volonté de limiter le pouvoir soit de façon générale lorsqu'il s'agit des libéraux, soit le pouvoir du parlement pour les autres. Nous avons déjà constaté qu'il n'était plus question d'admettre que le parlement avait le droit de tout faire, il est donc logique de voir opposer à la délégation l'argument de l'inconstitutionnalité.

Il faut cependant distinguer deux sortes de R.A.P., comme le faisait Cahen : ceux par lesquels l'exécutif doit compléter la loi sur l'injonction du législateur ; ceux qui lui permettent de légiférer véritablement à la place du parlement. La notion de délégation n'intervient valablement que dans ce deuxième cas. La légalité de la première catégorie de R.A.P. est acceptable par tous et les auteurs estiment que l'injonction législative permet aux chambres de contraindre l'exécutif à user de son pouvoir réglementaire[477].

Le problème ne se pose donc vraiment que pour les R.A.P. qui édictent des peines, créent des impôts ou de nouvelles juridictions. Or, c'est ici que s'arrête l'accord entre les adversaires de la délégation. Berthélemy nie qu'il y ait jamais eu d'exemple de ce type en droit positif : « *jamais les lois n'ont donné au chef du pouvoir exécutif le droit de prendre par des R.A.P. des mesures qui rentrent*

[476] L. DUGU1T, *Manuel*..., p.1025; *Traité*..., tome II, p. 456 ; *contra* L. DUGU1T, *L'Etat. les gouvernants et les agents*, Paris, 1903, p. 330 et s.; G. JEZE, « Le règlement administratif », *R.G.A*. 1902, pp. 5-22; G. JEZE, « Notes de jurisprudence », *R.D.P.* 1908, pp. 38-56, p. 49: « comme tous les individus au service public, les députés et sénateurs ne peuvent pas charger d'autres individus d'exercer, à leur place, leur compétence » ; H. NEZARD, *op. cit*., p. 84 : « ce serait modifier la détermination des compétences établie, pour des motifs d'ordre public, par la Constitution, et par suite violer cette dernière ; H. BERTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *R.P.P*. 1898, *loc. cit*., p. 323: « Le pouvoir législatif ne peut pas être délégué, même partiellement ; A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 477: « la délégation du pouvoir législatif, comme de toute autre prérogative que la Constitution attribue aux Chambres, est juridiquement impossible (...) C'est que 1e pouvoir n'est point pour elles un droit propre ; c'est une fonction que la Constitution leur confie, non pour en disposer à leur gré, mais pour l'exercer elles-mêmes d'après les règles constitutionnelles. Seul le souverain peut faire une semblable délégation, et le pouvoir législatif n'est pas le souverain, mais simplement le délégué du souverain » J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 31.

[477] G. JEZE, « Note de jurisprudence », *R.D.P.* 1908, pp. 48-49 ; L. DUGU1T, *Traité*..., p. 456 ; H. BERTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *loc. cit*., p. 324 « il n'y faut pas voir une délégation élargissant les pouvoirs ordinaires du Président de la République. C'est au contraire une restriction qu'on apporte à ses pouvoirs inscrits dans la Constitution, puisqu'en l'invitant à en user, on lui prescrit de ne le faire qu'après avoir pris l'avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat ».

exclusivement dans la compétence du législateur »[478]. Hauriou mais aussi Jèze et Duguit cherchent au contraire à rendre compte du droit positif en le conciliant avec la théorie de l'inconstitutionnalité des délégations. Ils n'y parviennent qu'au prix d'un sophisme, en remplaçant l'expression « délégation » par celle de « *détermination de compétence* »[479]. Duguit doit cependant reconnaître que le changement de nom ne fait pas disparaître l'objection de l'inconstitutionnalité du procédé et ne trouve aucune solution satisfaisante : « *aussi sommes-nous tenté de croire qu'il se produit actuellement une évolution dans notre droit constitutionnel, tendant à l'établissement de cette règle que le législateur peut toujours, dans une matière quelconque donner au gouvernement compétence pour faire un règlement* »[480] .

L'essentiel consiste pour les adversaires de la délégation à montrer d'une part que la constitution ne permet pas au parlement de tout faire, d'autre part (nous le verrons plus loin) que les R.A.P. restent des règlements contre lesquels les recours juridictionnels doivent être admis. Cette considération joue également dans la définition du rôle du chef de l'Etat.

§ 3. - LE RÔLE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

La définition extensive du règlement et la condamnation de la thèse de la délégation appellent une réévaluation du rôle du chef de l'Etat. Or, malgré les nombreuses attributions que lui réservent les lois constitutionnelles, ce dernier joue un rôle de moins en moins important à partir de la crise du 16 mai[481]. Les publicistes vont déplorer cet effacement et certains proposeront même des réformes en vue de renforcer l'institution présidentielle. Mais leurs remarques ne sont guère suivies d'effet, et en 1913, Jèze constate encore que « *le Président indépendant que les Constituants de 1875 ont voulu créer n'a été, dans la pratique, qu'un agent passif, sans force, sans prestige et sans volonté* »[482]. L'élection de Poincaré la même année, puis la guerre, vont cependant modifier considérablement les données du problème.

---

[478] H. BERTHELEMY, «Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *loc. cit*., p. 332.

[479] L DUGU1T, *Traité* ...,tome II, p. 460 : « si au contraire on dit que le parlement ne délègue point un droit qu'il n'a pas et que par conséquent il ne peut déléguer, mais détermine une compétence, étend la compétence ordinaire du président de la République, celui-ci, en faisant le règlement, reste le président de la République ; et par conséquent le règlement fait en vertu de cette compétence est susceptible des recours » ; G. JEZE, « Note de jurisprudence », *R.D.P*. 1908, pp. 50-51 ; M. HAURIOU,, «Note sous C.E. 6 décembre 1907 *Chemins de fer de l'Est, du Midi*... », *Sirey* 1908-3-1 : « Le mot « attribution de compétence » a l'avantage d'être imprécis. Sans doute, de cette façon, le Conseil d'État n'éclaircissait pas la nature théorique du règlement d'administration publique (...) en fait, nous sommes convaincu (...) que, s'il a continué d'employer la fâcheuse expression « délégation législative », c'est la détournant de son sens précis pour lui prêter le sens vague d'attribution de compétence provenant du législateur ».

[480] L. DUGUIT, *Traité*..., tome II, p. 461. Rapprocher F. MOREAU, *Le règlement administratif*, *op. cit*.

[481] L'affaiblissement de la présidence ne signifie pas cependant que le chef de l'Etat a perdu toute influence. Sur ce point, voir J.M. MAYEUR, *op. cit*., pp. 99 et s.

[482] G. JEZE, « Chronique constitutionnelle la présidence de la République », *R.D.P.* 1913, pp. 113-127, p. 115.

Quelles sont les causes de cette faiblesse présidentielle selon les juristes ? Curieusement, la désuétude du droit de dissolution n'est évoquée qu'en passant et certains l'admettent comme une fatalité[483]. Au contraire, le mode d'élection du président est très souvent présenté comme la cause majeure de son manque d'indépendance à l'égard des chambres. Nombreux sont ceux qui préconisent l'élargissement du collège électoral aux conseillers généraux pour soustraire le président à l'influence des assemblées[484] ; dans le monde politique, la ligue de la Patrie française et l'Action libérale populaire souhaitent elles aussi cette réforme[485]. Mais les publicistes ne veulent pas aller plus loin : par crainte du césarisme, ils rejettent l'idée d'une élection au suffrage universel direct réclamée par Déroulède et les nationalistes[486]. Il est vrai que l'épisode boulangiste a ravivé les souvenirs de coup d'Etat.

Si nos auteurs veulent préserver le régime d'un retour du bonapartisme, ils n'en sont pas moins partisans du renforcement de la présidence[487] pour faire pièce à l'omnipotence parlementaire, car il n'est pas, selon eux, de bon gouvernement sans un exécutif fort, stable et suffisamment indépendant [488] . Ils insistent d'ailleurs sur les nombreux moyens que donne la constitution au chef de l'Etat pour remplir ce rôle[489].

La durée du mandat constitue l'un des éléments positifs qui doit lui permettre d'être un arbitre au-dessus des partis. Et si certains regrettent le système monarchique qui lui aurait donné plus de poids[490], la plupart estiment au contraire que l'élection, malgré les défauts de son organisation, donne au président la possibilité de jouer un rôle réellement actif[491]. Monarchique ou républicain, le chef

[483] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 583 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 99 ; H. NEZARD, *op. cit*., pp. 110 et 189.

[484] Ch. BENOIST, *La réforme parlementaire*, Paris, Plon , 1902 ; Th. FERNEUIL, « La question des pouvoirs présidentiels dans la Constitution de 1875 », *R.P.P.* 1905, t XLIV, pp. 243-254; L. DUGUIT, «Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875 », *loc. cit*., p. 324 ; J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, p. 743 ; H. NEZARD, *Éléments*..., p. 113 ; cf J. DELPECH, « Analyse du livre de G. Lamarzelle, *Les rapports du Chef de l'Etat et du peuple depuis la Révolution* » *R.D.P*. 1909, pp. 780-782.

[485] Sur la ligue de la Patrie française, voir Z. STERNHELL, *op. cit*., pp. 134-145 ; sur l'Action libérale populaire, voir J.M. MAYEUR, *op. cit*., p. 219.

[486] Cependant, A. LE BOURGEOIS,, *op. cit.,* p. 171, estime que « Le chef du pouvoir exécutif doit puiser ses droits, ses pouvoirs, dans la consécration populaire ». Mais il faut noter qu'il formule cette opinion en 1884, donc avant l'apparition du boulangisme.

[487] Voir par exemple, J. BARTHELEMY, « A propos de l'exercice du droit de grâce », *R.D.P*. 1903, pp. 537-568.

[488] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 303 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 58 ; H. NEZARD, *op. cit*., p. 114.

[489] L. AUCOC, *op. cit*., t. I, pp. 105-107 ; A. BATBIE, *op. cit*., t. 3, pp. 57 et s. (notamment note I, p. 59) ; HEBRARD DE VILLENEUVE, *Répertoire Bequet*, loc. cit., t. XXVIII, p. 58 ; Ch. LEFEBVRE, *op. cit*., pp. 66-77 ; J. BARTHELEMY, *op. cit*., pp. 657 et s.

[490] A. DE SAINT-GIRONS, *Manue*l..., *op. cit*.

[491] J. BARTHELEMY, *op. cit*., pp. 657 et 664 ; F.A. HEL1E, *op. cit*., p. 1425 ; Ch. LEFEBVRE, *op. cit*., p. 73.

de l'Etat dispose de toutes façons d'une supériorité naturelle en ce qu'il représente la permanence et donc le point d'ancrage des autres institutions.

Ce raisonnement, présenté par Moreau, repose sur l'idée que la société politique doit être la représentation exacte de l'univers naturel et social : « *la lutte des partis est comprise dans ces fluctuations incessantes qui forment la surface de la vie d'un peuple, comme les vagues insensibles ou puissantes sont la face de la mer. Au-dessous d'elles fugitives, demeure le fond des océans et des sociétés, immuables, relativement permanent, qui traverse les siècles sans changements graves, et qui surtout ne sent pas qu'il change, tant est doux et tranquille le mouvement qui l'emporte. Ce double phénomène ne mérite-t-il pas d'être retrouvé dans la représentation ? N'est-il pas vrai qu'un régime qui assure une part à la permanence et une autre au mouvement donne de la vie sociale une image plus exacte que toute autre combinaison ?* »[492]. Le président est donc plus apte que les députés à discerner l'intérêt général, et il est urgent de restituer à l'institution toute la force nécessaire à sa mission. Moreau n'envisage cependant pas de réforme car il estime, avec beaucoup d'autres, que l'effacement de la présidence résulte avant tout d'un manque de volonté de la part de son titulaire[493]. Si l'attaque contre Grévy est évidente, il n'en reste pas moins que l'explication est un peu courte.

Peu après l'élection de Poincaré, Jèze brosse un tableau plus complet de la situation en montrant que les causes principales de la faiblesse présidentielle subsistent : la défiance des républicains à l'encontre du président, l'irresponsabilité du président, la trop grande dépendance des ministres vis-à-vis des chambres. En revanche, le discrédit du parlement et l'anarchie des groupes politiques peuvent favoriser la volonté du nouveau président de jouer un rôle actif[494]. Il ne pouvait encore savoir que la guerre serait l'élément décisif pour faire triompher son projet.

L'apologie de la présidence va donc de pair avec la critique de l'omnipotence parlementaire[495]. Il n'y a guère que Duguit pour échapper à ce courant favorable au chef de l'Etat. Il estime en effet que son effacement est devenu inéluctable en régime parlementaire car le président ne représente plus aucune force

[492] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 84.; voir *ibidem*, p. 79 à propos de la représentation nationale : « plus vraie (...) si elle donne un organe propre aux principes et aux intérêts généraux et nationaux, un autre organe aux doctrines, momentanément triomphantes, relatives aux questions discutées entre les partis ».

[493] F. MOREAU, *op. cit*., p. 217: « L'effacement excessif auquel se condamne le Chef de raid en France n'est pas l'effet nécessaire du régime parlementaire (...) Que le Président de la République française s'efforce de ressembler aux rois des pays parlementaires Rien ne lui manque pour jouer ce rôle que la volonté ».

[494] G. JEZE, « Chronique constitutionnelle française. La présidence de la République », *loc. cit*., pp. 125-126.

[495] A. LE BOURGEOIS, *op. cit*., pp. 180-181 « Nous signalerons une erreur qui consiste à croire que, pour assurer la liberté, il faut affaiblir le pouvoir exécutif. Cet affaiblissement établit le despotisme d'une Assemblée ; les théories de la Constituante engendrent la Convention. Il faut que le pouvoir exécutif, comme le pouvoir législatif, soit libre et indépendant dans sa sphère. Cette limitation des deux pouvoirs l'un par l'autre est la meilleure garantie de la liberté.

sociale[496]. Cette conception procède peut-être de la volonté d'étendre le contrôle juridictionnel sur les actes du président. Ce qui importe le plus pour cet auteur, c'est de montrer que le président perd « *dans l'évolution de notre droit moderne, de plus en plus son caractère d'organe pour devenir une autorité administrative* »[497]. Nous verrons en effet qu'il est plus intéressant de faire du chef de l'Etat un agent que de voir en lui un gouvernant si l'on veut justifier la recevabilité du R.E.P. contre les règlements d'administration publique. Comme le remarque G. Jèze, Duguit a changé d'opinion sur ce point entre 1901 et 1907, puisqu'il définissait le chef de l'Etat comme un gouvernant dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, avant d'en faire une simple autorité administrative dans le *Manuel* de droit constitutionnel[498]. Rolland et Jèze adoptent également ce point de vue, toujours pour souligner le caractère administratif des actes qu'il édicte et l'exercice possible d'un contrôle du Conseil d'Etat sur ces mêmes actes[499].

La doctrine administrativiste présente ainsi deux projets concurrents et complémentaires à la même époque : le premier consiste à revaloriser la fonction présidentielle pour justifier l'accroissement du nombre des actes faits par l'exécutif, et relativiser le rôle du parlement ; le second définit le chef de l'Etat comme une autorité administrative dans le but de soumettre tous ses actes au contrôle juridictionnel. La conjonction de ces deux thèses contribue à remplacer l'Etat légal par l'Etat de droit.

[496] L. DUGUIT, selon G. JEZE, *ibidem*, p. 115.
[497] L DUGUIT, *Traité*, tome II, p. 464.
[498] G. JEZE, « Notes de jurisprudence administrative », *R.D.P*. 1908, pp. 38-56, p. 48.
[499] G. JEZE, *ibidem*, p. 48 L. ROLLAND, a Le Conseil d'État et les règlements d'administration publique », *R.D.P*. 1911, pp. 380-398, p. 397.

Chapitre 3

DES GARANTIES POLITIQUES AUX CONTRÔLES JURIDIQUES

L'organisation de l'Etat légal repose sur un certain nombre de principes qui sont censés être autant de garanties offertes aux citoyens contre l'arbitraire des gouvernants : le règne de la loi générale et impersonnelle votée par les représentants de la nation, l'existence d'une constitution écrite organisant la séparation des pouvoirs, la proclamation de droits naturels et l'organisation des libertés civiles et politiques devaient, dans l'esprit des constituants révolutionnaires, permettre de sauvegarder la liberté des gouvernés.

Or en critiquant l'omnipotence parlementaire, la doctrine de la Troisième République met finalement en cause cette idéologie de l'Etat légal en dénonçant l'échec de ses prétentions et l'inefficacité des garanties mises en place. Celles-ci sont d'ailleurs, sur le plan juridique, des garanties surtout virtuelles dans la mesure où elles sont incomplètes : il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité des lois puisque c'est précisément la loi (et, à travers elle, le législateur) qui est souveraine, les droits proclamés par la Déclaration de 1789 appartiennent davantage au *jus naturalis* qu'au droit positif. En outre, et surtout, ces garanties fondées sur un certain type d'organisation politique du pouvoir ont finalement servi à légitimer l'omnipotence du législateur, justifiant ainsi un régime de confusion des pouvoirs qu'elles étaient censées empêcher.

En conduisant à l'omnipotence législative, le système de l'Etat légal a donc révélé les limites des garanties qu'il propose (section 1), et la doctrine va devoir chercher un mode de contrôle plus efficace pour freiner les prétentions parlementaires. L'une des solutions logiquement envisageables consiste à limiter le pouvoir des gouvernants par l'extension des droits politiques accordés aux citoyens. L'introduction du mandat impératif ou celle du référendum peuvent en effet éviter une appropriation totale de la souveraineté par le législateur, tout en légitimant le système aux yeux des gouvernés. Quelques rares auteurs envisagent favorablement cette solution ; mais dans la mesure où la doctrine analyse l'omnipotence législative comme le résultat des effets combinés de l'Etat légal et du suffrage universel, elle

répugne à mettre en place un contrôle politique étroit des citoyens sur les gouvernants. Une telle extension des garanties politiques lui apparaît en effet comme un remède plus dangereux que le mal qu'il s'agit de combattre (section 2). Car, s'il faut limiter le pouvoir, il faut aussi maintenir l'ordre ; et, de ce point de vue, les contrôles juridiques offrent d'indéniables avantages en ce qu'ils sont à la fois plus médiatisés et moins contingents.

Section 1 LES LIMITES DES GARANTIES POLITIQUES

Nées avec la Révolution française, ces garanties ont perdu de leur crédibilité au fil des expériences constitutionnelles. Les publicistes ne voient plus dans la constitution un édifice éternel et sacré, ils ont perdu foi dans les vertus de la séparation des pouvoirs et plus encore dans celles de la loi. Ces diverses garanties ont démontré par leur inefficacité qu'elles ne suffisaient pas à limiter le pouvoir (§ 1). Le système de l'Etat légal s'avère en outre inadéquat à contrôler les nouveaux modes d'activité de l'Etat : le contrôle du parlement sur l'exécutif ne fonctionne que dans le domaine politique, l'organisation des libertés publiques des citoyens ne les prémunit pas contre l'extension de l'activité administrative ni contre l'arbitraire des gouvernants (§ 2).

§ 1. - L'INSUFFISANCE DES GARANTIES TRADITIONNELLES

La constitution, le principe de séparation des pouvoirs et la loi comme expression de la volonté générale forment l'essentiel de ces garanties. Les publicistes non seulement en constatent l'échec, mais en contestent aussi le bien fondé.

A — La Constitution

De 1875 à 1914, l'écart ne cesse de se creuser entre le texte constitutionnel et la pratique qui en est faite. Il devient logique dans ces conditions de se demander quel est l'intérêt d'une constitution.

La question a d'autant plus d'importance pour les juristes qu'elle touche à la notion même de règle de droit : une règle dont le système juridique auquel elle appartient n'assortit d'aucune sanction la violation constitue-t-elle une véritable règle juridique ? C'est là un débat classique en droit international et qui ne peut être totalement exclu du droit interne tant que le système n'organise aucun contrôle de constitutionnalité des lois. Contre le parlement qu'ils critiquent, certains publicistes prétendent encore que « *le défaut de sanction n'altère point la règle qui subsiste* »[500].

[500] G. CAHEN, *op. cit.,* p. 128 J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *loc cit*., p.I44.

D'autres, plus réalistes, déplorent cette « *lacune regrettable* » de notre système qui n'empêche pas les lois inconstitutionnelles de s'appliquer malgré tout [501].

Quoique leur conciliation paraisse difficile sur le plan logique, ces deux attitudes ne s'excluent pas forcément l'une l'autre. Il s'agit en effet de rappeler au parlement qu'il ne peut tout faire car il existe un texte théoriquement supérieur à ses volontés ; il s'agit en même temps de critiquer le comportement du législateur et l'inefficacité du système. C'est ainsi que, dans deux articles de la *R.D.P.*, Barthélemy note en 1911 que «*le pouvoir de fait du Parlement n'a de limites que celles qu'il rencontrerait dans les résistances des particuliers* »[502], et en 1915 que « *la règle constitutionnelle est dépourvue de sanction à l'égard d'un Parlement quasi souverain. Mais (que) ce n'est pas aux lecteurs de cette Revue qu'il est nécessaire de rappeler qu'il y a, dans le droit public, de véritables obligations juridiques dont la sanction n'est pas organisée* »[503].

Autant dire que la constitution n'offre de garantie que le nom, elle n'est plus qu'un symbole dont il convient de rappeler de temps à autre l'existence au parlement, tout en sachant parfaitement qu'il n'y a aucun moyen concret pour obliger le législateur à la respecter. Esmein en conclut que, dans ces conditions, « *elle n'a la valeur que d'une restriction ou obligation morale imposée au pouvoir législatif, et (que) l'état de droit est sensiblement le même, qu'elle existe ou qu'elle n'existe pas* » [504]. De la même façon, la distinction des lois ordinaires et des lois constitutionnelles devient purement théorique, comme le souligne Berthélemy [505].

Ce sentiment de l'inefficacité du texte constitutionnel explique que 1es juristes ne proposent guère de réviser la constitution pour remédier à la crise du régime. A quoi bon modifier un texte qui n'est pas appliqué ? [506]. Certains en arrivent même à penser que la France vit sous l'empire de deux constitutions : une constitution textuelle non respectée qui organise le régime parlementaire, une constitution « réelle » essentiellement coutumière et qui ne contient « *presque plus rien des règles traditionnelles du régime parlementaire* »[507]. Bouchet va beaucoup

[501] A. DES CILLEULS, «De la délégation des pouvoirs publics », *R.D.P.* 1910, pp. 458-467, p.465 ; H. BERTHELEMY, cité par des Cilleuls, *ibidem* : «l'absence des moyens de mettre la Constitution à l'abri des entreprises parlementaires »; H. NEZARD, *op. cit*., pp. 16-17 ; A. ESMEIN, *op. cit*., p. 393.
[502] J. BARTHELEMY, «Sur l'interprétation des lois par le Parlement » *R.D.P.* 1911, pp. 129-163, p. 149.
[503] J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *loc. cit*., note 3 p. 144 ; F. MOREAU, « Chroniques constitutionnelles et parlementaires », *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 92-112, p. 93.
[504] A. ESMEIN, *op. cit*., p.368.
[505] H. BERTHELEMY, cité par A. des Cilleuls, « De la délégation des pouvoirs publics », *loc. cit*. p. 465 note 1.
[506] G. JEZE, «Le pouvoir de conclure les traités internationaux et les traités secrets », *R.D.P.* 1912, pp. 313-329, p. 328 : « les règles non écrites d'une Constitution sont aussi importantes que les formules solennelles. En d'autres termes, ce sont les moeurs politiques, les habitudes gouvernementales qu'il faut changer» ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit*. ; P. LAFFITE, « la vraie Constitution de 1875 », *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 86-96, p.94 et p. 96 ; R. BONNARD, « Chronique constitutionnelle », *R.D.P.* 1911, pp. 712-730, p.730 (à propos du règlement des assemblées).
[507] R. BONNARD, « De la responsabilité des fonctionnaires devant le Parlement », *R.D.P.* 1912, pp. 73-94, p. 92 : « nous: trouvons ici une contribution nouvelle à cette « théorie réelle » de la Constitution qui se développe à côté de sa « théorie littéraire ». Ainsi ces deux théories s'éloigneraient toujours davantage l'une

plus loin en considérant que ces déviations doivent être pleinement acceptées : faites par des libéraux pour des politiciens, les lois constitutionnelles n'ont pu résister à la poussée démocratique et, de nominale, la souveraineté du peuple est devenue effective[508]. Dans cette interprétation, la constitution ne se présente donc pas comme une garantie de liberté mais comme un moyen de freiner le mouvement démocratique.

S'il n'est guère d'auteur à l'époque pour partager ce point de vue, les publicistes sont en revanche nombreux à estimer que la garantie constitutionnelle est parfaitement inefficace. Pour n'avoir pas voulu organiser de sanction à sa violation, la loi constitutionnelle s'est ainsi condamnée à n'être plus qu'une référence théorique. Or c'est là, selon Esmein, une conséquence extrême de la séparation des pouvoirs qui refuse aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois[509].

B — La séparation des pouvoirs

Les lois constitutionnelles de 1875 instituaient le régime parlementaire ; la pratique consacre la confusion des pouvoirs au profit de la chambre des députés. Dans ces conditions, on pourrait s'attendre à ce que les publicistes se livrent à une défense du principe de la séparation des pouvoirs comme moyen de lutter contre l'omnipotence législative. Si certains auteurs rappellent effectivement ce principe pour signifier au législateur qu'il n'a pas le droit de tout faire[510], la plupart, au contraire, critiquent une théorie qu'ils interprètent à leur manière et dont ils estiment qu'elle constitue une garantie parfaitement illusoire.

Sans revenir sur la démonstration de M. Troper[511] concernant la signification réelle de ce principe chez les constituants révolutionnaires, nous nous contenterons ici d'analyser l'attitude des publicistes à l'égard de la notion de séparation des pouvoirs dans ses rapports avec l'idée d'une garantie donnée aux citoyens contre les abus de pouvoir.

« *Réduite à ses éléments simples, la théorie de la séparation des pouvoirs consiste à créer dans l'Etat plusieurs organes distincts, n'ayant aucun rapport entre eux, aucune action réciproque, et à confier à chacun des catégories de fonctions*

---

de l'autre. Déjà nous avons dès maintenant une conception du rôle du Président de la République qui n'est plus celle qu'établirent les Constituants de 1875. Il en est de mémo pour le Sénat. Si maintenant le principe de la responsabilité politique des ministres entre lui aussi dans une crise de transformation, si cette transformation se poursuit et aboutit aux résultats qui semblent s'annoncer, la théorie réelle de la Constitution ne contiendra presque plus rien des règles traditionnelles du régime parlementaire. Or c'est ce régime qui constitue l'essentiel de sa théorie littéraire »

[508] H. BOUCHET, *op. cit*., voir notamment pp. 9-10 et pp. 168-177. Rappelons que Bouchet appartient à l'Ecole de Dijon.

[509] A. ESME1N, *op. cit*., p.368

[510] J. BARTHELEMY, «Sur l'interprétation des lois par le Parlement », *loc. cit*., p. 162.

[511] M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973.

déterminées, qu'il accomplit sans le concours des autres »[512]. Indépendance et spécialisation des organes caractérisent par conséquent la séparation des pouvoirs selon cette interprétation[513]. Concrètement, le principe signifie alors l'attribution de toute la fonction législative au parlement et à lui seul, celle de la fonction exécutive au gouvernement.

Si l'on se souvient que publicistes souhaitent à l'époque la revalorisation du pouvoir exécutif, on comprendra aisément qu'ils rejettent la théorie de la séparation interprétée de cette manière. Faire la loi reste en effet la fonction la plus importante, la confier au seul parlement conduit à instaurer cette suprématie législative tant critiquée par les auteurs et interdit de définir la mission exécutive comme intégrant une part de législation. La séparation. ainsi comprise est donc incompatible avec le projet de rétablir des contrepoids au pouvoir des assemblées ; son application conduirait inexorablement à « *la tyrannie d'une assemblée* » (la Convention à laquelle s'apparente la pratique de la Troisième République) ou au «*despotisme d'un empereur* » (le bonapartisme que semble vouloir réactiver le boulangisme)[514].

Sur le plan théorique, elle s'avère également incompatible avec le principe d'unité de la souveraineté : ainsi les partisans de la théorie de l'organe ont-ils soin de souligner qu'il ne peut y avoir de pouvoirs distincts dans l'Etat, seul souverain, qu'il n'y a que des organes dont aucun ne peut être considéré comme organe suprême[515]. Au contraire, la théorie de la séparation des pouvoirs débouche sur la suprématie législative et constitue de ce fait une garantie illusoire[516]. Curieusement, cette interprétation du principe de la séparation n'est pas sans rappeler les critiques adressées à Rousseau et aux révolutionnaires français de la fin du dix-huitième siècle : construction abstraite, contraire à la vie[517], dogmatique, elle débouche sur le

[512] L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale en 1789 », *Revue d'économie politique* 1893, pp. 99-132, et pp. 567-615, p. 99 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 263 ; G. CAHEN, op. cit., p42.

[513] Voir M. TROPER, *op. cit*., pp. 207-208.

[514] L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs... » , *loc. cit*., p. 99 : « les deux tentatives, faites en France pour fonder un gouvernement sur le principe de la séparation, ont conduit notre pays, l'une à la tyrannie d'une assemblée, l'autre au despotisme d'un empereur » ; A. DE Saint GIRONS, *Manuel*..., p. 391 et s. ; A. ESMEIN, *op. cit*., pp. 279-280 ; G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437-502, p. 447 ; R. BONNARD, «Analyse du livre de J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir «exécutif dans les Républiques modernes...*», *R.D.P.* 1907, pp. 596-601, p. 600.

[515] G. CAHEN, *op. cit*., p. 23 : « ou bien le pouvoir désigne, en effet, celui ou ceux qui sont chargés et ont le droit d'accomplir telle ou telle série d'actions, et alors ce sont des organes (...) Ou bien on entend par ce mot la compétence exclusive dans telle ou telle sphère, et alors ce sont du fonctions. Le pouvoir, au sens absolu du mot, n'existe que dans l'Etat », et p. 26 : « les organes sont directs ou indirects, mais il n'y a pas nécessairement un organe qui soit supérieur aux autres (...i il n'y a que des organes autonomes ou dépendants agissant et voulant pour le seul souverain qu'est l'Etat ».

[516] L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs... », *loc cit*., p. 99 : « Pour beaucoup de bons esprits, la séparation des pouvoirs est la condition essentielle de tout gouvernement pondéré; le principe même de tout régime représentatif fondé sur la souveraineté populaire, la garantie nécessaire et commune des intérêts collectifs et des droits individuels ; elle est enfin l'idéal politique que doivent poursuivre sans cesse peuples et législateurs. C'est là, ce me semble, une singulière illusion ».

[517] G. CAHEN, op. cit., p. 42.

despotisme contre lequel elle prétend lutter en organisant finalement la confusion des pouvoirs.

La collaboration des pouvoirs, en revanche, est acceptée par l'ensemble des publicistes, tans par ceux qui critiquent le principe de la séparation[518] que par ceux qui l'acceptent[519], mais en en distinguant deux applications possibles séparation rigide (qui aurait été appliquée par les constituants en 1791, et qu'ils récusent), et séparation souple instituant une collaboration entre les organes et permettant une définition extensive de la mission exécutive.

Cette balance des pouvoirs présente en effet un certain nombre d'avantages. En permettant à l'exécutif de participer à la fonction législative, elle maintient le principe de la suprématie de la loi sans pour autant consacrer l'omnipotence du parlement. En ce sens, elle constitue une garantie théoriquement plus efficace contre les abus de pouvoir ; nos publicistes en font donc l'apologie comme ils font celle du régime parlementaire. Elle permet enfin de justifier plus aisément l'existence d'une justice administrative qui ne soit pas totalement séparée de l'administration active, même si beaucoup ne reconnaissent que deux pouvoirs et non trois, et rattachent la justice à la fonction exécutive[520] ; la balance des pouvoirs pourrait également légitimer à l'avenir un éventuel contre de constitutionnalité des lois.

Mais les publicistes doivent aussi constater l'échec de la collaboration des pouvoirs puisque, précisément, le texte de 1875 qui l'instituait n'a pas été respecté. Invoquer la collaboration des pouvoirs à partir de 1879, c'est donc encore une fois opposer la constitution à la pratique institutionnelle, une façon de rappeler au législateur que son pouvoir est limité et de réclamer une redistribution des pouvoirs au profit de l'exécutif pour garantir les droits individuels. Malgré l'interprétation qu'ils donnent de la séparation des pouvoirs en 1791, les auteurs sont ainsi conduits à retrouver pour partie la signification première du principe car ils sont confrontés au même problème (quoiqu'inversé) que les constituants révolutionnaires : limiter le pouvoir d'un organe qui tend à concentrer entre ses mains toutes les fonctions ; mais il s'agit cette fois da parlement, et non plus du monarque. C'est aussi une façon

[518] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, *op. cit.* ; L. DUGUIT ; M. DESLANDRES, « La crise de la science politique» *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 394-427, (4c article), p. 417 : « la règle fameuse de la séparation des pouvoirs, présentée comme la règle suprême de l'organisation politique, discutable théoriquement et inapplicable en fait, doit être à mon avis remplacée par celle de l'équilibre des pouvoirs. Si, en effet, c'est e pouvoir législatif qui l'emporte, si, bien loin de se laisser guider par le gouvernement, il le domine, comme les assemblées, à moins qu'une minorité ne les terrorise et n'y forme un vrai gouvernement, sont incertaines et flottantes dans leur conduite, lentes et contradictoires dans leurs résolutions, leur règne est celui de l'anarchie. Si c'est le gouvernement qui l'emporte, sans qu'il trouve de frein dans le pouvoir législatif, comme l'exécutif tend à exagérer son action, à se servir du pouvoir dans son intérêt personnel, et à s'affranchir des règles gênantes de la légalité, son règne est celui de l'arbitraire et de l'absolutisme. L'équilibre des pouvoirs est donc la seconde règle fondamentale de la science politique ».

[519] A. ESMEIN, *op. cit.*: A. DE SAINT-GIRONS, Essai._ J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif...*, p. 745 ; A. LE BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 157 ; H. BERTHELEMY, *Traité.. .*, 5e éd. 1908, p. 14 ; L AUCOC, *Conférences*, tome L pp. 48-49.

[520] Voir *infra*, 2ème partie.

d'opposer au mouvement démocratique, dont le parlement et les républicains au pouvoir ont tendance à se réclamer, les principes libéraux qui visent à limiter le pouvoir pour protéger les libertés des gouvernés. C'est dans ce contexte qu'il faut situer la démarche de Tchernoff dont les articles sur Montesquieu et Rousseau constituent une sorte d'appel à la conciliation entre libéralisme et démocratie[521].

En tant que garantie, la séparation des pouvoirs quelle qu'elle soit (rigide ou souple) s'avère donc inefficace, soit parce que son principe même est faux et conduit dans la pratique au despotisme (séparation rigide), soit parce qu'elle n'est pas respectée par le fonctionnement des institutions de la Troisième République (séparation souple)[522]. Même si l'on admet la réalité de la participation de l'exécutif à la fonction législative, l'indépendance du pouvoir exécutif n'est pas complètement assurée par la constitution (qui soumet la désignation d'un chef de l'Etat irresponsable au choix du parlement), elle est niée par la pratique qui fait du gouvernement le commis des assemblées et cantonne le président dans un rôle de parade. La doctrine est ainsi amenée à critiquer ce qu'elle appelle la séparation des pouvoirs et à vanter les mérites d'une collaboration dont elle constate l'échec dans la pratique du régime, de la même façon qu'elle persiste à proclamer la supériorité du texte constitutionnel tout en dénonçant sa totale inefficacité.

C — La loi

Dans le système de l'Etat légal, le règne de la loi est censé constituer la suprême garantie contre l'arbitraire. Ce point de vue qui domine encore la pensée des publicistes en 1880[523] se trouve progressivement remis en cause au cours de notre période. Deux ordres de considérations contribuent à relativiser la confiance des auteurs dans les vertus de la loi : le premier concerne la source de la loi, le second tient à son objet.

Nous ne reviendrons pas ici sur les critiques dont le législateur fait l'objet et qui attestent suffisamment la piètre estime dans laquelle est tenu l'auteur direct de la norme. Ce discrédit rejaillit inévitablement sur la loi elle-même, qui ne peut guère constituer une garantie crédible dès lors qu'est mise en doute la compétence de son auteur. Mais les publicistes ne se contentent pas de relever les insuffisances du système, ils en contestent aussi le bien-fondé. La raison d'être de l'Etat légal vient en effet de ce que la loi est définie comme l'expression de la volonté générale, volonté

[521] J. TCHERNOFF, « Montesquieu et Rousseau », R.D.P. 1903, tome XIX, pp. 477-514 ; et R.D.P. 1903, tome XX, pp. 49-97. Dans ces deux articles, Tchernoff insiste sur les rapprochements à faire entre Montesquieu et Rousseau dans le but, semble-t-il, de défendre leurs théories et de montrer que la séparation des pouvoirs ne signifie pas isolement, mais balance des pouvoirs.
[522] Tout au plus reconnait-on à la séparation des pouvoirs le mérite d'exprimer une loi économique exacte, celle de la division du travail dont parle Durkheim, et une maxime politique nécessaire à la protection des libertés des gouvernés. Voir G. CAHEN, *op. cit.*, ou A. GAUTIER, *op. cit.*, tome 2, p. 50 et p. 75.
[523] Voir notamment Th. DUCROCQ, *op. cit.*

commune raisonnable. C'est à ce titre qu'elle représente une garantie contre l'arbitraire. Or, si la notion de volonté générale s'adaptait bien à la première conception de la nation (collectivité concrète de citoyens), elle n'a plus guère de sens lorsque l'on conçoit la nation comme un ensemble intemporel et abstrait.

Tributaire de l'évolution de la pensée publiciste en matière de souveraineté[524], la volonté générale se trouve vite assimilée à la conception prêtée à Rousseau d'une souveraineté atomisée[525] ; elle n'est plus dans ces conditions que la volonté d'une majorité contingente et, loin de représenter une garantie, elle devient au contraire un danger potentiel[526]. Hauriou, qui pourtant prétend distinguer la volonté générale et la volonté électorale, est celui qui dénonce le plus clairement « *la croyance en la toute puissance de la volonté générale commandante* »[527]. Pour beaucoup, la source de la loi ne doit pas résider dans l'opinion des électeurs, mais dans la discussion et la réflexion de législateurs compétents[528]. Or la loi est devenue l'expression de la volonté du parlement, porteur de la volonté électorale; et la volonté générale est présentée comme une chimère qui se traduit nécessairement dans la pratique par la volonté d'une majorité éphémère et souvent tyrannique. Toutes ccs définitions soulignent à quel point la loi ne peut constituer une garantie comme expression de la volonté du parlement, la loi présente tous les vices attribués au législateur de la Troisième République ; comme expression de la volonté générale, elle reflète les préoccupations particulières et partisanes d'un moment et révèle les divisions internes dc la société.

Mieux vaut alors définir la norme comme l'expression de la volonté de l'Etat[529] et cantonner la volonté générale dans un rôle de légitimation. De volonté commandante, elle devient chez Hauriou « *une volonté pour obéir et s'obliger à obéir*»[530]. Autant dire que cette volonté n'en est pas une, qu'elle n'est là que pour justifier l'obligation d'obéissance des gouvernés. Les publicistes ont ainsi transformé la volonté générale précisément en ce dont ils l'accusaient chez Rousseau : une

---

[524] Voir *supra*, titre I.

[525] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p.224 : « A cette notion si réaliste et si sage de la loi (celle de Montesquieu), Rousseau a substitué celle-ci : la loi est l'expression de la volonté générale, cette volonté générale est impérieuse, mais elle ne peut errer par cela même qu'elle est générale. Or, en pratique cette volonté générale ne peut être exprimée que par la majorité numérique des citoyens, et ces citoyens sont dominés par des opinions, de telle sorte qu'en pratique, la loi est simplement l'expression de l'opinion dominante dans le parti qui a la majorité (...). Peu de faux dogmes ont eu une action aussi néfaste que celui-là. Il a entraîné la conception jacobine de la toute-puissance de la loi, l'oppression du corps social par la loi ».

[526] M. HAURIOU, *op. cit*., p. 225 ; F. MOREAU, « L'initiative parlementaire », *R.D.P*. 1901, *loc. cit*., p. 273 ; ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *R.D.P*. 1915, pp. 1.-133, p. 132 : « La question de savoir si la loi violée représente ou non la volonté du pays est assez secondaire- A supposer que la loi représente jamais la volonté du pays, ce qui peut être douteux, la chose est sans importance. Ce qui importe, ce n'est pas la volonté générale, c'est le bien commun ».

[527] M. HAURIOU, *op. cit*., p. 225.

[528] F.A. HELIE, *op. cit*., p.4I ; A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 13.

[529] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, *op. cit*., p. 60.

[530] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 225 ; A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 13 « l'idéal est que, la vérité étant dégagée par 1. efforts des plus instruits, elle soit acceptée par le libre consentement de tous, par la volonté nationale suffisamment éclairée A. ESMEIN, *op. cit.*

chimère. En aucun cas, la volonté générale ne peut donc constituer une garantie contre l'arbitraire, elle peut seulement servir d'efficace au pouvoir.

Relativisée dans sa source, la loi peut-elle tirer ses vertus de l'objet sur lequel elle porte ? Si la généralité de la règle reste perçue comme une condition nécessaire à la liberté des citoyens, les publicistes ont de plus en plus tendance à souligner les imperfections du droit positif sur ce point. Ils remarquent d'abord que la loi ne s'adresse jamais également à tous, qu'elle concerne des catégories déterminées et parfois très restreintes et que, par conséquent, la généralité de la règle tend à devenir une fiction. Ils relèvent aussi l'existence d'un bon nombre de lois qui sont en fait des actes administratifs, le législateur réglant parfois certaines situations individuelles et particulières par un acte volonté selon la procédure législative habituelle [531]. Il ne s'agit pas pour eux de dénoncer, comme le font les marxistes, le caractère abstrait, anhistorique et illusoire de l'égalité et de la liberté garanties par la généralité de la règle, mais simplement de souligner la discordance entre la loi formelle et la loi matérielle, entre le titre de loi et les garanties offertes par la norme.

Et, de ce point de vue, le règlement présente autant dc garanties que la loi matérielle édictée par le parlement; il pourrait même en présenter davantage si l'on tient compte de la compétence technique de l'auteur de l'acte, si souvent déniée au législateur et attribuée à l'exécutif. Certains, comme Cahen, vont jusqu'à renoncer à la généralité comme caractère essentiel de la loi. Il abandonne du même coup l'idée de garanties spéciales attachées à l'acte législatif ; ce qui caractérise la loi, c'est que des principes de droit sont créés, peu importe qu'ils le soient par acte particulier ou par voie générale[532]. Si, pour les autres auteurs, la généralité est encore une condition nécessaire à la liberté, elle est pour tous de moins en moins suffisante. Pour Duguit par exemple, la généralité et le caractère abstrait de la règle n'empêchent pas la loi d'être oppressive si elle est faite en violation du droit[533] ; les autres publicistes soulèvent le même problème lorsqu'ils refusent au parlement de faire certaines lois (lois de délégation, d'interprétation, lois rétroactives)[534].

Cette référence à un droit supérieur prend plus ou moins la place de la volonté générale dans la conception ancienne, à condition de définir la volonté générale uniquement par l'objet (la raison) et non plus par la source (la volonté commune des citoyens). La loi doit être avant tout une règle de justice et d'intérêt public, dit Esmein, «*le souverain n'a pas le droit d'édicter des lois injustes ou*

[531] E. BOUVIER et G..JEZE, « La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances », *loc cit*.; A. ESMEIN, *op. cit*., pp. 701-702; A. LE BOURGEOIS, *op. cit*., p. 159 ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 54.
[532] G. CAHEN, *op. cit*., pp. 113-123.
[533] L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 158.
[534] Par exemple. J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur » *R.D.P.* 1908. pp. 456-500, p. 479 ; « Sur l'interprétation des lois par le Parlement, *R.D.P.* 1911. pp. 129-163, p. 143 : « La séance du 21 mars 1910 marque une nouvelle prétention de l'omnipotence parlementaire, puisque par voie d'interprétation, il s'agissait d'imposer un texte unanimement reconnu contraire au texte prétendument interprété ».

nuisibles »[535]. Mais comment peut-on être sûr que la loi poursuive effectivement le bien commun ou réalise la solidarité sociale, sinon par la qualité de son auteur ? Si les députés ne servent que des intérêts catégoriels et manquent de compétence, il n'est plus possible dans ces conditions de voir dans la loi une garantie vraiment suffisante. L'étude que les juristes font du droit positif les confirme d'ailleurs dans cette analyse : ils relèvent l'existence de lois contraires aux libertés[536] , soit parce que le législateur intervient dans des activités qu'il était censé autrefois se contenter de protéger (l'enseignement par exemple), soit parce qu'au contraire il n'organise pas suffisamment (ou mal) l'harmonie des intérêts[537].

Pour trouver dans la norme une garantie de liberté, encore faut-il en effet que se dessine un consensus minimal sur l'objet que doit se proposer la règle : la loi doit-elle se contenter de protéger les libertés individuelles comme le postule la conception libérale classique, doit-elle organiser les libertés économiques et sociales comme le laisse entendre le solidarisme ? La confrontation de ccs options avec le droit positif laisse tout le monde insatisfait. Les libéraux estiment que la loi, par les objets qu'elle se propose, déborde largement le cadre qui lui était tracé ; les solidaristes considèrent que beaucoup reste à faire dans le domaine de la législation sociale.

Le règne de la loi pouvait-il résister à l'accumulation des critiques lancées contre le parlement ? Oui peut-être, si l'on avait pu effectivement distinguer différents critères d'appréciation de la loi : une fois démontrée l'inexistence des garanties liées au caractère organique (disparition des qualités attribuées au législateur), il restait possible de faire l'apologie de l'acte législatif matériel (édicté par le parlement, mais aussi par le gouvernement) à partir de ses qualités formelles (la généralité) et à partir de son contenu (poursuite du bien commun ou d'un droit

[535] A. ESME1N, *op. cit.*, pp. 231-232: « La loi doit nécessairement procéder de la nation, en ce sens que la nation souveraine peut seule faire les lois ou conférer le pouvoir de les faire ; mais il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. Elle est, avant tout, une règle de justice et d'intérêt public. Si elle a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait, de parti pris, édicter des lois Injustes ou nuisibles ; et le système de gouvernement qui, tout en faisant de la nation la source constante de toute autorité, pourra le mieux assurer que de semblables lois ne seront pas votées de bonne foi, mais par erreur, ce système sera le meilleur et le plus légitime. Le gouvernement représentatif fournit-il plus de chances que le gouvernement direct pour obtenir une législation juste, utile, rationnelle ? Là est toute la question, et cette question ne saurait être douteuse. »

[536] Rapprocher « Le programme de la Patrie française cité *in* R. G1RARDET, *op. cit.*, p. 171 : « Plus de lois persécutrices, de ces lois qui restreignent les droits de telle ou telle catégorie do citoyens, et qui violent le principe sacré de l'égalité de tous devant la loi. Nous demandons le maintien, à nos risques et périls, de la liberté de la presse. Tout en respectant le privilège centenaire de l'Université, nous demandons la liberté d'association, qui est de droit naturel (...) depuis quinze ans, nos oppresseurs n'ont fait que de la politique, c'est-à-dire qu'ils se sont uniquement attachés à conquérir le pouvoir pour les bénéfices qu'il procure. Ils ont fait des lois *politiques*, c'est-à-dire des lois propres à leur faciliter, puis à leur assurer cette conquête. Ils n'ont pas fait de lois *sociales*, c'est-à-dire des lois qui profitent à tous et qui, sans prétendre changer la nature des choses, essayent d'en atténuer l'iniquité ; ou, s'ils ont fait des lois sociales, c'étaient encore, par un détour, des lois politiques (...) nous voudrions que le Parlement ne fît plus de lois politiques (la Constitution elle-même, révisée ou non, l'en dispensera une fois pour toutes) mais qu'il s'occupât uniquement de législation économique et sociale (...) Nos oppresseurs, depuis quinze ans, n'ont cessé de gaspiller l'argent du pays, le plus souvent dans un intérêt électoral » (Discours prononcé le 13 novembre 1899).

[537] L. DUGUIT, *Manuel....* p.516.

supérieur). Mais nous avons vu que la doctrine avait tendance à relativiser les qualités formelles et qu'il est impossible de garantir le contenu de la règle sans être sûr de celui qui l'édicte (cette confiance pouvant résulter soit des qualités propres au législateur, soit de l'organisation d'un contrôle de conformité de ses actes au droit supérieur). La confiance dans la loi tend donc à disparaître dans la mesure où le parlement reste l'auteur principal de la norme[538] .

§ 2. - L'INADAPTATION DES CONTRÔLES

Le régime constitutionnel fondé sur le règne de la loi ne donne plus toute satisfaction sur le plan des garanties qu'il peut présenter contre les abus de pouvoir. Il en va de même des contrôles plus spécifiquement politiques que rend possibles le régime parlementaire. Il s'agit surtout du contrôle du parlement sur les ministres, accessoirement du droit de résistance des citoyens et de l'exercice des libertés publiques.

A — Le contrôle politique exercé par le parlement

La mise en jeu de la responsabilité ministérielle est, elle aussi, touchée par le discrédit qui frappe le législateur. On reproche au parlement d'abuser de son droit d'interpellation, de renverser les gouvernements sur des questions mineures et sans même l'avoir voulu[539]. Mais là n'est pas l'essentiel. Ce qui nous parait plus important, c'est que les juristes estiment ce contrôle mal adapté et inefficace dès lors qu'il s'agit de garantir les droits des particuliers ou de faire respecter le droit. Ce contrôle était pourtant le seul possible contre les actes de gouvernement dont la liste est alors fort longue. Ainsi le gouvernement doit-il respecter la loi de 1878 sur l'état de siège, mais « cette obligation n'est garantie que par une seule sanction qui pourra apparaître bien imparfaite : c'est la responsabilité ministérielle. Il n'y a cependant pas d'autre sanction pour toutes les dispositions impératives adressées par la Constitution au Président de la République »[540]. Jèze estime que la responsabilité de l'exécutif devant le parlement est inutile en matière diplomatique, car l'administration se réfugie derrière la Raison d'Etat pour refuser de répondre aux interpellations[541]. S'il n'est pas question de supprimer purement et simplement la responsabilité ministérielle, il s'agit au moins de la circonscrire pour éviter l'instabilité gouvernementale, éventuellement de la transformer pour la rendre plus efficace[542] . Duguit propose par exemple d'organiser une représentation professionnelle capable

[538] En sens contraire, et pour une apologie de la loi, voir L. HAVET, *L'idée de la lo*i, Paris, Ollendorf, 1900. Comparer E. RA1GA, *op. cit*., pp.I-7 ; A. MESTRE, « Analyse du livre de. F. Moreau, *Le règlement administratif* », *loc. cit*., p.627 et p.629.
[539] F. MOREAU, « Chronique constitutionnelle et parlementaire », *R.D.P.* 1903, tome XIX. pp. 92-112.
[540] J. BARTHELEMY, « Le droit publie en temps de guerre », *R.D.P.* 1915. pp. 134-162, p. 145.
[541] G. JEZE, « Un recul de la théorie des actes de gouvernement », *R.D.P.* 1911, pp. 663-683, p. 667.
[542] J. DELPECH, « La notion de parti et le party government », *R.D.P.* 1910, pp. 534-570, p.570.

selon lui de mettre fin à la toute-puissance politique du conseil des ministres dont la responsabilité est illusoire[543].

Hormis ces réformes qui ne font pas l'unanimité, les publicistes souhaitent tous ajouter au contrôle parlementaire un contrôle juridictionnel qui leur paraît seul efficace[544] . « *Sans doute* », dit Hauriou, « *si le pouvoir exécutif commet des actes abusifs, le pouvoir législatif peut employer des moyens constitutionnels pour intervenir, le parlement peut mettre en jeu la responsabilité ministérielle, mais c'est un bien gros mécanisme, il faut des circonstances politiques bien favorables ou un fait d'arbitraire bien criant (...) il est indispensable que l'individu ait lui-même à sa disposition des moyens de se protéger. Ces moyens existent et constituent un précieux ensemble de garanties individuelles. Ce sont des actions en justice* »[545].

Procédure trop lourde, inefficace, la responsabilité ministérielle est parfois préjudiciable aux administrés, car le contrôle du parlement sur les actes administratifs favorise les empiètements du législateur et l'immixtion de la politique dans l'administration[546]. Aussi les publicistes encouragent-ils le Conseil d'Etat à admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes de plus en plus nombreux. Plus efficaces pour l'administré victime d'un acte illégal, les contrôles juridictionnels ont aussi l'avantage d'éviter que ne soit mise en cause à tout instant la politique générale du gouvernement. Devant le juge, le débat est circonscrit au problème spécifique posé par l'acte illégal ; au parlement, la discussion déborde largement ce cadre en mettant en jeu des questions de choix politiques.

Or cette volonté de remplacer les contrôles politiques par des contrôles juridictionnels ne touche pas que le législateur, elle concerne aussi le citoyen pris dans l'exercice de ses libertés publiques et politiques.

B — Droits naturels et libertés publiques

---

[543] L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, Alcan, 1908.

[544] G. JEZE, « Limitations au pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à prendre part à un concours en vue d'une fonction publique », *R.D.P.* 1912, pp. 453-470, p. 468 : «II n'est ni probable, ni désirable qu'une assemblée politique blâme un Ministre, le renverse, courre le risque de renverser le Cabinet et d'amener un changement de politique générale pour le seul motif qu'il aura sans raison sérieuse refusé d'admettre à concourir un candidat irréprochable. Le seul remède sérieux que possède l'individu, c'est le contrôle juridictionnel »; A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 5 : « Sans doute, faire émaner les pouvoirs publics de la volonté nationale est une des conditions de la liberté, mais elle est loin d'être la seule. Déterminer les limites de l'action de ces mêmes pouvoirs vis-à-vis du particuliers, organiser un recours pour le cas où ces limites seraient dépassées, là surtout est la garantie sérieuse et efficace contre l'arbitraire » ; J. VALEGEAS, *op. cit*., pp. 26-28 ; comparer E. RAIGA, *op. cit*., pp. 88-89. et p. 111.

[545] M. HAURIOU, *Précis de Droit administratif*, *op. cit*.., p. 88

[546] L DUGUIT, *Manuel*..., *op. cit*., p. 1069 « existe aujourd'hui, en vertu de la loi de 1875, une responsabilité politique individuelle, chaque ministre doit rendre compte aux chambres des actes purement administratifs faits par lui et ainsi les chambres peuvent s'immiscer dans le détail de l'administration et cela au grand préjudice des administrés. C'est la politique pénétrant toute l'administration. Les actes administratifs des ministres peuvent être. contrôlés par le parlement en tant qu'ils révèlent une tendance politique ; en tant qu'actes administratifs, ils devraient lui échapper ».

La doctrine reste indéniablement attachée aux droits naturels proclamés en 1789, mais on peut se demander si elle leur assigne un fondement et un rôle identiques à ceux que leur attribuaient les révolutionnaires.

De ce point de vue, la discussion qui s'ouvre en 1902 sur la question de l'origine de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne manque pas d'intérêt. La controverse qui s'établit entre Boutmy d'une part, Jellinek et Larnaude de l'autre s'avère en effet étroitement liée au passage de l'Eut légal à l'Etat de droit.

Boutmy défend l'idée que la Déclaration française est l'héritière de l'esprit du dix-huitième siècle, et notamment de Rousseau, qu'elle est destinée à proclamer le règne de la loi sans s'attacher aux sanctions possibles de sa violation : « *Pour les Français, la Déclaration n'est qu'un morceau oratoire, les articles se présentent désarmés, ou armés de leur seule majesté, de l'empire de la vérité sur les hommes. Aucun tribunal ne peut les accueillir comme moyens ou en tirer les considérants d'un jugement* »[547] . Les Déclarations américaines au contraire « *sont rédigées dans cette langue un peu méticuleuse et copieuse du jurisconsulte curieux de n'omettre aucun expédient dont un demandeur pourrait se servir, curieux aussi de ne laisser aucun point faible par où une objection, une fin de non-recevoir, pourrait s'introduire et s'opposer à la poursuite* »[548].

Or c'est précisément de cette Déclaration américaine (et, au-delà, de la Réforme du seizième siècle) que Jellinek fait procéder la Déclaration de 1789 [549]. Certes, la thèse de Jellinek peut s'analyser comme la volonté de revendiquer pour l'Allemagne l'origine de la Déclaration française ; mais en l'assimilant à la Déclaration américaine, il exclut l'influence de Rousseau[550], il insiste en outre sur les aspects pratiques plus que philosophiques de la Déclaration française.

Si Boutmy oppose le règne de la loi organisé par la Déclaration française au contrôle du juge envisagé par la Déclaration américaine, Jellinek oppose quant à lui l'absolutisme du *Contrat social* de Rousseau à l'esprit libéral des deux Déclarations énumérant les différentes libertés avec suffisamment de précision pour permettre au juge d'en sanctionner les éventuelles violations.

Le débat sur l'origine de la Déclaration rejoint ainsi la question de sa valeur, et notamment de sa valeur juridique. La thèse de Jellinek est évidemment plus favorable que celle de Boutmy à la consécration de la valeur supra-législative des droits naturels, elle s'accorde mieux également au contexte intellectuel de l'époque : étant donné l'attitude de la doctrine à l'égard des théories de Rousseau, il est difficile de sauver la Déclaration sans contester l'influence qu'elle aurait subie du *Contrat*

[547] E. BOUTMY, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales des sciences politiques* 1902, pp. 414-443, p. 424.
[548] E. BOUTMY, « la Déclaration des droits... », *loc cit*., p. 424.
[549] G. JELLINEK, «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 385-400 ; quelques mois plus tôt : *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris 1902, avec une préface de F. Lamaude ; rapprocher A. BATBIE, *op. cit*., tome 2, p. 11.
[550] G. JELLINEK, *loc. cit*.

social. Cet enjeu ressort clairement d'un passage du *Manuel* de Duguit, lequel estime que « *ce qui est l'élément essentiel de la Déclaration, l'affirmation solennelle qu'il y a une limite au pouvoir souverain de l'Etat, est tout-à-fait étranger au* Contrat social. *Rousseau est le père du jacobinisme sectaire et tyrannique. La Déclaration des droits est tout inspirée de libéralisme et de tolérance*»[551]. Surtout, les deux Déclarations (américaine et française) « *ont pour but de limiter par le droit les pouvoirs de l'Etat législateur* » [552], alors que les Chartes anglaises se contentent de limiter les pouvoirs du Roi et reconnaissent l'omnipotence du Parlement. Et pour Duguit, le législateur de la Troisième République est encore lié par la Déclaration[553].

Mais si les droits naturels proclamés en 1789 ont une valeur supérieure aux lois existantes, la garantie qu'ils représentent reste essentiellement virtuelle. Le problème des sanctions de leur violation est en effet le même que celui posé par la constitution. L'efficacité de cette garantie est donc toute relative, ce qui explique en partie pourquoi Esmein ne consent à y voir que des formules sans valeur juridique positive[554]. En outre, la législation de la Troisième République tend à organiser effectivement ces droits. Or la plupart des auteurs montrent une relative confiance dans les garanties qu'elle apporte pour les libertés publiques, malgré ses imperfections[555], malgré surtout les critiques qu'ils adressent au parlement et à « *la tyrannie de la majorité* ». Associées aux contrôles juridictionnels, les libertés publiques légitiment d'ailleurs à leurs yeux la désuétude dans laquelle est tombé le droit de pétition des citoyens auprès du corps législatif [556] et celle du droit de résistance.

---

[551] L. DUGUIT, *Manuel*..., p. 478 ; comparer M. HAURIOU, *Principes de droit public*, pp. 556-557 : « Les droits visés dans déclarations ont été déterminés presque tous par les théories sur le droit naturel, particulièrement par celle de Locke qui s'inspirait de l'idée du contrat politique, et non par celle de Rousseau qui, niant le contrat politique, détruisait par là même le véritable fondement des droits individuels (...) ; Montesquieu et Blakstone ont fourni le droit de sûreté personnelle, Montesquieu, par ses chapitres sur le droit criminel, a fourni les art. 7, 8 et 9 ».

[552] L. DUGUIT, *op. cit*., p. 481 (passages soulignés par nous).

[553] L. DUGU1T, *op. cit*., p. 486 «Nous croyons que si aujourd'hui le législateur faisait une loi violant un des principes formulés dans la Déclaration des droits de 1789, cette loi serait inconstitutionnelle. Nous croyons même que la Déclaration des droits de 1789 s'impose encore, non seulement au législateur ordinaire. mais aussi au législateur constituant, et qu'une assemblée nationale formée dans les conditions de l'art. 8 de la loi du 25 février 1875 ne pourrait point juridiquement faire une loi contraire aux termes de la Déclaration de 1789 » ; dans le même sens : Faustin A. HELIE, op. cit., p. 1417 « J'estime (...) que les principes de 89 demeurent la base de notre constitution, qu'en conséquence le juge devra refuser l'application de toute loi qui violerait ces principes, tels qu'ils sont énoncés dans la déclaration du 26-8-1789 » ; A. GAUTIER, op. cit., tome 2. p. 9 ; A. BATBIE, op. cit., tome 2, pp. 9-11. En sens contraire, A. ESMEIN. op. cit., 4e éd., 1906, p. 460 ; M. HAURIOU, Principes de droit public, p. 557, spécialement la note 2 ; A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau... », R.D.P. 1904, p. 634.

[554] En partie seulement, car on peut aussi expliquer le position d'Esmein par le fait qu'il reste, après E. Pierre, l'un des plus attachés au système de l'Etat légal parmi les publicistes de son temps.

[555] Voir J.P. MACHELON, *op. cit*. ; et aussi : A. BATBIE, *op. cit*., tome 2, Th. DUCROCQ, *op. cit*., tome I, titre et tome II, pp. 1-84 ; L. DUGUIT, *Manuel*...pp. 489-683.

[556] A. ESME1N, *op. cit*., 2e éd., p. 359 : « on peut estimer que l'importance de ce droit, jadis estimé si haut, décline de jour en jour » ; F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 282 : « Les voies contentieuses sont préférables » ; H. NEZARD, *op. cit*., p.61 : « la victime de l'acte arbitraire dispose de recours administratifs et judiciaires par lesquels elle obtiendra plus sûrement satisfaction » ; E. RA1GA, *op. cit*., pp. 92-93 : « il

La façon dont la doctrine analyse ce droit est symptomatique des problèmes auxquels elle se trouve confrontée. Critiquant l'omnipotence parlementaire, les publicistes sont en effet conduits à relativiser les garanties offertes par l'Etat légal (le règne de la loi) et à leur opposer les droits supérieurs proclamés par la Déclaration de 1789. Mais ils souhaitent aussi, dans une période politiquement troublée, justifier les limitations apportées à ces droits au nom des nécessités du maintien de l'ordre [557]. Or le droit de résistance introduit un germe d'insécurité dans l'organisation sociale. C'est pourquoi Berthélemy, Esmein, Hauriou ou Michoud s'opposent énergiquement à ce qu'un simple citoyen ait la prétention de refuser l'obéissance à la loi sous prétexte qu'il l'estimerait injuste[558]. La théorie de la volonté générale, critiquée lorsqu'il s'agit d'en faire une volonté commandante, vient justifier cette position : les citoyens ne sauraient remettre en cause les lois faites par l'autorité à laquelle il ont « *remis le soin d'exprimer le sentiment général* »[559]. Accepter cette résistance, voire l'organiser, ce serait effectivement ruiner à l'avance toute possibilité d'existence d'un ordre juridique et saper les fondements de l'Etat. Ainsi pour Nézard, le droit de résistance est-il inadmissible car dans « *un Etat juridiquement organisé, sous un gouvernement dont tous les pouvoirs procèdent directement ou indirectement de la volonté nationale, la loi est à bon droit présumée juste* »[560]. Duguit se voit donc qualifié d'anarchiste de la chaire lorsqu'il se montre favorable au droit de résistance au nom de la solidarité sociale[561]. Cette opinion de Duguit semble plus ou moins partagée par Delpech pour qui la question « *demeure angoissante* »[562] et par Jèze qui cherche à la nuancer pour

n'est pas douteux que le droit de pétition n'ait considérablement perdu de son intérêt. Sil a pu jouir d'une faveur appréciable alors qu'une minorité privilégiée avait seule le droit de suffrage, il n'en saurait être de même aujourd'hui où, sous le régime du suffrage universel , tout citoyen peut exercer une action politique (...) Au surplus, les citoyens protestataires ont une tribune autrement plus retentissante que celle dont parle Cormenin, c'est la presse (...) En un mot, les libertés politiques constituent contre les abus de pouvoir des garanties d'une telle efficacité que le droit de pétition apparaît aujourd'hui comme un moyen superflu, comme une arme vieillie et démodée » ; rapprocher Th. DUCROCQ, *op. cit*., tome 1, p. 546, favorable aux restrictions apportées au droit de pétition. En sens contraire, J. DELPECH, « chronique constitutionnelle », *R.D.P.* 1904, pp. 333-361, p. 359.

[557] Voir par exemple G. BARBIER « les lois contre anarchistes », *R.D.P.* 1894, tome II, pp. 444-467 et pp. 333-361, à propos des lois votées en 1893, et 1894 contre les anarchistes ; J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *loc. cit*., p. 320 : « il sera légitime de sacrifier la liberté de la Presse dans la mesure où ce sacrifice est nécessité par les besoins de la défense nationale. La liberté de la Presse n'est pas plus sacrée que l'une quelconque des autres libertés et notamment la liberté individuelle ».

[558] H. BERTHELEMY, «Le fondement de l'autorité politique », *loc. cit.,* p.. 667 : les actes de l'Etat « bénéficient de ce postulat que l'autorité ne s'est pas trompée en traduisant ce que tous croient juste, puisque c'est à la dite autorité que tous ont précisément remis le soin d'exprimer le sentiment général. Dans une société ordonnée, se peut-il qu'un seul ait la prétention d'être plus sage que tous les autres ? »

[559] H. BERTHELEMY, *ibidem*.

[560] H. NEZARD, *op. cit*., p. 77.

[561] L. DUGUIT, *Manuel*..., pp. 680 et s. ; dans le même sens, P. ERRERA, « Le procès Sacheverell et le droit à la résistance », *R.D.P.* 1898, pp. 433-449.

[562] J. DELPECH, « De la provocation par les ministres du culte à la résistance et à l'insurrection contre les lois », *R.D.P.* 1907, 272-294, pp. 290-291 : « la question de la résistance légitime à l'oppression demeure angoissante, pour tout esprit préoccupé non seulement de textes fragiles, incertains et passagers, à interpréter mais aussi et surtout de ces questions, capitales et connexes de l'organisation d un pouvoir politique à arbitraire réduit, et d'une sanction vraie des devoirs positifs et négatifs des gouvernants vis-à-vis des sujets

la rendre acceptable. Il distingue en effet points de vue juridique et politique : si la résistance à l'oppression apparaît «*comme un devoir politique, c'est au contraire la violation d'un « devoir juridique essentiel, qui est l'obéissance aux lois régulièrement votées (...) la loi doit être obéie toujours, dans tous les cas* »[563].

Deux éléments se liguent contre le droit de résistance : la volonté de préserver l'Etat de désordres politiques graves, mais aussi l'idée même d'Etat de droit. Si l'ordre juridique est correctement organisé, le droit de résistance devient inutile : c'est un pis-aller dans un système juridiquement incomplet. Les auteurs apparemment favorables au droit de résistance ne l'invoquent finalement que pour inciter à l'extension des contrôles juridictionnels susceptibles de le remplacer. C'est notamment le cas de Jèze qui, pour critiquer le principe d'irresponsabilité du patrimoine administratif en cas de faute personnelle de l'agent, voit dans la révolte de l'administré la conséquence inévitable de son maintien : « *la règle traditionnelle de la non responsabilité du patrimoine administratif en cas de faute personnelle de l'agent a une conséquence inéluctable. L'individu menacé d'un préjudice dont il n'obtiendra pas réparation a le droit et le devoir d'user de la force pour écarter le préjudice dont l'administration ne répond pas. Si, par hasard, l'individu a bien apprécié la nature de la faute de l'agent, il sera déclaré en état de légitime défense ; mais s'il s'est trompé, il sera un rebelle, soumis à toute la rigueur des lois* »[564] .

Outre le fait que leur effectivité est aussi relative que celle de la constitution, les garanties proposées par la Déclaration des droits ne sont donc pas toutes à mettre sur le même plan : les droits politiques et les libertés publiques peuvent être limités, le droit de résistance ne doit pas pouvoir être exercé. Le projet de l'Etat de droit consiste précisément à organiser des contrôles juridictionnels qui légitiment ces limites et cette impossibilité. Mis au service de l'administré, ces contrôles ont une issue prévisible à l'avance et se résolvent nécessairement par un retour à la légalité (l'acte illégal est «expulsé » de l'ordre juridique), plutôt que par une modification de l'ordre politique. Enfin, ils sont, du point de vue de l'individu, censés être plus efficaces que ne peuvent l'être les contrôles politiques exercés par le citoyen.

(...). L'opinion régalienne de l'obéissance passive toujours demeure assez peu satisfaisante, ou même inadmissible en quelque domaine et à l'encontre de quelque liberté qu'on veuille la faire fonctionner, à moins que d'être décidé à souffrir aujourd'hui les contraintes justement dénoncées hier (...) Contre cette contrainte sociale, qui les comprendrait toutes puisqu'elle s'étendrait à la vie sous tous ses aspects, l'évolution du droit moderne dresse maints obstacles, tels ce REP (...) Mais à côté de cette voie judiciaire (sic) il est aisé d'imaginer des modes variés de défense en un régime représentatif bien manié ou développé en son entier. A mon sens, la résistance active, sinon en main armée, du moins en la forme légale (?) est l'un d'eux, aussi innocent que l'acte de l'homme prenant le bien d'autrui en cas certain d'extrême nécessité : il en va, en effet du gouvernement comme de la propriété , l'un et l'autre sont fondés sur une utilité sociale ».

[563] G. JEZE, « Analyse du livre de L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* », *R.D.P.* 1912, pp. 180-183, pp. 182-183.

[564] G. JEZE, « De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs, au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité », R.D.P. 1914, pp. 569-582, p. 581.

Section 2 LES DANGERS D'UNE EXTENSION DES GARANTIES POLITIQUES

Les garanties traditionnelles de l'Etat légal ne paraissent pas très efficaces, mais elles ne sont pas pour autant rejetées par les publicistes qui continuent à les invoquer comme valeurs fondamentales du régime. Et pour lutter contre le despotisme du corps législatif, la doctrine pourrait songer à augmenter ces garanties, notamment par l'institution d'un contrôle de l'électeur sur le député. Or la grande majorité des auteurs rejette catégoriquement cette solution pourtant préconisée par certains partis politiques[565], précisément parce qu'elle considère que l'avènement du suffrage universel est à l'origine de l'omnipotence parlementaire dont elle se plaint.

La doctrine montre ainsi son attachement au régime représentatif fondé sur les valeurs libérales. Ce qu'elle critique, c'est moins le principe de la suprématie législative que le despotisme d'un parlement qui se réclame du suffrage universel. La remise en cause de l'Etat légal est donc limitée en ce qu'elle porte essentiellement sur les transformations du système induites par la poussée démocratique (§ 1).

Confrontés au problème éminemment politique de la conciliation du libéralisme ct de la démocratie, les publicistes cherchent à échapper aux contradictions de leur époque et se tournent vers les solutions juridiques qui leur paraissent à la fois plus techniques et plus neutres, entretenant ainsi une opposition constante entre les deux champs politique et juridique (§ 2).

§ 1. - LES LIMITES DE LA REMISE EN CAUSE DE L'ÉTAT LÉGAL

Nous avons vu la doctrine dénoncer l'omnipotence et l'anarchie parlementaires et relativiser les garanties offertes par la suprématie législative. Mais s'agit-il pour autant d'abandonner complètement le système de l'Etat légal ? Si l'évolution des idées en matière de souveraineté montre effectivement une transformation des principaux concepts depuis la Révolution, celle-ci s'avère surtout une adaptation des théories traditionnelles à une situation nouvelle. Face à la poussée démocratique, les publicistes tentent en effet de sauvegarder les valeurs libérales qui fondent l'Etat légal, et l'analyse de l'attitude de la doctrine révèle son attachement à ces valeurs tant sur le plan institutionnel que sur le plan politique.

[565] Les nationalistes à l'époque du boulangisme, les radicaux et les socialistes étaient partisans du mandat impératif.

A — Les institutions : le refus de la démocratie directe

Les critiques des publicistes visant le despotisme de la chambre des députés et la souveraineté du nombre *via* le suffrage universel inorganisé les conduisent à repenser la notion de représentation pour en écarter toute idée de mandat et *a fortiori* celle de mandat impératif[566]. Dans la mesure où l'omnipotence législative résulte de la prétention des députés à représenter le corps électoral, il faut dénoncer l'illégitimité de cette prétention en démontrant à la fois que la souveraineté appartient à la nation plutôt qu'au corps électoral, que le député ne représente pas vraiment ceux qui l'ont élu, que de toutes façons, il n'a pas à représenter leurs volontés mais que sa volonté doit rester libre pour voter les lois dans l'intérêt général. En défendant ces principes, la doctrine oppose l'excellence prétendue du gouvernement représentatif qui assure l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés, à l'anarchie du gouvernement direct, condamné sans appel, parce qu'il est impraticable, démagogique[567], parce qu'il suppose une compétence dont ne dispose pas le peuple[568], et qu'enfin il « *présente des dangers très réels* » [569].

Cc sont les mêmes arguments qui sont invoqués contre les procédés de démocratie semi-directe : mandat impératif, référendum, initiative populaire, qui figurent quelque temps au programme des radicaux puis des socialistes, et font l'objet de nombreuses propositions visant à réviser la constitution[570]. La grande majorité des publicistes est hostile à ces réformes. « *De très bonnes lois ont échoué en Suisse devant le référendum* », dit Esmein, « *mais ce qui est plus grave encore, c'est que ce système a pour effet de diminuer fatalement la valeur et l'activité utile, le pouvoir éclairant des assemblées représentatives. N'étant point sûres de ne pas voir le résultat de leurs travaux, la loi qu'elles auront élaborée après de longs débats, échouer devant un préjugé populaire, elles tendront forcément à raccourcir les débats législatifs et à restreindre les travaux préparatoires (...) On peut craindre aussi que, recherchant la popularité, la majorité d'une assemblée n'adopte quelque mesure, qu'elle sent dangereuse pour l'avenir, mais qui jouit momentanément de la*

[566] En sens contraire, P. DANDURAND, *Le mandat impératif*, thèse Bordeaux, 1896. Comparer H. BOUCHET, *op. cit.* ; H. CHARAU, *op. cit.*. première partie.
[567] F. HELIE, *op. cit.*, pp. 386-387 ; A. LE BOURGEOIS, *op. cit.*,. 144 ; J. VALEGEAS, *op. cit.*, p.1.
[568] A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 230 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 272 : « les masses populaires ont appris que le Gouvernement est un art difficile, que les problèmes législatifs sont compliqués, que pour légiférer et gouverner la volonté toute pure ne sert de rien, que le talent et les connaissances spéciales sont nécessaires. Elles s'aperçoivent que ces difficultés surpassent et les possibilités matérielles et leurs moyens intellectuels » ; J. BRISSAUD, « Analyse du livre de J. Signorel, *Etude de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif* », *R.D.P*, 1896. tome VI pp. 355-359.; L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 291. Comparer M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 440.
[569] A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 232 ; A. LE BOURGEOIS, *op. cit.*, p. 144 ; F. MOREAU, *op. cit.* , p. 5 ; J. BRISSAUD, *loc. cit.* ; H. NEZARD, *op. cit.*, p. 91.
[570] Voir la chronique constitutionnelle de la *R.D.P.*, notamment *R.D.P.* 1899, tome XI, pp. 44 et s., *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 324 et s.

faveur populaire »[571] . La complexité des affaires à gérer, la prudence, voire la liberté militent contre l'introduction de ces procédés.

Le souvenir des plébiscites du second Empire joue un rôle indéniable dans ce refus[572], mais aussi les théories juridiques sur la souveraineté qui attribuent celle-ci à l'État ou à la nation plutôt qu'au corps électoral. Ceux qui, comme Esmein, fondent la légitimité du système sur l'adhésion tacite des gouvernés, estiment que l'électeur n'a de compétence que pour choisir ses représentants, non pour faire lui-même les lois[573]. Mais les publicistes proches de Duguit refusent eux aussi le mandat impératif et le référendum dans le mesure où la volonté de la majorité n'a par elle-même aucune légitimité : « *les lois n'ont pas pour but de réaliser ce que veut actuellement la majorité du peuple: elles doivent formuler ce qui est le plus conforme au but de la société, au bien-être de tous les citoyens : une loi, même voulue par une majorité, ne saurait supprimer légitimement, par exemple, tous les droits individuels. Or, si une forme de votation des lois peut donner des lois meilleures, cette forme doit être préférée à celle du vote direct par le peuple. Cette forme, c'est celle du gouvernement représentatif* »[574].

C'est là une nouvelle version de l'intérêt national que le simple citoyen ne saurait découvrir. Ce qui importe, c'est l'excellence de la norme, non sa source démocratique. Les deux termes (perfection / démocratie) sont ici opposés pour justifier le recours à un intermédiaire (le législateur) que, par ailleurs, l'on n'a cessé de critiquer pour son incompétence. Comme nous le verrons plus loin, le souci des publicistes n'est pas tant celui de la démocratisation du système que celui de la cohérence d'un ordre juridique plus développé, de sa perfection ou de son achèvement sans besoin de recourir à une légitimité extérieure (politique, sociale ou métaphysique). La norme doit être légitime par elle-même, éventuellement par le but qu'elle est censée poursuivre, plutôt que par sa source.

Passer de l'Etat légal à l'Etat de droit, c'est ainsi déplacer la garantie de la légitimité de l'ordre juridique de l'origine de la règle à l'organisation de sa sanction. Or, l'introduction de procédés de démocratie semi-directe peut aussi contribuer à ce que la loi soit acceptée et donc obéie, elle peut également constituer un moyen

[571] A. ESME1N, *op. cit*., pp. 232-233 ; J. BRISSAUD, *loc. cit.* ; P. LAFFITE, « Le référendum », *Revue Bleue*, 1897, 4ème série, tome VIII.

[572] H. NEZARD, « compte-rendu de deux livres : P. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*, Paris 1905 et Th. Curti, *Le référendum*, Paris 1905 », *R D.P.* 1906, pp. 583-594, p. 594 : « dans notre pensée, la consultation populaire s'allie aux plébiscites impériaux. Peut-être serait-il temps de nous arracher à cette obsession • ; J. DELPECH, « A propos du mode d'élection du président de la Chambre des députés », *R.D.P.* 1906, pp. 5-26.

[573] A. ESME1N, *op. cit*.. p.230 « la très grande majorité des citoyens, très capables de choisir des représentants d'après leurs opinions connues et d'orienter ainsi la législation et le gouvernement, est incapable d'apprécier lois ou projets de lois qui lui seraient soumis. Il lui manque pour cela, comme le disait Sieyès, deux choses nécessaires : l'instruction pour comprendre ces projets, et le loisir pour les étudier» ; de même J.SIGNOREL, *Etudes de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, Paris Rousseau, 1896, p. 458.

[574] H. NEZARD, *op. cit*., p.91.

efficace pour limiter la toute puissance du législateur. L'institution du référendum, dit Brissaud, « *peut être envisagée comme un frein à l'omnipotence des Assemblées législatives ; celles-ci pensent et agissent quelquefois autrement que les électeurs qui les ont nommées ; le peuple peut les désavouer, les empêcher d'abuser de leur pouvoir (...) Il peut prévenir les troubles, il peut faire à un moment donné l'économie d'une émeute, sinon d'une révolution. L'avantage d'agir ainsi à la façon d'une soupape de sûreté est appréciable* » [575]. Mais Brissaud ne conclut pas pour autant en faveur du référendum, car les membres d'une assemblée ont « *un savoir , une expérience qui manquent au peuple* ». Les rares partisans du référendum ou de l'initiative populaire ne voient eux aussi dans ces procédés qu'un moyen d'obtenir plus facilement l'obéissance du citoyen à la règle de droit [576].

Quant à Duguit, s'il se prononce pour le référendum consultatif, c'est dans le but de renforcer la solidarité entre l'électeur et l'élu, solidarité nécessaire à la bonne marche du système. Il ne s'agit pas de consacrer le droit d'égale participation des citoyens à la puissance publique, puisque cc droit n'est selon lui qu'un pur sophisme[577], mais plutôt de faire obstacle à la toute puissance d'une oligarchie parlementaire[578]. Et si Duguit accepte le référendum, il rejette le mandat impératif[579].

Partisans et adversaires de ces procédés se préoccupent donc davantage d'assurer l'application de la loi que d'accroître la participation des gouvernés à sa confection[580]. Et ces procédés ne sont admis que dans la mesure où ils peuvent faciliter la paix sociale et limiter la puissance parlementaire.

B — Sur le plan politique : la défense des valeurs libérales

« *La fonction du libéralisme dans le passé a été de mettre une limite au pouvoir des rois. La fonction du libéralisme dans l'avenir sera de limiter les pouvoirs des Parlements* »[581]. Cette phrase de Spencer résume assez bien l'attitude des publicistes qu'ils soient conservateurs ou progressistes, ils refusent les extrémismes et souhaitent défendre les libertés individuelles qu'ils croient menacées par ce que Tocqueville appelait le risque de « *despotisme démocratique* ».

Dans ces conditions, l'extension de la démocratie leur paraît dangereuse pour la défense de ces libertés, tout autant sinon plus que l'autoritarisme. En outre,

[575] J. BRISSAUD, *loc. cit*., p. 358.
[576] M. HAURIOU, *op. cit.,* p. 446 ;H. NEZARD, *op. cit*., p. 594 : « Peut-être serait-il temps (...) de prêter une oreille plus attentive aux mouvements populaires dont la violence tomberait par l'ouverture dune porte aux manifestations pacifiques de leur volonté, d'affermir l'autorité de la loi dont quelques-uns s'affranchissent trop volontiers, en reconnaissant compétence, pour la sanctionner, à tous ceux qui en droit sont censés ne pas l'ignorer ».
[577] L. DUGUIT, *Manuel*... p. 491
[578] L. DUGUIT, *op. cit*.. p. 301.
[579] L. DUGUIT, *op. cit.,* p. 314.
[580] En sens contraire, voir H. BOUCHET, *op. cit*.
[581] H. SPENCER, cité *in* A. Tardieu, *L'heure de la décision*, Paris, Flammarion, 1934, p. 230.

les juristes ont traditionnellement tendance à se définir comme des hommes du «juste milieu », nous les avons vus défendre le régime parlementaire comme régime d'équilibre et brandir les épouvantails de l'anarchie et du despotisme comme ennemis à combattre[582]. Leurs préoccupations, sinon leur statut, les conduisent assez logiquement dans cette voie : « *comme les pouvoirs de l'Etat ont pour fonction la direction des intérêts nationaux dans l'ordre, la sécurité et la paix, la science politique ne peut admettre un système de réformation, qui périodiquement imprime aux intérêts nationaux des troubles prolongés (...) La science doit condamner de façon absolue le mode révolutionnaire pour la réforme des institutions politiques*»[583].

L'histoire de la Troisième République les y conforte : né peu après la répression do la Commune, le régime a dû ensuite affronter la contestation du boulangisme, de l'anarchisme et du socialisme, et la volonté républicaine de rétablir un consensus s'est trouvée à chaque instant contrecarrée par les conflits[584]. Cette agitation politique et sociale semble avoir été vivement ressentie par les publicistes et contribué à ce qu'ils se réfugient sur le terrain juridique où les conflits sont médiatisés par le droit. Le souvenir de la Commune qui avait pratiqué le mandat impératif n'est manifestement pas étranger à leur rejet des procédés de démocratie semi-directe, de même que le césarisme a pu jouer un rôle dans leur refus du référendum.

Face à la contestation anarchiste et socialiste, la défense des libertés individuelles tend à devenir une défense de l'ordre social. Confronté à la poussée démocratique, le libéralisme se fait nécessairement plus conservateur qu'il ne l'était un siècle auparavant. Aussi les limites posées aux libertés publiques sont-elles facilement acceptées au nom du maintien de l'ordre contre les perturbateurs[585]. Et quoique les publicistes n'aient pas été forcément anti-dreyfusards, au contraire, on peut noter de nombreuses convergences entre leur propos et celui de la Ligue de la Patrie Française, cette version édulcorée du nationalisme tapageur à la Déroulède : les chefs de la Patrie Française, dit Sternhell, « *s'en prennent, tout d'abord, à l'irresponsabilité et à la corruption de « cet autre souverain à six-cents têtes* », ils

[582] Voir *supra*, titre II, chapitre I.
[583] M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *R.D.P*. 1901, tome XVI, *loc cit*., p. 421.
[584] Voir la chronique politique de la *R.D.P*. tenue par E. DEJEAN, F. MOREAU et ZEDYX voir également J.M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, *op.cit*.
[585] Voir par exemple, sur la liberté de la presse J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *R.D.P*. 1915, p. 320 ; G. BARBIER, « Les lois contre les anarchistes », *R.D.P.* 1894, tome II, pp. 444-467 ; H. BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 5e éd. 1908, p. 289, cf. L. DUGU1T, *op. cit.*, p.582. Voir également J. BARTHELEMY, « Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 295-320, pp. 309-310 : l'auteur estime que le gouvernement peut suspendre l'application des lois et apprécier « dans chaque espèce si l'intérêt public n'exige pas que le délit soit ignoré, plutôt que de faire à l'auteur de ce délit une fructueuse réclame (...) Est ce que le gouvernement est juridiquement tenu de conférer l'auréole du martyre à tous les partisans de doctrines anti-sociales et anarchiques qui provoquent et qui recherchent précisément les poursuites en commettant des délits prévus et punis par la loi ? »

préconisent, ensuite, un renforcement de l'exécutif, mais, contrairement à la droite radicale, ils sont hostiles à l'autoritarisme[586].

Mais tout en soutenant ces thèses, une partie de la doctrine se range du côté des progressistes : Duguit et l'Ecole de Dijon cherchent davantage une conciliation du libéralisme et de la démocratie qu'à simplement défendre les valeurs libérales. Dans cette optique, la propriété devient fonction sociale plus que droit subjectif absolu et sacré. Mais cette tentative d'adapter le libéralisme aux mutations de la société trouve rapidement ses limites lorsqu'il s'agit du droit de grève. Or la seule lecture de la chronique politique de la *Revue du Droit Public* montre à quel point se développent les conflits sociaux au tournant du siècle[587]. La situation est devenue suffisamment préoccupante pour que le parlement vote une loi sur la responsabilité des communes en cas de trouble en avril 1914. Les grèves de fonctionnaires comptent parmi les plus importantes et les plus longues. Postiers et cheminots réclament l'alignement sur les travailleurs du secteur privé pour obtenir la reconnaissance du droit syndical et du droit de grève. Or, nous le verrons, les publicistes, dans leur très grande majorité, se prononcent pour le statut contre le contrat et dénient aux agents des services publics la possibilité de faire grève[588].

Les auteurs se partagent sur la question du droit d'association et du droit syndical, mais la plupart refusent l'idée que les fonctionnaires puissent en bénéficier. Jèze note qu'au début de l'année 1913 une discussion s'est engagée à ce propos à la société d'études législatives et que « *tous les professeurs de droit qui y ont pris part se sont déclarés contre le caractère licite des associations de fonctionnaires, tandis que tous les membres du Conseil d'Etat se prononçaient pour le caractère licite de ces associations* »[589] . Pourtant, dans un arrêt du 4 mars 1913, *Cardinal Luçon*, la Cour de Cassation elle-même admet la licéité des associations de fonctionnaires et leur reconnaît le droit d'agir en justice, tout comme l'avait déjà fait le Conseil d'Etat le 21 décembre 1908. La doctrine s'avère donc plus conservatrice que la jurisprudence. Il n'y a guère que Duguit et Jèze pour adopter une attitude différente et

[586] Z. STERNHELL *op. cit*., p. 135.

[587] Voir également L. ROLLAND, « La responsabilité des communes en cas de troubles et d'émeutes », *R.D.P.* 1913, pp. 350-370, p. 351 : « Durant ces douze années de travail parlementaire, divers faits ont contribué à préciser, à affermir ou à compliquer les idées : la multiplication des grèves entraînant malheureusement parfois des troubles sérieux dans les centres industriels, les incidents du Midi en juin 1897, de l'Aube et de la Marne en février et mars 1911, l'augmentation du nombre des manifestations tumultueuses, voire violentes ».

[588] J. BARTHELEMY, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement », *R.D.P.* 1911, pp. 129-163, p. 131 : « la rétroactivité des retraites, jointe d'ailleurs à l'arbitrage, est destinée à faire accepter aux cheminots la suppression de leur prétendu droit de grève » ; H. CHARDON, *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin, 1912, 2ème éd., p. 111 : « tout fait de grève dans un Service Public quelconque doit être puni avec une impitoyable rigueur ; car il est plus criminel pour la nation que la plupart des infractions prévues par les lois pénales » ; L. DUGUIT, *op. cit*., p. 418: « nous leur refusons sans hésiter le droit de grève et le droit syndical ; A. ESMEIN, *op. cit*., 5e éd., 1909, p. 635 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 488 : « le droit de grève ne saurait être reconnu aux fonctionnaires » ; G. JEZE, « Définition des fonctionnaires publics », *R.D.P.* 1914, pp. 153-183, p. 175 « le régime du Service Public repose sur la suprématie de l'intérêt général. La grève est donc, de la part des agents au Service Public, un fait illicite, une faute disciplinaire » ; A. LEFAS, *L'Etat et les fonctionnaires*, *op. cit*.. pp. 175 et 206.

[589] G. JEZE, « Notes de jurisprudence judiciaire », *R.D.P.* 1913, pp. 537-543, p. 540, note 2.

admettre jusqu'au droit syndical des fonctionnaires. Duguit, rejoignant ainsi Proudhon, voit dans la formation syndicale «*l'organisation permanente d'une résistance défensive à l'oppression* »[590] à laquelle nous avons vu qu'il était favorable. Sans aller aussi loin, Jèze s'oppose aussi à ceux qui ne veulent voir dans le syndicat qu'un « *concert en vue de la grève* » et critique la fausse distinction faite par la jurisprudence entre syndicat et association[591]. Nézard enfin, a dans ses premiers écrits admis jusqu'au droit de grève des fonctionnaires de gestion, opposés aux fonctionnaires d'autorité, à partir d'une distinction chère à Barthélemy des actes qu'ils édictent[592] mais il abandonnera cette thèse quelques années plus tard.

Cette opposition au sein de la doctrine reflète à la fois les différences de sensibilité politique et les hésitations entre conceptions individualiste et solidariste. Si Duguit est favorable aux syndicats, c'est parce qu'il voit en eux des interlocuteurs capables d'éviter les conflits, des représentants du monde professionnel plus compétents que les politiciens pour comprendre les problèmes de l'Etat interventionniste. Quoiqu'il ait été taxé d'anarchisme par certains de ses contemporains, ses conceptions sont finalement celles d'un homme qui souhaite réformer le système pour éviter le conflit. La grève des fonctionnaires reste un tabou dans la mesure où elle met en évidence des conflits d'intérêts là où les juristes ne veulent voir que l'intérêt général. Que les serviteurs de l'Etat soient prêts à remettre en cause le consensus, voilà ce que ni les individualistes ni les solidaristes ne sauraient accepter.

Quand la grève touche les autres catégories sociales, les publicistes se sentent moins concernés et souhaitent simplement que la crise soit réglée par des voies juridiques telles que l'arbitrage imposé par l'Etat entre patrons et salariés. Ils n'envisagent pas de moyens autres que juridiques pour faire face aux problèmes sociaux ; il en va de même *a fortiori* quand il s'agit de contrôler plus étroitement les actes des gouvernants. Entre les contrôles politiques et les contrôles juridiques, ils préfèrent tous les seconds, tant parce que les conceptions libérales qui restent leur commune référence sont marquées par le juridisme, que parce que le champ politique apparaît de plus en plus comme le lieu du conflit.

§ 2. - L'OPPOSITION DU JURIDIQUE ET DU POLITIQUE

[590] L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, *op. cit*.

[591] G. JEZE, « Définition des fonctionnaires publics », *loc. cit*., p. 181: « Le syndicat n'est pas nécessairement un concert en vue de la grève (...) Tout syndicat de fonctionnaires peut être considéré, depuis 1901, comme constituant une association licite, sauf à ne bénéficier que du régime juridique de la loi de 1901. C'est pourquoi, à mon avis, les jugements et arrêts des tribunaux judiciaires prononçant la dissolution de syndicats de fonctionnaires sont très critiquables ».

[592] H. NEZARD, *Théorie juridique de la fonction publique*, thèse, Paris. 1901, p. 749. De même, H. BERTHELEMY, *Traité*..., 5e éd., 1908, p. 54.

Cette opposition est plus ou moins marquée selon les auteurs. Nous verrons qu'elle est particulièrement nette dans l'oeuvre de Jèze, mais qu'on la retrouve en filigrane dans les conceptions de tous les publicistes de la période considérée. Servie par le développement du droit administratif, elle se traduit en même temps par ce que M. Deslandres a appelé « *la crise de la science politique* »[593]. Le droit constitutionnel est en effet concerné au premier chef par la relativisation des garanties politiques. Aussi, la question du contrôle de constitutionnalité des lois, logiquement essentielle pour l'établissement d'un Etat de droit, doit-elle être étudiée à la lumière de cette opposition pour comprendre les réticences des auteurs à l'organisation d'un tel contrôle. Nous verrons ensuite que la distinction du politique et du juridique touche principalement à l'idée de compétence et d'efficacité, opposée à l'incurie des politiciens si souvent dénoncée à l'époque.

A - Les dangers du contrôle de constitutionnalité des lois

Ce contrôle occupe une place intéressante par son ambigüité. Il se situe en effet aux confins du juridique et du politique dans la mesure où il s'agit de faire d'une norme essentiellement politique (la constitution) une véritable règle juridique dotée d'une sanction, qui puisse s'imposer efficacement à l'organe législatif.

Nous ne reprendrons pas ici les discussions sur les différents types de contrôles possibles : juridiques ou politiques. Il suffit de rappeler que tout contrôle de constitutionnalité des lois, quel qu'il soit, donne à l'organe qui en est chargé un rôle politique évident. Les juristes se trouvent ainsi confrontés à deux problèmes : faire de la constitution une véritable norme juridique ; choisir un organe auquel confier le contrôle des lois. Mais, comme le remarque Barthélemy, « *toute organisation d'une sanction juridique, quelque parfaite qu'elle soit, aboutit comme à un couronnement inéluctable, à un organe qui n'en a pas d'autre au-dessus de lui* »[594]. En d'autres termes, le système juridique est destiné à rester inachevé, sauf à admettre de s'ouvrir en dernier ressort sur une dimension politique. Il n'aura donc servi à rien d'évacuer la question de la légitimité politique à l'origine de l'ordre juridique, puisque le système ne peut se clore sans elle.

A qui confier cette tâche périlleuse de faire respecter la constitution par le parlement ? La seule réponse valable pour un juriste consiste à désigner les tribunaux ; mais ce choix évident implique immédiatement des objections, car il obligerait les juges à se compromettre directement dans le domaine qu'ils prétendent refuser. C'est ce que remarque Nézard lorsqu'il écrit que « *ce serait faire jouer aux tribunaux un rôle politique en vue duquel ils ne sont pas organisés et dans lequel ils*

[593] M. DESLANDRES, « La crise de la science politique », *R.D.P.* 1900, tome XIII, pp. 1 -49, pp. 214-246, pp. 470-496, *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 394-427, *RD.P.* 1901, tome XVI, pp. 45-95 et pp. 402-451.
[594] J. BARTHELEMY, « Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 92-101 p. 97.

perdraient de leur autorité »[595]. On peut relever les mêmes craintes chez Duguit lorsqu'il envisage l'institution d'une haute juridiction chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Il recule devant les problèmes d'organisation (composition de cet organe, mode de saisine) et se demande quelle efficacité pourrait avoir ce contrôle[596]. Le respect des décisions de cette haute juridiction ne peut en effet être garanti par le droit lui-même, mais par l'autorité politique de l'organe qui en est chargé.

Mais Duguit élude surtout le problème essentiel : celui de la norme de référence. Selon lui, on le sait, il existe un droit supérieur qui s'impose au législateur, même dans le cadre d'une constitution souple, et dont le contenu réside dans la solidarité sociale. Il faudrait donc que le juge sanctionne les lois, non par rapport à la constitution, mais au regard de cette notion floue de la solidarité sociale. On conçoit que l'organisation d'un tel contrôle pose problème et que les solidaristes fassent prudemment le silence sur ce point.

Dans ces conditions, les publicistes ont tendance à préférer l'absence de contrôle à un système qui impliquerait de trop près le juge dans le domaine politique[597].

En outre, la question perd de son importance dès lors que sont diminués les pouvoirs du parlement par rapport au gouvernement. La campagne en faveur du règlement prend ainsi tout son sens : si le contrôle de constitutionnalité des lois pose des problèmes politiques, il n'en va pas de même du contrôle juridictionnel sur les règlements. Il suffit, par conséquent de développer le champ d'action des règlements que le Conseil d'Etat pourra toujours contrôler, pour établir l'Etat de droit sans avoir à poser la question de la dimension politique du système juridique.

Si les publicistes souhaitent éviter la confrontation du juridique et du politique, c'est à la fois pour préserver une certaine cohérence de l'ordre juridique, son auto-suffisance en quelque sorte, et pour garder à leur spécialité l'autorité de la compétence technique.

B — Le discours de la compétence

À l'incompétence des parlementaires, les juristes aiment opposer leurs connaissances techniques[598]. Il s'agit pour eux de se démarquer des politiciens et de

[595] H. NEZARD, *op. cit.*, p. 17 ; *ibidem*, p. 115 : « les tribunaux ne sont pas organisés d'une manière assez indépendante pour jouer le rôle politique des magistrats américains ».
[596] L. DUGUIT, *Manuel...*, pp. 654-661.
[597] A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 753 : « Comment la théorie de la révision limitée peut-elle s'imposer au respect de l'Assemblée Nationale ? On doit, je crois, reconnaître que, comme pour le respect de la Constitution devant le Corps Législatif, il faut s'en remettre à la conscience dell membres de l'Assemblée au sentiment, de la règle qui presque inévitablement dominera la majorité. Une sanction directe et juridique me paraît impossible à trouver ».
[598] G. JEZE, « Le rôle du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1912, pp. 266-294, p. 289: « l'opinion des membres du Parlement dans les questions de ce genre n'a point de valeur. La

constituer le droit en une science autonome. Cette volonté apparaît de plus en plus clairement au fil des années, et semble se renforcer à mesure que s'aggrave la crise du parlementarisme. Ainsi, la plupart des articles de Jèze à partir de 1910 développent inlassablement cette idée qu'il « *faut distinguer soigneusement le point de vue politique et le point de vue juridique*[599] *et que la légitimité politique n'est pas une question de droit* » [600]. S'il insiste particulièrement sur la nécessité de séparer ces deux domaines, c'est aussi pour s'opposer à Duguit dont il estime qu'il confond trop souvent les deux[601]. C'est en effet l'un des problèmes posés par la théorie de la solidarité sociale, qui, de ce point de vue, présente les mêmes inconvénients que celle du droit naturel. Cette question mise à part, il reste que tous les auteurs sans exception soulignent les avantages que présentent les recours juridictionnels sur les contrôles politiques. Paradoxalement, c'est Moreau, le défenseur du régime parlementaire, qui résume le mieux la position de la doctrine sur ce point : après avoir critiqué « *les fâcheuses et stériles méthodes appliquées aux travaux parlementaires* », il ajoute que « *les voies contentieuses sont en général préférables à tous les points de vue : abstraitement, parce qu'elles représentent le droit en mouvement pour sa sauvegarde et que, par conséquent, elles suffisent pour contenir l'Administration dans les limites de son devoir (...) concrètement, et pour les*

---

plupart ignorent les premiers éléments du Droit ; les classifications scientifiques leur paraissent absolument oiseuses, comme d'ailleurs au grand public qui n'en comprend pas l'importance pratique » ; F. MOREAU, « Chronique constitutionnelle et parlementaire 1899-1900-1901 », *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 324-348 et pp. 469-515, p. 496 : « l'homme politique a l'habitude de résoudre les questions par des considérations d'intérêt, intérêt personnel, intérêt de la circonscription électorale, intérêt du parti, intérêt du pays ; le juge a l'habitude de se déterminer pour des raisons de droit, et en matière criminelle, par l'examen objectif des preuves apportées par l'accusation. Les deux états d'esprit sont aux pôles opposés de la conscience », et p. 514: « les membres de la Haute Cour n'ont pas gardé la sérénité, pas même le silence que tous les juges doivent à leurs accusés (...) ils n'ont pas, en prenant place dans la Haute Cour, à renoncer aux habitudes sans façon des assemblées politiques, s'astreindre à suivre une audience du début à la fin, consentir à entendre les débats entiers. On les a entendus murmurer pendant l'interrogatoire des accusés, pousser des exclamations pendant la déposition de plusieurs témoins ; à certains moments, sur les bancs des juges, le bruit éclate, le tumulte règne. Quel contraste instructif avec l'excellente tenue de nos juridictions ordinaires ! ».

[599] G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *R.D.P.* 1914, pp. 311-334 ; également: JEZE, « Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non rétroactivité des lois », *R.D.P.* 1913, pp. 61-71, p. 67 : « pour apprécier juridiquement une situation juridique, il faut faire abstraction des motifs politiques qui l'ont amenée ».

[600] G. JEZE, « Analyse du livre de L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 1911 et du livre de M. Hauriou, *Les idées de M. Duguit*, 1911 »,*R.D.P.* 1912, pp. 180-183, p. 183 ; également : G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437-502, p. 502.

[601] G. JEZE, « Analyse du livre de L. Duguit, *Traité...* », *loc. cit*., p. 182: « M.D., me semble-t-il, omet de distinguer nettement le point de vue *juridique* et le point de vue *politique* (..) Au point de vue *politique*, la résistance à l'oppression est, pour l'individu, plus qu'un droit : c'est un devoir. *Politiquement parlant*, au cas d'oppression et de tyrannie, l'insurrection est le premier et le plus sacré des devoirs pour des hommes libres. Mais si la révolution est le plus sacré des devoirs au cas d'oppression, c'est un pouvoir et un devoir *politique* ; ce n'est pas un pouvoir et un devoir *juridique* (...) Cette distinction du devoir *juridique* et du devoir *politique* me paraît donner la solution de la difficulté (...) La révolution est un conflit à mort entre le devoir *juridique* et le devoir *politique* »; voir également G. JEZE, à propos de la loi du 1er mars 1899 dessaisissant la Chambre criminelle de la Cour de cassation du pourvoi de Dreyfus (« Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non rétroactivité des lois », *loc cit.*), p. 65 : « On peut n'avoir aucune estime politique pour ceux qui l'ont proposée et votée, on peut avoir la conviction politique qu'ils ont commis une mauvaise action. Mais ceci n'intéresse pas la technique juridique. Un pouvoir juridique doit être examiné objectivement ».

particuliers, parce qu'elles leur donnent une satisfaction assurée, la garantie certaines de leurs droits, et que seules elles ont cet effet »[602].

Etablir l'Etat de droit sur la base de recours juridictionnels offre ainsi deux avantages : faire de l'ordre juridique un système clos garantissant à lui seul la légitimité de l'Etat ; donner aux particuliers des moyens plus efficaces d'obtenir satisfaction à l'encontre de l'Etat que ne pourrait faire la proclamation du droit de résistance à l'oppression, par exemple. La légitimité se résume désormais à l'affirmation du principe de légalité, à sa mise en oeuvre par des moyens exclusivement juridiques. La protection des administrés contre les abus de pouvoir devient une sorte de résultat accessoire ; ce qui importe avant tout, c'est que le système juridique soit capable d'expulser de son sein tout acte étranger à la légalité.

La confrontation des contrôles politiques et des contrôles juridiques tourne systématiquement chez les publicistes au profit des seconds, au point qu'ils y voient l'essence de la véritable démocratie[603]. Ainsi, le développement du recours pour excès de pouvoir garantit mieux l'excellence du système que ne pourrait le faire le suffrage universel lui-même : « *le suffrage universel sert à la sauvegarde des intérêts et non à la défense de la loi (...) Au contraire, il est conforme à l'esprit des démocraties que tout citoyen signale les violations des lois dont il est informé* »[604]. De la même façon, Hauriou croit voir se dessiner une tendance à la domination du juge sur l'administration active[605].

Cette primauté du droit sur la politique, censée constituer un progrès pour la démocratie, est aux yeux des juristes une victoire de la technique et de l'objectivité sur l'incurie parlementaire et les passions politiciennes[606]. L'opposition du droit et de la politique s'alimente beaucoup en effet au discours scientiste et déjà technocratique

[602] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 283 ; H. NEZARD, *op. cit.*, p. 351 : « les recours juridictionnels constituent une protection efficace des administrés contre les actes de l'administration ».

[603] F. LARNAUDE, « Analyse du livre de L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1909 », *R.D.P.*, 1910, pp. 381-391, p. 391 : « la limite du pouvoir, soit de l'Etat, soit du groupe, soit de l'individu, sa fixation à l'avance, la certitude qu'elle ne sera pas dépassée, que si elle l'est, par qui que ce soit, une autorité impartiale fera cesser ce trouble juridique, voilà le but, voilà l'idéal, et on me permettra d'ajouter, voilà pour l'individu, la vraie liberté ! » ; G. JEZE, « Un recul de la théorie des actes de gouvernement », *R.D.P.* 1911, pp. 663-684, p. 667: « pas de responsabilité devant le Parlement, cela ne veut rien dire (...) ce qu'il faut, c'est de la responsabilité devant les tribunaux » ; A. DE SAINT-GIRONS, *Essai…*, p. 385 : « il vaut mieux soumettre les agents du pouvoir exécutif à l'observation de certaines formes protectrices des droits et des intérêts, organiser la responsabilité des fonctionnaires, que substituer un pouvoir collectif à un individu » ; G. CAHEN, *op. cit.*, p. 426 à propos du contrôle de constitutionnalité des lois: « tel nous semble devoir s'affirmer dans l'avenir le triomphe définitif de la vraie démocratie ».

[604] F. MOREAU, « Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit établie par les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884 », *R.D.P.* 1912, pp. 649-717, p. 667.

[605] M. HAURIOU, note sous CE *Empris*, 16 juin 1910, *Sirey* 1911-3-89.

[606] G. JEZE, « Limitations au pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à prendre part à un concours en vue d'une fonction publique », *R.D.P.* 1912, pp. 453-470, p. 454 : « les députés n'ont ni les connaissances juridiques, ni l'impartialité d'un tribunal » ; L. ROLLAND, « La responsabilité des communes en cas de troubles et d'émeutes », *loc. cit.*, p. 370 : « il y a des cas où, pour réaliser une réforme, le mieux est d'abroger un texte et de laisser la jurisprudence intervenir ».

de la compétence. Ainsi, le mode de pensée juridique relèverait de la logique, alors que la politique ne serait qu'affaire de volonté et, dans le pire des cas, d'ambition[607] . Duguit, par exemple, voit dans le raisonnement du juge un syllogisme, donc une oeuvre objective, presque mathématique[608]. Le droit se situe du côté de la raison, la politique, au contraire, est compromise dans les intérêts locaux et électoraux. Il faudrait donc se réjouir, comme le fait Moreau, de ce que la tutelle juridictionnelle remplace peu à peu la tutelle administrative exercée par le préfet qui, « *asservi par la politique électorale* »[609], tend à délaisser son rôle.

Il faudrait aussi préserver le juge des contacts avec le monde politique. C'est ce qui explique en partie, nous l'avons vu, les réticences à l'encontre d'un contrôle de constitutionnalité des lois ; c'est aussi la raison pour laquelle certains critiquent les projets de réforme du recrutement du Conseil d'Etat permettant d'ouvrir la haute juridiction administrative à des personnalités nommées discrétionnairement par le pouvoir[610].

La politique ne doit pas contaminer le droit ; mais le droit, en revanche, doit se soumettre l'administration active, que ce soit par le biais des contrôles juridictionnels[611] ou par l'établissement d'un statut des fonctionnaires pour enrayer ce qu'on appelle « *les excès du favoritisme* » [612]. Dans le monde positiviste de la Troisième République, la prétendue rationalité du droit [613] est un gage d'indépendance et d'efficacité face aux « errements » du suffrage universel. Il en résulte que le citoyen devrait se sentir mieux protégé par l'exercice du recours pour excès de pouvoir que par celui du droit de vote. Moreau l'explique très clairement en 1912 : « *la qualité de contribuable n'assure plus aucune influence sur l'administration locale, bien que les contribuables, où les femmes et les enfants*

[607] J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *loc. cit.* p. 493 : « une loi est en général une oeuvre de volonté, l'interprétation est une oeuvre de raisonnement » ; G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence... », *loc. cit*., p. 315 : « la mission du théoricien vient compléter celle du praticien (...) le théoricien a l'esprit plus libre, il a plus de loisirs, il a aussi plus de moyens».

[608] L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P*. 1906, pp. 413-471,p. 450.

[609] F. MOREAU, « Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit... », *loc. cit.*, pp. 673 et s.

[610] L. ROLLAND, « La réaction contre les abus du favoritisme », *R.D.P.* 1911, pp. 571-600, p. 578 : « autant il nous semble normal que, dans le Conseil pénètrent de l'extérieur des personnes ayant reçu une formation juridique et administrative différente de celle résultant de la préparation du concours, autant il nous paraît détestable d'introduire, dans une assemblée comme celle-là, des personnes n'ayant d'autre titre à leur nomination que l'amitié ou la recommandation d'un personnage politique influent ».

[611] G. JEZE, « Notes de jurisprudence judiciaire », *R.D.P.* 1913, pp. 537-543, p. 537 : « il faut se garder d'imiter ceux qui ont toujours manifesté une humble déférence envers la puissante Administration. Peu leur importe que cette administration ne fasse pas son devoir (...). Prosternés devant le Pouvoir exécutif, ils refusent de venir au secours des individus dans leur lutte contre l'arbitraire des agents administratifs. Ils ne veulent prendre aucune part, si minime soit-elle, à l'affranchissement des individus de la rude poigne des agents administratifs. Bien plus, ils critiquent le Conseil d'Etat, en s'étonnant de sa hardiesse. Ils n'ont pas compris la transformation du droit public. Ils continuent à adorer la Puissance Publique, souveraine, intangible ».

[612] L. ROLLAND, « La réaction contre les abus du favoritisme », *loc. cit.* p. 593.

[613] G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *loc. cit*., p. 502 : « c'est ce conflit entre le sentiment nationaliste et le principe rationnel qui, à mon avis, explique sans les justifier, certaines des solutions proposées par les juristes ou admises par la jurisprudence française ».

doivent être comptés, soient beaucoup plus nombreux que les électeurs, ils ont à subir les volontés, les caprices, les fautes, les fraudes. D'un autre côté, la pratique prolongée du suffrage universel a dissipé en partie l'illusion démocratique. Le suffrage universel ne donne pas toujours à toutes les communes des administrateurs habiles et respectueux des lois. La tutelle administrative et, pour le respect des lois, la juridiction sont chargés d'y remédier. Le Conseil d'Etat voit — ce que tout le monde voit — la nécessité d'assurer aux administrés au moins l'application des lois. C'est à ce but que tend sa jurisprudence actuelle, et elle a déjà procuré ce bienfait aux contribuables, ce qui est l'essentiel. Il faut que le suffrage universel et ses élus sachent qu'ils ont le devoir d'obéir à la loi, et que ce devoir est surveillé et sanctionné exactement par une juridiction. Il n'en saurait être autrement dans une société qui ne veut point tomber à la barbarie »[614].

Le développement des contrôles juridictionnels se présente désormais avec la même évidence que celui du contrôle parlementaire autrefois. Certes, on pourrait penser qu'il s'agit simplement de compléter par des moyens juridiques le système des garanties politiques mise en place par l'Etat légal. Mais la crise du parlementarisme montre, selon les publicistes, qu'il faut combattre l'organe législatif qui passait jusqu'alors pour le meilleur rempart contre les abus de pouvoir, et limiter les risques du « despotisme démocratique ». Or ce retournement de situation se fait au profit de l'exécutif et à celui du juge par l'intermédiaire d'un discours de la compétence technique de ces deux organes. Il y aurait un parallèle à établir entre les qualités prêtées à l'exécutif contre le parlement, et celle que l'on attribue au droit contre la politique. Dans les deux cas en effet, ce sont les connaissances techniques et l'efficacité qui sont mises en avant pour justifier qu'on leur accorde une place plus importante. Dès lors, il s'agit moins de sauvegarder les droits du citoyen que de protéger l'administré, et surtout de faire respecter l'ordre juridique. D'instrument de liberté, la perfection du droit tend ainsi à devenir à elle-même sa propre fin.

Critique à l'égard de l'Etat légal, la doctrine n'adopte donc pas pour autant des conceptions radicalement différentes de celles qui ont contribué à sa mise en place. Elle semble au contraire vouloir maintenir les valeurs libérales sur lesquelles il se fonde et que les transformations économiques, sociales et politiques de la Troisième République tendent à remettre en cause. La multiplication des services publics, le développement du fonctionnariat et du syndicalisme, l'avènement du suffrage universel sont en effet autant de facteurs qui viennent perturber un système élaboré un siècle auparavant et qui s'est développé en grande partie contre l'éventualité de tels changements.

Défini comme le système qui organise le règne de la loi, l'Etat légal a lui-même connu un certain nombre de transformations depuis 1789. Régime

[614] F. MOREAU, « Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit édictée par les articles 63, 65 et 67, de la loi du 5 avril 1884 », *loc. cit*., pp. 674-675.

révolutionnaire à son origine, il proclamait la suprématie de la loi, acte général, impersonnel, et expression de la volonté commune raisonnable, comme la meilleure garantie contre l'arbitraire. La révolution une fois réalisée, l'Etat légal a pris, comme le libéralisme, un tour plus conservateur, et le règne de la loi est devenu, avec la Monarchie de Juillet, synonyme du règne de la raison exprimée en toute indépendance par les gouvernants, les nécessités de l'ordre public ayant pris le pas sur la recherche de garanties contre l'arbitraire.

L'avènement de la Troisième République, enfin, achève la transformation du règne de la loi en suprématie du législateur tout en faisant retour aux références initiales de l'Etat légal, celles de la Révolution ; la prééminence du parlement est alors perçue comme l'omnipotence d'un législateur consacré par le suffrage universel.

C'est à ce dernier état du règne de la loi que sont confrontés les publicistes de la Troisième République, et les critiques qu'ils adressent à l'Etat légal concernent au premier chef le despotisme du législateur induit par la poussée démocratique. En un sens, on peut dire qu'ils font le procès de l'Etat légal investi par le suffrage universel au nom précisément de la tradition de l'Etat légal. Dans ces conditions, les rapprochements que Barthélemy opère entre Duguit et les doctrinaires deviennent plus compréhensibles, de même que la réinterprétation des concepts révolutionnaires qui trouve son origine dans les théories politiques de la Monarchie de Juillet.

Plutôt que de rejeter l'Etat légal, il s'agit pour la doctrine d'en sauvegarder ce qui constitue à ses yeux l'essentiel en l'adaptant aux transformations sociales de la fin du dix-neuvième siècle. Ainsi la conservation des valeurs libérales exclut tout développement de la participation active des citoyens au pouvoir, mais la faillite des croyances traditionnelles dans les vertus de la nation et de son premier représentant (le parlement) implique à la fois un bouleversement des concepts juridiques hérités de la Révolution, la recherche d'un nouveau système de légitimation du pouvoir et l'organisation de contrôles efficaces. Or le développement du droit public, et tout particulièrement du droit administratif, offre opportunément une solution sur le terrain juridique par la voie des recours juridictionnels qui semblent pouvoir clore le système par l'organisation de sanctions juridiques à la violation de toutes les normes.

L'Etat de droit se présente ainsi comme l'héritier de l'Etat légal qu'il achève et qu'il dépasse en organisant sa légitimité sur le fondement du droit plutôt que sur la suprématie du législateur. Le règne de la loi se dégrade en simple principe de légalité[615] dont le juge assure la sanction, et le libéralisme parvient à se combiner à

[615] G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Seuil, coll. Points, 1979, p. 148 : « Initialement la loi était conçue comme une puissance libératrice parce que, sous son empire, les hommes retrouvaient une égale dignité. Elle était la règle qui affranchit. Mais elle n'était telle qu'à raison de son intemporalité. À partir du moment où elle dut affronter la réalité – et quel législateur pourrait se flatter d'échapper à cette nécessité- elle pouvait soit bouleverser l'état social existant, soit l'accepter. Le bouleversement, la pensée libérale l'écarte pour les raisons que nous savons et au rang desquelles la protection des libertés acquises occupe la première place. Restait l'acceptation, ce qui impliquait la consolidation des situations établies. Par cette acceptation même la loi se compromet avec l'ordre existant, et c'est alors que ses préceptes donnent naissance à la légalité. La

la démocratie par la voie d'une démocratie essentiellement juridique (et donc seulement formelle) qui, en développant la liberté-autonomie et la sécurité du commerce juridique, sauvegarde les valeurs libérales et se présente comme un progrès démocratique. Par cette recherche de la perfection de l'ordre juridique qui se voudrait en même temps perfection du système politique par le droit, l'Etat de droit opère ainsi ce que l'on pourrait appeler la consécration du Droit.

légalité, c'est la monnaie fiduciaire de la loi. Quand bien même l'étalon serait en or, c'est d'une matière plus vile qu'est faite la monnaie. Il en va ainsi de la légalité : elle sert de critère facile aux comportements de la vie courante. Signe fiduciaire adopté pour sa commodité, elle ne domine plus les rapports sociaux ; elle se borne à enregistrer, avec la caution de la puissance publique, la situation de fait d'où ils procèdent ».

DEUXIÈME PARTIE

LA CONSÉCRATION DOCTRINALE DU DROIT

Ayant dénoncé les imperfections de l'Etat légal sur le plan politique, les publicistes vont tenter d'y remédier en se portant sur leur terrain, celui du droit. Tout bouleversement de l'ordre politique et social étant exclu, il s'agit alors simplement de développer les potentialités du système juridique, ou plus exactement d'encourager ce développement opéré par le juge, en vue de renforcer la cohérence d'un système mis à mal par l'incurie des politiciens et de mettre un frein à l'omnipotence d'un législateur qu'ils jugent incompétent. Le développement du droit public à partir de 1880 n'est évidemment pas étranger au fait que la doctrine ait adopté une conception juridictionnelle de l'Etat de droit. Les recours mis en place par le juge administratif fournissent en effet une garantie d'efficacité de la norme juridique ; mais cette conception de l'Etat de droit va à son tour contribuer au développement du droit public, les publicistes théorisant cette garantie et légitimant à l'avance les incursions du juge dans de nouveaux domaines. Ainsi, et quoiqu'elle soit née d'une désaffection certaine de la doctrine pour les vertus du législateur, cette conception de l'Etat de droit aboutit à consacrer le principe de légalité par l'annulation juridictionnelle des actes administratifs illégaux. Si l'Etat de droit parachève l'Etat légal en donnant une sanction efficace et juridique au règne de la loi, il s'en sépare cependant en déplaçant le centre des garanties contre l'arbitraire : c'est moins l'organisation politique caractérisée par la suprématie du législateur que la perfection de l'ordre juridique assurée par le juge qui constitue désormais la garantie principale de la liberté des administrés et de la rationalité du système.

Pièce maîtresse de l'Etat de droit, le juge (et particulièrement le juge administratif) se voit assigner un rôle qui dépasse largement celui de la simple application de la loi. C'est à lui qu'il incombe de défendre la cohérence de l'ordre juridique tout entier, voire de développer cet ordre par une jurisprudence constructive. La loi elle-même, désacralisée, est destinée à s'intégrer dans l'ensemble plus vaste du droit, conçu essentiellement comme un droit positif pour des raisons d'efficacité, mais sans que soit totalement exclue la référence au droit naturel qui seule, dans l'état du droit de la Troisième République, permet la subordination de la loi à un principe supérieur. Par cette conception de l'Etat de droit, la doctrine tend ainsi à remplacer le règne de la loi par celui du droit, comme elle a substitué à la souveraineté de la nation la souveraineté de l'Etat dans lequel le législateur ne dispose pas nécessairement de la suprématie absolue. Quoiqu'elle prétende se situer sur le seul terrain juridique, cette théorie de l'Etat de droit n'exclut donc pas les enjeux politiques, en ce qu'elle tend à opérer une redistribution des rôles dans la défense des libertés et de l'ordre social. Elle se présente pourtant comme apolitique tant parce qu'elle proclame avoir trouvé une garantie efficace dans l'utilisation de mécanismes juridiques (Titre I) que parce qu'elle conduit à attribuer la souveraineté à une entité apparemment neutre : le droit (Titre II).

Titre I

L'EFFICACITÉ RETROUVÉE : LES MÉCANISMES JURIDIQUES

Si l'Etat de droit révolutionnaire trouvait les garanties contre les abus de pouvoir essentiellement dans le domaine politique, les publicistes de la Troisième République les cherchent davantage du côté juridique, voire juridictionnel. Il ne suffit pas, en effet, de proclamer dans la constitution l'existence de limites imposées aux gouvernants, encore faut-il assurer le respect de cette proclamation par des moyens qui soient à la fois efficaces et conformes à l'ordre politique et social. Le choix des gouvernants par les électeurs n'offre pas, on l'a vu, toutes les garanties nécessaires selon la doctrine puisqu'il contribue en fait à l'omnipotence législative et au « despotisme du nombre ».

L'organisation de recours juridictionnels présente, au contraire, de multiples avantages : elle donne à chacun isolément (et non à la seule majorité) la possibilité de contester les actes illégaux, au contribuable de défendre ses intérêts contre les décisions des élus du suffrage universel. En donnant une sanction juridique à la norme, le recours devant le juge accroît la crédibilité du droit public et améliore la cohérence du système juridique en ce que l'acte illégal est expulsé de l'ordre juridique et l'agissement fautif condamné. Enfin, c'est aussi par l'intermédiaire de ces recours que se trouve maintenue la hiérarchie entre les agents publics, tout en limitant l'arbitraire du pouvoir hiérarchique sur les fonctionnaires.

Les publicistes ont ainsi le sentiment de pouvoir échapper aux incohérences et aux conflits du monde politique par le biais de ces mécanismes dont ils encouragent le développement dans deux directions complémentaires : l'annulation des actes irréguliers des gouvernants (Chapitre I), la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat (Chapitre II).

Chapitre I

LA CENSURE DES GOUVERNANTS PAR L'ANNULATION DE LEURS ACTES

Héritière et contemporaine de l'Etat légal, la construction de l'Etat de droit passe d'abord par le développement des potentialités juridiques de l'Etat légal, c'est-à-dire par l'obligation faite à l'administration de respecter la légalité. Le juge administratif ayant déjà mis en place le recours pour excès de pouvoir, la doctrine s'oriente naturellement vers ce mécanisme dont elle souhaite le développement. De ce fait, sa conception de l'Etat de droit se trouve marquée par le droit positif plus que par le droit naturel, ce que laissait déjà supposer la tendance des publicistes à délaisser le terrain politique au profit de mécanismes purement juridiques. En outre, le but qu'elle assigne en priorité au recours, la protection de l'ordre juridique, renforce cet aspect relativement formel de l'Etat de droit.

Cependant, la doctrine ne se contente pas de vouloir élargir les contrôles opérés sur l'administration, et plus généralement sur l'exécutif, elle souhaite aussi, en rupture avec l'Etat légal, imposer un contrôle sur les actes du législateur. Or, en l'absence de juge et de référence précise pour opérer une telle censure, elle est amenée à s'écarter du droit positif de son temps et à se rapprocher d'une conception plus jusnaturaliste de l'Etat de droit, sauf à chercher dans les textes constitutionnels le moyen de donner à la norme supra-législative une valeur juridique effective.

Nous verrons donc ici comment et pourquoi la doctrine incite le juge à recevoir le recours pour excès de pouvoir dans des cas de plus en plus nombreux (Section 1) ; quels sont les mécanismes qu'elle envisage pour contrôler la loi elle-même (Section 2).

Section 1 LES CONTRÔLES SUR L'ADMINISTRATION

Le recours pour excès de pouvoir est évidemment l'instrument privilégié de ce contrôle[616]. Nous ne referons pas ici l'historique du recours ; nous tenterons plutôt

[616] « Une bonne organisation politique exigerait la soumission à un contrôle juridictionnel de toutes les manifestations de volonté et de tous les agissements des gouvernants et des agents ». *L'année administrative*, année 1904, tome 2, Paris, Giard et Brière, 1905, p. 75. Cette revue était publiée par M. Hauriou, G. Jèze, Ch.

de voir comment la doctrine a vécu son développement, comment elle l'a encouragé et théorisé. On sait qu'E. Laferrière est le premier à avoir exposé de façon systématique le mécanisme du recours pour excès de pouvoir dans son *Traité de la juridiction administrative* [617]. Mais dès la seconde édition, l'ouvrage est dépassé, et la doctrine va reprendre l'étude de la question en tenant compte de l'évolution jurisprudentielle. On assiste ainsi, vers 1900, à la publication d'une série d'articles et d'ouvrages consacrés au recours pour excès de pouvoir, et notamment à sa nature juridique (§ 1), ce qui constitue une nouveauté intéressante par rapport au Traité de Laferrière. En même temps, la doctrine encourage le juge à élargir encore son contrôle sur les actes de l'administration (§ 2).

§ 1. - LA NATURE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

Le fait que cette question soit abordée montre à quel point le recours pour excès de pouvoir a pris une place importante dans la pratique et la théorie juridiques. Après Laferrière, il ne s'agit plus simplement de décrire une procédure, il importe davantage d'en situer la place exacte dans l'ensemble du système juridique et donc de se prononcer notamment sur le caractère juridictionnel ou non du recours (A) et sur sa nature subjective ou objective (B).

A — Le recours pour excès de pouvoir : recours administratif ou juridictionnel?

Au tournant du siècle, deux théories s'affrontent quant au caractère de ce recours. Les uns (Jacquelin, Berthélemy,-Duguit et Jèze) ne veulent y voir qu'un recours administratif en forme juridictionnelle. Les autres le considèrent au contraire comme un véritable recours contentieux. Nous retrouverons cette question dans l'étude des théories sur la nature de la fonction juridictionnelle, mais nous pouvons dès maintenant signaler certains aspects de la controverse et rechercher quels en étaient les enjeux.

1 - Le REP , recours administratif.

La première thèse a pour elle l'argument du développement historique du recours pour excès de pouvoir, puisque, à l'époque de la justice retenue, la décision était rendue par le chef de l'Etat comme supérieur hiérarchique de l'administration. Maintenir l'affirmation du caractère non juridictionnel du recours après 1872 revient donc à intégrer le Conseil d'Etat dans la hiérarchie administrative tout en le plaçant

Rabany, avec la collaboration de membres du Conseil d'Etat, de la Haute Administration et de l'Enseignement, et A. Mater comme secrétaire de la rédaction.

[617] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1889, 2 vol. 2e éd. 1896.

au sommet de celle-ci [618], ce qui peut signifier tout aussi bien la prééminence du juge administratif sur l'administration que son absence d'indépendance.

On ne s'étonnera pas dans ces conditions que cette théorie puisse être soutenue par un auteur comme R. Jacquelin[619] qui déplore le système de la dualité des juridictions et souhaiterait voir confier l'ensemble du contentieux à la juridiction judiciaire en laquelle il a totale confiance. Mais il est de plus en plus évident qu'il se place à contre-courant de la doctrine dominante dans la mesure où s'accroît la confiance dans le juge administratif ; et la conclusion à laquelle il parvient : la disparition du recours pour excès de pouvoir remplacé par un recours hiérarchique auprès du chef de l'Etat, ne peut être retenue par ses contemporains[620].

Sans préconiser cette solution radicale, H. Berthélemy part de prémisses très proches de celles de Jacquelin en ce qu'il considère l'ensemble du contentieux administratif comme partie intégrante de la fonction administrative, également en ce qu'il fait davantage confiance au juge judiciaire pour la défense des libertés individuelles. Dans cette optique, le recours pour excès de pouvoir se présente comme un recours hiérarchique qui n'offre que des garanties sommaires par rapport aux recours judiciaires. Mais le développement du recours va conduire Berthélemy à mieux apprécier le degré d'indépendance du juge administratif et à modifier ses convictions quant à la nature de ce recours. Ainsi en 1900, le voit-on hésiter entre l'idée que le Conseil d'Etat joue le rôle d'un supérieur hiérarchique dans l'administration et celle selon laquelle il constitue réellement un tribunal suprême[621].

Quoiqu'ils développent apparemment la même thèse, Duguit et Jèze se situent à l'opposé de ces conceptions : s'ils voient dans le recours pour excès de pouvoir un recours administratif, c'est à partir d'une définition matérielle de l'acte

[618] E. LAFERRIERE, *op. cit*., 2e éd., tome II, p. 412 « l'extension du droit de recours et des moyens d'annulation s'est principalement opérée sous le régime de la justice retenue, antérieurement à la loi du 24 mai 1872. Le Conseil d'Etat, qui rendait ses décisions au nom du chef suprême de l'administration, avait alors plus de latitude que n'en pourrait avoir un tribunal administratif, si haut qu'il fût placé, pour créer en dehors des textes, et pour faire accepter aux administrateurs de tout ordre, un contrôle chaque jour plus sévère de la légalité de leurs actes » ; *L'année administrative année 1903*, Paris, Giard et Brière, 1904, p. 242 : « Par ses origines historiques et par son mécanisme, le recours pour excès de pouvoir apparaît comme une réclamation hiérarchique perfectionnée. On peut aujourd'hui le définir un « recours à formes juridictionnelles par lequel on demande au Conseil d'Etat d'annuler, pour illégalité, une manifestation de volonté émanant d'un agent administratif et faisant grief » (...) l'idée hiérarchique a poussé le Conseil d'Etat à admettre le recours pour excès de pouvoir d'une manière très large. En sens contraire, l'examen juridictionnel — nécessairement long et minutieux — a poussé le Conseil d'Etat à n'accueillir que les recours sérieux, à écarter résolument les demandes inconsidérées ».

[619] R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard et Brière, 1899.

[620] J. TOURNYOL DU CLOS, *Essai sur le recours pour excès de pouvoir*, thèse, Bordeaux, 1905, p. 44.

[621] H. BERTHELEMY, « Analyse du livre de R. Dareste, *La justice administrative en France*, 2e éd. 1898 », *R.D.P.* 1900, tome 13, pp. 545-549. Il faut noter aussi le changement d'attitude de Berthélemy à l'égard des juridictions judiciaires : « Nous protestons à ce propos, contre une affirmation qu'on énonce volontiers en forme d'axiome : c'est ce prétendu principe qui fait des tribunaux judiciaires les gardiens EXCLUSIFS des droits individuels et de la propriété (...) Les tribunaux administratifs ont la même fonction, et la plupart du temps, s'ils annulent un acte de l'autorité administrative, c'est précisément parce que directement ou indirectement cet acte porte indûment atteinte aux droits individuels ou à la propriété de quelqu'un » (*Traité élémentaire* ..., 2e éd., 1902, p. 107, note 1).

juridictionnel, alors que Berthélemy et Jacquelin s'appuient davantage sur une conception organique et formelle. En effet, pour l'école de Bordeaux, le juge, en se prononçant sur le recours, fait un acte administratif qui s'impose aux autres gouvernants ; le Conseil d'Etat apparaît ainsi comme une sorte de contrôleur suprême de l'administration.

En plus de l'argument historique, deux autres éléments peuvent conforter la thèse du caractère non juridictionnel du recours pour excès de pouvoir. C'est d'abord la théorie du ministre-juge qui, jusqu'à l'arrêt *Cadot*[622], fait du Conseil d'Etat un juge d'appel vis-à-vis de l'administration, et permet donc de voir dans le recours une sorte de recours hiérarchique exercé après le recours gracieux. C'est ensuite l'exigence d'un simple intérêt lésé plutôt que d'un droit violé pour la recevabilité du recours. Or la doctrine classique[623] faisait du recours fondé sur un intérêt un recours gracieux (ou hiérarchique, en tout cas administratif), et du recours fondé sur un droit un recours contentieux. Mais la même doctrine établissait aussi un lien entre les notions de pouvoir discrétionnaire et d'intérêt d'une part, de compétence liée et de droit d'autre part. Ainsi, selon le *Répertoire* de Dalloz publié en 1848, « *la voie gracieuse est seule ouverte pour attaquer les actes émanés du pouvoir discrétionnaire de l'administration et qui, dès lors, blessent non pas les droits, mais seulement les intérêts des réclamants ; tandis qu'il y a lieu d'agir par la voie contentieuse toutes les fois qu'il est question de faire valoir une réclamation basée sur un véritable droit* »[624].

---

[622] *Cadot* CE 13 décembre 1889, *S.* 1892-III-17. Cependant, la théorie du ministre-juge semble avoir été abandonnée dès 1881 : *Bougard* CE 24 juin 1881 (*Dalloz* 1882-3-51).

[623] A. CHAUVEAU*, Principes de compétence et de juridiction administrative*, Paris, Cotillon-Durand, 1841-1844, 3 vol., tome 1, pp. 3 et s. ; E.V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*; Paris, Videcocq, 1843, 3e éd., 3 vol., tome 1, pp. 174 et s. : L. AUCOC, *Conférences*..., 2e éd., tome 1, pp. 472 et s., et pp. 458 et s. : A. BATBIE, *Traité*..., 2e éd., tome 7, pp. 454 et s. et tome 3, p. 215. En sens contraire, voir Th. DUCROCQ, *Cours*... 5e éd., tome 1, pp. 224 et s. : A. GAUTIER, *op. cit.*, tome 1 p. 7.

[624] *Répertoire Dalloz*, article « Compétence administrative », tome X, 1848, pp. 430-456, p. 437. Cette formule est reprise par R. Dareste en 1898 dans la 2e éd. de sa *Justice administrative en France*, Paris, Larose, p. 219 : « Il faut encore distinguer ceux qui sont pris en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, conféré par la loi ; et ceux qui ne peuvent être pris qu'à la condition de respecter les droits des tiers. Les premiers, auxquels on donne quelquefois le nom d'actes d'administration pure, ne peuvent donner lieu à aucun recours : telles sont, par exemple, les mesures de police, de discipline, de tutelle administrative ; les seconds seuls peuvent donner naissance à un recours par la voie contentieuse soit à fin de redressement, soit à fin d'indemnité » ; et p. 220 : « Un simple intérêt n'est pas suffisant pour justifier le recours par la voie contentieuse. Il faut un droit, et un droit opposable à l'administration, un droit qu'elle soit tenue de respecter ; car si l'administration est autorisée à ne pas tenir compte de tel ou tel droit, il n'y a pas de recours possible ». Mais Dareste doit avouer que cette doctrine ancienne n'est plus vraiment compatible avec la jurisprudence du Conseil &Etat : « Nous venons de voir que les actes d'administration pure tiennent du pouvoir discrétionnaire, et ne peuvent en conséquence donner lieu à aucun recours par la voie contentieuse. Ils n'échappent pas cependant d'une manière absolue au contrôle du Conseil d'Etat, auquel ils peuvent toujours être déférés pour incompétence ou excès de pouvoir » (p. 221). Dareste est ainsi partagé entre la thèse du recours gracieux et celle du recours contentieux, et tente de les concilier. Selon lui, en effet, le Conseil d'Etat « se trouve investi d'un droit suprême de contrôle sur tous les actes de l'administration. Ce droit est essentiellement distinct de la juridiction contentieuse ordinaire. Il en diffère par son étendue, en ce qu'il s'applique à tous les actes administratifs, et par sa nature en ce qu'il est un pouvoir d'annulation, non de réformation. C'est l'équivalent en matière administrative du pouvoir de cassation qui appartient dans l'ordre

Cette théorie correspondait parfaitement au système de l'Etat légal qui ne voit de droits créés que par la loi. Dès lors, tout pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration par le législateur signifie l'absence en ce domaine de droits individuels du particulier. Lorsque l'administration use de son pouvoir discrétionnaire, elle ne peut donc léser que des intérêts et dans cette optique, elle ne peut commettre d'illégalité puisque le législateur la laisse libre. Mais le développement de la réglementation et la multiplication des hypothèses dans lesquelles l'administration dispose d'une certaine liberté d'action sans être strictement guidée par le législateur mettent le particulier dans une situation difficile en ce qu'il est plus souvent confronté au pouvoir discrétionnaire, qu'il sera rapidement tenté de qualifier d'arbitraire.

La construction de l'Etat de droit consiste précisément à éliminer cette impression d'un arbitraire possible de l'Etat[625], et le fait que les actes de pure administration soient soumis au recours pour excès de pouvoir donne tout son intérêt à la question de savoir s'il s'agit d'un recours contentieux ou non. Or, lorsque le Conseil d'état a admis de contrôler ces actes, le lien du pouvoir discrétionnaire et de l'administration gracieuse était déjà solidement établi en doctrine[626]. La logique voulait donc que l'on qualifie de gracieux le recours pour excès de pouvoir, d'autant plus qu'il suffit d'un intérêt lésé pour l'examen de la requête. S'agissant d'un recours gracieux, il faut en conclure que le Conseil ne juge pas la légalité de l'acte, mais l'opportunité de la décision prise.

Si cette théorie était compatible avec le système de la justice retenue, elle devient difficile à défendre à partir de 1872. Car alors, de deux choses l'une : ou bien il faut admettre que le Conseil d'état est moins un juge qu'un administrateur suprême capable d'opposer son point de vue politique à celui des ministres, et même du chef de l'Etat ou bien les actes du pouvoir discrétionnaire doivent échapper à son contrôle. Cette alternative ne convient nullement aux auteurs de l'époque dans la mesure où ils souhaitent à la fois soumettre tous les actes de l'Etat au contrôle juridictionnel, et donner au Conseil d'Etat une caution de scientificité et d'indépendance en séparant nettement le point de vue politique du point de vue juridique.

2. Le REP, recours contentieux.

On ne s'étonnera donc pas que cette théorie qui fait du recours pour excès de pouvoir un recours gracieux ne se soit finalement pas imposée en doctrine. Duguit lui-même va l'abandonner au profit de la conception inverse : celle du caractère juridictionnel du recours, qui a l'avantage de mieux souligner l'indépendance du juge administratif à l'égard de l'administration active, et de meure sur le même plan les deux ordres de juridiction. Qualifier le recours de contentieux signifie en effet que le

judiciaire à la Cour de cassation » (p. 222) ; voir également J. RENAULT, Des actes discrétionnaires, Paris, Pédone, 1899, thèse.

[625] *Grazietti* CE 31 janvier 1902, note HAUR1OU, *S.* 1903-3-113.

[626] Voir J. RENAULT*, op. cit.*

Conseil d'Etat ne joue pas ici le rôle d'un administrateur jugeant en opportunité, mais qu'il juge au contraire d'après le droit.

Pour conserver, voire étendre son contrôle sur les actes de pure administration, cela implique aussi que le pouvoir discrétionnaire connaît des limites juridiques qui ne sont pas celles de la loi[627]. En d'autres termes, si les actes du pouvoir discrétionnaire tombent sous le coup du recours contentieux, c'est que le juge peut imposer à l'administration des règles de droit qui ne sont pas expressément contenues dans la loi. La thèse du recours contentieux va l'emporter d'autant plus facilement que les garanties présentées par le Conseil d'Etat paraissent plus réelles, ce à quoi correspond d'ailleurs l'abandon de la théorie du ministre-juge. Les auteurs invoquent en sa faveur des arguments tirés à la fois des critères organique, formel et matériel[628] : l'acte juridictionnel n'est-il pas fait par un organe spécial (le juge), selon une procédure spécifique pour aboutir à une situation fort différente de celle créée par le législateur ou l'administrateur, en ce sens qu'elle ne crée précisément pas de droits nouveaux, mais consiste simplement à rétablir la cohérence de l'ordre juridique.

Enfin et surtout, la thèse de la nature contentieuse du recours s'avère indispensable à l'édification d'un Etat de droit. Pour qu'il soit logiquement possible de soumettre l'Etat au droit et pour que l'effectivité de cette soumission soit au moins crédible, il faut en effet distinguer au sein de l'Etat l'autorité édictant le droit et celle qui est chargée de sanctionner les violations du droit. Tant que le respect du droit ne s'impose qu'aux tiers vis-à-vis de l'Etat, c'est-à-dire aux administrés, la même autorité pourrait à la limite assumer tous les rôles. Dès lors qu'il s'agit aussi d'obliger l'Etat à respecter le droit qu'il a édicté, la distinction de plusieurs organes devient nécessaire si l'on souhaite que cette obligation soit effective, juridique, au lieu de relever de la seule bonne volonté des gouvernants (ou de leur arbitraire)[629]. Or la thèse du recours gracieux signifie précisément l'appel à la bonne volonté de l'administration, sans aucune obligation pour celle-ci de se conformer au droit. Au

[627] L. MICHOUD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris. LGDI, 1913.

[628] E. LAFERR1ERE, *op. cit*., 2e éd., tome II, p 413 : « Le recours pour excès de pouvoir est en effet, par son essence même, un recours contentieux : il s'exerce d'après une procédure déterminée. devant le Conseil d'Etat constitué en tribunal, il provoque une décision qui est un acte de juridiction ».

[629] « Il est inutile d'insister sur la supériorité du recours contentieux sur le recours gracieux ; le premier seul évidemment répond à cette idée que les règles du droit positif sont faites pour être observées et ne sont pas destinées à rester à l'état de règles purement théoriques ; il répond à cette idée que l'observation des règles de droit doit être assurée par un procédé plus efficace que celui qui consiste à faire appel à la bonne volonté ou aux lumières de la personne tenue d'observer ces règles, c'est-à-dire à l'intervention d'une autorité ayant pour fonction spéciale d'assurer le respect du droit pour lui-même. Et puisque notre droit administratif comporte l'application de ce procédé, puisque le législateur, malgré certaines hésitations, a admis l'intervention d'une autorité juridictionnelle en matière administrative et que le recours contentieux est la forme de cette intervention, nous avons suffisamment indiqué les caractères essentiels de ce recours pour pouvoir nous demander maintenant dans laquelle de ces deux catégories, recours gracieux ou recours contentieux, il faut ranger le recours pour excès de pouvoir. A cette question nous répondons sans hésiter, qu'à l'heure présente, le recours pour excès de pouvoir est assurément un recours contentieux. » (Léon MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », *R.D.P*. 1901, tome XVI, pp. 265-296 et pp. 476-529, pp. 280-281). Sur cette question, voir également *infra*, titre II, chapitre I, section I.

contraire, la thèse du recours contentieux suppose un recours adressé à une autorité spécialisée, chargée de dire le droit et de le rétablir ; elle correspond parfaitement à cette idée que l'administration est obligée de respecter le droit, et qu'il faut assurer l'effectivité de cette obligation.

Ce lien nécessaire entre la question de la nature du recours et celle de la distinction entre plusieurs autorités dans l'Etat apparaît très clairement dans le débat opposant Arthur et Jacquelin [630]. Ce dernier, qui fait du recours pour excès de pouvoir un recours gracieux, considère qu'il n'y a pas, en France, de juridiction administrative indépendante dans la mesure où le pouvoir judiciaire n'est pas complètement séparé du pouvoir exécutif. La thèse d'Arthur consiste au contraire à démontrer que la séparation des deux fonctions est effective et que le Conseil d'Etat fait oeuvre de juge indépendant et non d'administrateur lorsqu'il se prononce sur le recours pour excès de pouvoir. Pièce nécessaire de l'Etat de droit, la nature contentieuse du recours est liée à la question de l'indépendance du juge administratif et à celle de la définition de la fonction juridictionnelle. Le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux, dit L. Marie, parce qu'il est soumis à une autorité dont la fonction est de dire le droit et de le rétablir[631].

Reste pourtant le problème posé par l'intérêt pour agir lié à la notion de recours gracieux. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne souhaitent restreindre les conditions de recevabilité du recours. Il semble donc impossible de justifier parfaitement la nature contentieuse du recours pour excès de pouvoir, sauf à souligner que ce recours est destiné autant à la protection du droit objectif que de l'intérêt lésé. La doctrine en arrivera ainsi à substituer au droit subjectif le droit objectif et à entretenir une certaine confusion entre les conditions de recevabilité du recours (droit subjectif, intérêt lésé) et ses conditions de réussite (violation d'un droit subjectif ou violation du droit objectif). Toujours est-il que la thèse du recours contentieux va se trouver renforcée par le succès de la théorie du recours objectif.

B — Le recours pour excès de pouvoir : recours subjectif ou objectif ?

La première conception à avoir été soutenue est celle du caractère subjectif du recours. Elle consiste à voir dans le recours pour excès de pouvoir un moyen de sanctionner la violation des droits ou intérêts des particuliers par la puissance publique, autrement dit un instrument de protection des droits subjectifs. Mais cette conception va être progressivement abandonnée au profit de la thèse du recours objectif, c'est-à-dire d'un recours qui permet de sanctionner les violations du droit objectif par l'Etat. Entre ces deux théories, ce sont à la fois le but du recours et la

[630] E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » , R.D.P.. 1900. tome 13, pp. 214-246, et pp. 470-496 ; R.D.P. 1900, tome 14. pp. 34-64, pp. 236-280, et pp. 436-505 ; R.D.P. 1902, tome 17, pp. 78-97, pp. 234-274, et pp. 439-472 ; R.D.P. 1903, tome 20, pp. 415-502. R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux. administratif, op. cit.*

[631] L. MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », *loc. cit.* Voir également J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse, Toulouse. Paris, Larose et Forcel, 1899, p. 32.

qualité exigée du demandeur qui sont au centre du débat. Cette question de la nature du recours, dont devraient dépendre les solutions adoptées en matière de recevabilité (1) et d'étendue des pouvoirs du juge (2) se trouve en fait résolue à partir des conceptions de la doctrine et de la jurisprudence sur chacun de ces points.

1. La recevabilité du recours : la question de l'intérêt pour agir.

On connaît l'évolution de la jurisprudence sur la question de l'intérêt pour agir du demandeur. Nous allons voir ici que la doctrine a fortement encouragé l'extension de la notion d'intérêt et que celle-ci a contribué à modifier les conceptions sur la nature de ce recours.

a) Les incidences de la question sur celle de la nature du recours.

Lorsque E. Laferrière publie, pour la première fois, son *Traité*..., le Conseil d'Etat exige du demandeur un intérêt direct et personnel pour intenter un recours pour excès de pouvoir. La condition imposée au requérant est donc moins stricte que pour toute autre action en justice, puisque la règle habituelle est d'exiger du demandeur qu'il invoque à la fois un droit et un intérêt. « *Si l'on avait exigé du demandeur, pour la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, que la partie se prévalût d'un droit contre l'acte administratif attaqué, on n'aurait en réalité ouvert ce recours que contre les actes qui lèsent les droits acquis. Ceux qui ne lèsent que des intérêts auraient échappé au recours, alors même qu'ils auraient été entachés d'incompétence ou de vice de forme ; il était cependant nécessaire que ces irrégularités pussent être relevées, même dans les actes facultatifs et discrétionnaires de l'administration, car la vigilance des intérêts lésés est ici la meilleure sauvegarde de la légalité* »[632].

Cette remarque de Laferrière nous montre d'abord que l'aspect objectif du recours pour excès de pouvoir est lié à la notion d'intérêt comme condition de recevabilité, en même temps qu'au but qu'est censé poursuivre le recours. Elle nous montre aussi à quel point les questions de la nature contentieuse ou gracieuse du recours et de sa nature objective ou subjective sont imbriquées : si l'on s'attache uniquement à l'idée de l'intérêt protégé par le recours, on en conclura logiquement à la nature subjective et gracieuse de ce dernier. Si l'on s'intéresse au contraire au fait que c'est le droit objectif qui est protégé grâce à cet assouplissement des conditions normales de recevabilité, on sera tenté d'y voir un recours objectif et contentieux[633] .

Mais pour que le recours soit recevable, dit encore Laferrière, « *l'intérêt doit être direct et personnel ; il ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité* »[634]. Laferrière fait ici la théorie du recours subjectif qui correspond à cette idée que le but du recours est de protéger les intérêts des

[632] E. LAFERRIERE, *op. cit*., 2e éd., tome II, p. 436.
[633] Cependant, en sens contraire, on peut soutenir que le caractère contentieux du recours pour excès de pouvoir s'accommoderait mieux de sa nature subjective, voir L. MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir », *loc. cit*., pp. 293 et s.
[634] E. LAFERRIERE, *op. cit*., 2e éd., tome II, p. 437 ; de même, BATBIE, *op. cit*., tome VII, pp. 407-408

particuliers contre les illégalités de l'administration[635]. Cette théorie repose sur une conception individualiste du droit et des rapports de l'individu et de l'Etat, tels qu'on se les représente dans la tradition révolutionnaire française : l'individu a une sphère privée à laquelle l'Etat ne doit pas porter atteinte, et le recours pour excès de pouvoir est destiné à sanctionner les violations de ces intérêts commises par l'administration.

Mais le recours n'a jamais pu correspondre parfaitement à la notion de recours subjectif, précisément parce qu'il sanctionne la lésion des intérêts et pas toujours la violation des seuls droits subjectifs protégés par la loi. C'est ainsi que, dès 1876, paraît un article de Paul Collet, avocat au Conseil d'Etat, qui défend une tout autre doctrine : celle d'après laquelle « *l'intérêt privé n'est que secondaire lorsqu'il s'agit d'excès de pouvoir* »[636]. L'auteur s'appuie sur un arrêt isolé, l'arrêt *Leneveu* du 30 mars 1867 selon lequel tous les habitants d'un département ont qualité pour attaquer un arrêté préfectoral avant même d'avoir été lésés par son application, pour défendre l'idée que « *ce recours est, par sa nature, destiné plutôt à protéger le gouvernement contre les fautes de ses agents qu'à donner satisfaction à l'intérêt privé*»[637] . C'est à partir du même point de vue qu'il critique la jurisprudence sur le recours parallèle[638].

Si l'opinion de Collet n'a guère de partisans à l'époque où son article est publié, la théorie du recours objectif n'en deviendra pas moins la théorie dominante, trente ans plus tard. Une note de M. Hauriou parue en 1894 montre très bien quel est l'enjeu du débat sur la question de l'intérêt pour agir : commentant un arrêt qui rappelle l'exigence d'un intérêt direct et personnel de l'administré pour agir, il estime qu'il « *y a là un grave problème, et les progrès de la démocratie ne feront qu'en accentuer les termes. Les contribuables des départements et des communes ne sont plus suffisamment protégés contre les écarts de leurs administrateurs. Il y a bien la tutelle préfectorale et celle du Chef de l'Etat, qui s'exercent justement en matière budgétaire. Mais, en fait, cette tutelle est énervée. Les nécessités de la politique*

[635] Dans le même sens, L. AUCOC, *op. cit*., tome I, p. 462.
[636] P. COLLET, « Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat », *R.C.L.J.* 1876, pp. 225-240.
[637] P. COLLET, « Examen doctrinal ... », *loc. cit*., p. 231.
[638] P. COLLET, « Examen doctrinal... », *loc. cit*., p. 233 « Comment admettre que cette action, créée dans un but politique supérieur, soit écartée toutes les fois qu'il existe au profit des particuliers une autre voie de recours ? » A. Gautier reprend plus ou moins cette argumentation : « si l'action portée devant le Conseil de préfecture, action dont l'effet n'est que relatif, est une protection pour l'intérêt privé, le recours au Conseil d'Etat, ayant pour objet l'annulation de l'acte attaqué, est créé dans un but politique supérieur. Faire disparaître l'acte entaché d'illégalité, en effacer les conséquences vis-à-vis de toutes personnes, est un résultat que ne réclament pas seulement des considérations d'équité en faveur des personnes lésées, mais que commande surtout l'intérêt des pouvoirs politiques sur lesquels rejaillissent les mécontentements et les colères soulevées par les actes arbitraires de leurs agents » (A. GAUTIER, *op. cit*., tome I, p. 11). De même, A. BATBIE (*op. cit*., 2e éd. 1885, tome VII, pp. 456-457) : « le recours pour excès de pouvoir a été accordé à la partie non seulement dans son intérêt, mais aussi dans un intérêt général. Le législateur a voulu que le trouble résultant de l'excès de pouvoir cessât aussitôt que possible, et c'est pour arriver à ce résultat que le pourvoi *omisso medio* a été admis. On a voulu donner aux intéressés le moyen de faire promptement, sans détour inutile de procédure, rétablir l'ordre des compétences et bien qu'agissant dans un intérêt, privé, ils ont été armés d'un moyen qui sert l'intérêt général (...) C'est parce qu'aucun autre recours n'est l'équivalent que le recours pour excès de pouvoir a été créé soit par le législateur, soit, et surtout, par la jurisprudence ; donc, il devrait, selon nous, être admis même dans les cas où il existe d'autres voies à suivre ». P. CHARREYRON, *Du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat*, Thèse Paris, Derenne, 1885.

électorale ont obligé les préfets à bien des complaisances administratives. Le Conseil d'Etat doit voir s'il ne lui appartient pas de prendre en mains cette protection des contribuables des départements et des communes, à lui qui est en dehors des préoccupations électorales » [639].

L'élargissement de l'intérêt pour agir permet donc de substituer un contrôle juridictionnel efficace aux contrôles politiques manifestement défaillants[640], et de protéger ainsi le droit contre la politique, ce qui constitue l'un des arguments de la nature objective du recours pour excès de pouvoir. Cependant, dans l'esprit de M. Hauriou, il s'agit surtout de limiter certains effets du suffrage universel et de donner un moyen aux contribuables de défendre leurs intérêts autrefois garantis par le suffrage restreint, désormais menacés par l'extension du droit de vote. En ce sens, accentuer le caractère objectif du recours n'est finalement qu'une occasion d'améliorer la protection de certains droits subjectifs.

L'argumentation du doyen de Toulouse reste donc profondément individualiste, contrairement à celle de Duguit qui a, lui aussi, contribué au revirement de la doctrine concernant la nature du recours. L'objectif du professeur de Bordeaux est en effet de substituer à la conception individualiste du droit un système dit « socialiste » qui doit préserver la légalité objective et, à travers elle seulement, les droits des particuliers. La thèse du recours objectif naît donc de la conjonction de raisonnements assez différents, sinon opposés[641] ; elle résulte aussi de l'évolution de la jurisprudence en matière de recevabilité qui oblige les partisans de la thèse subjectiviste à revoir leurs conceptions.

b) L'adoption progressive de la théorie du recours objectif.

Le passage d'une théorie à l'autre se manifeste d'abord par une évolution du concept de recours subjectif. La thèse de J. Barthélemy, soutenue en 1899, offre un bon exemple de ces tentatives d'adaptation de la théorie du recours subjectif au développement du recours pour excès de pouvoir. Barthélemy donne en effet une définition très extensive du droit subjectif qu'il distingue du simple intérêt. Est droit subjectif selon lui, tout droit dont la protection est assurée par l'existence d'une action en justice, autrement dit l'intérêt garanti par le recours juridictionnel [642]. Barthélemy

[639] M. HAURIOU, note sous CE *Bied-Charreton* 10 février 1893 et CE *Poisson* 10 mars 1893, *Sirey* 1894-3-129.

[640] « À mesure que les années s'écoulent, le Conseil d'Etat se montre de moins en moins sévère. Cette évolution est le résultat d'une double préoccupation : 1° assurer d'une manière plus complète le contrôle juridictionnel des actes de l'administration, qui est la garantie la plus précieuse des administrés ; 2° remédier aux lacunes de la tutelle administrative, celle-ci n'étant pas exercée par les préfets lorsque des questions pouvant avoir un contre-coup électoral sont en jeu » (*L'année administrative 1903*, p. 256).

[641] Protection de certains droits subjectifs contre le suffrage universel pour Hauriou, instrument de socialisation du droit pour Duguit, défense de l'ordre des compétences chez Batbie, la thèse du recours objectif peut donc servir des objectifs politiquement variés.

[642] J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs*..., pp. 21-22 : « le droit subjectif est celui dont la réalisation peut être obtenue par un moyen juridique à la disposition du sujet. Ce moyen juridique, c'est l'action en justice (...) Ce qui caractérise donc le droit subjectif, c'est « la puissance de la volonté du sujet sur un intérêt », la *Willensmacht* de Windscheid ».

refuse d'admettre que le simple intérêt, avantage de fait, suffise à donner qualité pour agir ; il exige pour cela l'existence d'un droit subjectif ; il semble ainsi vouloir restreindre la portée du recours pour excès de pouvoir et le nombre de cas susceptibles d'être examinés par le juge. Mais il élargit tellement le sens de la notion de droits subjectifs, au nombre desquels il fait figurer le droit à l'opportunité [643], le droit à l'observation des formes, des compétences et du but administratif [644], que cette restriction est seulement apparente[645].

On peut alors se demander quel est l'intérêt d'une telle conception qui mêle les deux questions de recevabilité en la forme et au fond. L'un des enjeux est sans doute de démontrer le caractère juridictionnel du recours. Nous avons vu que la doctrine de la première moitié du dix-neuvième siècle liait la notion d'intérêt à celle de recours gracieux. En remplaçant l'intérêt par le droit subjectif, Barthélemy peut ainsi démontrer que le recours pour excès de pouvoir est un véritable recours contentieux. Sa thèse s'explique également par l'état de la jurisprudence administrative de son temps. Jusqu'à 1903, en effet, le quatrième cas d'ouverture du recours est limité à la violation d'un droit acquis, ce qui conduit la doctrine à faire du droit subjectif plutôt que du simple intérêt une condition de recevabilité du recours en cette hypothèse [646]. Et dans la mesure où il suffit d'un simple intérêt pour l'ouverture des trois autres cas, Barthélemy tend à assimiler cet intérêt à un droit subjectif élargi pour conserver au recours son unité. Il confond ainsi deux questions : celle de la recevabilité au fond (un droit acquis est nécessaire pour l'annulation d'un acte sur le fondement du quatrième cas) et celle de la recevabilité en la forme (un intérêt suffit pour que le juge accepte d'examiner la requête).

Mais la raison d'être essentielle de la théorie, c'est Barthélemy lui-même qui nous la donne : « *Les droits subjectifs contre l'Etat (...) sont indispensables pour que la puissance de l'Etat soit une puissance juridique. Tout droit est en effet un rapport de personnalités (...) Pour que l'Etat puisse avoir une puissance juridique, il faut qu'il soit en rapport avec des personnalités : d'où la nécessité pour lui, afin de devenir, de sujet de puissance, sujet de droit, de reconnaître la personnalité de ses sujets en leur concédant des droits subjectifs* »[647] . Par cette théorie très particulière du recours pour excès de pouvoir, Barthélemy rejoint l'essence de la conception adverse d'après laquelle le recours en question est un recours objectif ; car, dans les

[643] J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 24.
[644] J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 66.
[645] Certains passages de l'Essai montrent des hésitations de Barthélemy sur cette question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, et, dans une certaine mesure, une confusion entre les problèmes de forme et les problèmes de fond : le recours pour excès de pouvoir est selon lui un recours subjectif parce que l'action ne peut aboutir si le demandeur ne fait pas la preuve de la violation d'un droit subjectif, c'est-à-dire d'un intérêt protégé par l'action en justice. Le simple intérêt, au contraire, « n'apparaît qu'à propos de la recevabilité, c'est-à-dire au seuil et comme en dehors du recours ». Or, « on ne peut qualifier le recours pour excès de pouvoir par une condition de recevabilité » (*op. cit*., pp. 61-62).
[646] Ou à distinguer, après 1903, deux hypothèses : celle de « l'intérêt simple exigé du requérant en cas d'incompétence, de violation des formes et de détournement de pouvoir », et celle de « l'intérêt renforcé exigé du requérant en cas de fausse interprétation de la loi » (*L'année administrative 1903*, p. 254).
[647] J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 36.

deux cas, le but qui lui est assigné est autant, sinon davantage, d'intégrer l'Etat à l'ordre juridique que de protéger l'intérêt privé des particuliers[648]. Barthélemy fait en quelque sorte du respect de la légalité objective, un droit subjectif de l'administré.

Quoiqu'on la trouve déjà chez Laferrière[649], cette conception ne fera pas fortune dans la théorie juridique française, et Duguit va développer la thèse du caractère objectif du recours, ce qui permettra d'élargir encore l'intérêt pour agir : si le recours est avant tout destiné à sanctionner les violations de la légalité objective, il n'est pas nécessaire d'exiger du demandeur un intérêt direct et personnel pour recevoir sa requête. L'administré joue simplement le rôle d'un auxiliaire de l'ordre juridique et de la bonne administration [650]. C'est d'ailleurs ce que commence à admettre le Conseil d'Etat, non seulement pour le recours présenté pat un individu, mais aussi pour celui formé par un syndicat ou une association. En 1908, le commissaire du gouvernement Tardieu encourage le tribunal à examiner au fond le recours intenté par une association de fonctionnaires contre une nomination irrégulière et, dans sa note sous l'arrêt, Hauriou se félicite de la solution adoptée en ce qu'elle ouvre aux fonctionnaires une action collective sur le plan légal [651] . La jurisprudence du Conseil leur évite ainsi de recourir à des moyens plus violents et donne aux associations de fonctionnaires la possibilité de jouer les auxiliaires de la

[648] J. BARTHELEMY, *op. cit*., p. 62 : « le recours pour excès de pouvoir est donc un moyen juridique à la disposition des particuliers pour astreindre l'administration à l'observation de la loi objective. C'est un moyen par lequel le particulier invoque subjectivement la loi objective : pourquoi ne pas dire dès lors que c'est l'exercice d'un droit subjectif ? ».

[649] E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome II, pp. 436-437 : « si une décision discrétionnaire ne peut jamais blesser que de simples intérêts par les dispositions qu'elle édicte, elle peut néanmoins blesser de véritables droits par la manière dont elle est rendue ; c'est ce qui arrive lorsque les règles de compétence ou de forme ne sont pas observées, car chacun a le droit d'exiger, dans toute décision qui le touche, l'observation de ces règles qui sont la garantie de tous les intéressés. C'est ainsi que l'idée de droit lésé, cette idée-mère de tout le contentieux administratif, apparaît aussi dans la matière de l'excès de pouvoir : sans doute, en présence d'actes discrétionnaires, on n'a pas le droit d'exiger qu'elle se prononce dans les formes de droit et dans les limites de sa compétence ».

[650] M. HAURIOU, note sous CE *Casanova, Canazzi et autres* 29 mars 1901, *Sirey* 1901-3-73 ; *L'année administrative 1904*, pp. 158-159 à propos de la jurisprudence encore très restrictive sur le recours pour excès de pouvoir intenté par un fonctionnaire contre une décision de révocation prise à son encontre : « le fait que l'agent frappé par la décision a seul qualité pour former le recours pour excès de pouvoir ne doit pas nous induire en erreur sur la situation juridique du fonctionnaire par rapport aux garanties dont il bénéficie. Celui-ci n'invoque pas un droit individuel violé ; personne n'est tenu, à son égard, d'une obligation individuelle : l'agent invoque un intérêt lésé par l'inobservation d'une règle établie non en vue de l'intérêt particulier du requérant, mais pour la bonne organisation de la fonction. Il ne faut pas se laisser tromper par la terminologie du Conseil d'Etat. Dans les arrêts, il est quelquefois parlé de la violation du droit acquis du fonctionnaire. C'est une manière incorrecte de s'exprimer ; elle tendrait à faire croire que le pouvoir de faire respecter les règles de la fonction publique constitue un droit individuel du fonctionnaire auquel correspondrait une obligation individuelle. En réalité, il y a là une mission de ministère public analogue à celle reconnue par la loi aux électeurs pour le contrôle de la régularité des élections. Dans les deux cas, la situation est la même ».

[651] CE *association professionnelle des employés civils des l'Administration centrale du Ministère des Colonies* 12 décembre 1908, Sirey 1909-3-17, conclusions Tardieu et note M. Hauriou reproduite *in La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome 3, pp. 137-142, p. 138: « il n'y a pas, Dieu merci, que l'action directe révolutionnaire, il existe une action légale et pacifique pour faite valoir ses droits ; cette voie de l'action légale est ouverte aux associations de fonctionnaires ; et nul n'a le droit d'affirmer qu'elles ne s'y cantonnent pas dans l'ensemble ».

hiérarchie administrative pour lutter contre les passe-droits que développerait le régime parlementaire [652]. Une fois de plus, le recours juridictionnel est donc conçu comme un correctif aux défauts du système politique.

c) Les limites de l'extension de l'intérêt pour agir.

Si la théorie du recours objectif conduit logiquement à supprimer toute condition d'intérêt de la part du demandeur, « *le but à atteindre étant d'assurer le respect de la loi et des règlements* »[653] , rares cependant sont ceux qui acceptent de transformer le recours en *actio popularis* [654]. La plupart des auteurs, quoique favorables à l'assouplissement des conditions de recevabilité, semblent craindre une solution aussi radicale : Berthélemy souhaite écarter les recours vexatoires et sans fondement ; Jèze ne veut pas que se développe l'esprit de chicane politique ; Hauriou pense qu'il ne faut pas multiplier les procès faits aux actes administratifs [655]. Bref, si l'administré doit être un auxiliaire de la légalité et de la bonne administration, il ne faut pas le laisser s'exagérer l'importance de son rôle, ni faire du recours pour excès de pouvoir un instrument de démocratie juridictionnelle directe. Il n'en reste pas moins que, la crise du régime parlementaire aidant, les publicistes souhaitent voir élargir la notion d'intérêt et admettre les recours présentés par des contribuables, voire par de simples habitants[656].

---

[652] M. HAURIOU, *loc. cit*., p. 139 : « les associations de fonctionnaires pouvaient déjà faire des démarches, elles pourront intenter des recours dans un intérêt professionnel ; elles auront pour mission de surveiller dans leur service l'application des lois et des règlements de la carrière ; elles auront, pour intenter les recours contentieux, à la fois plus de ressources, plus d'expérience, moins de timidité que les fonctionnaires isolés qui hésitent à se mettre en avant. Elles seront ainsi les meilleures gardiennes de la légalité », et pp. 140-141 : « la crise de l'intrusion parlementaire (...) commence à sévir avec le scrutin d'arrondissement rétabli en 1889. Les députés et sénateurs assiègent les bureaux des ministères et le cabinet des ministres ; le cabinet organe purement politique entre en lutte avec la hiérarchie. Toutes ces forces coalisées font brèche dans la hiérarchie et rapidement la désorganisent ; elle est obligée de se plier aux moeurs de la recommandation politique (...) A ce mal, où était le remède ? Quand un équilibre est détruit, il faut tâcher de le rétablir; mais il est bien rare qu'on puisse le rétablir tel qu'il était auparavant ; la force qui l'a miné subsiste ; il faut donc lui opposer une force nouvelle. C'est à quoi est destinée l'association des fonctionnaires. En soi, elle est pour neutraliser l'action politique, pour seconder la hiérarchie dans sa résistance, pour l'aider à reconstituer le régime normal des carrières ». De même l'année administrative 1904, p. 158 : « il suffirait de laisser organiser, voire même d'encourager les « amicales » de fonctionnaires appartenant à un même ordre de fonctions. Le comité de l'amicale serait consulté par l'agent frappé sur la légalité de la décision qui l'atteint. Soutenu moralement et conseillé juridiquement par ses camarades, la victime de l'arbitraire aurait le courage d'attaquer l'acte irrégulier. Il y a là une organisation de nature à faire reculer les politiciens, ce fléau des démocraties ; la crainte du Conseil d'Etat et la certitude de l'annulation seraient pour eux le commencement de la sagesse ».

[653] *L'année administrative 1904*, p. 157.

[654] J. DELPECH, « Chronique constitutionnelle de France », *R.D.P*. 1907, pp. 67-91 ; et dans une moindre mesure, J. TOURNYOL DU CLOS, *op. cit.,* p. 82.

[655] H. BERTHELEMY, *Traité...*, 2e éd. 1902, p. 883 ; G. JEZE, *L'année administrative 1903*, p. 261 ; M. HAURIOU, note sous CE *Casanova* 29 mars 1901, *Sirey* 1901-3-73.

[656] . F. MOREAU, « Les caractères de la nullité de plein droit édictée par les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884 », *R.D.P.* 1912, pp. 649-717, p. 666. Pour les opinions contraires, voir E. LAFERRIERE, *Traité* ..., tome 2, p. 437 ; et E. RAIGA, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, thèse Paris, Larose, 1900, p. 97 : « cet intérêt ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité et qui pourrait suffire pour inspirer une pétition aux pouvoirs publics (...) les intérêts généraux ont des représentants investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer ». Mais il faut noter que

En 1894, Hauriou posait déjà le problème[657]. Il le résout d'une façon particulièrement intéressante en 1900 par une subtile distinction entre l'habitant et le contribuable, ce qui permet d'ouvrir plus largement le recours sans en faire une *actio popularis*. L'intérêt de l'habitant est, selon lui, un intérêt commun qui se rapporte à l'organisation politique de l'Etat ; l'intérêt du contribuable, au contraire, est un intérêt personnel et, comme tel, susceptible de mettre en oeuvre le recours[658]. Après avoir souligné que tout habitant n'est pas contribuable (femmes, enfants et indigents ne payent pas d'impôts), Hauriou résume ainsi son propos : « *Le recours du contribuable n'est pas contraire à la théorie du recours pour excès de pouvoir, il rentre dans cette théorie, parce que le contribuable est distinct de l'habitant, parce que ce sont les intérêts de l'habitant qui sont les intérêts représentés par le conseil municipal, parce que l'intérêt du contribuable, étant spécial, n'est pas représenté au même titre par le conseil municipal quand celui-ci vote des impôts et que, dès lors, cet intérêt personnel donne au contribuable qualité pour former, à titre individuel, des réclamations contentieuses. Le recours du contribuable est recevable ; celui de l'habitant ne le serait pas* »[659]. D'après cette théorie, l'habitant n'a pas besoin du recours parce qu'il dispose du droit de vote, ce qui est, en fait, inexact puisque les femmes et les enfants ne votent pas : « *On ne conçoit pas de recours pour excès de pouvoir intenté au nom des intérêts communs contre les actes de ces autorités légales, parce que le mécanisme représentatif est déjà destiné à assurer la bonne gestion de ces intérêts*» [660].

L'objection à la recevabilité du recours est donc tirée du suffrage universel et du régime représentatif, autrement dit des mécanismes de contrôle politique. Nous verrons plus loin qu'il est possible d'établir un parallèle entre cette question du droit de vote et celle de l'intérêt pour agir. Il suffit, pour le moment, de signaler le raisonnement qui permet d'élargir la notion d'intérêt à tous ceux qui payent des impôts et de la limiter pour les autres, sans oublier cette conclusion de Hauriou qui en révèle parfaitement l'objectif : « *Il est urgent d'assurer le respect de la légalité et le bon ordre dans la gestion financière des administrations locales. Il s'est produit peu à peu, par le jeu du suffrage universel, un déplacement*

---

cet argument n'est pas souvent repris à l'époque dans la mesure où les juristes font de moins en moins confiance aux représentants pour défendre les intérêts généraux.

[657] M. HAURIOU, note sous CE *Bied-Charreton* 10 février 1893 et *Poisson* 10 mars 1893, *Sirey* 1894-3-129 « les contribuables des départements et des communes ne sont plus suffisamment protégés contre les écarts de leurs administrateurs. Il y a bien la tutelle préfectorale et celle du chef de l'Etat, qui s'exercent justement en matière budgétaire. Mais, en fait, cette tutelle est énervée. Les nécessités de la politique électorale ont obligé les préfets à bien des complaisances administratives. Le Conseil d'Etat doit voir s'il ne lui appartient pas de prendre en mains cette protection des contribuables des départements et des communes, à lui qui est en dehors des préoccupations électorales ».

[658] M. HAURIOU, note sous CE *Merlin* 29 juin 1900, *Sirey* 1900-3-65, p. 68 « les intérêts communs, qui sont essentiellement les intérêts égaux, sont plutôt attachés à la qualité d'habitant qu'à celle de contribuable (...) Les habitants remplissent une fonction politique (...) Les contribuables remplissent une fonction économique ».

[659] M. HAURIOU, note sous CE Merlin 29 juin 1900, loc. cit.

[660] M. HAURIOU, note sous CE *Merlin* 29 Juin 1900, *loc. cit.,* p. 67 ; de même E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome II, p. 437.

du centre de gravité politique qui fait que ce ne sont plus les gros contribuables qui ont le pouvoir. Nous n'apprécions pas ici cette situation nouvelle au point de vue de la politique générale, mais au point de vue strictement financier ; elle n'est pas sans inconvénient tant pour les intérêts des contribuables que pour ceux de la collectivité » [661].

F. Moreau reprend l'argumentation en 1912 pour défendre cette fois la recevabilité du recours présenté par l'habitant ; il tourne l'objection tirée du suffrage universel pour conclure à une sorte de supériorité du recours sur le droit de vote : «*Le suffrage universel sert à la sauvegarde des intérêts et non à la défense de la loi ; ce n'est pas méconnaître ses droits que de reconnaître aux habitants la faculté de dénoncer les illégalités. Au contraire, il est conforme à l'esprit des démocraties que tout citoyen signale les violations des lois dont il est informé* » [662].

La fin de non-recevoir tirée de l'existence d'un recours parallèle ne pose pas les mêmes problèmes, et la doctrine (qui généralement traite la question au titre des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir) a moins de réticences pour en souhaiter la suppression dans la plupart des cas. Elle refuse notamment l'exception d'illégalité comme recours parallèle puisque, d'une part, ce recours n'est pas direct et que l'on « ne peut raisonnablement forcer quelqu'un à commettre une contravention pour faire reconnaître son droit » [663] ; d'autre part, ce recours est exercé devant les tribunaux judiciaires et, par ses effets limités, il ne permet pas de protéger l'ordre juridique contre les illégalités. C'est pourquoi Tournyol du Clos estime que la nature objective du recours pour excès de pouvoir implique de ne pas considérer comme recours parallèles les recours subjectifs[664] 49.

2. Les pouvoirs du juge.

On retrouve la même corrélation entre la nature du recours et les pouvoirs reconnus au juge administratif. Dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, le juge peut seulement annuler l'acte qui lui est déféré. Ces pouvoirs, apparemment plus restreints que lorsqu'il s'agit d'un recours de plein contentieux, s'expliquent par le caractère objectif du recours. Il en va de même des effets du jugement[665] : *erga omnes* dans le cas du recours pour excès de pouvoir, entre les seules parties pour le

[661] M. HAURIOU, note sous CE *Merlin*, 29 juin 1900, *loc. cit*., p. 68
[662] F. MOREAU, « Les caractères de la nullité de plein droit... », *loc. cit*., p. 667 ; en sens contraire, voir H. GRACH, *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'Administration*, Thèse Paris, Sirey 1912, p. 61.
[663] J. VALEGEAS, *Du pouvoir réglementaire en droit français*, Thèse Bordeaux, 1892, pp. 89-90.
[664] J. TOURNYOL DU CLOS, *op. cit*., p. 103.
[665] Voir J. TOURNYOL DU CLOS, *op. cit*., pp. 122 et s. ; conclusions Jaegerschmidt sur CE *Ville d'Avignon* 8 décembre 1899, *Sirey* 1900-3-73 ; G. JEZE, « Effets de la chose jugée sur le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P*. 1913, p. 331. En sens contraire, M. HAURIOU, note sous CE *Boussuge* 20 novembre 1912, *Sirey* 1914-3-33, p. 34 : « le Conseil d'Etat, en 1912, n'a plus été impressionné par la théorie objective du recours pour excès de pouvoir autant qu'il l'avait été en 1899, et c'est bien la preuve de l'évolution historique qui emporte cette thèse objective » (l'arrêt *Boussuge* admettait la recevabilité de la tierce opposition au jugement rendu sur un recours pour excès de pouvoir).

plein contentieux. Ces deux éléments pourraient tout aussi bien servir la thèse du recours gracieux. Mais cette théorie a été abandonnée, on l'a vu, au profit de la conception adverse du caractère juridictionnel du recours ; et les traits particuliers du recours pour excès de pouvoir vont servir à élaborer la thèse du recours objectif qui, elle-même, contribue à renforcer celle de son caractère juridictionnel. Et si la doctrine souhaite augmenter les pouvoirs du juge, elle ne désire pas pour autant remettre en cause la distinction entre le recours pour excès de pouvoir et le contentieux dit « ordinaire ».

Il n'est donc guère question d'accroître l'éventail des décisions que le juge pourrait prendre sur un recours pour excès de pouvoir : il peut seulement annuler l'acte illégal, même si certains auteurs souhaitent lui voir accorder un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration [666]. Concernant l'examen de la légalité, la doctrine encourage le Conseil d'Etat à étendre son contrôle sur l'administration. On sait qu'à cette époque, la jurisprudence a déjà mis au point les quatre cas d'ouverture du recours[667]. La doctrine n'en imagine pas d'autres, mais certains auteurs pressent le juge d'examiner aussi la matérialité des faits sur lesquels se fonde l'application de la loi. Moreau se félicite, en 1912, de ce que la jurisprudence ait évolué en ce sens : « *Le juge administratif n'excède pas ses attributions lorsque, examinant une question de légalité, il recherche si les conditions matérielles d'application de la loi existent en fait. Sans doute, il se met à la place du fonctionnaire et refait l'examen que cet agent a fait. Mais il en est ainsi toutes les fois que le fonctionnaire a procédé à une appréciation en droit* »[668].

C'est finalement ici toute la question de la frontière entre la légalité et l'opportunité qui est en jeu. Au début de la période que nous étudions, les publicistes souhaitent tenir le juge à distance de tout contrôle sur les faits qui motivent la décision contestée, car ils craignent que l'autorité du Conseil ne soit amenée à en souffrir à une époque où cette autorité n'est pas encore très ferme [669].

Au fil des années cependant, cette crainte tend à disparaître, et dès lors que l'indépendance du juge administratif ne suscite plus de doute, la doctrine commence

[666] Voir *infra*, titre II, chapitre I.

[667] Cependant, la définition du quatrième cas reste imprécise : de violation de la loi et des droits acquis, elle se transforme en simple violation de la loi à partir de 1903 (CE *Lot et Molinier* 11 décembre 1903), soulignant ainsi la tendance à l'objectivation du recours. C'est d'ailleurs pourquoi la doctrine étudie cette question au titre des conditions de recevabilité du recours (voir *supra*, p. 8).

[668] F. MOREAU, « Les caractères de la nullité de plein droit... », *loc. cit.,* p. 708.

[669] Voir A. BATBIE, *op. cit*., 2e éd., tome VII, pp. 407-408 : « on peut avoir grand intérêt à obtenir une fonction, ou la concession d'une mine, ou l'autorisation de construire une usine sur un cours d'eau, etc., etc. ; mais lorsque la demande est repoussée, le pétitionnaire peut-il se pourvoir contre ce refus ? Il est évident que, si les intérêts du demandeur ont souffert, nulle atteinte n'a cependant été portée à son droit ; car si tout le monde a la faculté de demander, personne n'a le droit d'obtenir. D'un autre côté, si la juridiction contentieuse avait le pouvoir de vaincre les refus de l'administrateur, elle pourrait donc accorder l'autorisation demandée, mais a-t-elle les éléments de décision et d'appréciation pour juger de l'opportunité d'une semblable mesure ? (...) elle ne doit pas se substituer à l'administrateur. Lors au contraire, que l'acte administratif individuel blesse un droit acquis, alors le recours contentieux est en général admis pour faire cesser cette violation ».

à faire campagne pour qu'il exerce un contrôle plus poussé sur les actes discrétionnaires de l'administration[670]. L'étude de L. Michoud montre toutefois qu'en 1913, toute crainte n'a pas disparu de voir accuser le Conseil de s'immiscer dans l'administration, et finalement dans la politique. Cet auteur cherche à concilier deux idées à première vue opposées : celle de l'existence d'un contrôle juridictionnel sur la compétence discrétionnaire de l'administration, celle du caractère strictement juridique du contrôle exercé et de la distinction tranchée entre pouvoir de juger et pouvoir d'administrer. Il y parvient en intégrant à la légalité ce qui, autrefois, était considéré comme relevant de l'opportunité, par « *la fixation à titre de règle* »[671] des limites à assigner au pouvoir discrétionnaire. C'est d'ailleurs ce à quoi vise la jurisprudence sur le détournement de pouvoir.

Mais le désir de séparer nettement le droit et la politique va jouer ici un rôle négatif chez des auteurs pourtant favorables au développement du contrôle juridictionnel. C'est, par exemple, le cas de Jèze qui, en opposition avec le commissaire du gouvernement Heilbronner, ne reconnaît pas au Conseil d'Etat le droit de contrôler l'exactitude des motifs de fait invoqués par l'auteur d'un acte discrétionnaire. Il admet seulement le contrôle des motifs de droit, mais ce contrôle, il l'entend largement puisqu'il s'agit aussi de vérifier que l'administration n'a pas interprété faussement l'esprit de la législation[672]. Vers 1910, la doctrine semble suivre la jurisprudence plutôt qu'elle ne la devance comme elle avait eu tendance à le faire jusqu'alors. C'est déjà cette attitude que dénonçait Tournyol du Clos en 1905 : « *Celle qui considère ledit régime (du recours pour excès de pouvoir) comme une oeuvre parfaitement définitive* »[673], attitude dont on peut estimer qu'elle est le résultat d'une sorte de vénération des auteurs pour la jurisprudence du Conseil d'Etat. Tous louent la grande hardiesse en même temps que l'infinie prudence du Haut Tribunal, et finissent par attendre du juge les solutions qu'ils étaient censés lui fournir dans leur rôle de conseils.

C'est à peu près la même évolution qui se dessine concernant le nombre et le type d'actes soumis au recours : la doctrine invite dans un premier temps le Conseil à

[670] M. HAURIOU, note sous CE *Grazietti* 31 janvier 1902, *Sirey*, 1903-3-113 : « En formulant ce prétendu principe général « les motifs d'un décret de dissolution pris en vertu des « pouvoirs conférés au chef de l'Etat ne peuvent être discutés par la voie contentieuse »,le Conseil a obéi une fois de plus au préjugé des actes discrétionnaires et s'est laissé impressionner par toutes les ambiguïtés qui se cachent derrière cette conception (...) Il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'Administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes, et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Ce pouvoir est discrétionnaire, parce que le juge administratif n'est pas juge de l'opportunité ; l'appréciation de l'opportunité est laissée entièrement à l'administration active ; elle constitue son domaine réservé. Il y a des actes où la question d'opportunité a plus d'importance que dans d'autres, mais il n'y a pas d'actes où, à côté de la question d'opportunité, on ne puisse soulever des questions de légalité, ou même des questions de moralité administrative ; or, la légalité et la moralité administrative ne sont pas discrétionnaires, elles sont obligatoires » ; et déjà E. LAFERRIERE*, op. cit*., tome II, p. 426.
[671] L. MICHOUD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1913, p. 84.
[672] G. JEZE, « Limitations au pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à prendre part à un concours en vue d'une fonction publique », *R.D.P.* 1912, pp. 453-470.
[673] J. TOURNYOL DU CLOS, *op. cit*., p. 131.

élargir son contrôle, pour finalement lui abandonner l'initiative des réformes et commenter favorablement la nouvelle jurisprudence.

§ 2. - LES ACTES SOUMIS AU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

Au début de la période examinée ici, les études sur le recours pour excès de pouvoir se fondent sur la distinction des actes d'autorité, seuls soumis au contrôle de légalité, et des actes de gestion qui échapperaient au recours[674]. Tout le problème est donc de savoir comment il convient de définir chacun de ces actes.

Selon H. Berthélemy, l'acte d'autorité ou de puissance publique est celui par lequel l'administration commande ou interdit quelque chose aux administrés ; les actes de gestion sont ceux que les fonctionnaires « *accomplissent en leur qualité de représentants des établissements publics* »[675]. On retrouve la même idée chez Hauriou qui définit l'acte de gestion comme un acte qui tend à la gestion des services publics alors que l'acte d'autorité tend à l'exécution de la loi [676]. Mais avec Duguit, Jèze ou Tournyol du Clos, la notion d'acte de gestion se modifie pour devenir synonyme de contrat, celle d'acte d'autorité équivalant à la notion d'acte unilatéral ; et c'est finalement à partir de l'acte unilatéral que l'ensemble de la doctrine définit le recours pour excès de pouvoir [677].

Cette évolution est liée à celle de la répartition du contentieux. Dans sa première version, l'acte de gestion implique la compétence des tribunaux judiciaires puisque l'Etat s'y manifeste comme un simple particulier pourrait le faire. Mais le juge administratif ayant admis d'examiner certains actes de gestion dans le cadre du recours de plein contentieux, la théorie de Berthélemy perd une grande partie de son intérêt. Certains auteurs la maintiennent cependant tout en la modifiant pour opposer le recours pour excès de pouvoir au recours subjectif de plein contentieux. Or, ce qui différencie les deux recours n'est pas tant le type d'acte contrôlé que le moyen invoqué : au recours en annulation correspond une question de légalité, au plein contentieux une question pécuniaire. E. Artur en conclut que si le recours pour excès de pouvoir n'est possible que contre les actes d'autorité, c'est parce que seuls ces actes sont susceptibles d'être entachés d'excès de pouvoir [678]. Mais là encore, les choses évoluent puisqu'en 1913, Michoud tend à assimiler l'acte de gestion à l'acte du pouvoir discrétionnaire et l'acte d'autorité à celui de la compétence liée [679] ; or à cette époque, les actes du pouvoir discrétionnaire sont contrôlés par le juge. Avec le

[674] E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome I, p. 478 et pp. 485-486 ; P. CHARREYRON, *op. cit*., p. 104.
[675] H. BERTHELEMY, *Traité* ..., 2e éd., p. 22.
[676] M. HAURIOU, note sous CE *Ville d'Avignon et Adda*, 8 et 15 décembre 1899, *Sirey* 1900-3-73.
[677] Déjà, M. HAURIOU notait en 1893 dans la deuxième édition du *Précis de droit administratif*, p. 195, que « la logique finira par ramener tous les actes de gestion à la pure notion contractuelle, et à celle d'actes de personne privée ».
[678] E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1903, tome XX, pp. 415-502, p. 416, note.
[679] L. MICHOUD, *op. cit*., pp. 58 et s.

développement des deux recours (pour excès de pouvoir et de plein contentieux), la distinction initiale de l'autorité et de la gestion tend donc à s'estomper pour faire place à la notion d'acte unilatéral comme condition de recevabilité du recours en annulation[680].

Cette évolution correspond à celle du rôle de l'Etat qui, d'ailleurs, la commande. L'extension de son champ d'activité implique en effet la multiplication des actes de gestion, des occasions de comparer l'Etat à l'industriel ordinaire. La soumission de tous ces actes au recours pour excès de pouvoir permet au contraire de souligner la spécificité de l'Etat dans toutes ses interventions pour sauvegarder la mythologie de l'intérêt général dont la poursuite est censée légitimer l'action de l'Etat. C'est ce qu'a très bien compris Teissier qui estime, en 1906, que « *la décomposition de l'Etat, des colonies, des départements et des communes en puissance publique et en personne morale agissant dans les conditions du droit privé est une pure conception philosophique, une pure opération de l'esprit qui ne correspond pas à une vérité juridique. Jamais, peut-on dire, sauf en ce qui concerne la gestion de leur domaine, l'Etat et ses démembrements n'opèrent dans des conditions analogues à celles des particuliers. A tous leurs actes, quels qu'ils soient, se mêle une notion d'intérêt public, une idée de puissance publique, impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun et l'on doit, suivant nous, considérer comme actes de puissance publique tous les actes par lesquels l'administration assure, d'après les moyens et suivant les règles à elle propres, l'application des lois et le fonctionnement des services dont elle a la charge* »[681].

Une fois écartée la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, la discussion se porte sur le terrain des catégories d'actes unilatéraux soumis au recours pour excès de pouvoir. Deux types d'actes font ici problème : les règlements d'administration publique et les actes de gouvernement contre lesquels la recevabilité du recours n'est pas facilement admise.

A — Le problème des règlements d'administration publique

Nous avons vu quelle était l'évolution des conceptions concernant la nature de ces règlements : la théorie de la délégation législative, admise par la majorité de la doctrine en 1880, s'est trouvée abandonnée par tous les auteurs ou presque au tournant du siècle. Or ce débat est étroitement lié au problème de la recevabilité du recours en annulation contre ces règlements. La thèse de la délégation, dans sa version première, implique en effet l'absence de toute voie de recours à leur égard puisqu'elle signifie la nature législative de ces règlements.

[680] Il faut aussi mentionner la théorie de G. Cahen d'après laquelle parmi les règlements, seuls les règlements de droit sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir, par opposition aux prescriptions administratives qui se ramènent en fait essentiellement aux circulaires et mesures préparatoires.
[681] G. TEISSIER, article « Responsabilité », *Répertoire Bequet*, 1906, pp. 103-197, p. 153.

Deux raisonnements peuvent d'ailleurs être soutenus ici : soit le règlement d'administration publique est considéré comme un acte législatif et l'irrecevabilité du recours résulte alors de l'utilisation d'un critère matériel pour définir le régime juridique de l'acte en cause ; soit ce règlement est considéré comme émanant du chef de l'Etat agissant au nom du parlement, et l'irrecevabilité se rapporte alors au critère organique. Or nous avons constaté que la doctrine avait désormais tendance à insister sur le caractère législatif de tous les règlements. Le premier argument pour l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir perd donc tout son intérêt, sauf à envisager de supprimer tout contrôle juridictionnel direct sur les règlements ordinaires. Reste le deuxième argument que la majorité des auteurs va combattre soit en abandonnant l'idée de délégation législative, soit en s'appuyant exclusivement sur l'aspect extérieur du règlement d'administration publique, règlement fait par le chef de l'Etat, sans se préoccuper de savoir s'il agit ou non à la place du parlement. En outre, tous les auteurs qui souhaitent étendre le contrôle du Conseil «Etat à ces règlements[682] constatent que la jurisprudence et la doctrine ancienne manquent de cohérence dans la mesure où l'exception d'illégalité est admise contre eux devant les tribunaux judiciaires alors qu'elle ne l'est pas contre les lois.

1. Les problèmes posés par la théorie de la délégation.

L'extension du contrôle juridictionnel semble incompatible avec la théorie de la délégation et c'est l'une des raisons pour lesquelles celle-ci a été abandonnée. Pourtant, Moreau et Cahen, qui voient dans les règlements d'administration publique l'effet d'une délégation législative (ou d'une substitution d'organes) tentent de concilier cette hypothèse avec celle de la recevabilité du recours. G. Cahen part du principe selon lequel tous les règlements (du moins tous les règlements de droit) sont de même nature que la loi ; il n'y a donc pas à distinguer entre règlements d'administration publique et décrets simples quant à leur nature, et ce d'autant moins qu'ils émanent tous de la même autorité. Il en conclut que le régime juridique devrait être le même pour tous les règlements et que, par conséquent, les « RAP » doivent être soumis, comme les règlements simples, au contrôle du Conseil d'Etat [683]. En toute logique, Cahen doit également réclamer l'existence d'un contrôle juridictionnel sur les lois, car si, comme il le prétend par ailleurs, le régime juridique d'un acte dépend de sa nature et que cette nature soit la même pour les règlements et pour les lois, le contrôle juridictionnel exercé devrait être identique pour tous les actes. Cahen

[682] G. CAHEN, *op. cit*., p. 413 ; H. NEZARD, « Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique », *R.G.A*. 1909, III, pp. 129-152, et *R.G.A*. 1910, I, pp. 5-20 ; H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., pp. 99-100.

[683] G. CAHEN, *op. cit*., p. 417 : « La pratique actuellement suivie implique des contradictions qu'aucun principe ne justifie. Elle manque d'un fondement juridique solide. Elle est politiquement dangereuse. En réclamant le recours en annulation contre tous les règlements quels qu'ils soient, nous nous bornons à déduire de l'identité de nature de tous les règlements de droit une conclusion juridiquement certaine ; nous donnons aux individus, aux collectivités des garanties précieuses contre l'arbitraire gouvernemental ; nous assurons le développement normal d'une jurisprudence qui a contribué pour une large part au progrès du vrai libéralisme ». Dans le même sens, voir HEBRARD DE VILLENEUVE, article « Règlement d'administration publique », *loc. cit*., pp. 61-62.

reconnaît d'ailleurs que « *l'ancienne jurisprudence qui admettait les recours contre les actes administratifs et les refusait contre tous les règlements, était seule rationnelle et concordante, car elle ne distinguait point entre les règlements simples et les règlements d'administration publique* »[684] ; mais au lieu de réclamer un retour à cette jurisprudence, il préconise une véritable révolution juridique qui permette à la fois d'étendre la protection due aux administrés et de préserver la cohérence de la théorie- juridique [685].

Quant à Moreau, son argumentation est moins originale. Selon lui, « *l'effet de la délégation législative n'est pas de rendre le règlement d'administration publique semblable en tous points à la loi, de lui donner le régime même des lois. Elle donne au Chef de l'Etat une compétence, un pouvoir qui, d'ordinaire, n'appartient qu'au parlement, pas davantage. Le président de la République ne devient pas le parlement, et l'acte qu'il fait en vertu de la délégation n'est pas une loi, au sens technique du mot, c'est un règlement présidentiel* »[686], et donc, comme tel, susceptible d'un contrôle par voie de recours pour excès de pouvoir. Il s'ensuit que le régime juridique de l'acte administratif dépend avant tout de l'organe qui l'édicte, plutôt que de sa nature intrinsèque, alors que nous avons vu Moreau s'appuyer sur le critère matériel pour défendre une conception extensive du pouvoir réglementaire.

Pour ceux qui combattent la théorie de la délégation, il est apparemment plus facile de justifier une extension du contrôle juridictionnel sur les règlements d'administration publique. Car même si la doctrine insiste sur les rapprochements à opérer entre la loi et le règlement, elle estime comme Moreau, et à l'inverse de Cahen, que le régime juridique des actes dépend moins de leur nature intrinsèque que de l'organe qui les édicte [687]. En abandonnant l'hypothèse de la délégation, elle peut donc faire du règlement d'administration publique l'acte juridique d'une autorité

[684] G. CAHEN, *op. cit*., p. 408.

[685] En 1914, G. Jèze défend une argumentation très proche de celle développée par Cahen « Il n'y a pas de différence de nature juridique entre 1° la loi proprement dite (...) ; 2° le décret -loi (...) ; 3° le décret-loi colonial (...) ; 4° le règlement d'administration publique, c'est-à-dire la règle de droit générale et impersonnelle, formulée par le Président de la République, après avis du Conseil d'Etat, sur l'invitation des Chambres ; 5° le règlement simple, c'est-à-dire la règle de droit générale et impersonnelle formulée par le Président de la République ou par tout autre agent public investi du pouvoir réglementaire ; 6° l'arrêté ministériel (...) en tant qu'il s'agit d'une règle de droit générale et impersonnelle formulée par un ministre, dans le cas où le ministre a le pouvoir réglementaire (...). Dans tous les cas, quelles que soient la qualité de l'auteur de l'acte, les formes suivies, le nom donné à l'acte juridique, nous trouvons comme effet juridique voulu la création d'une situation juridique générale, impersonnelle, objective. Cela est nécessaire pour qu'il y ait acte législatif au sens matériel, mais cela est suffisant. L'identité de nature juridique entre la loi et le règlement a pour conséquence l'identité de régime juridique : en principe, le régime juridique est le même pour la loi et pour le règlement. Exceptionnellement, la qualité de l'auteur de l'acte peut exercer une influence sur le régime juridique. Mais cela est exceptionnel. Ainsi, en France, il est de règle que les manifestations de volonté des Chambres échappent absolument au contrôle des tribunaux. C'est une règle juridique qui s'explique par des considérations de politique et d'histoire, plus ou moins particulières à la France » (G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd. 1914, pp. 22-23).

[686] F. MOREAU, op. cit., p. 291 ; dans le même sens, E. RAIGA, *op. cit*., pp. 181-182.

[687] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, p. 452: « La force obligatoire d'un acte et les voies de recours dont il est susceptible ne dépendent point de la nature intrinsèque de cet acte, mais du caractère de l'organe ou de l'agent qui l'a fait »; de même, dès 1907, in Manuel..., pp. 1 61-1 62.

administrative au même titre que les autres règlements, au lieu d'y voir un acte indirect du parlement. Encore faut-il que le président de la République soit effectivement une autorité administrative.

Après avoir soutenu la thèse qui fait du chef de l'Etat un gouvernant[688], Duguit s'est rallié à la théorie qui le considère simplement comme un agent administratif, ce qui, du même coup, lui a permis de justifier la soumission des règlements d'administration publique au recours pour excès de pouvoir, précédant ainsi de quelques mois la jurisprudence[689]. C'est en effet en 1907 qu'intervient le revirement essentiel en cette matière : l'arrêt du 6 décembre 1907 [690] admet pour la première fois la recevabilité du recours contre ces règlements, et semble consacrer les idées défendues par la doctrine [691]. Comme Jèze le remarque dans son commentaire de l'arrêt, « *étant donné le mouvement des idées et de la jurisprudence dans le sens d'un contrôle juridictionnel de plus en plus étendu sur tous les actes des agents administratifs — y compris le Président de la République — il n'était pas téméraire d'affirmer que le Conseil d'Etat n'écarterait plus, comme en 1872 ou comme en 1892, le recours direct en annulation* » [692].

Pourtant, le juge n'a pas suivi complètement la doctrine dominante puisque, tout en admettant la recevabilité du recours, il maintient la thèse de la délégation législative. Il consacre ainsi la thèse de Moreau plutôt que celle de la doctrine dominante qui se félicite du résultat pratique auquel est parvenue la jurisprudence, mais en dénonce la motivation jugée contradictoire. Selon M. Hauriou, « *le Conseil d'Etat aurait dû employer une autre expression* » [693] que celle de délégation et utiliser celle d'« attribution de compétence ». Mais on ne voit guère l'intérêt de remplacer une expression par une autre, dont le sens est très proche, sinon que la seconde est vague[694] et n'implique pas nécessairement la nature législative du règlement d'administration publique.

Au fond, dit Hauriou, « *en déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir contre le règlement d'administration publique, il (le Conseil d'Etat) a tué la théorie de la délégation législative, et c'est là l'important ; il l'a tuée parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi en en faisant un acte législatif,*

[688] L. DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903.
[689] L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 1026.
[690] CE, *Compagnies de l'Est, du Midi, du Nord, du PLM, de l'Orléans et de l'Ouest*, 6 décembre 1907, *Sirey*, 1908-3-1.
[691] H. BERTHELEMY, « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *loc. cit.*, p. 9 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, pp. 476-477-478 ; J. VALEGEAS, *op. cit.*, pp. 32-33 ; E. RAIGA, *op. cit.*, pp. 181-182 ; G. JEZE, « Le règlement administratif », *loc. cit.*, p. 13.
[692] G. JEZE, « Notes de jurisprudence administrative », *R.D.P.* 1908, pp. 38-56, p. 44.
[693] M. HAURIOU, note sous CE 6 décembre 1907, *Sirey*, 1908-3-2.
[694] M. HAURIOU, note sous CE 6 décembre 1907, *loc. cit.* : « Le mot attribution de compétence a l'avantage d'être imprécis ». Comparer L. DUGUIT utilisant l'expression de « détermination de compétence » (*Traité* tome II p. 460).

tandis que, désormais, il sera entendu qu'il est un acte administratif »[695]. En d'autres termes, l'extension du contrôle juridictionnel sur ces règlements se justifie plus aisément en liant nature et régime juridique de l'acte et en définissant la nature de l'acte à partir du critère organique [696] : la différence qui sépare la loi du règlement tient à l'auteur de l'acte, alors que la définition matérielle tend à les rapprocher à l'inverse du postulat de la délégation législative.

Mais quelle que soit la théorie soutenue en cette matière, le résultat unanimement recherché consiste à soumettre le règlement d'administration publique au recours pour excès de pouvoir[697]. Les libéraux y voient une protection nécessaire des particuliers face à l'extension du pouvoir réglementaire ; les partisans de cette extension en font une justification de la multiplication des règlements contre lesquels des recours existent alors que la loi reste incontrôlée.

2. RAP et décrets coloniaux.

Pour les partisans de la nature législative de tous les règlements, comme pour ceux qui fondent le régime juridique d'un acte sur la qualité de son auteur, les décrets coloniaux posent les mêmes problèmes que les règlements d'administration publique en ce qui concerne la question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir[698].

Le droit de la Troisième République donnait en effet au chef de l'Etat un véritable pouvoir législatif en matière coloniale ; et si l'on admet que la recevabilité du recours dépend de l'auteur de l'acte plutôt que de sa nature intrinsèque, ces décrets coloniaux doivent être, eux aussi, susceptibles de contrôle juridictionnel. Pourtant, la

[695] M. HAURIOU, note sous CE 6 décembre 1907, *loc. cit*.
[696] H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., pp. 99-100.
[697] L'unanimité n'est cependant pas parfaite : en 1896, E. Laferrière et L. Michoud ne se comptent pas encore parmi les partisans du contrôle direct sur les règlements d'administration publique (E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome II, p. 11 ; L. MICHOUD. note sous Cour d'appel d'Alger, *Département de Constantine contre l'Eta*t, 5 mars 1894, *Sirey*, 1896-1-89-91) car tous deux considèrent qu'il s'agit de règlements faits sur délégation du pouvoir législatif. Toutefois, la position de Michoud s'explique surtout par la volonté de rendre compte de la jurisprudence de son temps ; il n'est pas défavorable à l'idée d'un contrôle direct sur les règlements d'administration publique, ni à celle d'un contrôle de constitutionnalité des lois « La possibilité d'introduire un recours pour excès de pouvoir serait cependant précieuse pour les particuliers ; elle leur permettrait de prendre les devants et de faire annuler l'acte immédiatement, sans attendre son exécution ; elle leur permettrait en outre, dans les cas d'excès de pouvoir proprement dit, de provoquer cette annulation, sans avoir à prouver que l'acte lèse leurs droits, et en démontrant seulement qu'ils y ont un intérêt direct et personnel. Mais le premier avantage n'est pour les particuliers qu'une facilité, une commodité de plus ; le second leur permettrait (comme ils le peuvent en matière d'actes administratifs ordinaires) de se faire les gardiens, les protecteurs du droit objectif, alors même que leurs droits subjectifs n'y seraient pas intéressés. Or aucun principe de droit public n'oblige l'Etat à leur concéder cette faculté ; il ne la leur concède que s'il la juge avantageuse pour lui-même. Il ne manque donc à aucune de ses obligations en jugeant qu'ici le maintien du droit objectif sera suffisamment garanti par le contrôle parlementaire sur les actes du Gouvernement, et en refusant aux particuliers le droit de demander ce maintien au Conseil d'Etat » (*Sirey*, 1896-2-90).
[698] C'est aussi le cas pour L. Michoud : « Le chef de l'Etat ne possède, en matière algérienne ou coloniale, qu'un pouvoir législatif délégué, et, par conséquent, limité aux termes de la délégation qui lui a été faite. Ce pouvoir est de même nature que celui qu'il exerce quand il fait, par délégation particulière du législateur, un règlement d'administration publique sur des matières rentrant dans le domaine de la loi » (L. MICHOUD, note sous Cour d'appel d'Alger, *Département de Constantine contre l'Etat*, 5 mars 1894, *loc. cit*.).

question ne suscite guère de débat chez les auteurs. Nézard, Duguit et Cahen sont les seuls à proposer leur contrôle par le juge administratif [699]. Jèze remarque, en 1902, qu'une telle solution est « *fort grave et en tout cas contraire à la jurisprudence* »[700], mais semble vouloir les rejoindre en 1914 [701].

La différence d'attitude entre la question des règlements d'administration publique et celle des décrets coloniaux tient à plusieurs facteurs. D'abord, la législation coloniale reste fort peu étudiée, et lorsqu'elle est abordée, c'est souvent de façon annexe ou pour en tirer argument en faveur de la thèse d'un pouvoir législatif appartenant naturellement et initialement au chef de l'Etat. Ensuite, les auteurs ont tendance à n'envisager la nécessité des contrôles juridictionnels que dans le cadre métropolitain. La survivance des solutions monarchiques dans le domaine colonial ne les choque pas, elle leur paraît même justifiée par une sorte d'arriération des pays colonisés. Les contrôles juridictionnels constituant à leurs yeux la marque des progrès de la civilisation, ils ne seraient pas plus applicables au cadre colonial que ne le seraient les principes d'organisation politique d'une démocratie.

Les publicistes présentent l'extension des contrôles juridictionnels comme l'achèvement de la démocratie sur le plan juridique[702] ; en ce sens, ces contrôles ne sont envisageables que pour une organisation politique déjà démocratique, ce qui n'est pas le cas des colonies. Mais on peut aussi comprendre cette absence de contrôle d'une tout autre façon : plus qu'un progrès dans l'ordre démocratique, les contrôles juridictionnels sont davantage un moyen de substituer le droit à la politique dans les aspirations des citoyens, voire de limiter les effets du suffrage universel. Leur absence dans les colonies peut alors s'expliquer par le fait que cette substitution n'y est pas nécessaire à leurs yeux, puisque leur organisation politique ne présente pas les mêmes inconvénients qu'en métropole, les indigènes n'ayant précisément pas le statut de citoyens. Enfin, ces actes peuvent s'apparenter, dans une certaine mesure, aux actes de gouvernement qui, nous allons le voir, restent insusceptibles de contrôle en tant qu'ils sont liés à la raison d'Etat. Décrets coloniaux et actes de gouvernement ont ceci de commun qu'ils manifestent les limites de l'Etat de droit.

B - Le cas des actes de gouvernement

Si les règlements d'administration publique mettaient en cause les relations de l'exécutif et du législatif, les actes de gouvernement, quant à eux, doivent être

[699] G. CAHEN, op. cit., p. 403 ; L. DUGUIT, *Manuel*..., *op. cit*., p. 1017, et *Traité*..., t. II, p. 456 ; H. NEZARD, *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1910, p. 77. De même, H. GRACII, op. cit., p. 33.
[700] G. JEZE, « Le règlement administratif », *R.G.A.,* 1902, II, p. 13
[701] G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd., 1914, pp. 22-23.
[702] G. CAHEN, *op. cit*., pp. 424 et 426 « Cet axiome de la souveraineté des assemblées parlementaires (...) qui substitue au despotisme royal l'absolutisme aveugle d'un Parlement. N'est-il pas utile de réagir contre ces faux dogmes, et d'achever ce que les Allemands appellent « l'Etat de droit » dans la république démocratique ? La où une constitution existe, elle doit être respectée de tous (...) Telle nous paraît être du moins la conséquence naturelle et nécessaire de l'évolution du Droit public en France ! Tel nous semble devoir s'affirmer dans l'avenir le triomphe définitif de la vraie démocratie ! ».

étudiés sous l'angle des rapports internes à l'exécutif entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative.

La première théorie élaborée en ce domaine qualifiait l'acte de gouvernement à partir de l'intention de l'auteur de l'acte. Cette théorie du mobile soutenue par Dufour[703] et longtemps admise par la jurisprudence permettait une définition très large, mais aussi très mouvante de l'acte de gouvernement, puisqu'il suffisait à l'administration d'invoquer la poursuite d'un but politique pour soustraire l'acte en cause à tout recours contentieux. La volonté d'augmenter les garanties données aux particuliers et le souhait d'encadrer juridiquement l'action de l'exécutif vont conduire les publicistes à abandonner cette théorie du mobile jugée trop extensive : « *Dangereuse doctrine ! qui, sous le couvert de la raison d'Etat, peut justifier les pires excès de pouvoir* »[704]. Aussi assiste-t-on à un débat assez vif dans la doctrine de la fin du dix-neuvième siècle pour savoir par quoi remplacer la théorie du mobile [705].

Deux courants se constituent alors parmi les auteurs : ceux de la première génération maintiennent le concept d'acte de gouvernement, mais adoptent une définition plus restrictive et qui se veut aussi plus objective en distinguant deux fonctions : celle de gouverner et celle d'administrer ; les autres nient jusqu'à l'existence des actes de gouvernement comme catégorie particulière et les rattachent à une catégorie déjà soumise au recours, celle des actes discrétionnaires.

1. Le premier courant.

Il peut se réclamer d'autorités comme Ducrocq, Aucoc, R. Dareste ou Laferrière[706], et se contente en fait de substituer une théorie du but à celle du mobile, et le déplacement est d'autant plus facile que les deux notions sont très proches. Certes, ces auteurs définissent l'acte de gouvernement par sa nature intrinsèque, plutôt que par l'intention politique qui l'inspire. Mais cette nature de l'acte dépend de la nature de la fonction gouvernementale, opposée à la fonction administrative, fonctions qui sont elles-mêmes définies par leur but spécifique.

Administrer, selon Laferrière, c'est « *assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports de citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du*

[703] G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris. Cotillon, 2e éd. 1854-1857, 8 vol., t. IV, 1855, p. 601 : « Ce qui fait l'acte de gouvernement c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même, ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement ».
[704] M. LECOURTOIS, *Des actes de gouvernement*, Thèse Poitiers, 1899, p. 91.
[705] La théorie du mobile garde cependant quelques rares partisans, notamment J. RENAULT, *op. cit*., p. 69, et Pillet, professeur à Paris, cité par J. Renault.
[706] Th. DUCROCQ, *op. cit*., 5e éd., tome I, p. 221 ; L. AUCOC, *op. cit*., 2e éd., tome I, pp. 78-79 et pp. 479 et s. ; R. DARESTE, *op. cit.,* p. 218 ; E. LAFERRIERE, *op. cit.,* tome II, pp. 32 et s.

gouvernement avec les Chambres, ceux de l'Etat avec les puissances étrangères »[707]. De même Jacquelin, qui distingue en outre deux catégories d'actes de gouvernement en fonction du but qu'ils poursuivent : les uns tendent à la représentation de la nation vis-à-vis des puissances étrangères, les autres sont ceux par lesquels l'exécutif joue le rôle de modérateur et de lien avec les autres pouvoirs[708]. Le caractère assez vague de ces définitions oblige les auteurs à énumérer ce qu'ils considèrent comme actes de gouvernement, et la liste est évidemment variable d'un ouvrage à l'autre.

Certains en concluent à l'insuffisance de la définition qu'ils vont donc chercher à préciser, tout en donnant à la notion d'acte de gouvernement un statut plus juridique. C'est le cas notamment de Hauriou, puis de Lecourtois en 1899. Dans sa thèse consacrée aux actes de gouvernement, ce dernier propose une nouvelle définition des fonctions gouvernementale et administrative : « *Le pouvoir exécutif, en tant qu'il est chargé d'assurer l'application des lois ordinaires, se nomme administration ; mais sa fonction n'est plus la même quand il procure l'exécution directe des lois constitutionnelles* »[709]. En donnant ainsi une sorte de statut constitutionnel à la théorie de l'acte de gouvernement, ces auteurs passent d'une justification politique : la raison d'Etat désormais inacceptable, à un fondement juridique : la constitution. En d'autres termes, l'argument traditionnel de la raison d'Etat se juridise, ce qui, à la fois, limite le champ des actes de gouvernement, mais rend la notion plus acceptable. « *Il y a bien un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif, et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative. Le caractère intangible des actes de gouvernement n'est donc plus fondé sur la raison d'Etat, qui suppose antagonisme de l'Etat et du particulier ; elle est fondée sur la raison constitutionnelle, c'est-à-dire sur l'antagonisme des différents pouvoirs de l'Etat lui-même* »[710].

---

[707] E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome II, p. 33 ; de même G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 116.

[708] R. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 310.

[709] M. LECOURTOIS*, op. cit*., p. 111 ; de même M. HAURIOU, note sous CE *Gugel*, 30 juin 1893, *Sirey* 1895-3-41, p. 42 : « Il y aurait un tel avantage à ce que la décision gracieuse prît place parmi les actes de gouvernement que cela devrait faire cesser bien des hésitations. Cela donnerait nettement une portée constitutionnelle à cette catégorie d'actes (...) Il y a bien un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif, et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative. Le caractère intangible des actes de gouvernement n'est donc plus fondé sur la raison d'Etat, qui suppose antagonisme de l'Etat et du particulier ; elle est fondée sur la raison constitutionnelle, c'est-à-dire sur l'antagonisme des différents pouvoirs de l'Etat lui-même ».

[710] M. HAURIOU, note sous CE *Gugel*, 30 juin 1893, *loc. cit*., p. 42 ; comparer Teissier, article « Responsabilité », *loc. cit*., pp. 143-144 : « C'est uniquement à la nature intrinsèque de l'acte qu'il faut s'attacher pour déterminer son caractère gouvernemental ou administratif (...) Les actes gouvernementaux sont exclusivement 1° ceux qui ont pour objet d'assurer, dans les conditions prévues par la Constitution, les relations et la collaboration du pouvoir exécutif avec le pouvoir législatif, en même temps que certaines décisions que le Parlement a chargé le Gouvernement de prendre, dans des circonstances exceptionnelles, sous réserve de son approbation et de son contrôle exclusif ; 2° les actes concernant les rapports de l'Etat français avec les puissances étrangères qui, réglant des rapports de pouvoir souverain à pouvoir souverain sont essentiellement des actes de souveraineté dont aucun tribunal ne peut connaître ».

Tous ces auteurs présentent l'abandon de la théorie du mobile comme une garantie supplémentaire pour les particuliers, et comme une restriction à l'arbitraire de l'Etat, puisque la nouvelle théorie permet de diminuer considérablement le nombre des actes de gouvernement et donc de remplacer le contrôle parlementaire par un contrôle juridictionnel jugé plus efficace : « *N'est-il pas à craindre qu'une assemblée, mise dans l'alternative ou d'approuver un acte arbitraire lésant un intérêt, violant un droit particulier, ou bien d'ouvrir par son blâme une crise ministérielle, aux conséquences parfois très graves, ne cède à des considérations politiques plus fortes à ses yeux que les principes juridiques les mieux établis ? Voit-on d'ailleurs une décision portant atteinte, dans un but politique, à des droits privés et qualifiée acte de gouvernement, portée devant un tribunal composé de plusieurs centaines de juges, dont les aptitudes et les qualités sont si éloignées de celles qu'on est en droit d'exiger des magistrats de droit commun ?* »[711].

Mais ces objections adressées à la théorie du mobile pourraient l'être avec autant de raison à celle de la nature intrinsèque de l'acte, sans compter cette objection supplémentaire tirée de ce que les mêmes auteurs lient le régime juridique des actes, non pas à leur nature matérielle, mais à l'organe qui les édicte. Il faut donc examiner comment ils justifient l'irrecevabilité du recours contre les actes de gouvernement nouvellement définis. Outre la jurisprudence qui consacre la théorie de l'acte de gouvernement, deux arguments sont invoqués pour refuser tout contrôle juridictionnel sur ces actes : le premier est celui de l'indépendance nécessaire du pouvoir exécutif dans les domaines qui engagent l'existence de l'Etat, et de la primauté absolue de l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel [712]. Le recours à ce type de justification (qui n'est autre que celle de la raison d'Etat) révèle une moindre méfiance à l'égard de l'exécutif, déjà attestée par la faveur de la doctrine pour l'extension du pouvoir réglementaire. Le second argument est celui de l'incompétence radicale des tribunaux à juger soit les actes qui mettent en cause les relations entre pouvoirs publics, soit les affaires éminemment politiques comme le sont les relations diplomatiques. En admettant l'existence d'un recours juridictionnel, les juges seraient conduits à s'immiscer dans le domaine politique pour lequel ils n'ont pas les connaissance suffisantes, au risque d'y perdre leur autorité et leur indépendance[713].

Si cette première thèse permet d'expliquer la soumission des actes discrétionnaires au recours pour excès de pouvoir, et même de l'étendre en

[711] M. LECOURTOIS, *op. cit*., pp. 92-93 ; de même G. JEZE, « Un recul de la théorie des actes de gouvernement », *R.D.P.* 1911, pp. 663-684, p. 676.

[712] M. LECOURTOIS, *op. cit*., p. 110 : « Il existe un intérêt collectif, une société dont chaque membre non seulement a besoin d'être secouru, mais qui, en tant que société, doit pouvoir se défendre. Or la théorie proposée méconnaît absolument cette considération. L'action du pouvoir exécutif est énervée, les pouvoirs publics sont paralysés dans les circonstances les plus graves, qui réclament la décision, le coup d'oeil, la promptitude (...) II y a une question d'équilibre à maintenir : la théorie des actes de gouvernement l'assure d'une manière très heureuse, tandis que la doctrine opposée sacrifie l'intérêt général à l'intérêt individuel ».

[713] A. MERIGNHAC, note sous TC *Rouzier*, 25 mars 1911, *Dalloz* 1912-3-1 ; M. Lecourtois, *op. cit.,* p. 110 ; M. HAURIOU, note sous CE *Gugel*, 30 juin 1893, *loc. cit*

restreignant la catégorie des actes de gouvernement, elle correspond aussi à une période où la légalité tend à se résumer au seul contenu de la loi, comme en témoigne la définition donnée des fonctions administrative et gouvernementale. Or, d'une part, l'extension des contrôles juridictionnels conduit à élargir la notion de légalité en y englobant certains principes tirés des nécessités de l'ordre public ; d'autre part, l'extension du pouvoir réglementaire tend à remettre en cause la définition de l'administration par la seule application de la loi, et donc la justification des différences de traitement entre les actes discrétionnaires et les actes de gouvernement. Aussi cette théorie ne parvient-elle pas à convaincre des auteurs qui, comme Berthélemy, Michoud, Brémond ou Jèze, souhaitent voir disparaître la notion même d'acte de gouvernement.

2. La remise en cause des actes de gouvernement.

Tout concourt à cette remise en cause. D'abord, l'idée fondamentale de l'Etat de droit, qui fait de la puissance publique un pouvoir juridique, implique la soumission de cette puissance au droit dans toutes ses manifestations[714]. Puis l'évolution de la jurisprudence en matière d'actes discrétionnaires relativise la portée des arguments de la doctrine adverse. Ensuite, la théorie de l'acte de gouvernement suppose la possibilité d'établir une distinction certaine entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative, ce que dément l'extension du pouvoir réglementaire. Enfin, le lien posé par cette théorie entre la recevabilité du recours et la nature matérielle de l'acte est en contradiction avec l'évolution des idées en ce domaine.

Michoud [715] est le premier à remettre radicalement en cause la notion d'acte de gouvernement, confondue selon lui avec celle d'acte discrétionnaire : la doctrine aurait pris pour une catégorie spécifique des actes dont le seul point commun est d'échapper au recours pour excès de pouvoir, comme ce fut longtemps le cas pour les actes de pure administration[716]. Brémond développe l'argument pour montrer que, dans chaque cas, l'acte prétendu de gouvernement n'est qu'un acte

[714] C'est aussi le cas de H. BERTHELEMY, malgré ses dénégations : « Il dit que les fonctionnaires, qui font des actes d'autorité, exercent la fonction du souverain ; le souverain a donc une fonction ; et pour qu'il ait une fonction, il faut qu'il soit une personne. Puissance, fonction, c'est l'Etat souverain qui en est titulaire ; M. Berthélemy revient ainsi forcément à la notion de l'Etat personne titulaire de la puissance publique. Maintenant qu'on dise que la puissance publique est un droit ou une fonction, cela n'a aucune importance » (L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 226).

[715] L. MICHOUD, « Des actes de gouvernement », Paris, Larose et Forcel, *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1889. Cependant, dix ans plus tôt, A. Gautier écrivait déjà : « Cette distinction entre les actes contentieux et les actes de gouvernement ne repose sur aucun motif sérieux et n'a d'autre résultat que de consacrer l'arbitraire le plus regrettable (...) parmi les exemples donnés par le Conseil d'Etat d'actes de gouvernements, les uns sont insusceptibles de recours, parce qu'ils sont des actes de pure administration ; quant aux autres, les mettre en dehors du droit commun, c'est ouvrir la porte aux illégalités les plus criantes et les plus dangereuses » (A. GAUTIER, *op. cit*., tome 1, pp. 6-7).

[716] Sur l'irrecevabilité du recours, et non le simple rejet au fond, à l'encontre d'un acte discrétionnaire, voir CE *Cornibert*, 9 avril 1849, et CE *Lefèvre*, 21 juillet 1849, cités par J . RENAULT , *op. cit*., p. 22.

discrétionnaire pour l'édiction duquel l'administration dispose d'une grande liberté[717]. Il en conclut logiquement que « *les actes dits de gouvernement sont soumis absolument au même régime que les actes administratifs ordinaires* »[718], ce qui laisse ouvert le recours en annulation dans les mêmes conditions que pour l'acte discrétionnaire : « *Si l'on rejette en effet la doctrine des actes de gouvernement et qu'on s'en tienne à la notion des actes d'administration discrétionnaire, la question de la recevabilité du recours contentieux s'en trouve bien simplifiée : on aura à rechercher seulement dans chaque affaire s'il existe une disposition de loi formelle ou tacite prohibant les recours* »[719].

Michoud et Berthélemy tiennent un raisonnement plus nuancé : ils nient l'existence d'une catégorie homogène d'actes soustraits au recours pour excès de pouvoir, en montrant que, pour chacun des actes figurant habituellement sur la liste des actes de gouvernement, l'irrecevabilité du recours s'explique par une raison particulière ; ainsi en va-t-il des « *faits de guerre qui sont des faits de force majeure et ne comportent à ce titre ni recours en indemnité, ni pourvoi en annulation* »[720] ; d'autres actes, comme les mesures de sûreté intérieure de l'Etat, appartiennent à la catégorie des actes d'administration discrétionnaire et devraient être soumis au recours pour excès de pouvoir [721].

En niant l'existence des actes de gouvernement, ces auteurs rejettent aussi la distinction des fonctions gouvernementale et administrative. Pour Brémond, « *les deux fonctions ont une nature identique (...) ; la différence qui les sépare est une simple question d'importance. On se sert plus volontiers de la dénomination d'actes de gouvernement pour qualifier les actes les plus importants de la puissance publique ; aux décisions plus modestes, on donne la qualification d'actes administratifs* »[722].

Ce qu'ils reprochent avant tout à cette distinction, c'est son imprécision qui explique à la fois la nécessité et l'incertitude des énumérations faites par les auteurs : « *Il est difficile de ne pas être frappé, à première vue, du caractère un peu arbitraire de ces énumérations, il y a des actes ayant une importance gouvernementale de premier ordre, la nomination et la révocation des fonctionnaires, par exemple, qui n'y sont pas compris, et on y trouve au contraire des actes présentant un intérêt*

[717] BREMOND, « Des actes de gouvernement », *R.D.P.* 1896, tome V, pp. 23-75. De même, H. GRACH, *op. cit*., pp. 35-51 ; J. LONNE, *Les actes de gouvernement*, Thèse Paris, H. Jouve, 1898, pp. 81 et s. et p. 151.
[718] BREMOND, « Des actes de gouvernement », *loc. cit*., p. 27.
[719] BREMOND, « Des actes de gouvernement », *loc. cit*., p. 35.
[720] H. BERTHELEMY, *Traité...*, 2e éd., p. 107 ; de même G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 144.
[721] H. BERTHELEMY, *op. cit.*, p. 107 : « Restent donc les « certaines mesures de sûreté intérieure de l'Etat ». On reconnaîtra que l'expression est tellement élastique qu'il est impossible de s'en contenter (...) De deux choses l'une, dirons-nous : ou bien ces mesures sont conformes à la loi, et alors nous ne voyons pas qu'il y ait à faire de différence entre elles et les actes d'administration par lesquels on procure l'exécution des lois ; ou bien elles ne sont pas conformes à la loi ; alors nous ne voyons nulle part un principe de droit qui autorise le chef de l'Etat à les prendre et, si elles sont prises, nous ne voyons aucune règle qui puisse les soustraire au recours en annulation » ; de même, P. CHARREYRON, *op. cit*., pp. 113-115.
[722] BREMOND, « Des actes de gouvernement », *loc. cit*., pp. 35-36

politique relativement moindre, tels que la collation des titres de noblesse »[723]. La théorie de l'acte de gouvernement est donc condamnée pour son manque de logique juridique, de cohérence, et pour ses conséquences arbitraires que soulignent plus volontiers les libéraux[724]. En outre, la distinction du gouvernement et de l'administration apparaît d'autant moins justifiée que l'on tend à reconnaître au pouvoir réglementaire un champ d'application et d'initiative très large.

La thèse de Michoud, minoritaire dans la doctrine avant 1900, a exercé une influence certaine sur les auteurs les plus importants de la deuxième génération. « *Le nombre des actes de gouvernement*, dit Jèze en 1911, *a été en diminuant depuis la Troisième République, et c'est là un progrès considérable. La plupart, sinon la totalité des actes de gouvernement qui subsistent encore d'après la jurisprudence, se rencontrent dans le domaine des affaires diplomatiques* »[725]. Même dans cette hypothèse, l'impunité du gouvernement ne doit pas être totale, et comme nous le verrons plus loin, Jèze propose de pallier les inconvénients de l'irrecevabilité du recours en annulation en donnant aux tribunaux le pouvoir de déclarer l'Etat responsable des préjudices qu'il cause dans l'exercice de ces actes[726] .

Il ne faut pas, cependant, se représenter l'opposition des deux courants dans la doctrine sur les actes de gouvernement comme celle de l'autoritarisme et du libéralisme ; car certains partisans de la théorie des actes de gouvernement souhaitent développer le contrôle juridictionnel, alors que la théorie de Michoud n'implique pas nécessairement une diminution plus importante du nombre des actes soustraits au recours pour excès de pouvoir. Ce paradoxe est très clairement développé par Hauriou en 1895 à propos du droit de grâce : mieux vaut, selon lui, maintenir la théorie des actes de gouvernement que de confondre ceux-ci avec les actes

[723] L. MICHOUD, *op. cit*., p. 82.

[724] H. BERTHELEMY, *op. cit*., p. 107 : « Distinction arbitraire destinée à excuser des mesures arbitraires ». Mais la théorie de l'acte de gouvernement est également repoussée par L. DUGUIT (*L'Etat, les gouvernants et les agents*, p. 372) ; elle l'est aussi par les rédacteurs de L'année administrative qui parlent de « l'injustifiable théorie » des actes de gouvernement et ajoutent que « la liste des actes de gouvernement - quoique considérablement réduite - est encore trop longue, puisqu'elle a comme unique fondement juridique la raison d'Etat et un texte déjà ancien rédigé d'après des idées aujourd'hui périmées sur la responsabilité de l'Etat et des agents administratifs. Le texte existe ; respectons-le. Mais puisque le texte ne fait qu'une allusion aux actes de gouvernement sans en donner la définition précise, puisqu'il est juridiquement injustifiable, adoptons l'interprétation restrictive et réduisons son application à sa plus simple expression. Disons, par exemple, que les décrets du Président de la République portant convocation, ajournement ou dissolution des Chambres sont les seuls actes de gouvernement soustraits à tout contrôle juridictionnel ; cela ne causera aucun préjudice aux administrés. Les députés et sénateurs sont assez forts pour se défendre tout seuls ! Cette interprétation ultra restrictive des lois de 1849 et de 1872 ne serait pas seulement très juridique. Elle serait en complète harmonie avec la tendance générale de la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, si favorable aux administrés ». (*L'année administrative 1904*, pp. 85-86). Enfin, il ne faut pas oublier que l'affaire des congrégations religieuses n'est sans doute pas restée sans incidences sur la question des actes de gouvernement et l'empressement de la doctrine à en réduire le nombre.

[725] G. JEZE, « Un recul de la théorie des actes de gouvernement », *loc. cit*., p. 663.

[726] G. JEZE, *ibidem*, p. 666 : « Le Parlement est dans l'impossibilité d'exercer son pouvoir de contrôle et d'arrêter une politique néfaste pour le pays. Ce qu'il faut, c'est de la responsabilité devant les tribunaux. Et si vraiment, parfois, les agents diplomatiques ont besoin de violer la loi pour défendre les intérêts nationaux, que leurs victimes aient un recours en justice et reçoivent des indemnités ».

d'administration discrétionnaire, car c'est grâce à la distinction entre ces deux types d'actes que le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat a pu se développer sur le pouvoir discrétionnaire. « *Il ne s'agit point précisément de raisonnement juridique mais plutôt de position plus ou moins favorable à prendre en vue de l'évolution ultérieure du droit. Ne commettons pas surtout la faute, quand le Conseil d'Etat nous dit formellement : « Tel acte n'est "pas susceptible du recours contentieux", de le qualifier d'acte d'administration discrétionnaire. Disons plutôt : c'est un acte de gouvernement. Mieux vaudrait allonger de dix ou quinze noms la liste des actes de gouvernement, plutôt que de revenir à cette notion que l'acte d'administration discrétionnaire échappe totalement au recours. Un conquérant qui veut soumettre un pays peut sacrifier quelques villes* »[727].

La comparaison montre assez que, pour les deux courants qui s'opposent sur la question des actes de gouvernement, il s'agit également de construire un Etat soumis au droit, à la fois pour mieux garantir les droits des particuliers et surtout en vue d'instituer un système ordonné et totalement cohérent qui obéisse à la logique juridique[728].

S'ils s'étaient contentés du premier objectif, les publicistes auraient pu se satisfaire du système de l'exception d'illégalité soulevée devant les tribunaux judiciaires. Or ce mode de contrôle leur paraît très secondaire et imparfait.

§ 3. - L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ

Rares sont les auteurs qui développent longuement cette question. Ils se contentent généralement de la mentionner comme une garantie sérieuse, mais pour ajouter aussitôt que le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat offre des avantages nettement supérieurs[729].

---

[727] M. HAURIOU, note sous CE *Gugel*, 30 juin 1893, *loc. cit*., p. 42 ; de même, G. DAUPHINOT, *Des actes de gouvernement*, Thèse Nancy, Imprimerie Nancéenne, 1898, p. 171.

[728] *L'année administrative 1904*, p. 96 « Autrefois, le Conseil d'Etat avait la préoccupation de ne pas gêner, par le contrôle juridictionnel, la marche du gouvernement dans les affaires de politique pure. Aujourd'hui, il n'a plus ce souci lorsqu'il s'agit de politique intérieure ; il le conserve lorsqu'il s'agit de politique internationale. Le scrupule est explicable. Mais à bien considérer la chose, c'est encore et toujours la raison d'Etat que les agents administratifs invoquent pour échapper au contrôle juridictionnel. Or, cet argument, dans l'Etat moderne, est dénué de valeur. La conscience publique ne s'en contente plus. Les agents diplomatiques, comme les autres, ont le devoir de rester dans les limites de leur compétence. Quelque louable que soit le but poursuivi, ils ont l'obligation stricte de se servir de moyens légaux, Et le Conseil d'Etat a aussi le devoir de les rappeler au respect de la légalité en annulant leurs actes lorsqu'ils sont entachés d'excès de pouvoir » ; de même *ibidem*, p. 100 : « Ce qu'il faut, en effet, aux administrés, c'est la certitude de trouver, pour la constatation d'un droit individuel, une autorité impartiale et techniquement capable qui soit obligée de lui répondre. C'est une faillite impossible à accepter dans un pays civilisé que celle de la justice ».

[729] J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 93 : « Le légitime droit pour le juge de ne pas se prêter à des excès de pouvoir constitue une sérieuse garantie ; mais ce qui fait surtout l'excellence de notre organisation, c'est le contrôle supérieur du Conseil d'Etat».

L'exception d'illégalité pose pourtant quelques problèmes théoriques importants, et notamment celui de la compatibilité de ce mode de contrôle avec le principe de séparation des pouvoirs. Nous ne nous étonnerons pas que cette question ne soit guère envisagée par les publicistes, puisque nous avons vu la plupart d'entre eux critiquer le principe de séparation, du moins dans son acception la plus rigide[730]. En outre, le pouvoir accordé au juge judiciaire d'écarter les actes illégaux de l'administration permet de rapprocher les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs, de souligner le caractère juridictionnel de la mission de chacun, tout en mettant l'accent sur la supériorité des garanties offertes par le recours pour excès de pouvoir.

Le second problème posé par l'exception d'illégalité concerne l'influence de ce mode de contrôle sur la détermination des liens à établir entre le régime juridique du règlement et sa nature juridique. Trois théories sont envisageables, mais aucune n'est cohérente si l'on s'en tient au régime juridique de l'acte administratif tel qu'il résulte de la jurisprudence de l'époque. La première, la plus classique, définit le règlement par un critère organique et en déduit le régime juridique applicable : si l'acte est fait par l'administration, il peut être soumis au contrôle juridictionnel de légalité. Cette théorie explique que le règlement puisse faire l'objet d'un contrôle indirect par le juge judiciaire contrairement à la loi, mais elle ne permet pas de comprendre pourquoi l'acte administratif individuel échappe à l'exception d'illégalité.

La seconde théorie, qui définit le règlement par le critère matériel, envisage séparément les deux questions de la nature et du régime juridique de l'acte en expliquant ce dernier par le critère organique ; mais elle aboutit aux mêmes inconséquences que la précédente, sauf à considérer que le régime juridique du règlement se différencie de celui de l'acte individuel à cause de sa nature spécifique. Mais on tombe alors dans une nouvelle contradiction puisque la loi ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. C'est cette même incohérence que l'on rencontre chez les auteurs qui prétendent à la fois définir le règlement par le critère matériel et lier le régime juridique auquel il est soumis à sa nature intrinsèquement législative. Nous avons vu Cahen soutenir cette troisième théorie, c'est ainsi qu'il explique la différence des contrôles sur les règlements et les actes individuels : si l'acte administratif individuel échappe à l'exception d'illégalité, c'est parce qu'il n'a pas nature législative[731].

[730] F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 263 : « Il ne m'importe guère que l'exception d'illégalité soit conforme ou contraire à la séparation des pouvoirs. Ce prétendu principe, qui n'est au fond qu'une notion obscure, encombre fâcheusement notre Droit public, embrouille beaucoup de questions (...) La seule notion claire, la seule aussi qui résulte des textes dans lesquels on peut trouver le prétendu principe, est celle de l'indépendance relative due aux différentes autorités entre lesquelles la puissance publique est répartie (...) Envisagé à ce point de vue, l'examen de la légalité se justifie sans difficultés ». De même, G. CAHEN, *op. cit.*, p. 372 : « Nous savons déjà ce qu'il faut penser du dogme (de la séparation des pouvoirs) et des conséquences qu'on en a arbitrairement tirées ».

[731] G. CAHEN, *op. cit.*, p. 375 : « Tandis que les tribunaux n'ont pas à procéder à l'examen des actes individuels et spéciaux, ils peuvent et doivent connaître de la régularité des règlements, parce que ces

Les publicistes tentent d'échapper à ces contradictions en proposant diverses réformes : certains souhaitent l'extension du contrôle par voie d'exception à tous les actes de l'administration sans différencier le règlement de l'acte individuel [732], quelques-uns réclamant en outre la faculté de soulever l'exception d'illégalité devant tous les tribunaux judiciaires[733]. D'autres enfin, estiment que le seul système logique serait de soumettre la loi à ce même contrôle[734]. On peut d'ailleurs se demander si l'un des objectifs de la théorie selon laquelle le régime juridique du règlement découle de la nature législative de l'acte n'est pas précisément de réclamer l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Nous allons voir en effet que cette question est vivement débattue dans la doctrine de l'époque qui ne cherche pas seulement à contrôler les actes de l'administration, mais ceux de tous les gouvernants.

Section 2 LES CONTRÔLES SUR LE LÉGISLATEUR

Les critiques adressées au législateur, la distinction du pouvoir de fait et du droit du parlement, en un mot la volonté de mettre un frein à l'omnipotence parlementaire, constituent des conditions éminemment favorables à l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Tout semble en effet se mettre en place à l'époque pour justifier l'institution d'un tel contrôle, pourtant étranger à la tradition constitutionnelle française : celle de l'Etat légal, fondée sur le règne de la loi.

Nous avons vu à quel point la confiance dans le parlement se trouve ébranlée chez les publicistes de la Troisième République : les libéraux critiquent l'extension de l'activité législative ; les progressistes déplorent l'incompétence des parlementaires ; tous dénoncent leur tendance à la corruption. Le législateur n'est donc pas infaillible, la loi ne constitue pas une garantie absolue. La doctrine ne cesse de rappeler au parlement qu'il n'est pas au-dessus du droit et tente d'établir des

derniers ont le caractère législatif. La doctrine française reconnaît cette qualité aux règlements d'administration publique et la dénie aux autres ; de là les inconséquences que nous signalons. Si l'on distingue, au contraire, les règlements des actes administratifs, l'interdiction contenue dans les lois de la Révolution ne s'applique plus aux premiers et l'article 471 cesse d'être une dérogation inexplicable, inexpliquée, au principe général qui s'y trouve contenu ».

[732] F. MOREAU, *op. cit*., p. 263 ; R. DARESTE et L. AUCOC souhaitaient pour leur part échapper aux conséquences de la théorie des actes de gouvernement en réclamant le contrôle par voie d'exception sur ces actes (R. DARESTE, *op. cit*., 2e éd., 1898, p. 218 ; L. AUCOC, *op. cit*., tome I, pp. 445-446).

[733] F. MOREAU, *ibidem* ; mais aussi G. CAHEN, *op. cit*., p. 375.

[734] G. CAHEN, *op. cit.*, p. 396 : « Juridiquement les principes généraux du droit confèrent aux tribunaux le privilège et l'obligation de refuser l'application des lois arguées d'inconstitutionnalité », et p. 401 « Il nous apparaît, nous avons du moins essayé de l'établir, qu'en l'état actuel de notre Droit public, nos tribunaux ont le droit et le devoir de refuser d'appliquer des lois inconstitutionnelles ». Cahen en conclut, p. 402 : « Et c'est ainsi que le règlement et la loi méritent une fois de plus d'être rapprochés sur ce terrain commun ». Rapprocher G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, 1914 pp. 22-23.

limites à son pouvoir. Duguit publie un article en 1910 pour souligner que le principe de non-rétroactivité des lois s'impose au législateur[735] ; Barthélemy établit cinq règles d'interprétation que devrait respecter le parlement[736] ; Esmein affirme l'impossibilité pour le législateur d'écarter l'application d'une loi pour un cas particulier[737] ; Saint-Girons reprend une citation de de Lolme d'après laquelle « *il est sans doute nécessaire de limiter le pouvoir exécutif, mais il est bien plus nécessaire encore de limiter le pouvoir législatif* » [738]. S'ils marquent ainsi très clairement que le parlement n'a pas le droit de tout faire, rien n'empêche cependant le législateur de faire des actes contraires au droit puisqu'il n'existe aucune sanction à ses empiètements, puisque surtout son élection au suffrage universel lui assure une légitimité démocratique.

La défiance des publicistes à l'égard du parlement est d'autant plus vive que les contrôles juridictionnels sur ses actes sont inexistants. Or nous avons vu que tout l'effort de la doctrine consistait précisément à développer ces contrôles sur les actes de l'administration ; et la théorie selon laquelle le règlement est une loi matérielle contribue à renforcer l'idée d'un contrôle possible sur les actes du législateur : si la loi et le règlement ont une nature identique, pourquoi ne pas les soumettre à un régime juridique similaire, dès lors que l'infaillibilité du législateur est remise en cause ? [739]. Enfin, l'essor des études de législation comparée affermit encore l'idée qu'un tel contrôle n'est pas impossible. L'exemple américain le prouve, et ceux qui l'étudient font l'apologie de son fonctionnement [740].

Or, malgré ces conditions très favorables, l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois se heurte encore à deux séries d'obstacles. Et si les obstacles d'ordre constitutionnel peuvent être facilement contournés (§ 1), il n'en va pas de même des difficultés politiques soulevées par l'institution d'un tel contrôle (§2). Ces problèmes expliquent les réticences de certains auteurs et déterminent partiellement les modes de contrôle envisagés sur la loi.

---

[735] L. DUGUIT, « La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois », *R.D.P.* 1910, pp. 764-776.
[736] J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *R.D.P.* 1908, pp. 456-500.
[737] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 490.
[738] A. DE SAINT-GIRONS, *Essai sur la séparation des pouvoirs*..., p. 238.
[739] L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *R.D.P.* 1910, pp. 637-666, pp. 647-648 : « L'acte réglementaire et l'acte législatif ont une nature interne identique. Si l'application de l'un peut entraîner une responsabilité, il doit en être de même de l'autre ». Voir également G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif,* 1914, p. 23.
[740] F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif », *BSLC* 1902, pp. 175-229 ; J. BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif*.. ; *L'année administrative* 1904, p. 76 : « Dans certains pays, tout tribunal devant lequel un acte du Parlement est invoqué a le devoir d'en vérifier la régularité quant à la forme et même quant au fond, et de refuser d'appliquer les actes législatifs entachés d'irrégularité. Tel est, par exemple, le système suivi dans les Etats Unis de l'Amérique du Nord. En France, au contraire, l'idée généralement adoptée — quoique, à mon avis, contestable — est que les autorités juridictionnelles n'ont pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité intrinsèque des actes votés par le Parlement. La solution est-elle la même en ce qui touche la régularité extrinsèque ? ».

§ 1. - LES EMPÊCHEMENTS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL

Sur le plan constitutionnel, deux obstacles s'opposent à l'institution du contrôle de constitutionnalité des lois : le principe de séparation des pouvoirs (A) et l'absence de normes de référence suffisantes (B).

A — Le principe de séparation des pouvoirs

Dans son acception la plus étroite, ce principe interdit au juge tout empiètement sur le pouvoir législatif, et cette interdiction est particulièrement stricte en France où la méfiance à l'égard des anciens parlements n'a pas disparu des mémoires. Notre Droit public, dit Esmein, « *poussant à l'extrême les conséquences de la séparation des pouvoirs, refuse aux tribunaux le droit d'apprécier la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois (...) Dans d'autres pays, aux Etats-Unis par exemple, où la doctrine contraire a triomphé, la garantie constitutionnelle des droits a une importance pratique : elle les protège efficacement contre les entreprises du législateur* »[741]. Il est significatif qu'Esmein envisage le contrôle sous l'angle exclusif de la protection des droits individuels, préoccupation essentielle chez les juristes de l'Etat légal.

La théorie de l'Etat de droit va plus loin en ce qu'elle cherche à organiser un système juridique cohérent dont serait éliminé tout acte contraire au droit. Larnaude illustre bien cette nouvelle perception des choses lorsqu'il critique la conception révolutionnaire : « *Avec cette règle de la séparation des pouvoirs, entrée comme un coin dans notre droit public et tout entière dirigée contre le pouvoir judiciaire, il a été plus facile de repousser les tentatives faites à diverses reprises pour faire produire à la règle antagoniste et inverse de la constitution écrite une de ses conséquences les plus essentielles* »[742]. Cette interdiction est assortie d'une sanction établie par l'article 127 §1 du Code pénal et qui punit de la dégradation civique les juges qui se seront «*immiscés dans le pouvoir législatif (...) en arrêtant ou suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois*»[743].

Mais nous avons vu les auteurs critiquer et relativiser l'importance du principe de séparation en insistant sur les circonstances particulières de son édiction, circonstances qui auraient disparu à l'époque de la Troisième République. Ainsi récusé par la majorité de la doctrine, ce principe n'est d'ailleurs pas incompatible avec l'idée du contrôle, dès lors qu'on en relativise la signification. À lui seul, l'exemple américain suffirait à le prouver ; en outre, certains auteurs semblent considérer comme pratiquement acquise la possibilité pour le juge français de refuser l'application de lois irrégulièrement votées.

[741] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 368 ; E. RAIGA, *op. cit*., p. 174 ; F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit*.
[742] F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit*., p. 217.
[743] Cité par F. LARNAUDE, *ibidem*, p. 218, note.

Les publicistes préfèrent cependant invoquer d'autres arguments que celui tiré de la législation comparée, arguments plus conformes à l'idée qu'ils se font de la collaboration des pouvoirs, et fondés sur une conception extensive de la fonction juridictionnelle. En refusant d'appliquer une loi inconstitutionnelle, le tribunal choisit la loi constitutionnelle plutôt que la loi ordinaire, il ne fait donc que résoudre un conflit entre deux lois d'importance inégale, comme il le fait lorsqu'il applique la loi la plus récente contre la plus ancienne. En d'autres termes, le juge ne met pas obstacle à l'exécution d'une loi, il use simplement de son pouvoir d'interprétation des lois : « *Le juge qui statue sur le conflit qui s'élève, en une matière donnée, entre une loi fondamentale et une loi ordinaire, ne s'immisce pas dans l'exercice du pouvoir législatif, il ne fait pas un arrêt de règlement, il n'arrête ni ne suspend l'exécution d'une loi, la loi demeure exécutoire ; il règle un conflit entre deux lois et c'est en réalité l'une des lois qui suspend l'application de l'autre dans un cas donné* »[744].

Le problème posé par le contrôle de constitutionnalité des lois n'est d'ailleurs pas très différent de celui qui se présentait à propos des règlements d'administration publique : admettre que le juge administratif puisse contrôler ces règlements tout en considérant, comme la majorité de la doctrine, que la délégation législative est inconstitutionnelle, pourrait finalement amener le Conseil d'Etat à annuler un acte fait sur la demande du parlement comme contraire à la constitution.

B — L'absence de normes de référence suffisantes

Pour contrôler la constitutionnalité des lois, encore faut-il disposer d'un texte de référence à la fois précis et riche d'interdictions adressées au législateur. Or Esmein constate là encore que « *si cette Constitution a séparé le pouvoir législatif et le pouvoir constituant, défendant ainsi au Corps Législatif de toucher aux Lois constitutionnelles, elle n'a point, d'autre part, limité le champ d'action du législateur*»[745]. Le seul contrôle possible est donc seulement formel ; il consiste pour le juge à vérifier que la loi qu'on invoque devant lui a été régulièrement votée, dans les formes prévues par la constitution. Il faut « *affirmer la compétence des tribunaux de tout ordre pour exercer un contrôle sur la régularité externe des actes émanant des chambres législatives, à la condition que ce contrôle soit limité à l'observation des formes requises par les Lois constitutionnelles proprement dites (...). Le pouvoir des tribunaux résulte des principes généraux de la Constitution elle-même. Il est*

[744] M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, 1er mars 1912, *Sirey* 1913-3-137, reproduit *in La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome 3, pp. 174-181, p. 180. De même, L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naitre a l'occasion de la loi », *loc. cit*., p. 648; *L'année administrative 1904*, p. 79 « Lorsque les formes méconnues ont été établies par la Constitution, le juge, en refusant d'appliquer l'acte irrégulier, ne fait que constater que le Parlement n'a pas pu désobéir à la loi constitutionnelle. Par là, il ne sort pas du cadre de sa compétence ; il n'empiète pas sur la compétence du Parlement, pas plus qu'il n'empiète sur celle des agents administratifs lorsqu'il refuse son appui à un décret, à un arrêté préfectoral ou municipal contraire à une loi ».
[745] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 400. Rapprocher, R. JACQUELIN, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel, étude d'histoire, de législation comparée et de critique*. Thèse Paris, Giard, 1891, p. 486.

évident que le juge a le devoir, avant d'appliquer un acte législatif ou réglementaire, d'en vérifier l'existence »[746].

Mais l'intérêt d'un tel contrôle est évidemment mineur. Aussi certains auteurs vont-ils tenter d'élargir le bloc de constitutionnalité en y intégrant la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette solution est logiquement retenue par les plus « jusnaturalistes » et notamment par Duguit pour lequel « *toute loi contraire aux termes de la Déclaration des Droits de 1789 serait une loi inconstitutionnelle* »[747], car « *dans la doctrine individualiste, qui est encore à la base de notre droit positif, la force obligatoire de la loi dérive bien plus de son adéquation aux droits individuels que de la volonté nationale telle quelle. Par conséquent, la loi par excellence (...), c'est la loi contenant l'énumération de ces droits individuels, c'est la Déclaration des Droits* » [748].

Cette argumentation, qui pourrait nous étonner venant d'un adversaire des conceptions individualistes, relève à la fois de la volonté déjà soulignée chez Duguit d'intégrer le droit naturel (mais aussi l'état des croyances en la valeur de la norme) au droit positif, et de l'impossibilité pratique d'annuler une loi contraire à la solidarité sociale. Surtout, elle montre comment le contrôle de constitutionnalité des lois, pièce de l'Etat de droit, peut s'instituer au nom même de l'Etat légal dans sa première version, comme protection du règne de la loi matérielle et non simplement formelle.

Esmein illustre au contraire la défense de l'Etat légal, comme primauté de la loi formelle, en refusant toute valeur juridique positive à la Déclaration des droits[749]; mais il prépare en même temps la version formaliste de l'Etat de droit telle que la présentera le très positiviste Carré de Malberg[750]. Pour Esmein en effet, l'imprécision

[746] *L'année administrative 1904*, pp. 78-79. De même, F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit.,* p. 220 « C'est un axiome juridique aujourd'hui que les tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois. Tout au plus pourraient-ils refuser d'appliquer une loi qui manquerait des conditions de forme que la constitution et le règlement imposent aux chambres législatives. Il s'agirait alors, en effet, uniquement, de vérifier certaines conditions extérieures et matérielles (vote par les deux Chambres, double lecture, défaut de majorité, absence de promulgation, etc.) ».

[747] . L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 485. De même, A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 9 ; F. A. HELIE, *op. cit*., p. 1417. Opinion contraire : A. MESTRE, « Analyse du livre de F. Moreau, Le règlement administratif...», *loc. cit*., p. 634.

[748] L. DUGUIT, *op. cit*., p. 487.

[749] A. ESMEIN, *op. cit*., p. 368.

[750] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome II, pp. 578 et s., notamment pp. 580-581 : « L'argument du caractère d'antériorité qui est propre aux Déclarations par rapport à la Constitution qu'elles conditionnent, se retourne contre la doctrine soutenue par M. Duguit. Il n'est pas possible d'admettre concurremment que la Déclaration de 1789 était située en dehors de la Constitution de 1791 et, cependant, qu'elle possède, aujourd'hui encore, la force de loi constitutionnelle et continue à former un élément de la Constitution française. De deux choses l'une : Ou bien elle faisait partie intégrante de la Constitution de 1791, et, en ce cas, elle a disparu avec cette Constitution. Ou, au contraire, elle était distincte de l'acte constitutionnel de 1791, et elle ne faisait qu'énoncer les idées essentielles et fondamentales qui devaient servir de base à la Constitution future. Mais alors, elle n'avait plus que la portée dogmatique d'une Déclaration de vérités philosophiques, ainsi que le montre M. Esmein (...) ; ou plutôt, elle se ramenait à l'énoncé de concepts de droit naturel, qui ont bien pu inspirer la Constitution de 1791 et dont la grande influence sur la formation du droit public français est, à cet égard, indéniable, mais qui ne sauraient être considérés comme des prescriptions juridiques ayant l'efficacité de règles de droit positif ». De même, F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit*., p. 219 : « La Constitution de 1875 n'a pas cru devoir reproduire les

et la généralité du texte de 1789 en font moins une garantie des droits qu'une déclaration de principes. Mais le Conseil d'Etat reconnaît, en 1913, valeur juridique à la Déclaration à travers le système des principes généraux du droit [751] et, en annulant un règlement qui contredit ces principes, il donne indirectement des arguments aux partisans d'un contrôle matériel sur la constitutionnalité des lois. Il reste cependant que les lois de 1875 ne se réfèrent pas explicitement à la Déclaration de 1789, celle-ci n'aurait donc tout au plus que la valeur d'une coutume, ou d'une loi ordinaire[752].

Hauriou, quant à lui, propose d'étendre le bloc de constitutionnalité dans une toute autre direction. Dès 1909, il donne une sorte de statut constitutionnel à la raison d'Etat qui légitimerait de suspendre l'application des lois dans certaines circonstances: « *Il faut entendre ici d'une certaine façon l'inconstitutionnalité de la loi, il ne s'agira pas d'une contradiction qui existerait entre la loi et les règles positives de la constitution écrite ; il s'agira plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'Etat, dont on peut bien dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite : ces conditions fondamentales d'existence de l'Etat exigent, d'une part, que les services publics indispensables à la vie de la nation ne soient pas interrompus, et, d'autre part, que les fonctionnaires soient en paix avec le gouvernement* »[753].

Le contrôle sur les lois est donc moins destiné ici ,à défendre les libertés qu'à protéger l'ordre social menacé par les grèves et par une législation socialisante. Ce souci d'ordre se manifeste également lorsque le doyen de Toulouse propose de hiérarchiser les normes législatives. Il estime en effet nécessaire, d'une part, de distinguer parmi les lois celles qui sont fondamentales et celles qui ne le sont pas, en donnant aux premières une valeur quasi constitutionnelle, d'autre part, d'imposer au parlement le principe de spécialité par lequel une loi faite pour un certain objet et sous une certaine rubrique ne pourrait être modifiée que par une autre loi faite pour un objet et sous une rubrique identiques. Il appartiendrait aux juges administratif et judiciaire, non seulement de refuser d'appliquer la loi ordinaire qui contredirait la loi

déclarations de droits qui décorent, comme un frontispice plus ou moins ornemental et décoratif, la plupart de nos constitutions précédentes. H arrivera donc bien rarement qu'un particulier puisse opposer l'exception d'inconstitutionnalité devant un tribunal. Car comment pourrait-il arriver qu'il pût invoquer un droit atteint par une loi qui aurait violé la constitution, alors/que cette constitution ne s'occupe que de l'organisation et des rapports des pouvoirs publics ? »

[751] C.E. *Roubeau*, 9 mai 1913, note G. JEZE, *R.D.P.* 1913, pp. 685-688.

[752] G. JEZE, note sous CE *Roubeau*, 9 mai 1913, *loc. cit.* ; R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, tome II, p. 582, note 10.

[753] M. Hauriou, note sous CE *Winkell et Rosier*, 7 août 1909, *Sirey* 1909-3-145, et Hauriou poursuit : « Notons que nous faisons ainsi appel, non pas à la raison d'Etat, qui est une notion dangereuse, parce que le salut de l'Etat peut souvent paraître lié à des circonstances momentanées, mais à la théorie de l'inconstitutionnalité des lois, qui ne saurait être invoquée qu'à propos de conditions permanentes de la vie des Etats que la doctrine et la jurisprudence auraient bientôt déterminées, et qui, par conséquent, ne permettrait pas de surprises. Le pouvoir du juge de frapper d'inefficacité des lois qu'il estime inconstitutionnelles existe dans les pays anglo-saxons ; il n'y a pas de bonnes raisons pour qu'il ne s'établisse pas chez nous. Le Conseil d'Etat, juge de la légalité des actes de l'Administration, est bien placé pour s'enquérir de la constitutionnalité des lois qu'on lui demande d'appliquer ».

fondamentale, mais surtout d'opérer eux-mêmes le tri entre les différentes lois [754]. Le respect du droit est ici synonyme de respect de l'ordre.

Cette proposition est celle qui va le plus loin clans le sens d'un accroissement du pouvoir juridictionnel. Pourtant, Hauriou se défend de vouloir conférer au juge un rôle politique. « *On ne distingue pas suffisamment, d'après lui, les pouvoirs politiques et les pouvoirs juridiques. Il n'y a de pouvoir politique, dans un Etat où existe la séparation des pouvoirs, que celui qui a la puissance d'empêcher une mesure de devenir exécutoire* » [755]. Or, le contrôle qu'il envisage se limitant à un contrôle par voie d'exception, Hauriou reprend l'argument déjà exposé à propos de la séparation des pouvoirs et selon lequel le juge se contente de faire oeuvre d'interprète sans arrêter lui-même l'exécution des lois. En triant les lois, le juge « *ferait la besogne d'un conservateur de musée, ou d'un bibliothécaire, ou d'un archiviste, et cela d'après les intentions du législateur* »[756]. Présentée en 1912, cette proposition montre à quel point la deuxième série de difficultés s'est aplanie au fil des temps.

§ 2. - LES DIFFICULTÉS POLITIQUES

Le deuxième type de problèmes soulevés par le contrôle de constitutionnalité tient au rôle politique qu'un tel contrôle donnerait au juge. À lire

[754] M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, ler mars 1912, *Sirey* 1913-3-137, pp. 137-138 : «L'inconstitutionnalité peut être entendue dans un sens plus large. Derrière l'idée formelle de faire des lois constitutionnelles qui ne soient pas votées de la même façon que les lois ordinaires, afin d'acquérir par là plus de solennité et plus de valeur, il y a cette idée matérielle qu'il existe une hiérarchie parmi les lois, qu'il y a des lois fondamentales et d'autres qui ne le sont pas, et que les lois ordinaires doivent être subordonnées aux lois fondamentales. En d'autres termes, il se produit à notre époque, par rapport à la législation, un phénomène que nous apprécions encore mal, parce que nous en sommes les contemporains, mais qui, avec plus de recul, apparaîtra dans toute son évidence ; c'est un phénomène de différenciation dans les lois, destiné à opérer le triage de celles qui sont statutaires, c'est-à-dire fondamentales, et de celles qui ne le sont pas. Cela répond à un besoin profond de stabilité (...) Pourquoi n'emploierait-on pas un procédé (...) qui consisterait à charger le juge d'opérer lui-même le triage des lois fondamentales, à mesure que les hasards des procès révèleraient le conflit (...) ? »

[755] M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, ler mars 1912, *loc. cit*., p. 138.

[756] M. HAURIOU, *ibidem*, p. 138 ; comparer : L. MICHOUD, *Sirey* 1896-2-89-91, p. 89 : « Dans notre organisation constitutionnelle (...), il n'y a aucune limite au pouvoir formel du législateur. Les principes généraux du droit public, tels que celui de l'inviolabilité de la propriété, principes proclamés dans nos diverses constitutions, n'ont pour lui, en fait, et à raison de l'absence de tout contrôle sur ses actes, que la valeur d'indications qu'il reste libre de ne pas suivre ; s'il s'en écarte, il sort en réalité de son rôle ; mais aucun corps de l'Etat n'est compétent pour l'y faire rentrer, et notamment le pouvoir judiciaire n'est pas admis pour ce motif à refuser d'appliquer la loi qu'il a édictée. Quelque opinion que l'on puisse avoir de ce système, auquel le système suivi aux Etats-Unis est, croyons-nous, théoriquement préférable, il est impossible de ne pas le considérer comme étant en vigueur dans notre organisation politique actuelle. (...) Il faut remarquer toutefois que, si une loi portait une réelle atteinte à l'inviolabilité de la propriété, on devrait se demander, non pas si la loi peut être complétée par l'adjonction du principe d'indemnité, mais si elle ne doit pas être interprétée dans le sens de ce principe, alors même qu'elle le passerait sous silence. Ce ne serait ni modifier la loi, ni refuser de l'appliquer ; ce serait en rechercher l'interprétation dans les textes fondamentaux qui expriment l'esprit général de notre législation, et auxquels le législateur est présumé se conformer, toutes les fois qu'il ne dit pas expressément le contraire. Nous croyons qu'une loi autorisant l'Etat à s'emparer d'une propriété ne devrait être interprétée dans le sens d'un refus d'indemnité qu'en présence d'une volonté nettement manifestée du législateur ».

les auteurs de l'époque, il semble que ce soit là l'obstacle le plus important (A), dont nous verrons cependant qu'il tend à s'estomper au cours des années sans pour autant disparaître totalement (B).

A — Le contenu de ces difficultés

Nous savons que la doctrine manifeste une tendance très nette à opposer le politique et le juridique de façon presque manichéenne. L'extension des contrôles juridictionnels sur les actes de l'administration s'est faite en partie grâce à cette distinction, avec l'objectif de donner une caution de scientificité au contrôle purement juridique exercé par le juge, et de le placer ainsi au-dessus des controverses qui agitent le champ politique. Les publicistes hésitent à laisser la juridiction s'immiscer dans des conflits mettant directement en jeu des options politiques au risque de compromettre son autorité, son indépendance, sa prétendue neutralité[757] :
« *Pour arriver au résultat très problématique d'arrêter, pendant quelque temps peut-être, certaines innovations, sans jamais d'ailleurs espérer les refouler définitivement, on s'exposerait à introduire dans notre organisation juridique des éléments de trouble et de désordre bien dangereux. Nous n'aurions plus une Cour judiciaire, seulement, mais un corps hybride, mi-partie politique et législatif, mi-partie juridictionnel. La justice y perdrait à coup sûr, et je ne sais pas ce qu'y gagneraient la politique et la législation* »[758].

L'argument a d'autant plus de poids que le contrôle de constitutionnalité serait essentiellement l'oeuvre des tribunaux judiciaires. Or, il est clair que les publicistes font davantage confiance au Conseil d'Etat qu'à la Cour de cassation, soupçonnée à la fois d'une trop grande timidité vis-à-vis du pouvoir politique et d'un conservatisme extrême. Tous, même ceux qui sont favorables à l'institution du contrôle, soulignent le manque d'autorité du juge judiciaire et le peu de crédit dont il dispose dans l'opinion publique. On pourrait citer indifféremment Larnaude, Esmein[759] ou Delpech[760] pour comprendre que la juridiction judiciaire n'est pas

[757] A. ESMEIN, op. cit., 5e éd., p. 534 ; L. DUGUIT, *Traité...*, tome I, p. 159 ; F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit.*, pp. 225-229 ; R. DESPAX, De la responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires, Paris, Giard et Brière, 1909, pp. 130-134.
[758] F. LARNAUDE, « Etude sur les garanties judiciaires... », *loc. cit.*, p. 227.
[759] A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 397 : « Bien que le système américain se défende rationnellement sur le seul terrain juridique, il n'est pas contestable qu'il fait jouer un rôle politique au pouvoir judiciaire (...) Pour attribuer aux tribunaux un rôle si délicat et si important, il faut avant tout que la magistrature possède une bien haute autorité ; il faut que le peuple ait une confiance profonde dans sa sagesse et dans sa valeur professionnelle et scientifique. Cette autorité, la magistrature anglaise l'a gagnée et conservée dans l'esprit des Anglo-saxons ; voilà comment le système américain a pu s'établir ».
[760] J. DELPECH, « Chronique constitutionnelle de France », *R.D.P.* 1907, pp. 67-91, p. 85 « La confiance très ébranlée des masses dans les institutions judiciaires, trop soumises aux influences parlementaires et exécutives » ; R. DESPAX, *op. cit.*, pp. 128-129 : « Confier au juge l'appréciation de la loi est un système concevable pratiquement aussi bien en France qu'ailleurs. Mais il faudrait pour cela commencer par donner un prestige et une indépendance qu'elle n'a pas. Il y a la règle de l'inamovibilité, objecte-t-on ? — Règle factice, amère dérision ! On ne peut pas soutenir qu'un magistrat soit réellement indépendant, quand il

encore suffisamment armée pour une lutte éventuelle contre le législateur. Les libéraux, traditionnellement plus favorables au pouvoir judiciaire, craignent pour son indépendance ; les interventionnistes hésitent à lui donner la possibilité de bloquer l'activité législative. Enfin, l'exercice d'un tel contrôle risque d'aiguiser les conflits au sein de !liai, alors que le rôle dévolu au juge est plutôt, nous le verrons, de renforcer le consensus, de maintenir la paix sociale.

B - Leur impact

Au fil des années cependant, la notion de juridique tend à s'étendre toujours davantage, au détriment du politique, et au profit de la juridiction. C'est du moins ce que démontre la proposition faite par Hauriou d'instituer un contrôle par voie d'exception [761]. Berthélemy, Cahen, Moreau, Jèze et Duguit sont également favorables au système de l'exception d'inconstitutionnalité[762].

Pourtant, ce mode de contrôle présente un inconvénient majeur, on l'a vu, celui d'être presque nécessairement confié aux magistrats de l'ordre judiciaire. C'est pourquoi certains imaginent d'autres modalités. Faute de pouvoir confier la totalité du contrôle au Conseil d'Etat, de nombreux auteurs envisagent l'institution d'une Cour suprême, spécialisée dans le traitement des affaires constitutionnelles. Cette proposition rallie aussi bien des hommes politiques que des juristes : elle est présentée au parlement en 1909 par Engerand, reprenant pour partie celle d'A. Naquet [763] ; elle est également soutenue par Ch. Benoist [764], G. Picot [765], R. Bonnard [766], J.M. Bouchard [767]. Mais Picot mis à part, les juristes ne précisent guère

touche, en rémunération de ses services. un maigre traitement de 3 000 francs, et qu'il dépend du pouvoir exécutif et du député de sa circonscription pour son avancement. Cette situation déplorable a eu pour effet d'atténuer considérablement dans l'opinion publique le respect de la magistrature, et il est triste d'avoir à constater qu'aujourd'hui la fonction du magistrat, qui devrait être au-dessus de tout soupçon et de toute critique, est trop souvent attaquée et bafouée par la presse, par le roman, par le théâtre, qui sont les porte-voix de la conscience publique. Si donc on veut songer à étendre le rôle du juge jusqu'à lui permettre d'apprécier la loi, il faut d'abord relever le prestige honorifique déchu de la magistrature française » ; *L'année administrative 1904*, pp. 80-81 : « Il serait désirable que la jurisprudence évoluât dans la voie du contrôle ; mais il faut reconnaître que rien ne fait prévoir cette évolution. Le Parlement n'est pas disposé à s'y prêter, et les tribunaux, en France, n'ont pas assez de prestige pour l'assumer » ; A. ANGLEYS, *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire*, Thèse Grenoble, Chambéry, Imprimerie F. Gentil, 1910, p. 177.

[761] M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, ler mars 1912, *loc. cit.*

[762] H. BERTHELEMY et G. JEZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux », *R.D.P.* 1912, pp. 138-156 ; F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 350 ; G. CAHEN, *op. cit*., pp. 382 et s. ; L. DUGUIT, « De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *loc. cit.*

[763] Proposition NAQUET, *BSLC* 1902, p. 223.

[764] Proposition Ch. BENOIST, « La Réforme parlementaire ». *Revue des deux mondes*, 1902, n° 5, pp. 827-849, p. 834 ; J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *loc. cit*., p. 491, note : « Nous signalons (...) la très intéressante proposition de MM. Ch. Benoist, Beauregard, Doumer, Groussau, Jules Roche... tendant à instituer en France une Cour suprême pour connaître des atteintes portées aux droits et libertés des citoyens ».

[765] G. PICOT, Allocution prononcée à la séance du 13 décembre 1889, *BSLC* 1900, pp. 70-79, pp. 75-76.

[766] R. BONNARD, « Analyse du livre de J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes* », *R.D.P*. 1907, pp. 596-601, p. 600.

la composition et le rôle de ce tribunal. Ils se contentent généralement de réclamer l'institution d'une Cour suprême « *comme aux Etats-Unis* », dont ils semblent mal connaître le fonctionnement, ce qui laisse dans l'ombre jusqu'à la question de savoir s'il s'agit d'un contrôle par voie d'action ou par voie d'exception.

Il n'en reste pas moins que l'idée d'un contrôle pesant sur les actes du législateur a fait son chemin et s'est gagné des partisans en quelques années : Jèze qui, en 1904, s'arrêtait au seul contrôle formel par voie d'exception[768], rédige en 1912 un mémoire avec Berthélemy, dans lequel il se montre favorable au principe d'un contrôle matériel [769]. Or le mémoire en question reçut l'adhésion de plusieurs professeurs de droit, dont Esmein et Larnaude qui manifestaient pourtant quelques réserves à l'égard de ce contrôle dix ans plus tôt [770]155.

On peut voir dans cette évolution l'une des manifestations les plus sensibles du passage de l'Etat légal à l'Etat de droit. Les conceptions de l'Etat légal impliquaient en effet l'infaillibilité du législateur, et faisaient de la loi la garantie suprême. Avec l'Etat de droit, au contraire, le législateur désormais critiqué doit obéir au droit au même titre que le pouvoir exécutif ; la loi n'est plus la norme fondamentale, elle doit se soumettre à son tour à des considérations supérieures tirées de la constitution. Il s'agit à la fois de combattre l'omnipotence parlementaire, de donner une sanction à la constitution pour en faire une norme juridique véritable, de ramener à plus d'égalité la situation respective du parlement et de l'exécutif déjà soumis aux contrôles juridictionnels.

« *Il y a un besoin urgent d'assurer la stabilité des institutions contre le danger des remaniements faits à la légère par les lois ordinaires* » [771], dit Hauriou. La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires « *tend à mettre certaines règles essentielles, certains principes fondamentaux à l'abri des atteintes*

---

[767] J.M. BOUCHARD, « Chronique du mouvement législatif », *R.D.P.* 1910, pp. 132-135, p. 135. A. ANGLEYS, *op. cit*., p. 177.

[768] G. JEZE, notes de jurisprudence judiciaire, *R.D.P.* 1904, pp. 111-118, p. 113 : « Il faut affirmer la compétence des tribunaux de tout ordre pour exercer un contrôle sur la régularité extérieure des actes émanant des Chambres législatives, à la condition que ce contrôle soit limité à l'observation des formes requises par les lois constitutionnelles proprement dites ; il ne peut s'exercer sur les formes prescrites par une loi ordinaire, par un règlement d'administration publique ou par le règlement intérieur des Chambres ».

[769] H. BERTHELEMY et G. JEZE, « Pouvoir et devoir des tribunaux... », *loc. cit*., p. 148 : « Ce qui empêche, en fait, la question de venir devant les tribunaux, c'est qu'il n'y a dans les lois constitutionnelles de 1875, aucune déclaration de principes dont l'observation est déclarée obligatoire pour le Parlement ; par suite, une loi régulièrement votée par le Parlement ne peut être que très difficilement en opposition avec les lois constitutionnelles de 1875 ».

[770] Le mémoire « a reçu l'adhésion de MM. P. Bauregard, A. Esmein, F. Larnaude, A. Pillet. A. Colin, A. Wahl, N. Politis, professeurs à la Faculté de Droit de Paris » (*R.D.P*. 1912, p. 139, note 1).

[771] M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, ler mars 1912, *loc. cit*., p. 137 et p. 138 : « Il faut que la législation journalière ne puisse pas venir modifier à l'improviste les principes organiques sur lesquels repose l'Etat ». De même, G. JEZE et H. BERTHELEMY, « Pouvoir et devoir des tribunaux... », *loc. cit*., p. 141 : « Il est bon, au point de vue politique, que les règles fondamentales, inscrites dans la Constitution afin de leur donner plus de stabilité et de fixité, soient placées sous la sauvegarde d'une autorité publique indépendante et impartiale : le pouvoir judiciaire. C'est la garantie des citoyens ».

irréfléchies ou injustifiées du législateur, en lui opposant soit son incompétence, soit l'observation de formes et de délais spéciaux. Le fossé qui sépare les deux catégories de lois est d'autant plus large et profond que les représentants de tous les jours semblent mériter moins de confiance »[772] , ajoute Barthélemy. Selon Cahen, « *la légitimité de l'examen du juge en matière réglementaire doit lui faire reconnaître les mêmes droits à l'égard des lois* »[773]. Enfin, grâce à ce système, « *la loi, dotée de ce contrôle souverain, pourra être acceptée sans réserve et devra être obéie sans hésitation* » [774].

La paix sociale et la lutte contre l'omnipotence parlementaire passent donc par l'extension des contrôles juridictionnels, et, à défaut de pouvoir instituer effectivement un contrôle de constitutionnalité des lois, il reste la possibilité de développer le pouvoir réglementaire au détriment du législateur. Car les règlements, eux, font l'objet d'un contrôle auprès d'un tribunal qui offre, aux yeux des publicistes, des garanties beaucoup plus sérieuses que le juge judiciaire. C'est d'ailleurs cette solution qu'ils préfèrent finalement retenir pour éviter une remise en cause directe de la loi. S'ils proposent d'instituer un contrôle, ils ne précisent généralement pas comment l'organiser, comme s'ils attachaient plus d'importance à l'idée du contrôle qu'à la réforme elle-même. Ce qu'il faut avant tout, c'est rappeler au législateur qu'il n'a pas le droit de tout faire ; mais la plupart hésitent à donner au citoyen le pouvoir de contester la loi contraire au droit, de porter devant un juge un débat éminemment politique menaçant l'obéissance due à la loi.

La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat pose, quant à elle, des problèmes moins directement politiques, et nous allons voir que cette responsabilité a pu se développer plus facilement.

[772] J. BARTHELEMY, « La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet », *R.D.P.* 1909, pp. 5-47, p. 6.
[773] G. CAHEN, op. cit., pp. 382-383.
[774] J.M. BOUCHARD, « Chronique du mouvement législatif », *R.D.P.* 1910, pp. 132-135, p. 135, et p. 133: « En fait, il n 'y a d'autre recours que l'insurrection, d'autre arbitrage que la violence. Et il s'ensuit que notre pays oscille ainsi entre la révolution et le despotisme personnel ou collectif ».

Chapitre II

LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Si les vingt dernières années du dix-neuvième siècle sont marquées par le développement du recours pour excès de pouvoir, recours objectif principalement destiné à la défense de l'ordre juridique, c'est le recours de plein contentieux qui intéresse davantage la doctrine à partir des années 1900. Celle-ci ressent en effet la multiplication des interventions de l'Etat comme une menace aux droits subjectifs des administrés et plus généralement à la sécurité du commerce juridique. Ainsi que le souligne Teissier en 1906, c'est « *le développement rapide des services de l'Etat moderne rendant plus fréquentes et plus graves les causes de préjudices et, en même temps, le progrès des idées de justice au dix-neuvième siècle (qui) devaient peu à peu faire fléchir les vieilles traditions d'irresponsabilité de l'administration* »[775].

Sur ce point encore, libéraux et interventionnistes vont se rencontrer pour développer le principe de responsabilité de l'Etat, quoiqu'ils poursuivent des objectifs différents (les uns souhaitent protéger au mieux les droits individuels contre les ingérences de l'Etat, les autres visent au contraire à faire admettre ces interventions). Nous retrouverons ces différences de conceptions dans les théories proposées pour fonder la responsabilité de l'Etat ; or la théorie qui finira par l'emporter s'avère être celle des interventionnistes qui posent comme principe celui d'une responsabilité administrative, donc spécifique, fondée sur l'égalité devant les charges publiques.

La construction de l'Etat de droit passe donc par le développement du recours de plein contentieux (Section 1), mais elle suppose aussi de préciser les rapports des administrés avec les fonctionnaires et surtout de définir exactement les relations Etat / fonctionnaire. Et c'est paradoxalement grâce au principe d'égalité devant les charges publiques que l'on pourra comprendre le jeu subtil qui s'établit entre faute personnelle et faute de service (Section 2) : lorsqu'il est impossible de

[775] G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 107 ; voir également P. TIRARD, *De la responsabilité de la puissance publique, essai d'une théorie générale*, Thèse pour le doctorat, Paris, Rousseau, 1906, p. 13 « L'exécution des services publics organisés en vue de donner satisfaction aux besoins sociaux est la source, pour les particuliers, de dommages qui les atteignent dans leurs intérêts privés et dont le nombre s'accroît avec l'extension et la complication des fonctions des gouvernants ».

déclarer responsable le patrimoine administratif, les juristes réclament la mise en jeu de la responsabilité de l'agent ; puis, devant les nombreux cas d'insolvabilité, ils souhaiteront l'institution d'un cumul de responsabilités qui permette à la victime d'être toujours dédommagée. C'est enfin sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques que certains envisagent la responsabilité de l'Etat législateur (Section 3). Mais là encore, ces contrôles sur le législateur suscitent des réticences et nous verrons que c'est autour de l'idée d'Etat honnête homme qu'un consensus peut s'établir.

Section 1 LE DÉVELOPPEMENT DU RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX

Le recours de plein contentieux a longtemps souffert de la concurrence du recours pour excès de pouvoir, voie plus originale qui a permis au droit administratif de se constituer de façon autonome. Mais une fois acquises, les garanties offertes par l'annulation des actes administratifs se sont rapidement révélées insuffisantes. Le recours de plein contentieux a pu alors se développer comme un prolongement nécessaire du recours pour excès de pouvoir (§ 1), grâce au développement du droit de la responsabilité (§ 2).

§ 1. - LA PLACE DU RECOURS DE PLEIN CONTENTIEUX

Le recours de plein contentieux se présente, à première vue, comme une voie beaucoup moins originale que le recours pour excès de pouvoir. On trouve en effet son équivalent depuis longtemps en droit privé et, si l'on reprend les classifications de Duguit, il s'agit d'un recours purement subjectif. Vers 1880, c'est le recours pour excès de pouvoir qui constitue l'innovation intéressante ; l'effort de la doctrine consiste à le séparer du contentieux ordinaire pour en développer les traits particuliers, et affirmer du même coup l'autonomie du contentieux et du droit administratifs.

En 1910, le recours pour excès de pouvoir est bien établi, l'autonomie du droit administratif et l'existence d'un juge administratif à part entière ne sont plus contestées. Dès lors, la doctrine tend à se désintéresser du recours pour excès de pouvoir pour se tourner vers le contentieux dit « ordinaire ». Celui-ci permet au juge de condamner l'administration comme un simple particulier, alors que, par le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat ne peut faire davantage qu'annuler l'acte illégal. Or, il apparaît de plus en plus clairement que « *la simple annulation d'une décision abusive par le Conseil d'Etat ne donne pas une satisfaction complète. Elle n'intervient que très tardivement, — et c'est là le point très faible de la magnifique*

construction juridique du Conseil d'Etat touchant le recours pour excès de pouvoir — ; elle risque par conséquent de n'être qu'une censure doctrinale ; il y a des chances pour que la soupape de sûreté que constitue le recours pour excès de pouvoir ne fonctionne pas d'une manière efficace et ne prévienne pas les explosions provoquées par l'inconsciente anarchie des chefs de service »[776].

Recours subjectif, le recours de plein contentieux revêt donc aussi un caractère objectif en ce qu'il doit compléter le recours pour excès de pouvoir pour une meilleure défense de l'ordre juridique et de l'ordre social. En outre, le formidable développement du droit de la responsabilité administrative relance l'intérêt pour ce recours. On peut ainsi envisager la condamnation de l'Etat à des dommages-intérêts après annulation d'une décision de refus lorsqu'il persiste dans son refus d'exécuter une obligation de faire[777]. L'insuffisance des garanties offertes par le recours pour excès de pouvoir trouve ainsi sa solution dans le développement d'une autre voie de recours.

Mais la doctrine se heurte ici aux théories qu'elle a elle-même forgées pour affermir le recours pour excès de pouvoir ; et l'efficacité du système impose de revoir la distinction des deux contentieux : « *La distinction entre le contentieux de l'annulation et le contentieux de pleine juridiction, qui, par ailleurs, a servi l'admirable développement du recours pour excès de pouvoir, peut créer des difficultés à celui qui veut faire reconnaître son droit contre l'administration, dit Barthélemy. L'individu intéressé devra dépenser beaucoup de temps, beaucoup d'argent et parfois une somme considérable de persévérante énergie pour aboutir à une sanction très imparfaite de l'obligation de faire ou de ne pas faire à la charge des administrations publiques* »[778].

Hauriou en conclut qu'il faut absolument simplifier le contentieux administratif. Dans ce but, deux solutions peuvent être envisagées : joindre au recours pour excès de pouvoir des conclusions aux fins d'indemnisation, ce qui a l'avantage de dispenser le particulier du ministère d'avocat ; joindre au plein contentieux des conclusions aux fins d'annulation, comme le propose Hauriou[779] . La

[776] G. JEZE,« Notes de jurisprudence administrative », *R.D.P.* 1913, pp. 95-97, p. 97.
[777] J. BARTIIELEMY,« L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en Droit Public », *R.D.P*. 1912, pp. 505-540, p. 515.
[778] J. BARTHELEMY,« L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en Droit public », *loc. ci*t., p. 515. Voir également L. MARIE,« De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière contentieuse », *loc. cit*.
[779] M. HAURIOU, note sous CE *Blanc, Argaing, Bézie*, 31 mars 1911, *Sirey*, 1912-3-129: « Toutes les fois que l'exécution d'une décision administrative sera susceptible d'entraîner un contentieux de la pleine juridiction, soit au point de vue de l'indemnité de préjudices causés, soit au point de vue de toutes autres réparations de droit, l'intéressé, au lieu d'intenter le recours pour excès de pouvoir contre la décision initiale, aura la liberté de lier le contentieux sur la question des réparations de droit, et, dans le recours contentieux ordinaire, il pourra introduire des conclusions relatives à l'annulation de la décision initiale » ; voir également M. HAURIOU, note sous CE *Turgot*, 13 décembre 1912, *Sirey* 1914-3-49.

première solution est celle que préconisent Duguit en 1907 et Jèze en 1912 [780]. C'est également celle que semble adopter le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Lafage*, suivant en cela les conclusions de son commissaire du gouvernement Pichat : « *La recevabilité du recours pour excès de pouvoir est particulièrement désirable dans les litiges relatifs (...) aux traitements et soldes des fonctionnaires publics. Ces litiges portent souvent sur des sommes minimes, lorsqu'ils concernent notamment des accessoires de traitements ou de soldes (...). Si les fonctionnaires ne peuvent porter leurs réclamations devant le Conseil d'Etat que par l'intermédiaire d'un avocat, les frais de l'instance dépasseraient dans bien des cas l'allocation réclamée ; et l'obligation du ministère d'avocat aboutirait, en enlevant tout intérêt à l'instance, à la suppression de fait du recours, et à la consécration de décisions contraires au droit*»[781].

Cette substitution du recours pour excès de pouvoir au plein contentieux n'a cependant qu'une portée limitée : elle n'est possible ici que parce que le litige concerne une situation de droit objectif, les fonctionnaires étant dans une situation légale et réglementaire, elle ne serait pas applicable aux hypothèses les plus fréquentes, celles qui mettraient en cause un droit subjectif de l'administré.

Hauriou n'a donc pas tort lorsqu'il estime que la fusion des deux contentieux se fait le plus souvent au profit du contentieux ordinaire, et que le temps du contentieux de l'annulation est désormais passé[782]. Il est vrai que la doctrine s'intéresse de plus en plus au recours de pleine juridiction dont elle remarque qu'il offre au juge des possibilités plus larges que le recours pour excès de pouvoir. Mais il ne faut pas oublier, d'une part, que c'est grâce au développement initial du recours en annulation que la responsabilité de l'administration a pu se trouver mise en cause plus souvent, d'autre part et surtout, qu'il a fallu poser le principe selon lequel la responsabilité de l'administration obéit à des règles spécifiques (plutôt qu'au droit commun) pour que puisse être mise en oeuvre cette deuxième voie de recours devant le juge administratif.

§ 2. - LE DÉVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE

Là encore, il ne s'agit pas, pour nous, de retracer l'évolution de la jurisprudence en ce domaine, mais d'étudier les conceptions des publicistes sur la responsabilité de l'administration dans leur rapport avec la construction de l'Etat de droit. L'abandon de la théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique a en effet partie liée avec l'idée que l'Etat, dans toutes ses manifestations, doit être soumis au

[780] L. DUGUIT,« De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *R.D.P.* 1907, pp. 411-439, p. 434; G. JEZE,« Le rôle du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.* 1912, pp. 266-294.
[781] Conclusions PICHAT sur CE *Lafage*, 8 mars 1912, *Sirey* 1913-3-7 ; de même G. JEZE, « Le rôle du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir », *loc. cit.*, p. 271
[782] M. HAURIOU, note sous CE *Boussuge*, 29 novembre 1912, *Sirey* 1914-3-33 et s., p. 33

droit. Restera à savoir ensuite quelles ont été les différentes théories de la responsabilité émises à l'époque, et pourquoi celle qui subsiste aujourd'hui l'a finalement emporté.

A — L'abandon de la théorie de l'irresponsabilité

La doctrine traditionnelle enseignait que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée pour les torts éventuellement causés aux particuliers. Cette théorie trouvait sa justification dans l'idée de souveraineté, c'est-à-dire dans le rapport fondamentalement inégalitaire qu'entretiennent l'Etat et les particuliers. De ce que l'Etat est seul autorisé à commander, on tirait la conséquence qu'il doit être obéi sans discussion et que ses ordres ne peuvent jamais donner lieu à indemnisation. On assimilait donc au droit de commander l'infaillibilité du commandement, ce qui permettait du même coup de proclamer la légitimité de l'ordre ainsi donné.

Du jour où l'on a admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de l'Etat, l'ancienne théorie de l'irresponsabilité a perdu son point d'appui essentiel ; mais avant de disparaître, elle a subi un certain nombre de transformations destinées à l'adapter au nouvel état de la jurisprudence.

Cette évolution s'est faite en partie grâce à la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion. Le seul cas en effet dans lequel la responsabilité de l'Etat a toujours été admise est celui des actes accomplis pour son domaine privé. Ici, la souveraineté n'apparaît pas, l'Etat se conduit comme un simple particulier ; il est donc logique de le soumettre aux mêmes règles que celles qui s'imposent en droit privé, notamment celles de la responsabilité. Avec l'extension du champ d'intervention de l'Etat, cette assimilation de l'Etat au particulier a pu être élargie aux nouveaux services publics ainsi créés, et la notion d'acte de gestion s'appliquer à des cas plus nombreux. Berthélemy et, avec lui, Michoud et Sourdat[783], en concluent logiquement que la responsabilité de l'Etat peut être engagée à l'occasion de préjudices causés par ses actes de gestion, et selon les règles du droit privé ; mais ils maintiennent le dogme de l'irresponsabilité pour tous les actes dits « d'autorité », c'est-à-dire finalement pour ceux qui mettent en jeu les missions traditionnelles de l'Etat : justice, police, défense[784].

[783] H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., pp. 58-59 ; L. MICHOUD,« De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 401-429, et *R.D.P.* 1895, tome IV, pp. 1-31, deuxième article, pp. 19-20 ; A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages et intérêts, en dehors des contrats*, Marchai et Billard, 5e éd. 1902, 2 vol., t. II, pp. 509-512.

[784] Selon E. LAFERRIERE,« l'Etat est exempt de toute responsabilité pécuniaire quand sa fonction confine à la souveraineté » (*op. cit*., 2e éd., p. 184) et p. 186 « Lorsqu'il s'agit d'actes de puissance publique, la règle qui domine est celle de l'irresponsabilité pécuniaire de l'Etat ». Mais, contrairement à Berthélemy, Laferrière estime que la responsabilité née à l'occasion des actes de gestion faits en vue des services publics obéit au droit administratif, non aux règles du Code civil (*ibidem*, tome II, p. 188).

Cette théorie correspond donc à celle qui oppose l'Etat-personne privée et l'Etat-puissance publique. Or, nous avons vu la doctrine abandonner cette distinction, soit pour contester l'idée même de souveraineté (c'est le cas de Duguit), soit pour envisager l'Etat comme une personne juridique dans toutes ses manifestations. Dans un cas comme dans l'autre, l'irresponsabilité de l'Etat-puissance perd sa justification : l'abandon de la théorie de la souveraineté implique évidemment celle de l'irresponsabilité ; l'idée de personnalité, fût-elle de droit public, ouvre la possibilité d'une responsabilité.

Enfin, la jurisprudence contribue, elle aussi, à cette évolution puisqu'elle n'entérine pas la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, du moins pas telle que l'a faite Berthélemy. La décision *Blanco*[785] se fonde en effet sur l'idée que le service public est lié à la notion de puissance publique ; il n'est donc plus permis de dire d'une part, que l'acte édicté dans le cadre du service public est un acte de gestion pure, totalement distinct de l'acte d'autorité, d'autre part, que la puissance publique est toujours irresponsable. Une partie de la doctrine maintient cependant la distinction de l'autorité et de la gestion ; mais elle élargit de plus en plus la notion de gestion, ce qui la conduit à restreindre d'autant les cas d'irresponsabilité. Moreau explique, par exemple, que les règlements par lesquels l'Etat organise ses services publics ne sont pas des actes de puissance publique, ils pourraient donc engager la responsabilité de l'Etat[786].

Teissier, quant à lui, redéfinit la notion de puissance publique pour y inclure non seulement les actes d'autorité mais aussi les actes de gestion, en précisant que la frontière entre les deux types d'actes est extrêmement mouvante. Dans cette optique, le principe est donc celui de la responsabilité de la puissance publique, auquel le commissaire du gouvernement oppose « *le principe de l'irresponsabilité absolue de l'Etat pour les actes de souveraineté, principe qui demeure intact, quand il n'existe pas, comme pour les erreurs judiciaires, un texte formel y dérogeant* »[787].

[785] TC *Blanco*, 8 février 1873, conclusions David, Sirey 1873-2-153. 12. F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 257.
[786] F.MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 257.
[787] G. TEISSIER, conclusions sur CE *Le Berre*, 29 mai 1903, *Rec*., pp. 414-419, p. 416, et le commissaire du gouvernement poursuit : « Mais doit-on étendre ce principe aux actes dits de puissance publique ? On l'a dit maintes fois, mais sans donner, à l'appui de cette affirmation, aucune espèce de motif juridique. L'indécision de la doctrine sur ce point, et aussi de l'ancienne jurisprudence, vient, croyons-nous, de ce qu'on n'avait pas suffisamment analysé ce qu'il fallait entendre par ces mots : «actes de la puissance publique», et qu'on n'en avait pas donné une définition précise et nette. - D'une part, cette expression, un peu solennelle, amenait toujours une association d'idée fâcheuse avec les actes de souveraineté, et d'autre part, on avait le tort d'opposer d'une façon absolue la notion d'acte de puissance publique à la notion d'acte de gestion, alors—que, dans la réalité des faits, ces deux notions se pénètrent souvent et se confondent. Que sont donc les actes de la puissance publique ? Ce sont, suivant nous, tous les actes accomplis par l'Administration en vue d'assurer, d'après des moyens et suivant des règles à elles propres, le fonctionnement des divers services publics. Dans l'accomplissement de cette mission qui consiste à assurer le fonctionnement des services publics, l'Administration fait, en vertu de l'imperium qui lui est dévolu, des actes d'autorité (...) Mais la puissance publique ne fait pas seulement les actes de commandement, elle fait aussi des actes de gestion, c'est-à-dire

L'extension du champ de la responsabilité administrative passe donc par une distinction artificielle des actes de puissance publique et des actes de souveraineté, Teissier préférant sans doute, comme Hauriou, sacrifier quelques villes plutôt que perdre la guerre. Ces subtiles distinctions aboutissent en tout cas à poser le principe de la responsabilité de l'Etat dans la presque totalité des hypothèses.

Ce progrès de la responsabilité administrative fait partie de la construction de l'Etat de droit. Car, comme le remarque Rolland en 1909, maintenir la théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique signifie en somme « *que ceux qui gouvernent, administrent et jugent, exercent une part quelconque de l'autorité, sont, à raison de ce fait, au-dessus du droit et de la justice, et cela nous paraît inadmissible*»[788]. Il faut, au contraire, soumettre l'Etat au droit dans toutes ses manifestations.

Si l'idée qu'il se comporte parfois comme un simple particulier a pu faciliter cet alignement de l'Etat sur les administrés dans leur commune soumission au droit, elle est devenue par la suite un obstacle à l'extension de la responsabilité en ce qu'elle justifiait l'irresponsabilité de l'Etat agissant autrement qu'un particulier[789]. Au contraire, la théorie développée par Teissier selon laquelle les actes de l'Etat révèlent tous et toujours une spécificité de l'organisme étatique, permet à la fois de préserver l'unité de l'Etat menacée par la distinction de l'autorité et de la gestion, d'étendre le champ de la responsabilité et de légitimer les interventions de l'Etat dans des domaines autrefois pris en charge par les particuliers. C'est cette légitimité qu'il importait d'établir, en même temps qu'une certaine sécurité, dans le commerce juridique des administrés avec l'Etat, celle-ci contribuant d'ailleurs à celle-là. Et cette sécurité est d'autant plus nécessaire que les citoyens sont plus souvent confrontés à l'administration dans leur vie de tous les jours[790].

---

des actes d'administration courante (...) Il est des actes de gestion qui se manifestent sous forme d'ordre, sous forme d'actes de police, et on trouve de nombreuses mesures dites de police qui, en dernière analyse, ne sont que des actes de gestion d'un service public ». De même, Teissier, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 157 « La décomposition de l'Etat (...) en puissance publique et en personne morale agissant dans les conditions du droit privé est une pure conception philosophique, une pure opération de l'esprit qui ne correspond pas à une vérité juridique. Jamais, peut-on dire, sauf en ce qui concerne la gestion de leur domaine, l'Etat et ses démembrements n'opèrent dans des conditions analogues à celles des particuliers. A tous leurs actes, quels qu'ils soient, se mêle une notion d'intérêt public, une idée de puissance publique impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun et l'on doit, suivant nous, considérer comme actes de puissance publique tous les actes par lesquels l'administration assure, d'après les moyens et suivant les règles à elle propres, l'application des lois et le fonctionnement des services dont elle a la charge (...) La notion de police et la notion de gestion se pénètrent et se confondent continuellement ». Comparer M. HAURIOU, article « Droit administratif », *Répertoire Bequet* 1897, tome XIV, pp. 1-28, p. 6 et p. 7, note 3.

[788] L. ROLLAND,« Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire », *R.D.P*. 1909, pp. 723-745, p. 733 ; de même, F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1909, p. 652: «La puissance publique doit être soumise au droit et par suite à la responsabilité de ses actes ».

[789] Voir G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 153.

[790] Voir G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., notamment p. 132.

L'extension des domaines de responsabilité se présente enfin comme l'une des conditions du maintien de la paix sociale. La simple annulation d'un acte illégal ne peut satisfaire pleinement l'administré lésé, surtout si l'on tient compte de la mauvaise volonté dont fait preuve l'administration pour exécuter les décisions de justice. Ces réticences dénoncées par la doctrine risquent en effet d'amener «*l'individu menacé d'un préjudice dont il n'obtiendra pas réparation (...) à user de la force pour écarter ce préjudice dont l'administration ne répond pas* »[791]. Nous avons rencontré des arguments semblables pour justifier l'extension de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Il est d'ailleurs évident que le développement préalable du recours en annulation a préparé la voie au contentieux de la responsabilité. Le recours pour excès de pouvoir pose en effet le principe selon lequel tous les actes de l'administration doivent se conformer au droit, et la conséquence normale de l'annulation d'un acte illégal, c'est la remise en l'état antérieur, c'est donc aussi l'indemnisation du préjudice causé par l'acte, dans la mesure où certaines conditions sont remplies.

Quelles doivent être ces conditions, sur quels principes doit reposer la responsabilité administrative, c'est ce que nous allons voir maintenant.

B — Les théories de la responsabilité

C'est à partir de 1895 environ que la responsabilité commence à faire l'objet d'études systématiques en doctrine. Celle-ci s'interroge essentiellement sur le fondement de la responsabilité administrative, sur les principes qui pourraient en justifier le développement. Nous avons vu que le point de départ de la responsabilité se situait dans les agissements de l'Etat comme simple particulier, d'abord dans son domaine privé, ensuite dans les services publics où l'Etat apparaît comme personne privée. Malgré l'abandon de la théorie selon laquelle seul l'Etat-personne privée peut voir engager sa responsabilité, il n'en subsiste pas moins que l'idée de responsabilité administrative trouve son fondement dans le système régissant les rapports des particuliers entre eux. C'est un principe d'équité[792] qui impose la mise en jeu de cette responsabilité.

[791] G. JEZE,« De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité », *R.D.P.* 1914, pp. 569-583, p. 581 ; de même, G. JEZE,« Notes de jurisprudence administrative », *R.D.P.* 1913, pp. 95-97 .

[792] L. MICHOUD, « De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 401-429 ; BREMOND, *Traité théorique et pratique de la compétence administrative*, cité par L. MARIE,« Compte-rendu », *RCLJ* 1894, pp. 666-673, p. 672 ; E. LAFERRIERE, *op. cit.*, tome I, p. 680 ; G. TEISSIER, conclusions sur CE *Le Berre*, 29 mai 1903, *loc. cit.*, p. 418 : « Il faut écarter résolument et catégoriquement la fin de non recevoir invoquée par le ministre et le prétendu principe de l'irresponsabilité de l'Etat en matière d'actes de la puissance publique, principe qui, dans le cas où il y a méconnaissance des garanties attribuées par les lois aux citoyens et violation des règles protectrices stipulées en faveur des fonctionnaires, est manifestement contraire à la plus élémentaire équité et aux nécessités pressantes d'un régime vraiment démocratique » ; L. DUGUIT,« De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *R.D.P.* 1910, pp. 637-666, p. 645 ; G. JEZE,« De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle... », *loc. cit*.

Or, la notion d'équité renvoie à la fois à une sorte de droit naturel (l'idée de justice)[793] et à l'idée d'une égalité des parties en présence, autrement dit ici de l'Etat et des individus. Il s'agit donc bien de fonder la responsabilité administrative sur des conceptions analogues à celles du droit privé[794]. Mais ce principe d'équité ne satisfait guère la doctrine positiviste, précisément pour ce qu'il connote de références au droit naturel. Les publicistes vont donc lui chercher une version plus juridique, soit dans le Code civil, soit dans le principe d'égalité devant les charges publiques.

Cette recherche du fondement de la responsabilité correspond à ce que l'on pourrait appeler la phase d'expansion des théories en la matière, après laquelle il semble qu'on ait voulu poser des limites à la mise en jeu de la responsabilité administrative par l'exigence de certaines conditions liées à la qualité du préjudice.

1. *La phase d'expansion*.

Cette phase d'expansion est marquée par la substitution progressive de la théorie publiciste à la théorie civiliste. Celle-ci fut la première à être soutenue et consiste à fonder la responsabilité de l'administration sur les articles 1382 et suivants du Code civil : « *L'Etat est soumis aux principes du droit privé sur la responsabilité toutes les fois qu'il fait un acte de gestion* », dit Michoud en 1895[795]. Ce point de vue a permis, dans un premier temps, d'élargir les garanties offertes aux administrés dans la mesure où elle s'accompagne d'une définition extensive de l'acte de gestion : sont qualifiés comme tels non seulement les actes faits par l'Etat pour la gestion de son domaine privé, mais aussi ceux qu'il accomplit pour la gestion des services publics.

La théorie civiliste oppose donc les actes d'autorité (pour lesquels l'Etat reste irresponsable) aux actes de gestion et correspond essentiellement à la conception libérale du rôle de l'Etat. Elle suppose en effet que les interventions administratives dans des domaines nouveaux ne sont pas de l'essence même de l'Etat puisque ce dernier s'y comporte comme un simple particulier pourrait le faire et, partant, sort du rôle qui lui est normalement dévolu : celui de puissance publique ou, si l'on préfère, d'Etat-gendarme.

Mais cette théorie civiliste va se heurter à différents obstacles.

[793] ROMIEU, conclusions sur CE *Cames*, 21 juin 1895, *Rec*., pp. 509-514, p. 513 : « La base de la responsabilité de l'Etat, tant vis-à-vis des tiers que de ses agents n'est donc pas dans un texte positif de droit civil (art. 1710, art. 1382 et autres), mais dans un principe supérieur de justice duquel procèdent eux-mêmes les textes positifs que le juge civil a à appliquer. C'est donc une législation d'équité et non de droit écrit ».

[794] E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome I, pp. 679-680: « Ce n'est donc pas l'article 1384 du Code civil considéré comme règle de droit positif qui impose à l'Etat, dans certains cas, le devoir d'indemniser ceux qui ont souffert de fautes commises par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions. Ce devoir découle uniquement d'un principe de justice dont la loi civile s'est inspirée pour régler les rapports de particuliers à particuliers, dont la jurisprudence administrative s'est inspirée à son tour pour régler les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires et avec les tiers, et que des lois spéciales ont appliqué dans quelques cas particuliers, par exemple en matière de postes, de douanes, de contributions indirectes. Il ne serait pas juste, en effet, que des particuliers, lésés par les erreurs ou les fautes de fonctionnaires, restent victimes d'accidents dont un service public est la cause ou tout au moins l'occasion, et il est conforme à l'équité que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute, dans certains cas, à celle du fonctionnaire ».

[795] L. MICHOUD,« De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *loc. cit*., p. 406.

D'abord, elle ne peut rendre compte exactement de la jurisprudence sur la question car il existe déjà une responsabilité sans faute dont on ne trouve pas l'équivalent en droit privé. Certes, le droit commun connaît, lui aussi, une extension de la responsabilité par le biais de la théorie de l'abus de droit. Mais, comme le souligne Tirard[796], cette notion implique l'idée d'une faute par celle d'usage abusif d'un droit. D'autre part, l'article 1384 ne peut s'appliquer intégralement à l'Etat sans faire des relations de ce dernier avec ses fonctionnaires un rapport de commettant à préposé[797]. Or, nous verrons que la doctrine souhaite voir dans ces relations un lien spécifique excluant absolument toute idée de contrat de travail du droit privé[798]. En outre, la jurisprudence montre que la responsabilité administrative varie en fonction du service considéré, ce dont l'application du droit privé peut difficilement rendre compte. De même, le droit commun empêche radicalement d'imposer à la puissance publique la réparation des dommages qu'elle a pu causer.

En ce sens, la théorie civiliste, qui a permis dans un premier temps l'extension de la responsabilité de l'Etat, devient un obstacle à cette extension et doit être abandonnée. Dans la mesure où elle repose sur la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, elle signifie en effet l'irresponsabilité de l'Etat-puissance publique auquel, de toute évidence, ne peut s'appliquer le Code civil. Surtout, elle suppose de voir en l'Etat l'équivalent d'un simple particulier lorsqu'il agit par la voie de la gestion. Or cette conception de l'Etat n'est pas compatible avec la multiplication de ses interventions, car elle aboutit à nier dans la plupart des cas la spécificité des actions de l'Etat et donc leur légitimité. Au contraire, les auteurs favorables au développement de l'interventionnisme vont s'attacher à souligner le caractère spécifique de chacun de ses actes, ce qui permet à la fois de maintenir l'unité du concept et de justifier toutes les interventions de l'Etat. Aussi ont-ils présenté ces nouvelles activités comme faisant partie intégrante de la mission étatique, au même titre que celles de l'Etat-gendarme. Dans cette optique, il n'y a plus, comme nous l'avons vu, à distinguer entre les actes de gestion et les actes d'autorité, car tous ces actes révèlent la spécificité de l'Etat qui, contrairement aux particuliers, doit toujours agir dans l'intérêt général [799].

---

[796] P. TIRARD, *op. cit.*, pp. 56 et s.

[797] Cette application de l'article 1384 est incompatible avec les solutions retenues par la jurisprudence administrative, et Michoud est lui-même obligé de reconnaître la nécessité de déroger au Code civil pour pouvoir substituer la responsabilité de l'Etat à celle du fonctionnaire en cas de faute de service (voir L. MICHOUD,« De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents », *loc. cit.*, deuxième article, *R.D.P.* 1895, tome IV, pp. 18 et s.).

[798] Voir *infra*, section II.

[799] P. TIRARD, *op. cit.*, p. 47 et p. 53 « Certaines de ces entreprises, alors même qu'elles sont gérées en concurrence avec l'industrie ou le commerce privés, constituent de véritables services publics qui rentrent dans les fonctions essentielles de la puissance publique, tel est, par exemple, le service de l'enseignement. Il ne nous appartient pas d'examiner ici le problème de la limitation des fonctions de la puissance publique, Etat, département ou commune en présence des activités individuelles ; nous estimons, d'ailleurs, que la question ne comporte pas de solutions absolues, car elle est fonction du temps, du lieu, de la situation politique et économique. L'industrie des postes, autrefois abandonnée à l'initiative privée, est considérée aujourd'hui comme un service dont l'Etat doit prendre la charge ; l'alimentation en eau potable, l'éclairage des villes tendent à devenir de véritables services publics. Sans nous attacher au criterium parfois proposé des

Certes, la théorie publiciste n'est pas l'apanage des interventionnistes, et une partie de la doctrine maintiendra plus ou moins la distinction traditionnelle de l'autorité et de la gestion[800]. Mais l'application du droit public à la responsabilité administrative permet la mise en cause de la responsabilité de la puissance publique (impossible avec la théorie civiliste), ce qui conduit nécessairement à relativiser la distinction de l'autorité et de la gestion et facilitera son abandon définitif. La théorie de Hauriou qui, dans l'une de ses périodes, distingue puissance publique, gestion privée et gestion publique, se présente de ce point de vue comme une doctrine intermédiaire, une voie de passage entre théories civiliste et publiciste, un compromis entre les conceptions libérale et interventionniste du rôle de l'Etat.

Tout en maintenant l'idée d'équité comme fondement de la responsabilité administrative, les publicistes vont donc chercher un principe directeur capable d'expliquer l'ensemble des solutions jurisprudentielles à partir du droit administratif. Ce principe, Larnaude et Hauriou[801] le trouvent dès 1896 dans l'égalité devant les charges publiques, traduction juridique de la notion d'équité, mais qui postule cette fois non pas l'égalité de l'Etat et des particuliers (comme le laissait entendre la théorie civiliste pour les actes de gestion), mais plutôt l'égalité des administrés devant l'Etat, ce qui laisse subsister l'idée d'une spécificité de l'Etat (que l'on retrouve aussi bien dans la notion de service public que dans celle de puissance publique) [802] et donc la différence essentielle entre les rapports de l'Etat et des administrés d'une part, et ceux qui concernent les simples particuliers d'autre part. Aussi ce principe d'égalité a-t-il, sur la théorie de Michoud, l'avantage de donner son autonomie au droit de la responsabilité administrative et d'en permettre l'extension à l'infini [803]. On peut également remarquer que le principe d'égalité ne résulte pas de la loi, mais plutôt de la constitution, du moins de son esprit, ce qui contribue à en renforcer l'importance et à souligner la spécificité du droit administratif [804].

---

industries monopolisées ou exploitées en libre concurrence, nous croyons que lorsque l'intervention de la puissance publique dans l'activité économique présente, en fait, un caractère nettement nécessaire et obligatoire, on est en présence d'un véritable service public et que le droit civil doit être écarté ».

[800] Voir notamment E. LAFERRIERE, *op. cit*., tome I, p. 677 ; R. DARESTE, *op. cit*., p. 537. Comparer L. AUCOC, *op. cit*., tome I, p. 437 et s.

[801] M. HAURIOU,« Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 51-65, p. 51 : « Les choses se passent comme si l'Etat gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre les risques des accidents administratifs. L'idée d'une assurance pareille procède logiquement du principe de l'égalité devant la loi et devant les charges publiques ». Voir également P. TIRARD, *op. cit*., pp. 138 et s.; G. TEISSIER, article « Responsabilité *», loc. cit*., p. 159.

[802] J. CHEVALLIER,« Les fondements idéologiques du droit administratif français », *in Variations autour de l'idéologie d'intérêt général*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, P.U.F., 1978-1979, 2 vol., t. II, pp. 1-57.

[803] Voir ROMIEU, conclusions sur CE *Cames*, 21 juin 1895, *loc. cit.*

[804] *L'année administrative 1904*, p. 105, note 2: « Les patrimoines administratifs sont des richesses affectées à la réalisation des buts étatiques. Ils sont destinés à payer toutes les dépenses que nécessiteront ces buts. Ceci posé, d'une part, l'Etat a certainement le devoir juridique de protéger ses nationaux à l'étranger. D'autre part, il se peut que l'intérêt supérieur du pays exige que, dans certains cas, l'Etat ne s'acquitte pas de ce devoir. Mais si l'intérêt de la collectivité exige qu'un sacrifice direct et matériel soit imposé à un individu, il est juste qu'une indemnité lui soit allouée. Les patrimoines administratifs sont faits pour cela. C'est l'idée

Paradoxalement pourtant, c'est encore une analogie entre l'Etat et l'industriel privé qui a suscité cette théorie au moment où l'on souhaite réformer la législation des accidents du travail après celle des erreurs judiciaires. Peu de temps après l'arrêt *Cames* du 21 juin 1895, Larnaude fait une communication d'après laquelle « *il résulte des transformations de l'industrie qu'il y a une foule d'accidents dont la cause reste inconnue. Peut-on cependant laisser sans indemnité l'ouvrier victime d'un accident dont on ne peut faire remonter la responsabilité à la faute du patron ? Ne vaut-il pas mieux grever de cette indemnité les frais généraux de la production industrielle ? C'est ce qu'on a pensé et c'est ce qui a fait établir la théorie du risque professionnel. C'est une idée pareille qu'il faut faire pénétrer dans la partie de la législation criminelle qui nous occupe. Lorsque cette grande machine qui s'appelle l'Etat, cent fois plus puissante et cent fois plus dangereuse aussi que les machines de l'industrie a blessé quelqu'un, il faut que tous ceux dans l'intérêt de qui elle fonctionnait en causant le préjudice, viennent le réparer* »[805].

Hauriou poursuit le raisonnement pour construire une théorie des risques administratifs fondée sur l'idée de mutualité [806]. En pleine période solidariste, cette thèse va rencontrer un succès assez vif dans la doctrine. Elle donne au juge une grande liberté de manoeuvre, puisqu'elle n'implique aucune solution précise pour chaque cas particulier. Elle est donc susceptible de satisfaire tout le monde : les libéraux parce qu'elle augmente les garanties des administrés contre l'Etat ; les interventionnistes en ce qu'elle justifie l'activité industrielle de celui-ci. En ce sens, elle constitue l'un des éléments de la théorie de l'Etat de droit qui fait des recours juridictionnels, plutôt que de la loi, la garantie par excellence face à une administration omniprésente.

Mais cette théorie du risque n'est pas sans présenter quelques inconvénients qui conduiront une partie de la doctrine à la rejeter, une fois qu'elle aura donné tous ses fruits.

2 . Les limites.

En fondant la responsabilité administrative sur le principe d'égalité devant les charges publiques, les publicistes ont pu élargir considérablement le domaine de

générale qui est à la base de l'indemnité en droit public interne (expropriation pour cause d'utilité publique, dommages causés par l'exécution de travaux publics, dommage résultant de la suppression d'un emploi public, etc.) » ; de même, ROMIEU, conclusions sur CE *Cames*, 21 juin 1895, *loc. cit*., p. 514 : « Il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après ses propres lumières, d'après sa conscience, et conformément aux principes de l'équité, quels sont les droits et les obligations réciproques de l'Etat et de ses ouvriers dans l'exécution des services publics ».

[805] F. LARNAUDE, communication faite à la Société générale des prisons, le 8 décembre 1895, cité par M. Hauriou,« Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *loc. cit*., p. 56.

[806] M. HAURIOU,« Les actions en indemnité contre l'Etat... », *loc. cit*. ; de même, M. Hauriou, note sous CE *Cames*, 21 juin 1895, Sirey 1897-3-33 : « Notre décision contient, dans le cas particulier de l'accident industriel et administratif à la fois, une application de la théorie générale du risque administratif, qui nous paraît être le fondement de la responsabilité de l'Etat dans tous les cas de dommages résultant du fonctionnement de l'administration publique ».

cette responsabilité pour y faire entrer jusqu'aux actes de la puissance publique. Le problème se pose cependant de savoir si toute rupture de l'égalité doit être indemnisée.

Aucun auteur n'est prêt à soutenir ce point de vue trop onéreux pour le patrimoine administratif, et surtout trop contraignant pour l'Etat. Certains, comme Hauriou, vont donc abandonner la théorie du risque et exiger, dans la plupart des cas, la preuve d'une faute de service. « *Il y a d'autant moins à abandonner la théorie traditionnelle de la faute qu'en réalité, elle n'a été abandonnée, en matière d'accidents du travail, qu'à raison d'une difficulté de preuve, parce que c'était au salarié victime d'un accident à prouver qu'il n'y avait pas cas fortuit, qu'il y avait faute du patron, et que cette charge de la preuve est écrasante devant les tribunaux civils, où le juge ne fait pas lui-même l'instruction de l'affaire (...). Or, en matière d'accident administratif, sans doute, le réclamant reste chargé de prouver qu'il y a une faute de service, et non pas cas fortuit, mais cette charge n'en est pas une, parce que, devant les tribunaux administratifs, l'instruction de l'affaire est faite par le juge*»[807].

On peut observer un revirement semblable chez Rolland qui, en 1909, réclamait encore l'établissement d'une responsabilité sans faute en matière de police judiciaire[808], et qui critique, en 1913, la réforme sur la responsabilité en cas de troubles et d'émeutes parce qu'elle se fonde sur la théorie du risque et crée ainsi un droit à l'assistance aux victimes des troubles[809].

D'autres, comme Duguit, maintiennent la théorie du risque avec, pour seule limite, la preuve d'un préjudice spécial et anormal [810].

La plupart des auteurs vont préférer s'en tenir à une théorie intermédiaire entre celle qui exige une faute de l'administration pour ouvrir droit à réparation et celle qui, se fondant sur le risque, se contente d'exiger la preuve d'un préjudice exceptionnel. C'est explicitement le cas chez Tirard [811] qui propose l'indemnisation du préjudice né d'un fonctionnement irrégulier du service public en établissant une présomption de faute objective qu'il appartiendrait à l'administration de renverser.

[807] M. HAURIOU, note sous CE *Ambrosini*, 10 mai 1912, *Sirey* 1912-3-161, p. 162. Mais ce revirement date de 1905, lorsque la responsabilité des services de police a été admise (M. Hauriou, note sous CE *Tomaso Greco*, 10 février 1905, *Sirey* 1905-3-113).

[808] L. ROLLAND,« Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire », *loc. cit*.

[809] L. ROLLAND,« La responsabilité des communes en cas de troubles et d'émeutes », *R.D.P.* 1913, pp. 350-370, pp. 361-362 « Tout cela n'aboutit-il pas à cette conclusion que la victime des troubles et des émeutes doit, dans certains cas, où la cause du dommage est mal déterminée, être assistée sur les fonds communaux et nationaux, et non à celle qu'il a le droit d'être indemnisé, les habitants de la commune ou de l'Etat devant être tenus pour responsables vis-à-vis de lui ? N'en vient-on pas, en d'autres termes, à construire une théorie et un système d'assistance et non une théorie ou un système de responsabilité ? (...) Quand on parle de responsabilité, on songe à une victime qui a le droit d'être indemnisée. Quand on parle d'assistance, on parle d'une victime qui doit être secourue, mais qui ne peut invoquer un droit a obtenir des secours ». Le législateur ayant organisé un système d'assistance, ROLLAND ajoute, p. 363: « Peut-être jugera-t-on qu'il y a là quelque excès ». Il aurait préféré que le législateur s'en remette à la jurisprudence qui aurait ainsi indemnisé la victime dans la mesure seulement où elle aurait apporté la preuve du lien entre le préjudice et le mauvais fonctionnement du service de police.

[810] L. DUGUIT, *Traité…*, tome I, p. 253.

[811] P. TIRARD, *op. cit*., pp. 203 et s.

Teissier, quant à lui, rejoint davantage la théorie qui exige une faute pour ouvrir droit à réparation, mais il étend la notion de faute à tout fonctionnement anormal du service, fonctionnement anormal qui se révèle finalement par le caractère exceptionnel du préjudice[812].

On pourrait rapprocher les points de vue de la doctrine en matière de responsabilité de ceux qu'elle soutient sur la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Son premier mouvement est en effet d'élargir les possibilités d'indemnisation, comme elle souhaite augmenter les cas de recevabilité du recours en annulation. Mais une fois ce résultat atteint, elle cherche à en limiter les effets pour éviter l'indemnisation systématique ou la transformation du recours en *actio popularis*. La garantie juridictionnelle ne doit pas se transformer en action politique, comme ce pourrait être le cas si l'on indemnisait tout préjudice, ou encore si tout citoyen pouvait se saisir du recours pour excès de pouvoir.

Ayant plus ou moins délaissé la théorie de la responsabilité pour risque, la doctrine va chercher à affiner celle de la responsabilité pour faute et sa distinction entre faute personnelle et faute de service.

Section 2 FAUTE PERSONNELLE ET FAUTE DE SERVICE

La responsabilité pour faute personnelle a pu se développer à partir de la suppression de la garantie des fonctionnaires en 1870 ; mais en 1894, Brémond peut encore souligner à quel point la définition de chaque type de faute est restée imprécise[813]. En 1914, au contraire, cette question ne semble plus avoir de secret pour la doctrine. C'est donc qu'entre temps, la distinction de la faute personnelle et de la faute de service s'est affermie, et ce, en partie grâce au développement de la responsabilité administrative.

Cette question de la répartition des responsabilités entre l'Etat et ses agents est largement dominée par la conception que se font les publicistes des relations qui les unissent (§ 1), mais elle est également liée à leur volonté d'accroître les cas d'indemnisation (§ 2).

§ 1. - LES RELATIONS ÉTAT / FONCTIONNAIRES

La doctrine s'est, semble-t-il, laissée surprendre par le prodigieux développement du fonctionnariat sous la Troisième République, et il faut attendre les

[812] G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit.*, pp. 171 et s.
[813] BREMOND, *Traité théorique et pratique de la compétence de la juridiction administrative*, cité *in* J. MARIE, *RCLJ* 1894, pp. 666-673, p. 668.

premières revendications des fonctionnaires pour la voir s'intéresser de près à la question de leur statut dans l'Etat. C'est surtout à partir de 1906 que se multiplient les articles dénonçant une « crise du fonctionnarisme »[814] due, en grande partie, aux ingérences des politiciens dans le recrutement et l'avancement des agents de l'Etat ; cette crise se manifeste par des tentatives de syndicalisation et par des grèves qui touchent surtout les agents des postes et les instituteurs. L'Etat de droit est donc ici doublement mis en cause : les nominations illégales battent en brèche l'ordre juridique, les manifestations des fonctionnaires menacent la paix sociale. La majorité des publicistes va alors tenter de démontrer que le fonctionnaire n'est pas un travailleur comme les autres (et qu'il faut donc lui interdire le droit syndical et le droit de grève, jugés trop dangereux), mais qu'il est un administré dans tous ses rapports avec l'Etat et qu'il doit, comme tel, bénéficier des garanties (juridictionnelles notamment) accordées aux autres administrés.

A — Le fonctionnaire : un travailleur différent des autres

En simplifiant un peu les choses, on peut recenser trois théories de la situation du fonctionnaire dans l'Etat. Nous verrons que toutes sont gouvernées par deux enjeux communs : la question du droit de grève et du droit syndical des fonctionnaires, celle de la spécificité de l'Etat.

La première théorie, la plus ancienne, est celle de Berthélemy, rejoint par Grivelle et Nézard [815]. Elle consiste à distinguer deux catégories parmi les agents de l'administration : les uns ne font que des actes d'autorité et sont soumis au droit public ; les autres, fonctionnaires de gestion, sont dans une situation pratiquement identique aux travailleurs du droit privé. Dans cette optique, seule la deuxième catégorie peut bénéficier du droit syndical, organisé par la loi de 1884, et du droit de grève. Cette conception est celle du libéralisme classique en ce qu'elle ne reconnaît de spécificité à l'Etat que dans sa mission la plus traditionnelle, celle de puissance publique, dont l'extension doit rester limitée aux seuls actes d'autorité. Elle sera abandonnée en même temps que la distinction sur laquelle elle se fonde : celle de l'autorité et de la gestion.

Paradoxalement, la théorie de Berthélemy rejoint celle des syndicalistes [816]. Ces derniers souhaitent en effet considérer l'Etat comme un simple patron dans ses

[814] Voir notamment R. BONNARD,« Chronique administrative », *R.D.P.* 1907, pp. 481-509 ; L. ROLLAND,« Chronique administrative », *R.D.P.* 1907, pp. 251-266 ; G. DEMARTIAL,« De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires *»*, *R.D.P.* 1907, pp. 1-23 ; Bulletin de la Société d'études législatives, 1914-1917, lère partie, séance du 5 février 1914, pp. 121-188 ; A. LEFAS, *L'Etat et les fonctionnaires*, *op. cit.*

[815] H. BERTHELEMY, *Traité...*, 2e éd., pp. 62 et s. ; H. NEZARD, *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, Rousseau, 1903 ; P. GRIVELLE, *De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion*, Thèse Paris, Pédone, 1901, pp. 72 et s.

[816] Voir M. LEROY, *Les transformations de la puissance publique, les syndicats de fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1907. Sur cette question, voir le *Bulletin de la Société d'études législatives*, *loc. cit*. BERTHELEMY changera d'ailleurs d'opinion « On vous a dit que la Commission se partageait entre deux

rapports avec ses employés, de façon à justifier la reconnaissance du droit syndical et du droit de grève aux fonctionnaires. Mais, à la différence des libéraux, les syndicalistes refusent de faire des distinctions entre les agents de l'administration et dénient finalement toute spécificité à l'action de l'Etat. Celui-ci n'est donc qu'un patron comme les autres, même dans ses actes de commandement et ses agents entretiennent avec lui les mêmes rapports que les ouvriers du droit privé avec leurs employeurs. Au lieu d'opposer secteur public et secteur privé, cette théorie repose donc sur l'opposition travailleur / employeur dont les relations sont unanimement réglées par le contrat de droit privé.

La troisième théorie, enfin, refuse à la fois cette assimilation au droit privé et la distinction entre plusieurs catégories de fonctionnaires. C'est cette conception qui l'emporte dans la doctrine publiciste et ce, pour trois raisons : d'abord, elle permet une nouvelle extension du droit administratif puisqu'elle applique au fonctionnaire soit un statut de droit public, soit un contrat de droit public ; ensuite, elle évite le danger syndical et l'éventuelle coalition de tous les travailleurs au sein de la CGT, en même temps qu'elle justifie l'interdiction de la grève ; enfin, par l'exclusion du droit privé, elle souligne la spécificité de l'Etat quelle que soit la voie par laquelle il agit, l'Etat employeur n'est donc jamais un patron comme les autres, sauf éventuellement à l'égard de ses ouvriers (exclus de la catégorie des fonctionnaires).

Le choix entre statut et contrat de droit public n'a qu'une importance finalement secondaire, comme le prouvent les imprécisions terminologiques du Conseil d'Etat et d'une partie de la doctrine. L'idée d'un statut s'impose surtout au début des années 1900, davantage par opposition à celle de contrat de droit privé que pour exclure la notion générale de contrat. Une fois admise l'existence d'un rapport de droit public entre l'Etat et les fonctionnaires, la question se posera de façon essentiellement théorique de savoir si ce rapport est statutaire ou contractuel. Certains, comme Jèze, repoussent la notion de contrat de droit public comme intrinsèquement contradictoire[817].

Mais que l'on parle de contrat ou de statut, les conséquences sont identiques puisque, dans les deux cas, c'est le droit public qui s'applique et le juge administratif qui est compétent, seul l'auteur de l'acte diffère puisque le statut suppose une intervention législative. Surtout, la soumission de tous les fonctionnaires au droit public (mais aussi des agents des services publics concédés dont on admet qu'ils sont

tendances : les uns veulent soumettre, par analogie, les fonctions publiques aux règles communes des professions privées ; les autres considèrent qu'il convient d'adopter pour les fonctionnaires et les fonctions publiques un régime spécial. Cette dernière conception est la nôtre. Je la crois vraie, même quand il s'agit des fonctionnaires qui ne participent en rien à l'exercice de l'autorité » (*Bulletin de la Société d'études législatives*, *loc. cit*., p. 174).

[817] G. JEZE, note sous CE *Winkell et Rosier*, 7 août 1909, *R.D.P.* 1909, pp. 494-505, p. 501 « Nul n'a jamais su dire ce qu'était un contrat de droit public, si ce n'est que ce n'était pas un contrat comme tous les autres. Et dès lors, puisqu'un contrat est une catégorie juridique bien déterminée, dire qu'un acte n'est pas un contrat comme tous les autres, c'est dire qu'il ne rentre pas dans la catégorie juridique des contrats ; ce n'est pas un contrat ».

en situation contractuelle) [818] exclut pour eux l'application de la loi de 1884 et donc l'affiliation aux bourses du travail et à la CGT. Il n'y a guère que R. Bonnard pour envisager favorablement le syndicalisme dans la fonction publique, tout en maintenant l'idée qu'il existe un lien de droit public entre l'Etat et ses agents. Il accueille en effet cette tendance à l'organisation corporative comme un signe de la transformation de l'Etat dans le sens d'une démocratisation des services publics [819]. Mais s'il admet le syndicat, c'est parce qu'il est, selon lui, un fait inévitable[820] dont il faut limiter les effets en organisant un contrôle de l'Etat sur les syndicats de fonctionnaires[821]. C'est donc au nom du réalisme qu'il adopte cette position. Les autres publicistes sont généralement moins lucides et semblent obnubilés par l'éventuelle coalition des travailleurs tous secteurs confondus, à une époque où les grèves se succèdent et gagnent la fonction publique. La question qui se pose actuellement, dit très bien Rolland à propos des fonctionnaires, « *c'est, pour tout résumer d'un mot, celle de savoir s'ils pourront s'unir au prolétariat ouvrier et unir leurs efforts au sien* »[822].

Cette union de tous les travailleurs au sein de la CGT apparaît donc comme un risque majeur pour la paix sociale et la survie de l'Etat [823], surtout si, comme il est

[818] L. ROLLAND,« La grève des agents d'un service public concédé », *R.D.P.* 1910, pp. 504-524, p. 511 : « L'agent d'un service concédé n'est pas un fonctionnaire. Il est lié par un contrat au concessionnaire qui l'emploie. Mais il diffère, à deux points de vue, d'un salarié ordinaire, D'une part, il est tenu d'une obligation juridique de coopérer sans arrêt au service concédé. D'autre part, il ne peut discuter ni les règles relatives à l'organisation du service insérées dans l'acte de concession, ni les modifications qu'il peut apparaître opportun au législateur ou à l'administration d'y apporter ».

[819] R. BONNARD,« Chronique administrative », *R.D.P.* 1907, pp. 481-509, p. 508 : « Le syndicat de fonctionnaires va évidemment amener une transformation complète de notre organisation administrative hiérarchisée et centralisée (...) Le syndicat opèrera une transformation dont on peut déjà prévoir la tendance. Ce sera une démocratisation des services publics ». De même, L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*. Comparer M. LEROY, *op. cit*. Comparer L. ROLLAND, «Chronique administrative », *R.D.P.* 1907, pp. 251-266, pp. 258-259 : « Dans notre organisation administrative française, il n'y a pas de place pour les groupements de fonctionnaires, quelque nom qu'on leur donne. Tout essai de les y introduire est voué d'avance à l'insuccès. Que la chose soit rigoureuse, qu'elle soit même fort regrettable, nous ne le nions point. Qu'il soit désirable qu'il en puisse être autrement, c'est assurément notre avis. Le syndicat de fonctionnaires ne peut se concevoir que si l'on admet une conception différente, peut-être celle d'une administration dirigée par des groupes de fonctionnaires autonomes, d'un Etat se disloquant et se répartissant dans ces groupements. Mais cette dernière solution — qui est la solution syndicaliste — est à l'opposé de notre conception actuelle de l'administration (...) Pour l'instant, étant donné notre administration conçue et organisée comme elle l'est, il n'y a pas de place pour les syndicats de fonctionnaires ».

[820] R. BONNARD, *loc. cit*., p. 506 : « Le syndicat me paraît inévitable. Ce n'est pas un souhait que j'exprime ; c'est une simple constatation ».

[821] R. BONNARD, *loc. cit*., p. 508 : « A mon sens, la position réaliste du problème du syndicat de fonctionnaires à l'heure actuelle consiste uniquement à se demander : comment et dans quelle mesure faut-il organiser ce contrôle nécessaire de l'Etat sur les syndicats de fonctionnaires, en limiter les pouvoirs, notamment au point de vue de la grève ».

[822] L. ROLLAND,« Chronique administrative », *loc. cit*., p. 263.

[823] L. ROLLAND,« Chronique administrative », *loc. cit*., note 1, p. 266 : « Si le problème du fonctionnarisme se pose à l'heure actuelle avec tant d'acuité, c'est parce qu'il met en définitive en question la conception actuelle de l'Etat et de sa souveraineté » ; M. HAURIOU, note sous CE *Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des colonies*, 11 décembre

probable, elle débouche sur la grève. Aussi les publicistes vont-ils s'efforcer de justifier l'interdiction de la grève, fait illicite, faute disciplinaire[824], et l'impossibilité d'appliquer la loi de 1884 aux fonctionnaires. Cette justification, ils la trouvent dans la notion de service public[825] qui, en remplaçant celle de puissance publique, a l'avantage de pouvoir s'étendre à toutes les activités de l'Etat, englobant ainsi tous les fonctionnaires, voire tous les agents de l'administration sans distinction. Cette théorie qui se fonde sur la continuité nécessaire au service public[826] permet donc de souligner la spécificité de l'activité étatique, quel que soit son domaine d'intervention, contrairement à la théorie de Berthélemy pour lequel seule l'activité de puissance publique correspond à l'essence de l'Etat. Ainsi, au lieu de concevoir l'Etat comme un être divisé (Etat-puissance/Etat-personne), elle lui rend son unité

1908, *Sirey* 1909-3-17, p. 17 : « Une seule précaution était à prendre (...) : c'était d'empêcher la jonction des associations de fonctionnaires avec les syndicats ouvriers (...) Ne serait-il pas contraire à l'équilibre de la vie publique et de la vie privée, équilibre fondamental dans notre régime d'Etat, que des syndicats de fonctionnaires constitués d'après la loi de 1884 pussent se confédérer avec des syndicats ouvriers ? Les syndicats de fonctionnaires appartiennent au personnel de la vie publique, les syndicats ouvriers au personnel de la vie privée. Admettre leur confédération serait admettre la confusion des forces de la vie publique et de celles de la vie privée (...) On conçoit que les collectivistes poussent à la roue ; c'est leur jeu, non seulement parce que, politiquement, l'adhésion des syndicats de fonctionnaires à la Confédération générale du travail serait une force, mais encore parce que, socialement, ce serait une destruction partielle du régime d'Etat, qu'ils veulent remplacer par le régime de la collectivité, laquelle repose sur la confusion du public et du privé».

[824] M. HAURIOU, note sous CE *Winkell*, 7 août 1909, *Sirey* 1909-3-145, p. 146 : « Le droit de grève, c'est le droit de guerre privée qui reparaît » ; G. JEZE,« Conséquences d'une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique », *R.D.P.* 1909, pp. 494-505, p. 500 : « La grève est donc, de la part des agents au service public, un fait illicite, une faute disciplinaire. Le Conseil d'Etat a, je crois, tout-à-fait raison de le proclamer hautement » ; L. ROLLAND,« La grève des agents d'un service public concédé », *loc. cit.*, p. 507 : « S'agissant des fonctionnaires (...) il est admis à peu près par tout le monde qu'une telle grève est en elle-même un fait illicite».

[825] H. CHARDON, *L'administration de la France. Les fonctionnaires*, Paris, Perrin, 1908, p. 58 : « Une grève des agents d'un service public est une chose particulièrement absurde : elle est en contradiction avec la notion même de service public. Pourquoi l'avons-nous érigé en service public de la nation ? Parce que nous estimons qu'il est indispensable à la vie de chacun de nous. Pouvons-nous admettre que ceux qui en sont chargés nous le refusent soudain et compromettent ainsi notre vie ? Cela est inadmissible. Ils commettent un crime de lèse-société et doivent être punis comme tous ceux qui brisent l'ordre social » ; COLSON, *Traité d'économie politique*, tome II, p. 385, cité par Tardieu, conclusions sur CE *Winkell*, 7 août 1909, *loc. cit.* : « On ne saurait admettre que le maintien de l'ordre et de la sécurité publique soit suspendu par une grève du personnel de la police, ni que des services comme la poste, les transports par chemins de fer, l'éclairage ou l'alimentation en eau des villes soient désorganisés par l'interruption du travail de certains agents. C'est uniquement parce que ces services ne peuvent pas être assurés par l'initiative privée, parce qu'ils font nécessairement l'objet d'une organisation d'ensemble, qu'un désordre local sérieux trouble tout entière, que l'Etat ou les communes s'en réservent le monopole ; les raisons qui justifient ce monopole sont précisément celles qui justifient aussi des restrictions spéciales au droit commun en ce qui concerne l'éventualité d'une grève du personnel qui en assure le fonctionnement » ; M. HAURIOU, note sous CE *Winkell*, 7 août 1909, *Sirey* 1909-3-145.

[826] Elle permet d'étendre l'interdiction de la grève à tous les agents des services publics, même non fonctionnaires. Sur ce point, voir L. ROLLAND,« La grève des agents d'un service public concédé », *loc. cit.*, et « Chronique administrative », *loc. cit.*, p. 261 : « De ce que l'ouvrier payé par l'Etat est en somme un ouvrier comme les autres, on en a conclu qu'il devait avoir les mêmes facultés qu'un ouvrier de l'industrie privée. Mais ce faisant, on a oublié que l'Etat n'est patron que pour assurer le fonctionnement de services indispensables qui ne doivent pas être interrompus ». Mais la même idée peut conduire à refuser le droit de grève à tous les travailleurs (même ceux du privé) : L. ROLLAND,« Les grèves en temps de guerre », *R.D.P.* 1917, pp. 161-184.

tout en justifiant une extension de ses activités puisque, dans tous les cas, le rôle de l'Etat est le même : accomplir des services obligatoires, les services publics.

Or, à travers l'obligation du service qui caractérise le service public, on retrouve l'ancienne idée de puissance publique[827], car c'est ce caractère obligatoire (découlant de la nécessité de satisfaire l'intérêt général) qui justifie la mise en oeuvre de moyens spécifiques (ceux de la puissance publique) et qui fonde la différence essentielle opposant l'Etat (et donc ses agents) aux simples particuliers (et aux salariés du droit privé). En d'autres termes, c'est par l'idée démocratique du service public qu'est fondée l'autorité de l'Etat, ainsi que la soumission de ses agents aux règles particulières du droit administratif : si le fonctionnaire n'est pas un travailleur comme les autres, c'est que l'Etat n'est pas un patron comme les autres du fait de sa mission de service public.

Le fonctionnaire est donc soumis à une discipline particulière qui s'apparente pour certains à une discipline véritablement militaire[828], mais les devoirs spécifiques qui lui incombent en tant qu'agent du service public doivent se trouver contrebalancés par des garanties légales et juridictionnelles. Celles-ci, lentes à se développer, l'ont été en partie grâce aux abus du favoritisme qui ont conduit la doctrine à accorder aux fonctionnaires les garanties dont bénéficient déjà les simples administrés.

B - Le fonctionnaire : un simple administré

La dénonciation du clientélisme est monnaie courante dans les articles du début du vingtième siècle. Les fonctionnaires s'en plaignent ouvertement, et les publicistes y voient une immixtion insupportable de la politique dans la hiérarchie administrative. C'est pourtant cette idée du respect de la hiérarchie qui, pendant longtemps, interdit au fonctionnaire tout recours contre les décisions touchant sa carrière. Il faut attendre 1903 pour que le Conseil d'Etat admette d'une part les fonctionnaires à intenter un recours pour excès de pouvoir contre les nominations illégales[829], d'autre part leur indemnisation en cas de brusque congédiement ou de révocation injustifiée[830]. Une partie de la doctrine réclamait ces solutions depuis déjà quelques années en se fondant sur la notion même d'Etat de droit, c'est-à-dire sur la nécessité d'ouvrir un recours juridictionnel contre les actes illégaux de l'administration[831].

Le fonctionnaire est donc un administré comme les autres qui doit pouvoir disposer d'une voie légale pour contester l'action de l'Etat ou de la collectivité dont il

[827] Sur la dialectique service public - puissance publique, voir J. CHEVALLIER,« Les fondements idéologiques du droit administratif français », *loc. cit*.
[828] Voir les interventions de F. LARNAUDE au cours de la discussion sur le projet de statut des fonctionnaires, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1914-1917, pp. 121-188.
[829] CE *Lot et Molinier*, 11 décembre 1903, *Sirey* 1903-3-113
[830] CE *Le Berre*, 29 mai 1903 et CE *Villenave*, 11 décembre 1903, *Sirey* 1904-3-121.
[831] Voir notamment M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, tome 3, pp. 1-31.

dépend [832]. Si une telle conception constitue un progrès pour la défense de leurs droits, elle en marque aussi la limite dans la mesure où elle permettra, par la suite, de justifier le refus d'accorder au fonctionnaire un statut identique au salarié de droit privé, il n'est qu'un administré jusque dans ses relations de travail avec l'administration qui l'emploie[833]. Elle contribue également à renforcer le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir, notamment par le biais d'une objectivation du quatrième cas d'ouverture jusqu'alors défini comme étant celui de la violation de la loi et des droits acquis. Admettre en effet le recours des fonctionnaires contre les nominations illégales suppose que le Conseil d'Etat abandonne l'exigence d'un droit acquis pour la recevabilité au fond du recours[834] . Quant à la recevabilité formelle, elle se trouve elle aussi élargie à partir du moment où la jurisprudence admet les associations de fonctionnaires à recourir contre les actes illégaux touchant la carrière[835].

Cette question des associations de fonctionnaires va faire l'objet de nombreux débats à partir de 1901. En effet, si le fonctionnaire est un administré ordinaire, cela ne signifie pas nécessairement qu'il soit un citoyen comme les autres. La doctrine, ici, n'est pas unanime et nous allons voir, en outre, que la position de certains publicistes varie au gré de la conjoncture.

Dons un premier temps, une partie d'entre eux voit dans la liberté d'association reconnue aux fonctionnaires un moyen de justifier l'impossibilité de leur appliquer la loi du 21 mars 1884. C'est d'ailleurs sur cette distinction du syndicat (illégal) et de l'association (admise, et parfois encouragée) que se fonde la doctrine des divers gouvernements qui se succèdent après 1901 [836]. Seuls Berthélemy, Esmein, Larnaude et le civiliste Chavegrin[837] se déclarent d'emblée hostiles aux associations de fonctionnaires, au motif qu'elles sont incompatibles avec le respect dû à la hiérarchie, avec la discipline imposée à l'agent de l'administration. Mais cette

[832] M. HAURIOU, note sous CE *Le Berre*, *Villenave* et *Nivaggioni*, *Sirey* 1904-3-121, p. 121 : « Le Conseil d'Etat se préoccupe de donner aux fonctionnaires, par tous les moyens dont il dispose, les mêmes garanties qu'aux autres citoyens ».

[833] M. HAURIOU, note sous CE *Wottling*, 29 avril 1892, *Sirey* 1894-3-33, p. 33 : « Si la situation du fonctionnaire était contractuelle, le recours qui lui est donné contre sa révocation intempestive serait lui-même de nature contractuelle. Il n'en est rien : le recours donné au fonctionnaire est celui qui appartient à tout citoyen étranger à l'Administration lésé dans ses droits par l'acte irrégulier d'un maire ».

[834] M. HAURIOU, note sous CE *Lot, Molinier et Savary*, 11 décembre 1903 et 18 décembre 1904, *Sirey* 1904-3-113, p. 113 « C'est un élargissement du droit violé, consistant à ne plus exiger que le droit soit acquis, ou, si l'on veut, à considérer comme acquis, au sens de la recevabilité du recours, des droits actuellement éventuels, mais qui, une fois réalisés, seraient tout de même des droits » ; cf. conclusions Arrivière sur CE *Lot*, 11 décembre 1903: « Les intérêts et les droits, c'est ici la même chose » cité *in* M. Hauriou, *loc. cit*., p. 113. Voir également M. Hauriou, note sous CE *Blot*, 26 janvier 1912, *Sirey* 1913-3-17.

[835] CE *Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des colonies*, 11 décembre 1908, *Sirey*, 1909-3-17.

[836] Voir conclusions TARDIEU sur CE 11 décembre 1908 précité.

[837] H. BERTHELEMY, *Droit administratif*, 7e éd., p. 52, note 3 ; A. ESMEIN, *Droit constitutionnel*, 5e éd., p. 635 ; F. LARNAUDE, *Bulletin de la Société générale des prisons* 1906, séance du 16 mai 1906 « Les syndicats de fonctionnaires », pp. 816-861, p. 844 ; E. CHAVEGRIN, note sous Paris, 4 janvier 1911, Douai 17 mai 1911, *Sirey* 1912-2-1, et note sous Cass. civ. *Cardinal Luçon*, 4 mars 1913, *Sirey* 1913-1-345.

conception autoritaire du service public n'est sans doute pas la plus réaliste : contraire aux théories admises par la jurisprudence administrative[838] et par les gouvernants, elle n'offre aucune issue aux fonctionnaires qui souhaitent organiser une défense collective de leur carrière et de leurs intérêts professionnels.

D'autres auteurs, en revanche, voient très bien comment faire de l'association un moyen de réfuter la thèse syndicaliste[839] : en permettant aux fonctionnaires de s'associer, on leur évite la tentation du syndicat et donc de l'affiliation à la CGT ; en même temps, l'association se présente comme un allié dans la lutte contre le favoritisme et les ingérences des politiciens dans l'administration. «*Le mouvement d'association et de fédération des fonctionnaires », dit Hauriou, «comme toutes les transformations un peu profondes de la vie sociale, obéit à plusieurs mobiles. Il y a certainement en lui une tendance à une forme nouvelle de décentralisation (...) mais ce n'est pas là le motif pratique qui a mis en mouvement la masse des fonctionnaires : ce qui l'a précipitée dans l'association, c'est cette forme d'injustice spéciale aux corps hiérarchisés qui s'appelle le « passe-droits » (...) À ce mal, où était le remède ? Quand un équilibre est détruit, il faut tâcher de le rétablir ; mais il est bien rare qu'on puisse le rétablir tel qu'il était auparavant ; la force qui l'a ruiné subsiste ; il faut donc lui opposer une force nouvelle. C'est à quoi est destinée l'association de fonctionnaires. En soi, elle est pour neutraliser l'action publique, pour seconder la hiérarchie dans sa résistance, pour l'aider à reconstituer le régime normal dans les carrières* »[840].

Dans cette optique, l'association contribue à instaurer l'Etat de droit, comme y contribue l'octroi de garanties juridictionnelles aux fonctionnaires [841]. Il s'agit en effet, dans les deux cas, de donner une issue légale et juridique (dès lors que les associations peuvent, elles-mêmes, intenter le recours) à des conflits d'origine politique (le clientélisme) et d'organiser des contrepoids à l'omnipotence parlementaire [842]. Il s'agit aussi de transformer les fonctionnaires en auxiliaires de la hiérarchie administrative dans son combat pour la légalité [843]. C'est sans doute

[838] CE *Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des colonies* 11 décembre 1908, *Sirey* 1909-3-17.

[839] Wahl, note sous Douai 11 novembre 1901, *Sirey* 1901-1-289 ; M. HAURIOU, note sous CE, 11 décembre 1908 précité, *loc. cit*., p. 17 : « Il n'y a pas, Dieu merci, que l'action directe révolutionnaire : il existe une action légale et pacifique pour faire valoir ses droits ; cette voie de l'action légale est ouverte aux associations de fonctionnaires ».

[840] M. HAURIOU, note sous CE, 11 décembre 1908 précité, *loc. cit*., pp. 17-18.

[841] M. HAURIOU, note sous CE *Empis*, 16 juin 1910 et *Mouton*, 10 novembre 1911, *Sirey* 1913-3-33, p. 34 : « En ce qui concerne leur carrière, les fonctionnaires sont des administrés, et ils doivent avoir les mêmes garanties que les autres administrés, le droit de réclamation, même le droit de réclamation collective ».

[842] M. HAURIOU, note sous CE 11 décembre 1908 précité, *loc. cit*., p. 17 : « Les associations de fonctionnaires pouvaient déjà faire des démarches, elles pourront intenter des recours dans un intérêt professionnel ; elles auront pour mission de surveiller dans leurs services l'application des lois et règlements de la carrière ; elles auront, pour intenter les recours contentieux, à la fois plus de ressources, plus d'expérience, moins de timidité que des fonctionnaires isolés qui hésitent à se mettre en avant. Elles seront ainsi les meilleures gardiennes de la légalité » ; A. LEFAS, *L'Etat et les fonctionnaires*, pp. 157-158.

[843] G. JEZE, note sous Cass. civ. 4 mars 1913, *Cardinal Luçon*, *R.D.P*. 1913, pp. 537 et s. ; M. HAURIOU, note sous CE *Lot, Molinier et Savary*, 11 décembre 1903 et 18 mars 1904, *loc. cit*., p. 114 : « C'est en grande

Hauriou qui développe le mieux ce point de vue, jusqu'à envisager un nouveau mode d'organisation de la fonction publique donnant aux associations une sorte de droit de participation à la gestion même des services publics [844]. Associés à la hiérarchie, les fonctionnaires seraient ainsi destinés à s'opposer tant aux ingérences politiciennes des parlementaires qu'aux prétentions syndicales des socialistes. Mais ce rêve participationniste va trouver rapidement ses limites dès lors que la pratique montre que le mouvement associationniste débouche facilement sur la grève [845].

L'orientation prise par les associations de fonctionnaires amène alors les publicistes à poser le problème d'une façon différente et à se demander si la reconnaissance du droit d'association n'équivaut pas finalement à celle du droit syndical. Certains, parmi ceux qui étaient initialement favorables à ce droit d'association, vont ainsi rejoindre les positions de Larnaude et Berthélemy et chercher dans l'édiction d'un statut des garanties légales excluant le recours à la défense collective [846]. La discussion poursuivie au sein de la Société d'études législatives en 1914 [847] est très éclairante sur cette évolution de la doctrine qui, tout en faisant du fonctionnaire un administré ordinaire disposant à ce titre des recours juridictionnels devant le juge administratif, ne souhaite plus voir en lui qu'un citoyen diminué ne disposant plus d'une entière liberté d'association : « *Bien que vos honorables collègues fussent animés de préoccupations très différentes et que les opinions par eux défendues apparaissent comme très éloignées les unes des autres, il semble cependant qu'il y ait eu comme une sorte d'unanimité parmi eux pour affirmer une incompatibilité presque absolue entre le vote d'un statut légal et le maintien du droit d'association des fonctionnaires* »[848].

---

partie pour se protéger contre ces méfaits de la politique et d'autres du même genre que, depuis la loi du ler juillet 1901, les fonctionnaires fondent des associations de défense mutuelle (...) U faut espérer que le mouvement offensif, dessiné depuis quelques années par la politique contre la régularité du recrutement des carrières administratives, sera arrêté par ces deux vigoureux éléments de défense, qui, d'ailleurs, se combinent, les associations de fonctionnaires et la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui va mettre à leur disposition le recours pour excès de pouvoir pour violation de la loi ».

[844] Voir M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 6e éd., 1907, Paris, Sirey, p. 285 ; note sous CE 11 décembre 1908, *loc. cit*., p. 18 : « Les chefs de l'avenir gouverneront avec les associations », et pp. 17-18 : « Des associations de fonctionnaires, qui seront constituées ultérieurement avec le concours du gouvernement lui-même, recevront certains droits d'autonomie dans la gestion du service. Il existe déjà des organisations de ce type chez des fonctionnaires privilégiés ; tout le régime de l'enseignement supérieur, Facultés et Universités, repose sur un fédéralisme des fonctionnaires, organisé par le gouvernement lui-même, pour la meilleure gestion de la fonction (...) Nul doute que ce procédé ne puisse être généralisé en un certain nombre de services et qu'il n'y donne de bons résultats ». Mais en 1913, Hauriou soutient une opinion très différente : « Il y aurait certainement négation de la hiérarchie si les associations de fonctionnaires avaient la prétention de substituer leur action à celle de la hiérarchie, c'est-à-dire de s'immiscer dans l'action administrative, d'imposer des décisions ou même d'y participer » (M. Hauriou, note sous CE *Empis*, 16 juin 1910, *loc. cit*., p. 33). Comparer, R. BONNARD,« Chronique administrative », *loc. cit.*

[845] Grève des arsenaux en 1905 ; grève des postes en 1906 puis en 1908-1909 ; grève des cheminots en 1910.

[846] A. LEFAS, *op. cit*.

[847] *Bulletin de la Société d'études législatives* 1914-1917, discussion du projet de loi sur le statut des fonctionnaires, *loc. cit*.

[848] Intervention de G. CAHEN dans la discussion sur le projet de loi sur le statut des fonctionnaires à la Société d'études législatives, *loc. cit*., p. 125. Mais il faut préciser que l'intervenant considère au contraire que le statut n'est pas incompatible avec le maintien du droit d'association.

En 1914, la question n'est donc plus celle du choix entre l'association et le syndicat car ces deux formes de groupement sont considérées comme équivalentes dans les dangers qu'elles présentent ; le choix se situe désormais entre le statut auquel sont favorables la plupart des participants à la discussion et l'association que les représentants des fonctionnaires souhaitent maintenir. Les justifications qui sont données par les partisans du statut hostiles au droit d'association sont d'ailleurs identiques à celles qui avaient autrefois prévalu pour refuser le droit syndical. Partant du principe de la différence essentielle qui oppose le fonctionnaire au salarié de droit privé, on en est donc arrivé à faire du fonctionnaire, par le statut, un citoyen (et non plus seulement un travailleur) différent des autres.

Cette théorie est cependant susceptible de toutes sortes de nuances. Ainsi Duguit propose, au cours de cette même discussion, l'abrogation de la loi de 1884 et l'interdiction des fédérations d'associations, tout en maintenant un droit d'association limité, au profit des fonctionnaires [849]. Il rejoint ici Millerand qui souligne les points communs aux situations de fonctionnaire et de travailleur du secteur privé, non pour conclure comme les syndicalistes à la situation de droit privé du fonctionnaire, mais aux devoirs qui s'imposent à tous les travailleurs [850]. Enfin, les publicistes partisans du statut retrouvent certaines idées avancées par Hauriou quant à la participation des fonctionnaires à la gestion de leur propre carrière. Le projet discuté à la Société d'études législatives prévoit en effet la présence de représentants élus par les fonctionnaires au sein des conseils de discipline et dans les commissions qui décident de leur avancement [851]. Ces garanties légales et réglementaires visent donc à instituer un ordre juridique, un cadre fixant les relations de l'Etat et des fonctionnaires, de même que les recours juridictionnels offerts aux administrés tendent à préserver la cohérence de l'ordre juridique. Associé aux recours exercés devant le juge administratif, le statut contribue ainsi à l'élaboration d'une certaine forme d'Etat de droit en instituant des garanties de type juridique plutôt que politique, individuelles plutôt que collectives, dans le but de maintenir la paix sociale à travers l'organisation de sanctions au principe de légalité. Il y contribue encore par un autre biais : le statut souligne en effet la spécificité de la situation des fonctionnaires, spécificité qui découle de la notion de service public or, c'est cette notion de service public qui légitime l'Etat dans toutes ses interventions.

Comparée à ce qu'elle était en 1880, la situation des fonctionnaires s'est donc radicalement modifiée : incontestablement régie par le droit public, elle est assortie de garanties qui, aux yeux des publicistes, légitiment la mise en cause plus fréquente qu'autrefois de la responsabilité personnelle des fonctionnaires. En 1914, Barthélemy fait très clairement de cette responsabilité la contrepartie des avantages

[849] L. DUGUIT, séance du 5 février 1914, *Bulletin de la Société d'études législatives*, *loc. cil.*, pp. 167 et s.
[850] A. MILLERAND, séance du 5 février 1914, *ibidem*, pp. 144 et s.
[851] *Bulletin de la Société d'études législatives* 1914-1917, *loc. cit.* ; de même, L. ROLLAND,« La grève des agents d'un service public concédé, toc. cit. ; A. LEFAS, *op. cit*.

obtenus par les agents de l'Etat depuis le début du siècle [852]. L'extension de la responsabilité pour faute personnelle est donc liée à la question de l'obéissance qu'ils doivent à l'Etat. Le régime impérial imposait l'obéissance absolue des fonctionnaires, même aux ordres illégaux de leurs supérieurs, ce qui empêchait toute mise en jeu de la responsabilité personnelle de l'exécutant. Mais si l'on pose au départ le principe inverse : celui de la primauté de la légalité sur l'ordre donné, le fonctionnaire devra désobéir à l'ordre illégal, sauf à voir sa responsabilité engagée. Les thèses de Duguit et de « l'Ecole réaliste » contribuent elles aussi à privilégier cette seconde solution, puisqu'elles ne voient dans l'Etat que des gouvernants et des agents, c'est-à-dire des volontés individuelles susceptibles par conséquent d'engager leur responsabilité personnelle [853]. La soumission de l'Etat au droit passe par la soumission de ses agents à la légalité.

L'évolution de la situation des fonctionnaires n'est donc pas sans influer sur la répartition de la responsabilité entre l'Etat et ses agents. Mais le développement parallèle de la responsabilité administrative contribue lui aussi à modifier cette répartition.

§ 2. - L'EXTENSION DES GARANTIES DONNÉES AUX JUSTICIABLES

La construction de l'Etat de droit passe par l'extension des garanties juridictionnelles données aux administrés vis-à-vis de l'Etat d'abord, nous l'avons vu avec le développement de la responsabilité administrative, mais aussi à l'égard de ses agents, par l'intermédiaire de la responsabilité pour faute personnelle. À lire les publicistes, on s'aperçoit que cette responsabilité est conçue comme un pis-aller permettant d'indemniser les administrés à une époque où la responsabilité administrative n'est pas encore applicable à toutes les hypothèses. Ainsi en va-t-il notamment de la sanction des obligations de faire de l'Etat, le meilleur exemple étant celui des décisions de justice. L'efficacité de la sentence juridictionnelle suppose évidemment qu'elle soit exécutée. Or la doctrine relève de nombreux cas dans

[852] J. BARTHELEMY,« L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », *R.D.P.* 1914, pp. 491-548, p. 548 « De plus en plus, les fonctionnaires prennent conscience de leurs droits ; ils ne sont plus des instruments dociles dans les mains de leurs supérieurs : leur indépendance personnelle s'accroît ; les syndicats, l'action collective devant les tribunaux les protègent contre l'arbitraire ; une jurisprudence extrêmement libérale du Conseil d'Etat leur réalise un véritable statut ; par conséquent, le devoir d'obéissance n'est plus si strict qu'autrefois. Qu'un fonctionnaire résiste à un ordre illégal, il sera soutenu par ses collègues; le Conseil d'Etat le protègera contre une révocation arbitraire. Si donc l'on fait abstraction des agents à caractère politique de l'administration préfectorale, l'ensemble des fonctionnaires tend à avoir une faculté plus large de résister aux ordres des supérieurs ; et, par conséquent, ces ordres tendent de moins en moins à enlever au fait dommageable le caractère d'acte personnel. L'augmentation de la dignité professionnelle des agents doit avoir pour corollaire inévitable un accroissement de leur responsabilité ».

[853] Certains pensent même à développer une responsabilité personnelle des gouvernants voir C. ROUSSEL, « De la responsabilité pécuniaire des ministres », *R.D.P.* 1897, tome VII, pp, 385-416.

lesquels l'administration manifeste peu d'empressement à respecter la décision du juge, remettant ainsi en cause une des conditions essentielles de l'existence d'un Etat de droit, et partant, l'un des facteurs du maintien de la paix sociale. L'autorité de chose jugée, écrit Jèze en 1913, « *est une condition essentielle pour la sécurité du commerce juridique, pour le crédit (...) Lorsqu'un juge a fait régulièrement une constatation avec force de vérité légale, il importe à la paix sociale que tout le monde s'incline devant cette constatation* »[854]. Le respect de la chose jugée constitue un devoir pour tous les agents de l'Etat, mais un devoir dépourvu en France de sanction juridictionnelle directe [855]. Reste la solution préconisée, tant par Hauriou que par Duguit, Jèze ou Barthélemy [856], et qui consiste à mettre en jeu la responsabilité personnelle du fonctionnaire responsable de l'inexécution de la décision de justice ou de toute autre obligation de faire non directement protégée par la loi.

Cette solution se veut une réponse aux lacunes du droit français et à un certain mépris des administrations pour la légalité. Cet état d'esprit est jugé très inquiétant par les publicistes car il renforce « *la conviction chez beaucoup que la violence est le seul remède* » [857]. Il est donc particulièrement nécessaire d'obtenir la

[854] G. JEZE,« De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437-502, p. 439.

[855] G. JEZE, *ibidem*, pp. 459-460 « Il ne faut pas dire que les agents publics sont libres d'exécuter ou non les jugements ; ils en ont le devoir juridique ; mais ce devoir n'a pas de sanction juridictionnelle directe ».

[856] M. HAURIOU, note sous CE *Fabrègues*, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Sirey* 1911-3-121 : « La solution jurisprudentielle de la difficulté nous paraît très simple ; elle consisterait à poser en principe que, lorsqu'une administration publique a été condamnée en dernier ressort par une juridiction quelconque, l'administrateur responsable de l'exécution de la chose jugée commet un fait personnel en n'exécutant pas le jugement, et devient pécuniairement responsable du préjudice sur ses biens personnels » ; L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*,(*op. cit.*), pp. 219-220: « Il n'y a pas d'autre moyen que la mise en oeuvre de la responsabilité personnelle du fonctionnaire par le fait duquel la décision juridictionnelle reste sans effet » ; G. JEZE,« De la force de vérité légale... », *loc. cit.*, p. 467 : « Les agents administratifs, à qui incombe le devoir d'exécuter la chose jugée, et qui refusent sans motif légitime de le faire, commettent une faute personnelle qui engage leur responsabilité personnelle » ; J. BARTHELEMY,« Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le Droit public », *loc. cit.,* p. 513: « La responsabilité personnelle. c'est en effet le seul moyen possible ; mais combien il est imparfait : après être allé devant la juridiction administrative, il faudra que le citoyen créancier de l'obligation de faire engage une procédure judiciaire qui pourra d'ailleurs être interrompue ou suspendue par une procédure de conflit ! La séparation des juridictions à qui on peut attribuer par ailleurs le beau développement du droit administratif français, apparaît ainsi comme une difficulté à la mise à exécution des obligations de faire à la charge de l'administration ».

[857] G. JEZE, notes de jurisprudence judiciaire: « Communication préalable du dossier aux fonctionnaires publics qui sont l'objet d'une mesure disciplinaire », *R.D.P.* 1913, pp. 95-97, pp. 96-97, G. Jèze poursuit ainsi : « A quoi servent, disent-ils, les garanties légales les plus formelles, si sournoisement, hypocritement, par des notes secrètes et des procédés dignes d'Escobar, les chefs de service rendent cette protection légale illusoire ? Le juriste est alors amené à se demander si la violation flagrante des garanties légales, si l'abus de pouvoir caractérisé ne constituent pas une faute personnelle de l'agent, engageant sa responsabilité pécuniaire personnelle » ; M. HAURIOU, note sous CE *Fabrègues* précité, *loc. cit.*: « Nous sommes encore dans une de ces impasses du contentieux administratif qui se révèlent à mesure que la bonne volonté de l'Administration active diminue (...) sous l'action combinée de la décentralisation et des moeurs électorales, le point d'honneur administratif a disparu. Les administrations publiques en sont venues à ruser, à biaiser, à se défendre contre la juridiction administrative, qui les gêne dans leurs combinaisons administrativo-électorales (...) Il ne faut pas croire que cette sorte de mauvaise foi soit le propre des municipalités ; on la retrouve aussi bien dans les préfectures (...) Cette même mauvaise volonté s'est insinuée dans les ministères. Selon une expression qui a

soumission effective de l'Etat au droit. Et la mise en jeu de la responsabilité personnelle est simplement un palliatif, une sorte de pis-aller, auquel la doctrine préfèrerait une extension de la responsabilité administrative, ou un accroissement des pouvoirs du juge. Elle présente en effet certains inconvénients : hormis le fait que l'engagement de cette responsabilité échappe à la compétence des juridictions administratives, il s'avère que la réparation accordée est très souvent illusoire du fait de l'insolvabilité du fonctionnaire.

C'est la raison pour laquelle certains juristes veulent convaincre la jurisprudence d'adopter le système du cumul de responsabilités qui assure une indemnisation à la victime, quel que soit le fait fautif à l'origine du dommage. Jèze est le ferme partisan de cette solution qu'il expose inlassablement à partir de 1910. L'argument invoqué est encore une fois celui de la paix sociale car « *la règle traditionnelle de la non responsabilité du patrimoine administratif en cas de faute personnelle de l'agent a une conséquence inéluctable. L'individu menacé d'un préjudice dont il n'obtiendra pas réparation a le droit et le devoir d'user de la force pour écarter ce préjudice dont l'administration ne répond pas* » [858]. En outre, le système du cumul se présente comme le développement logique des théories de la responsabilité administrative et du principe d'équité. « *La* faute de service *est, en fait, moins grave que la faute* personnelle. *Dès lors, on arrive à cette conséquence paradoxale, inattendue, contraire à l'équité : au cas de faute de service, c'est-à-dire de faute moins grave, la victime a plus de chances de toucher une indemnité qu'au cas de faute personnelle, c'est-à-dire en fait de faute plus grave* » [859]. L'accroissement des garanties données aux administrés repose donc à la fois sur l'extension de la responsabilité personnelle, utile lorsque la responsabilité administrative fait défaut ; et sur l'extension de la responsabilité administrative pour pallier les inconvénients du système de la faute personnelle.

Ce développement des mécanismes juridictionnels devrait logiquement s'appliquer aussi bien aux actes du législateur qu'à ceux de l'administration, surtout si l'on tient compte du contexte de méfiance à l'égard du parlement. Mais nous venons de voir à quel point l'extension des garanties accordées aux administrés résultait d'une stratégie liée à l'ordre social : la soumission de l'Etat au droit, l'effectivité des recours juridictionnels doivent éviter les accès de violence ou le recours au droit de résistance. Or la loi pose un problème moins aigu en ce sens que son vote par des parlementaires élus en fait théoriquement un acte légitime aux yeux des gouvernés. Et si l'ordre juridique est menacé par une loi qui ne respecte pas le droit, il existe ici au moins une issue légale et pacifique offerte aux citoyens par la périodicité des

été employée et qui est fort juste, ces administrations centrales « boycottent » le Conseil d'Etat. Et, bien entendu, ce n'est pas le ministre ; quel ministre dure assez longtemps pour suivre une affaire contentieuse ? Ce sont les bureaux. Il y a insurrection des bureaux contre le Conseil d'Etat, qui est le gêneur ».

[858] G. JEZE, « De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité », *R.D.P.* 1914, pp, 569-583, p. 581.

[859] G. JEZE, *ibidem*, p. 575.

élections. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles la théorie de la responsabilité du législateur reste peu développée dans la doctrine qui, même si elle conteste les décisions du parlement, a moins à craindre ici pour la paix sociale. Il ne faut pas oublier enfin que le législateur n'a guère l'occasion de se livrer à des agissements fautifs, contrairement à l'administration dont le rôle ne se limite pas à l'édiction d'actes juridiques.

Section 3 LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT LÉGISLATEUR

L'abandon de la théorie de l'irresponsabilité de la puissance publique permet d'envisager la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat législateur. Mais les auteurs font encore de très sérieuses réserves à cet égard, et s'ils admettent cette responsabilité dans certaines hypothèses (§ 1), ils maintiennent finalement le principe de l'irresponsabilité (§ 2).

§ 1. - LES CAS DE RESPONSABILITÉ : L'ÉTAT HONNÊTE-HOMME

La plupart des publicistes circonscrivent la responsabilité de l'Etat législateur à des hypothèses très limitées, en s'inspirant d'une idée née en matière contractuelle : celle de l'Etat honnête-homme [860]. La théorie de l'Etat de droit impose en effet à l'Etat de respecter la parole donnée, c'est-à-dire le droit qu'il a créé, et notamment les engagements contractuels qu'il a pu souscrire. Le contrat est en quelque sorte le terrain d'élection de la théorie selon laquelle l'Etat doit se soumettre au droit, comme doit le faire n'importe quel particulier, n'importe quel honnête homme ou bon père de famille. Le domaine contractuel offre aussi un point de passage privilégié de l'Etat légal à l'Etat de droit, si l'on considère que l'Etat légal correspond essentiellement aux conceptions libérales qui font du contrat la loi des particuliers.

Cette question du respect de la parole donnée s'est présentée lors de l'interprétation de conventions signées entre l'Etat et les compagnies de chemins de fer d'Orléans et du Midi. Moreau rappelle qu'à cette occasion, « *le Conseil d'Etat, dans l'interprétation des contrats passés par l'Etat, s'est rapproché des règles du droit civil, qu'il considère comme des règles de justice ; jurisprudence aussi adroite qu'équitable et qui a donné à l'Etat la réputation d'honnête homme* » [861].

C'est à partir du même principe que certains estiment pouvoir mettre en cause la responsabilité du législateur. Il arrive en effet que le vote d'une loi ait pour

[860] « Et comme — pour employer une expression écrite pour la première fois par M. Aucoc et devenue courante —, comme l'Etat est « honnête-homme », il est censé respecter son engagement » (J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*, p. 34).
[861] F. MOREAU, revue des périodiques, *RD.P.* 1898, tome X, pp. 167-171, p. 171.

conséquence de modifier les conditions d'exécution des contrats de concession des services publics. Ainsi en 1909, un projet est discuté au parlement pour approuver le règlement amiable du prix de rachat dû par l'Etat à la compagnie des chemins de fer de l'Ouest. Au cours du débat, Jaurès et Millerand s'opposent sur la question de savoir si le législateur a le droit de faire une loi visant à interpréter, voire à compléter le contrat de concession en cas de silence de celui-ci. Millerand défend la thèse de l'Etat honnête homme, reprise par Rolland dans un article de 1910 : « *L'Etat est engagé. Il ne peut manquer à sa parole. Agirait-il de la sorte d'ailleurs, qu'il en résulterait des conséquences économiques fâcheuses. L'Etat verrait sûrement son crédit ébranlé* » [862]. Ce principe posé, il en tire plusieurs conséquences qui aboutissent à la mise en jeu de la responsabilité sans faute de l'Etat législateur : si le parlement fait une loi générale s'appliquant aux concessionnaires comme aux autres administrés, le concessionnaire ayant subi un dommage doit pouvoir exiger soit la résiliation du contrat, soit une indemnisation pour le préjudice subi. S'il s'agit d'une loi spéciale à certains concessionnaires et modifiant le fonctionnement du service public, les concessionnaires peuvent, là encore, exiger réparation du dommage qui en résulte pour eux. Jèze fait la même analyse lorsqu'il rend compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat, et fonde la responsabilité du législateur sur le terrain contractuel[863]. Cette théorie de l'Etat honnête homme correspond à ce que nous appelons aujourd'hui le fait du prince. Le changement de terminologie n'est pas sans intérêt en ce qu'il montre comment, sous la Troisième République, la doctrine cherche à mettre l'accent sur les devoirs juridiques de l'Etat plutôt qu'à souligner ses prérogatives.

D'autres auteurs vont plus loin en reconnaissant la responsabilité législative en dehors de toute hypothèse contractuelle. A l'époque où il élabore sa théorie du risque administratif, Hauriou estime que la jurisprudence pourrait accorder une indemnisation aux particuliers victimes d'une loi établissant un monopole au profit de l'Etat et n'ayant elle-même prévu aucune indemnité [864]. La responsabilité législative ne résulte pas ici d'une situation contractuelle, mais d'une analogie avec la responsabilité de l'administration, car «*derrière la loi, il y a une opération administrative qui cause un préjudice spécial très semblable à une expropriation*»[865].

[862] L. ROLLAND,« Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics », *R.D.P.* 1910, pp. 116-131, p. 123

[863] G. JEZE,« De la responsabilité des patrimoines administratifs », *R.D.P.* 1910, pp. 72-89, p. 78 : «En se plaçant sur le terrain du contrat et des intentions exprimées ou présumées des parties contractantes, le Conseil d'Etat a, depuis longtemps, admis que l'administration doit indemniser ses fournisseurs, entrepreneurs et concessionnaires au cas où un acte législatif ou réglementaire rend plus onéreuse l'exécution du contrat et qu'il n'a pu être dans les intentions présumées des parties contractantes d'imposer sans indemnité ce surcroît de charges aux fournisseurs, entrepreneurs, concessionnaires ». Comparer G. TEISSIER, article «Responsabilité », *loc. cit*., p. 110: « La responsabilité de l'Etat a pour cause, non pas directement l'exercice par lui de son pouvoir législatif, mais bien l'inexécution de ses obligations contractuelles ».

[864] M. HAURIOU,« Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 51-65, p. 60.

[865] M. HAURIOU, *ibidem*, note 2, p. 60. Comparer G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 111 « Ces actes administratifs devraient, semble-t-il à première vue, être assimilés aux actes administratifs de

Mais cette solution se heurte au principe de séparation des pouvoirs qui interdit au juge d'empiéter sur les pouvoirs du législateur. C'est la raison pour laquelle Michoud cherche prudemment une justification à cette responsabilité en rattachant l'indemnisation aux pouvoirs d'interprétation du juge : « *Si une loi portait une réelle atteinte à l'inviolabilité de la propriété, on devrait se demander, non pas si la loi peut être* complété*e par l'adjonction du principe d'indemnité, mais si elle ne doit pas être* interprétée *dans le sens de ce principe, alors même qu'elle le passerait sous silence. Ce ne serait ni modifier la loi, ni refuser de l'appliquer ; ce serait en rechercher l'interprétation dans les textes fondamentaux qui expriment l'esprit général de notre législation, et auxquels le législateur est présumé se conformer, toutes les fois qu'il ne dit pas expressément le contraire. Nous croyons qu'une loi autorisant l'Etat à s'emparer d'une propriété ne devrait être interprétée dans le sens d'un refus d'indemnité qu'en présence d'une volonté nettement manifestée du législateur* » [866]. Hauriou et Michoud n'envisagent donc l'indemnisation que pour les atteintes portées à la propriété...

Certains auteurs tentent de systématiser cette solution en posant le principe d'une indemnisation au cas d'atteinte à une situation juridique subjective. Mais c'est en même temps fixer une limite très stricte à la responsabilité du législateur puisque celui-ci est censé n'édicter que des lois générales et impersonnelles et qui, par hypothèse, ne peuvent porter atteinte aux situations subjectives [867]. La responsabilité législative est donc exceptionnelle si l'on suit ce raisonnement. Duguit cherche au contraire à en étendre le principe ; il rejette par conséquent la justification tirée des droits subjectifs : « *Ce n'est pas seulement lorsqu'il y a atteinte portée à une situation juridique subjective qu'il y a lieu à indemnité ; c'est toutes les fois qu'un préjudice est occasionné, dans l'intérêt de la collectivité, à un particulier qui ne se trouve pas dans une situation illicite* » [868].

Par cette argumentation qui n'est pas étrangère à la théorie solidariste, Duguit est celui qui pousse le plus loin la responsabilité législative, responsabilité qu'il fonde sur ce que *« l'acte réglementaire et l'acte législatif ont une nature interne identique* » [869]. Ainsi le développement de la responsabilité administrative justifie la

même nature au point de vue des recours en annulation et au point de vue de la responsabilité de l'Etat ; mais à raison du caractère souverain qui s'attache à tout acte émanant du Parlement, cette solution, en apparence rationnelle et équitable, ne saurait être admise ».

[866] L. MICHOUD, note sous Cour d'appel d'Alger, *Département de Constantine contre l'Etat*, 5 mars 1894, *Sirey* 1896-2-89, p. 89.

[867] Voir R. DESPAX, *De la responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires*, Thèse, Faculté de droit de Lille, Paris, Giard et Brière, 1909, p. 112 ; G. JEZE, note sous CE *Humble* 5 juillet 1907, *R.D.P.* 1907, pp. 440-453 ; J. BARTHELEMY,« Notes parlementaires », *R.D.P.* 1907, pp. 92-101 ; A. ANGLEYS, *op. cit*., pp. 75-76.

[868] L. DUGUIT,« De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi », *R.D.P.* 1910, pp. 637-666, p. 647. De même, L. ARLET, *De la responsabilité de l'Etat législateur*, Thèse Bordeaux, Sarlat, 1914, p. 111 et pp. 165 et s.

[869] L. DUGUIT, *ibidem*, p. 647. Cependant cette analogie de la loi et du règlement a pu fonder pendant longtemps l'irresponsabilité du législateur dans la mesure où le Conseil d'Etat refusait de mettre en cause la

mise en cause de la responsabilité législative, de la même façon que les contrôles de légalité sur les règlements ont pu fournir des arguments aux partisans du contrôle de constitutionnalité des lois.

Mais Duguit mis à part [870], tous les auteurs maintiennent le principe de l'irresponsabilité du législateur. C'est donc que cette responsabilité pose des problèmes différents de ceux du contrôle de constitutionnalité.

§ 2. - LE MAINTIEN DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ

Si le principe est maintenu, les justifications qu'on en donnait traditionnellement sont abandonnées. La doctrine classique, celle de l'Etat légal, se fondait sur la notion de souveraineté pour justifier l'irresponsabilité du législateur, mais aussi, et par contrecoup, celle du gouvernement et du pouvoir réglementaire, parce que les actes réglementaires « *sont faits par l'autorité administrative en vertu d'une délégation partielle du pouvoir législatif et constituent des faits de législation plutôt que d'administration* » [871]. La doctrine de l'Etat légal, du règne de la loi, postule en effet l'infaillibilité du législateur et donc aussi des autorités qui, lui étant totalement subordonnées, agissent sous son contrôle et par délégation. À leur égard, seuls les contrôles politiques sont envisageables.

Mais, d'une part, le développement de l'activité administrative, de l'idée de l'autonomie de l'exécutif vis-à-vis du corps législatif, et surtout le développement subséquent de la responsabilité administrative entraînent l'abandon du principe d'irresponsabilité de la puissance publique. D'autre part, la critique du concept de souveraineté et la méfiance croissante à l'égard du législateur ne permettent plus de fonder l'irresponsabilité sur sa prétendue infaillibilité. Il n'y a plus guère que Laferrière et Berthélemy pour soutenir encore la doctrine classique de l'irresponsabilité à raison de la souveraineté [872]. En 1903, Teissier reprend le même argument, mais en ayant soin de distinguer les actes de la puissance publique (qui peuvent engager la responsabilité de l'Etat) des actes de souveraineté (c'est-à-dire essentiellement les actes législatifs et les actes de gouvernement) qui ne peuvent donner lieu à indemnisation [873]. Jèze et Barthélemy critiquent « *cet écho attardé des*

---

responsabilité réglementaire ; voir R. DESPAX, *op. cit*., p. 115, et F. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, Paris, Fontemoing, 1909, p. 657.

[870] Cependant deux autres auteurs sont partisans d'une responsabilité législative très étendue : Beauregard, député et professeur à la faculté de droit de Paris, proposait dès 1903 l'indemnisation des cérusiers atteints par un projet de loi sur l'utilisation du blanc de céruse ; il se fondait à la fois sur la notion d'expropriation pour cause d'utilité publique et sur l'article 1382 du Code civil. Quant à Sourdois, il souhaite l'indemnisation de tout préjudice causé par la loi aux intérêts particuliers (voir R. DESPAX, *op. cit*., et J. SOURDOIS, *Du fondement, de l'étendue, de l'évolution de la responsabilité de l'Etat, agissant dans l'exercice de la puissance publique*, Thèse Bordeaux, 1908, p. 130).

[871] Th. DUCROCQ, *op. cit*., 5e éd., tome I, p. 220.

[872] E. LAFERRIERE, *op. cit.,* 2e éd., tome II, p. 184 ; H. BERTHELEMY, *Traité...*, 2e éd., pp. 80-81.

[873] G. TEISSIER, conclusions sur CE *Le Berre*, 29 mai 1903, *Recueil*, pp. 414-419. De même TEISSIER, article « Responsabilité », *loc.cit*., p. 111.

conceptions de droit public du régime antérieur à la Révolution (...) qui trouvait sa meilleure justification dans La Politique tirée de l'Ecriture Sainte »[874]. Ils dénoncent aussi l'argument de l'infaillibilité du législateur, comme ils rejettent la théorie inspirée de Rousseau selon laquelle la volonté des individus ne peut jamais être lésée par l'expression de la volonté générale. L'époque ne se prête plus à ces explications qui étaient celles de l'Etat légal.

Reste à savoir pourquoi, dans un Etat de droit, le principe de l'irresponsabilité du législateur doit être maintenu. L'argument juridique est tiré du caractère général et impersonnel de la loi qui ne peut donc porter atteinte aux situations juridiques individuelles, ce qui n'est pas sans rappeler le raisonnement pourtant critiqué de Rousseau. « *Le législateur,* dit Jèze*, se meut dans un domaine sur lequel il ne rencontre devant lui - et, par suite, ne peut léser - aucun droit individuel. Il fait des actes généraux et impersonnels. Or une des conditions pour qu'il y ait droit à indemnité, c'est qu'il y ait un préjudice exceptionnel, c'est qu'un individu déterminé soit mis par un acte hors des conditions normales. Le législateur ne met jamais, par l'acte législatif proprement dit, un individu déterminé hors des conditions normales, puisque la loi a pour caractère essentiel d'être générale et impersonnelle* »[875]. L'argument ne protège que les lois matérielles (qu'elles soient faites par le parlement ou l'exécutif), et non les actes administratifs faits par le parlement en forme de lois. Mais le raisonnement n'est guère convaincant, car les mêmes auteurs soutiennent l'idée d'une responsabilité législative pour les modifications imposées en cours d'exécution aux contrats de concession. S'ils envisagent cette hypothèse, c'est donc qu'il y a des cas où la loi porte atteinte aux situations juridiques subjectives. Les auteurs mineurs déclarent d'ailleurs sans ambages qu'il s'agit de trouver un argument juridique qui vienne justifier *a posteriori* une solution qu'il faut *a priori* maintenir [876].

Il faut donc chercher ailleurs la véritable raison du maintien de l'irresponsabilité du législateur. À lire de plus près Barthélemy, on s'aperçoit qu'il s'agit finalement d'une raison d'opportunité à la fois politique et financière [877]. Admettre aussi largement que le fait Duguit la mise en jeu de la responsabilité législative conduirait à bloquer la législation. Rares en effet sont les modifications législatives qui n'entraînent pas de préjudice pour une catégorie d'administrés. Poser le principe d'une indemnisation systématique irait à l'encontre de l'adaptation

[874] J. BARTHELEMY,« Notes parlementaires », *R.D.P*. 1907, pp. 92-101, p. 93. De même, G. JEZE, note sous CE *Humble* 5 juillet 1907, *loc. cit*., p. 453.
[875] G. JEZE, *ibidem*, p. 453 ; J. BARTHELEMY,« Notes parlementaires », *loc. cit*., p. 95 : « Les particuliers ne peuvent prétendre avoir un droit acquis à ce que le droit objectif demeure dans un état déterminé. Ils peuvent profiter en fait plus que d'autres d'un certain état de droit ; mais si cet état est modifié, ils ne peuvent élever de réclamation » ; R. DESPAX, *op. cit*., pp. 112 et s.
[876] R. DESPAX, *op. cit*., pp. 103-111.
[877] J. BARTHELEMY,« Notes parlementaires », *loc. cit*., p. 101 : « Tout progrès serait impossible si, à toute réforme dans l'intérêt de l'hygiène ou de la sécurité publique, devait correspondre une indemnité versée par le législateur ».

législative aux conditions de l'époque, sauf à augmenter considérablement les dépenses de l'Etat : « *Il n'y a pas de loi qui ne froisse des intérêts particuliers*, dit Despax*, et si on prétend, chaque fois qu'on en vote une, distribuer de droite et de gauche des indemnités, toute oeuvre législative est rendue par là même impossible : aucun budget ne saurait résister à de pareilles exigences. C'est une utopie de soutenir, comme le fait M. Sourdois, qu'il est inique de réaliser le progrès social à l'aide "de la méconnaissance d'une foule d'intérêts particuliers'. Jusqu'ici, dans la réalité des faits, il n'y a pas cependant d'autre procédé (...) Il y a, en un mot, dans l'intérêt général, quelque chose de plus que la somme des intérêts particuliers, et il est impossible de se lancer à le poursuite du premier sans heurter les seconds* »[878] .

Le raisonnement poursuivi par Despax s'applique aussi bien à la législation du parlement qu'à la réglementation administrative [879]. On pourrait s'étonner que les libéraux, hostiles à l'inflation législative, n'aient pas tenté de s'en prémunir en développant une argumentation favorable à la responsabilité législative [880]. Mais la majorité d'entre eux n'ose aller plus loin que le Conseil d'Etat n'accepte lui-même de le faire. Surtout, une telle responsabilité imposerait une très forte augmentation des dépenses publiques, ce qu'à l'évidence, ils ne souhaitent pas.

Enfin, les réserves que nous avons observées à propos du contrôle de constitutionnalité prennent ici toute leur signification, car il appartiendrait au juge de se prononcer à chaque fois sur l'indemnisation éventuelle et sur son montant, d'établir le seuil au-delà duquel les intérêts particuliers doivent être ou non sacrifiés aux réformes. Tâche éminemment politique, qui conduirait les tribunaux à une permanente confrontation avec le législateur. C'est bien là ce que les publicistes souhaitent éviter, comme ils souhaitent éviter aussi le recours direct de tout citoyen

[878] R. DESPAX, *op. cit*., p. 105. Quoiqu'il soit l'un des plus fermes partisans des réformes sociales, Duguit n'a pas suivi cette argumentation. Cependant, il a soutenu sur ce point les mêmes arguments que .1,ze ou 13arthélerny, jusqu'à 1910, date à laquelle il change radicalement d'opinion, peut-être parce que la jurisprudence vient d'admettre la responsabilité du pouvoir réglementaire.

[879] R. DESPAX, *op. cit*., p. 115 : « Il n'y a pas de recours en indemnité, disons-nous, contre l'application de la règle de droit, et la règle de droit, ce n'est pas seulement l'acte législatif, c'est aussi, et même très souvent, l'acte réglementaire (...) Le règlement a les mêmes caractères que la loi Comme elle, il se meut dans le domaine objectif - comme elle, il dispose par voie générale et impersonnelle, et ne peut causer aucun préjudice individuel ». De même. MOREAU, *Manuel de droit administratif*, p. 657: « Il est vraisemblable que la jurisprudence continuera de rejeter les actions en indemnité fondées sur des actes généraux, des règlements. Elle ne les écartera pas par la fin de non recevoir ; mais elle se prévaudra du caractère impersonnel du règlement, qui ne permet pas à un particulier de se dire spécialement lésé ».

[880] La thèse de Sourdois pourrait s'en rapprocher, mais elle s'explique davantage par le fait qu'il a été l'élève de Duguit que par une critique de l'inflation législative : « Le caractère législatif ou réglementaire de l'acte lésif ne suffit pas à anéantir la responsabilité pécuniaire de l'Etat. Les gouvernants ne sauraient mettre l'Etat au-dessus des lois qu'ils imposent en son nom aux gouvernés ; comme eux, l'Etat est soumis à la règle de droit. Le Parlement méconnaîtrait cette règle s'il se laissait entraîner à dire que l'Etat est au-dessus des lois. Les gouvernants pourraient redouter qu'à force de méconnaître une foule d'intérêts particuliers, ils ne finissent par méconnaître la collectivité, dont ils cesseront d'être les représentants légitimes, le jour où les gouvernés, unis, auront conscience du mépris des gouvernants pour le droit objectif » (J. SOURDOIS, *Du fondement, de l'étendue, de l'évolution de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique*, *op. cit*., pp. 131-132).

contre les décisions politiques [881]. Le seul avantage d'une telle responsabilité serait dans la protection des intérêts particuliers contre la loi. Or cette préoccupation, nous le verrons [882] ne tient pas toujours la première place dans le développement des contrôles juridictionnels. La doctrine dominante du début du siècle s'intéresse autant, voire davantage, à maintenir à la fois la cohérence de l'ordre juridique et la paix sociale. Et cette cohérence n'est vraiment menacée que par les illégalités, elle l'est beaucoup moins par l'irresponsabilité. Quant à la paix sociale, la discussion sur l'indemnisation et les catégories de particuliers auxquels elle est due lors de chaque réforme risquerait de la mettre en péril [883].

Le dynamisme du système et l'adéquation du droit à l'évolution des contraintes économiques et sociales ne permettent pas de préserver les droits et intérêts de tout particulier des conséquences de l'édiction d'une norme nouvelle. Il reste cependant que la loi doit respecter les engagements que l'Etat aurait pu contracter par ailleurs et ceux qu'elle a pris elle-même. Ce principe du respect de la parole donnée, de l'engagement pris, du texte, n'est inscrit nulle part, mais constitue le principe même d'organisation du droit et de la notion d'Etat de droit. Né pour ordonner les rapports entre particuliers, il est désormais appliqué à l'Etat lui-même sans pour autant impliquer que l'Etat se comporte comme un simple particulier, dont il diffère essentiellement parce qu'il édicte le droit positif et qu'il est censé poursuivre l'intérêt général dans toutes ses activités. Soumise à ce principe supérieur, la loi, en même temps que le législateur, perd ainsi la souveraineté qu'elle détenait dans l'Etat légal.

[881] R. DESPAX, *op. cit.,* p. 93 « Si l'on veut, comme le fait M. Tardieu, confier au juge le soin de distribuer des indemnités chaque fois que l'égalité de fait est rompue, et cela en vertu des principes généraux du droit, que d'ailleurs on ne cite pas, on soutient une théorie politique, on défend un système d'application pratique, mais on ne construit pas un système juridique ».
[882] Voir *infra*, Titre II.
[883] R. DESPAX, *op. cit*., p. 103: « La spéculation serait vraiment trop agréable, et c'est à qui serait le plus lésé, mettrait à nu la plaie et crierait le plus fort ! ».

Titre II

LA SOUVERAINETÉ DU DROIT

Dans la mesure où la doctrine croit trouver dans les mécanismes juridictionnels l'efficacité perdue par le législateur pour la protection des libertés et la conservation de l'ordre, le juge est logiquement amené à occuper une place centrale dans cette conception de l'Etat de droit et des garanties données aux administrés contre les abus de pouvoir. Obliger l'Etat à se soumettre au droit qu'il édicte impose en effet le recours à un tiers. Or ce tiers doit nécessairement être choisi dans l'Etat lui-même, sauf à remettre en cause sa souveraineté, son autorité sur les gouvernés. Législateur et gouvernement sont *a priori* exclus en tant qu'ils participent à l'édiction du droit. Le juge est donc seul à pouvoir assumer ce rôle, et plus encore peut-être le juriste censé l'inspirer (Chapitre l).

Mais pour la crédibilité du système ainsi mis en place, pour l'effectivité de la soumission de l'Etat au droit, encore faut-il que ce tiers offre des garanties d'impartialité, du moins qu'il en présente les apparences. Le rôle du juge trouve ainsi rapidement ses limites : il ne doit pas s'immiscer directement dans des conflits trop manifestement politiques à moins d'intégrer le champ politique au domaine juridique. C'est ce à quoi l'on assiste avec le remplacement progressif de la loi, acte du législateur, par le Droit, ensemble cohérent de normes et principe de justice, qui, en s'imposant à l'Etat, tend à devenir le souverain véritable, souverain plus abstrait que ne l'était l'Etat lui-même (Chapitre II).

Chapitre I

L'APOLOGIE DU JUGE ET DU JURISTE

L'instauration d'un rapport juridique (et non simplement politique) entre l'Etat et les individus, la transformation du rapport de pouvoir entre gouvernants et gouvernés en un rapport de droit passe par le développement du droit public, lui-même subordonné à l'existence d'un juge qui consacre l'effectivité de son application et des obligations qu'édicte ce droit à l'égard de l'Etat comme à celui des gouvernés. Le juge administratif devient ainsi le point de mire des publicistes qui cherchent en lui à la fois une caution de scientificité pour leur discipline et un remède aux défaillances du système politique. Cette apologie du juge (Section 1) se double d'un éloge du juriste opposé au politicien par les qualités de compétence et d'impartialité qui lui sont prêtées, au point de rêver un gouvernement qui lui accorderait une place plus importante de conseiller, sinon de décideur (Section 2).

Section 1 L'APOLOGIE DU JUGE

L'étude de la fonction juridictionnelle (§ 1) occupe nécessairement une place de choix dans la réflexion des publicistes sur l'Etat de droit : rouage de l'Etat, le juge doit en effet se constituer comme tiers à son égard pour lui imposer le droit [884].

Et si les théories divergent quant à la place exacte qu'il faut lui assigner par rapport aux autres fonctions, nous verrons que les publicistes sont prêts néanmoins à s'accorder sur son importance et sur les caractéristiques du rôle du juge (§ 2).

Celui-ci doit faire respecter l'ordre juridique qui s'avère être en même temps un ordre social, tout en se présentant comme le défenseur des administrés contre la puissance publique. Il ne peut évidemment remplir cette tâche que dans la mesure où il offre des garanties suffisantes d'indépendance et de compétence (§ 3).

[884] Voir A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : essai provisoire*, Paris, Gallimard, 1981.

§ 1. - LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

Chaque juriste semble avoir sa définition de la fonction juridictionnelle. Le problème se complique pour les publicistes de ce qu'ils ont tendance à vouloir traiter surtout de la juridiction administrative et à définir l'ensemble de la fonction à partir de cette seule composante. Il s'ensuit logiquement que leur angle d'étude favori concerne les rapports qu'entretient cette fonction avec l'exécutif (A). L'intérêt pour cette question, essentielle à la construction de l'Etat de droit, semble pourtant s'amenuiser au fil des années, et les juristes vont s'attacher de plus en plus à définir la fonction pour elle-même à partir de concepts très généraux (le Droit, la Vérité), plutôt qu'à la situer par rapport aux autres fonctions de l'Etat (B).

A — Fonction juridictionnelle et fonction exécutive

Deux théories s'affrontent quant à la place respective qu'occupent ces deux fonctions. L'une part de la thèse de Montesquieu pour estimer qu'il y a trois pouvoirs dans l'Etat et que le pouvoir judiciaire est séparé du législatif comme de l'exécutif. L'autre soutient au contraire que le judiciaire n'est qu'une branche du pouvoir exécutif. Cette question ayant trait au problème de la séparation des pouvoirs, nous retrouvons ici les confusions habituelles des points de vue organique et matériel, les auteurs ayant tendance à traiter indistinctement des fonctions, des organes et des pouvoirs. Mais cette confusion n'est pas sans intérêt : elle révèle en effet quels sont les véritables enjeux du débat.

Partisan de la première thèse, Esmein consacre plusieurs pages en 1899 à la défendre contre ses adversaires en présentant des arguments de valeur très inégale. Les raisons théoriques sont en effet peu convaincantes : *«L'administration de la justice me paraît constituer naturellement et rationnellement une manifestation spéciale de la souveraineté, un pouvoir distinct. Historiquement, la justice rendue à chacun a été le premier besoin des sociétés humaines. Le pouvoir judiciaire, sous une forme embryonnaire, est le plus ancien de tous (...). Rationnellement, il n'est pas exact de dire que dans le gouvernement légal, l'esprit distingue seulement deux actes et deux pouvoirs (...). Il n'est pas exact que l'intervention des juges (...) soit seulement un incident de l'exécution (...). En droit, le jugement est toujours préalable à l'exécution »* [885].

Esmein précise encore qu'il soutient cette thèse essentiellement parce qu'il juge inacceptables les conséquences de la théorie adverse : « *On aboutirait ainsi à reconstituer presque complètement dans notre droit moderne, au profit du pouvoir exécutif, la théorie de la justice retenue (...) mais la justice retenue est un principe éminemment monarchique et incompatible avec la liberté* »[886] . Par la théorie des

[885] A. ESMEIN, *Eléments*..., 2e éd., pp. 308-309.
[886] A. ESMEIN, *ibidem*, p. 309.

trois pouvoirs, il s'agit donc de défendre l'indépendance du judiciaire vis-à-vis de l'exécutif [887] et, par conséquent, la possibilité même d'existence de rapports juridiques entre l'Etat et les administrés.

La majorité des auteurs soutient pourtant la thèse inverse, selon laquelle le judiciaire ne serait qu'une branche du pouvoir exécutif. Cette opinion semble condamner toute possibilité d'indépendance du juge et ruiner l'idée que la juridiction serait la pièce maîtresse du système de l'Etat de droit. Encore faut-il distinguer selon ses partisans. Lorsque Berthélemy prétend que la justice relève du pouvoir exécutif parce qu'elle ne fait qu'exécuter la loi, il cherche surtout à souligner la prééminence et la spécificité du pouvoir législatif [888] ; il fait encore la théorie de l'Etat légal. Mais nous avons vu que Berthélemy pouvait être considéré comme l'héritier du mode de pensée ancien ; au fond, il appartient à la génération des juristes précédant l'Etat de droit. À l'inverse, la théorie des deux pouvoirs peut également servir le projet de revalorisation de l'exécutif : en intégrant à ce dernier la fonction juridictionnelle, elle grandit son importance en face du pouvoir législatif. En outre, lorsque Hauriou ou Barthélemy écrivent que la fonction juridictionnelle «*n'est pas une fonction originale de l'Etat, (qu')elle est une modalité de la fonction d'assurer l'exécution des droits*»[889], c'est pour souligner ensuite l'importance croissante de la juridiction au sein de l'exécutif : « *Si donc le pouvoir exécutif se dédouble en un élément d'action juridique et un élément de juridiction, rien ne garantit qu'à un moment quelconque de l'avenir, l'élément de juridiction ne sera pas à la tête dudit pouvoir, à la place de l'autorité administrative. Qu'un tribunal suprême puisse jamais tenir la place du Chef de l'Etat, cela paraîtra surprenant, mais on pourrait faire des suppositions plus invraisemblables* » [890].

En insistant sur le dédoublement de l'exécutif, les publicistes affirment donc implicitement, d'une part la spécificité de la fonction juridictionnelle vis-à-vis de la fonction administrative, d'autre part le fait que chacune de ces fonctions est confiée à un organe spécial. On ne voit plus alors en quoi la thèse des deux pouvoirs se différencie réellement de la théorie des trois pouvoirs, sinon que la première relativise singulièrement la frontière séparant le juge administratif de l'administration

[887] A. ESMEIN, *ibidem*, p. 275:. Si (...) le pouvoir exécutif seul est réuni au pouvoir judiciaire, l'exécutif ne pourra point directement modifier la loi, mais il n'offrira pas toujours les garanties suffisantes quant à son application contentieuse, car parfois il sera lui-même partie en cause ou, tout au moins, il aura un intérêt à ce que la loi soit appliquée dans tel ou tel sens. La raison la plus forte pour établir l'autorité judiciaire comme un pouvoir distinct et indépendant, c'est qu'il n'y a pas de meilleur moyen pour assurer son désintéressement ».

[888] H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., p. 15, définit le pouvoir exécutif comme « un groupe abstrait de fonctions de la puissance publique pris par opposition à tout ce qui est législatif et initial ». De même, Th. DUCROCQ, *op. cit*., tome I, p. 33 ; comparer A. LE BOURGEOIS, *De la séparation des pouvoirs*, Thèse Paris, 1884, pp. 139 et s.

[889] M. HAURIOU, *La souveraineté nationale*, p. 78. Pour une opinion contraire, voir H. GRACH, *op. cit*., p. 67.

[890] J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en Droit public », *loc. cit.*, p. 530 ; de même, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 451.

active et qu'elle est la seule à pouvoir justifier vraiment l'existence de la juridiction administrative distincte de la juridiction judiciaire [891].

En effet, alors que la thèse des trois pouvoirs postule l'autonomie du judiciaire vis-à-vis de l'exécutif, et donc aussi l'inconstitutionnalité de tout empiètement, celle de la dualité de l'exécutif peut parfaitement servir l'impérialisme juridictionnel. Ainsi Barthélemy voit-il la juridiction devenir un intermédiaire obligatoire entre l'action administrative et les sujets sur lesquels elle s'exerce [892]. Hauriou, quant à lui, fait du recours pour excès de pouvoir l'héritier du pouvoir disciplinaire et imagine le juge administratif en supérieur hiérarchique de l'administration [893]. Le seul obstacle à cette évolution reste celui de la séparation des autorités, dont on comprend mieux maintenant que certains veuillent la supprimer. Autant ce dogme pouvait passer pour un correctif nécessaire permettant de restaurer une relative indépendance des juges, lorsque Berthélemy en parlait, autant Hauriou, Jèze ou Duguit le dénoncent comme un principe périmé dont les raisons d'être, exclusivement politiques, ont disparu depuis longtemps [894].

Enfin, il ne faut pas oublier que cette conception des deux pouvoirs est d'abord celle des administrativistes et s'explique en grande partie par la volonté de développer le rôle du juge administratif au détriment du juge judiciaire. La thèse des trois pouvoirs aboutirait en effet logiquement à étendre la compétence juridictionnelle de ce dernier puisque son autonomie est, semble-t-il, mieux marquée que celle du juge administratif dont il est difficile de situer exactement la place entre la fonction exécutive et la fonction judiciaire entendue comme fonction juridictionnelle. La théorie des deux pouvoirs permet au contraire de mettre les deux juges sur le même plan et laisse ainsi le champ ouvert à l'extension du droit administratif et de la juridiction qui lui est propre.

---

[891] C'est ce qu'a bien vu JACQUELIN (voir notamment « L'évolution de la procédure administrative », *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 373-447). Artur croit au contraire pouvoir justifier le maintien de la juridiction administrative en soutenant la théorie des trois pouvoirs. Il adopte cette position dans le but essentiel de renforcer l'indépendance du juge administratif à l'égard de l'administration active, sans voir qu'elle peut, à terme, tourner au désavantage du premier en cantonnant trop strictement le juge dans son domaine. Hauriou voit mieux tout le parti que peut tirer le juge administratif de sa proximité de l'administration active.

[892] J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire... », *loc. cit.*, p. 530, note 1 « Originairement, l'action de l'exécutif s'exerce sans aucun intermédiaire entre lui et les sujets il punit, il astreint par la force à l'obéissance. Une des grandes conquêtes du droit public moderne a été d'imposer d'une façon générale et absolue entre la poursuite pénale réclamée par l'exécutif et la peine l'intermédiaire d'un jugement. Le droit public moderne tend à imposer le même intermédiaire entre l'ordre de l'exécution et son exécution forcée ».

[893] M. HAURIOU, *Droit administratif* 7e éd., p. 427.

[894] G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1913, pp. 437-502, p. 447 : « La séparation des autorités administrative et judiciaire est une règle rationnellement injustifiable aujourd'hui, et non sans dangers (...) Les règles d'origine politique qui (...) ont organisé l'indépendance réciproque des autorités administrative et judiciaire sont contraires à la notion moderne du service public » ; et p. 457 : « Le devoir juridique des agents publics et administratifs est de tenir la constatation faite par le juge comme la vérité légale (mais) en France, il faut combiner cette solution avec le principe, d'origine politique, de l'indépendance de l'administration active vis-à-vis des tribunaux : le résultat, c'est que le devoir des agents publics n'a pas de sanction juridictionnelle directe ».

C'est pourquoi, d'une part, les rares partisans de la suppression pure et simple de la juridiction administrative au profit de la juridiction judiciaire soutiennent la thèse des trois pouvoirs [895]. C'est, d'autre part, la raison pour laquelle la position d'un auteur comme Hauriou a pu évoluer de la thèse défendue par Esmein à celle des deux pouvoirs. En effet, Hauriou considère dans un premier temps qu'il existe bien trois pouvoirs distincts dans l'Etat, tout en précisant que la juridiction administrative (et elle seule) relève du pouvoir exécutif, cette anomalie s'expliquant par des raisons historiques. Il critique alors la thèse des deux pouvoirs, inspirée selon lui de Rousseau, pour la prééminence qu'elle attribue au pouvoir législatif (chargé de faire la loi) sur l'exécutif (réduit à la pure exécution) [896]. Il y voit donc l'un des éléments de la théorie de l'Etat légal, ce que confirme d'ailleurs la position de Berthélemy. Puis la volonté de justifier et d'encourager le développement de la juridiction administrative l'amène à considérer au moins implicitement toute la fonction juridictionnelle comme partie intégrante du pouvoir exécutif. La théorie des deux pouvoirs devient alors un élément de la construction de l'Etat de droit puisqu'elle donne une place de choix au juge administratif d'abord à l'égard du juge judiciaire, puis vis-à-vis de l'administration active et qu'elle n'empêche pas de soutenir en même temps une conception extensive du rôle de l'exécutif à l'encontre du législateur [897].

Mais à un autre point de vue, la thèse des deux pouvoirs présente un inconvénient majeur : celui de souligner qu'un même pouvoir est à la fois juge et partie dans les conflits avec les administrés. Certes, l'idée d'une dualité au sein de l'exécutif relativise l'importance de ce problème qui, de toutes façons, ne saurait davantage être résolu par l'adoption de la théorie adverse des trois pouvoirs puisque, au bout du compte, c'est toujours l'Etat qui est en cause simultanément sous deux aspects : juge et partie. L'exigence qui consiste à faire du juge un tiers à l'égard des parties au conflit qu'il est censé résoudre ne peut donc être pleinement satisfaite dès lors que l'on aborde la question de la fonction juridictionnelle sous cet angle. En outre, le développement des recours juridictionnels qui révèle dans la pratique une certaine indépendance du juge, sinon sa suprématie sur l'administrateur, tend à relativiser l'intérêt du débat sur la place de cette fonction vis-à-vis de l'exécutif.

Aussi les publicistes se tournent-ils de plus en plus vers l'étude de la fonction juridictionnelle pour elle-même dans ses rapports avec le droit de façon à en souligner la spécificité et, par contrecoup, à faire apparaître le juge comme un tiers impartial et désintéressé, condition *sine qua non* de l'Etat de droit.

[895] Voir R. JACQUELIN, *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, *op. cit*.
[896] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2e éd., 1893, pp. 12-13.
[897] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, pp. 450-451 ; *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 9e éd., 1919, pp. 12-13.

B — La nature de la fonction juridictionnelle

C'est sans doute dans la pensée de Duguit que l'on trouve le plus clairement ce passage d'un angle d'étude à l'autre. En 1901, il étudie encore la fonction juridictionnelle comme partie intégrante de l'exécutif et ne voit, dans la décision du juge, qu'un acte administratif du point de vue matériel [898]. Cinq ans plus tard, il souligne au contraire la différence fondamentale qui sépare les fonctions juridictionnelle et administrative [899], et s'attache à découvrir la spécificité de la première : « *Ce qui caractérise la fonction de juger, c'est que l'Etat est lui-même lié par la constatation du droit subjectif ou du droit objectif et que la décision qu'il rend doit être la conclusion syllogistique de la constatation qu'il a faite* » [900]. En d'autres termes, l'acte juridictionnel se définirait par la mise en oeuvre d'une logique impartiale ayant par elle-même force contraignante, et par l'absence de choix sur la décision possible.

La fonction juridictionnelle dépend moins d'une comparaison avec la fonction exécutive que de la seule confrontation avec le droit et la logique qu'il est censé contenir. Elle gagne ainsi à la fois son autonomie et la suprématie sur les autres fonctions dans la mesure où la décision du juge, ainsi définie, exclut toute volonté (la volonté étant au contraire ce qui caractérise la loi comme la décision administrative) et donc tout arbitraire. C'est par conséquent le seul acte de l'Etat qui ne puisse être contesté ; c'est aussi le seul qui paraisse relever exclusivement du champ juridique sans rien devoir à une volonté politique, donnant ainsi au juge le statut de tiers impartial [901]. C'est pourquoi le rôle créateur du juge (particulièrement net pourtant chez le juge administratif) est détourné par la doctrine en un rôle de constatation du droit, c'est-à-dire de la logique interne censée l'organiser et lui donner sens. Ce détournement n'a lieu d'ailleurs que lorsque les publicistes s'attachent à décrire les caractéristiques de la fonction juridictionnelle ; ils l'oublient en revanche lorsqu'ils font l'apologie du juge et de sa jurisprudence. Et lorsque la position du Juge comme tiers impartial sera mieux établie, il sera alors possible de lui reconnaître explicitement un rôle de création du droit, nécessaire à la perfection de l'Etat de droit en ce qu'elle évite le déni de justice [902].

Si la construction de l'Etat de droit se fait par étapes, elle procède également de la combinaison d'éléments différents. La conception du caractère objectif de la

[898] L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*.
[899] L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *R.D.P.* 1906, pp. 413-471, p. 456 « Par la fonction administrative, il (l'Etat) fait naître un droit nouveau soit spontanément, soit sur la demande d'un intéressé, mais jamais il ne constate l'existence d'un droit subjectif antérieur ».
[900] L. DUGUIT, *ibidem*, p. 450.
[901] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, p. 766.
[902] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, p. 706 : « Il n'est pas admissible, dans un litai policé, que les différends qui s'élèvent entre les particuliers, puissent jamais demeurer sans solution régulière et que la protection demandée à l'Etat par un plaideur puisse, en aucun cas, lui l'aire défaut : à une telle demande, il ne saurait être répondu par un déni de justice. Voilà pourquoi il est indispensable que le juge prononce, même dans le cas où il ne trouve pas de loi à appliquer ». Voir également L. ARLET, *op. cit*., pp 105-106 et p. 169.

juridiction, et notamment du recours pour excès de pouvoir, vient ainsi compléter l'idée d'une spécificité de la fonction juridictionnelle pour fonder logiquement le concept d'Etat de droit. L'existence même d'un droit public auquel serait soumis l'Etat impose en effet un minimum d'égalité entre les parties en présence : « *L'idée de procès et d'arbitrage ne peut se concevoir nettement qu'entre personnes juridiques égales* » [903]. La notion de recours objectif prend ici tout son sens car elle est seule à pouvoir évacuer l'inégalité fondamentale de l'Etat et de l'administré dans la mesure où le procès n'est pas fait à l'administration, mais à un acte [904]. Et si le plein contentieux reste un recours subjectif, c'est parce qu'il est historiquement lié à l'idée que l'Etat responsable a agi comme gestionnaire ou que sa responsabilité couvre la faute personnelle d'un de ses agents.

Barthélemy dira, en confondant les deux problèmes, que « *les droits subjectifs sont possibles dans le droit administratif français, puisqu'on est arrivé à une séparation à peu près complète de l'administration et de la juridiction* » [905]. En d'autres termes, notre auteur fonde la possibilité d'existence de rapports juridiques entre l'Etat et les administrés sur l'existence du juge comme tiers vis-à-vis de l'administration, alors que cette condition certes nécessaire n'est cependant pas suffisante car, comme le soutient Meier, ce n'est que s'il a devant lui des droits de valeur égale que le juge peut donner raison ou tort [906]. Le recours pour excès de pouvoir comme recours objectif réintroduit cette égalité en faisant du requérant le défenseur de l'ordre juridique contre l'acte illégal [907]. L'administré n'agit pas pour son seul intérêt particulier ; il intervient aussi pour le compte de la légalité. Le développement de la juridiction objective signifie par conséquent l'autonomisation du principe de légalité mis en oeuvre pour lui-même, plutôt que pour des intérêts individuels.

C'est un peu le même raisonnement qui sous-tend la définition de la fonction juridictionnelle chez Duguit. A partir du moment où cette fonction est étudiée pour elle-même dans ses rapports avec le droit (et non plus dans ses rapports avec les autres fonctions de l'Etat), elle s'autonomise et revêt un caractère purement juridique, ce qui équivaut ici à un caractère purement logique (le syllogisme) et donc prétendu neutre. L'argumentation de Jèze n'est pas fondamentalement différente de celle de Duguit quoiqu'il se désolidarise de ce dernier sur la question de la nature essentiellement syllogistique du jugement. L'acte juridictionnel est pour lui « *une*

[903] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, p. 698, note 1
[904] Voir R. CARRE DE MALBERG, *ibidem*.
[905] J. BARTHELEMY, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés*..., p. 32.
[906] Selon J. BARTHELEMY, *op. cit.,* p. 32 : « Meier soutient en effet que l'Etat ne peut pas être partie à un procès ; les droits du particulier ne sont pas égaux à ceux de l'Etat, or ce n'est que s'il a devant lui des droits de valeur égale que le juge peut donner raison ou tort ».
[907] En présence d'un agissement fautif de l'administration, le recours de plein contentieux prend lui aussi une allure de recours objectif car le procès n'a pas lieu au fond entre l'administration et l'administré lésé, mais entre l'agissement fautif d'une part, la marche normale du service et l'intérêt particulier lésé de l'autre. Ce n'est qu'en l'absence de faute de l'administration que l'inégalité des droits en présence réapparaît, le procès se jouant alors entre l'intérêt général et l'intérêt particulier lésé par cet intérêt général et ne pouvant se résoudre que pour des raisons d'équité.

constatation faite par le juge avec force de vérité légale » [908], mais le jugement lui-même est quelque chose de plus complexe puisqu'il se compose de deux éléments : la constatation d'une part, la décision qu'il qualifie d'acte administratif d'autre part [909]. La fonction juridictionnelle serait donc mixte et Jèze rejoindrait ici Laferrière s'il avait réellement développé l'étude de ces deux éléments [910]. Mais la lecture de ses articles montre qu'il ne voit dans l'élément de décision qu'« un acte complémentaire » et qu'il s'intéresse surtout à ce qu'il appelle la « constatation d'une situation comme vérité légale » [911].

Duguit insiste sur la logique, Jèze sur la vérité, mais tous deux étudient désormais l'acte juridictionnel en le définissant exclusivement par rapport au droit. Ce qu'ils soulignent, c'est le caractère indiscutable de l'acte juridictionnel : il s'agit d'une constatation du droit qui, en tant que telle, lie automatiquement l'Etat (c'est précisément ce qu'il faut démontrer et qui ne l'est pas, sauf à supposer de façon idéaliste une vertu contraignante intrinsèque à l'acte de constatation) ; c'est aussi la spécificité de la fonction juridictionnelle qui fait du juge un tiers vis-à-vis des parties au conflit, tiers impartial puisqu'il intervient du seul point de vue juridique : c'est le droit qui parle en son nom, le juge ne met en oeuvre aucune volonté particulière [912].

Quoiqu'il réfute toute spécificité de cette fonction au point de vue matériel, Carré de Malberg retrouve Duguit, Jèze (et aussi Jellinek) quand il la définit par un double objet : celui de reconnaître et déclarer le droit de chacun tel qu'il résulte de l'ordre juridique en vigueur, celui de résoudre les litiges, et il ajoute : de créer pour cela quelquefois du droit nouveau [913]. Une fois admise cette spécificité, la doctrine

[908] G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *loc. cit*., p. 437.
[909] G. JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux », *R.D.P.* 1909, pp. 667-695, p. 667.
[910] E. LAFERRIERE (*op. cit*., tome I, pp. 11-12) voit dans la juridiction administrative une mission mixte entre l'exécutif et le judiciaire.
[911] G. JEZE, « L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux ». *loc. cit*., p. 683.
[912] L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 241 « Le juge peut avoir un pouvoir très grand d'appréciation, relativement au droit objectif ou au droit subjectif et aux conséquences qui en résultent, relativement aux faits qui lui sont soumis ; deux juges peuvent même, dans des espèces identiques, donner des solutions différentes. Mais si le juge procède régulièrement, il ne peut pas résoudre le même cas différemment suivant son bon plaisir ; il ne fait pas acte de volonté à proprement parler ; il ne peut pas mettre sa volonté à la place de l'opération logique, qui est dominée par une mineure et une majeure, suivant les lois de la pensée humaine. Le juge constate le droit et en tire la conclusion logique ».
[913] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, p. 750. De même, M. HAURIOU, *Précis...*, 2e (id., p. 683 : « La situation est toute différente, lorsque, dans l'acte qui a créé le contentieux, apparaît le caractère de puissance publique des personnes administratives ; il y a ceci de particulier que les droits en présence sont mal définis, et que dès lors le juge doit avoir des pouvoirs prétoriens. Et cela arrive dans deux cas : 1° Toutes les fois que c'est l'acte d'administration en lui-même qui est attaqué par un recours contre l'acte, parce que l'acte (l'administration (...) renferme la volonté même de la personne administrative dans ce qu'elle a de libre et d'indéterminé. 2° Toutes les fois que des personnes administratives ont fait une opération de puissance publique, c'est-à-dire ont exercé un droit de puissance publique ; ces droits, en effet, par cela seul qu'ils sont exorbitants du droit commun, sont difficiles à définir ; la loi serait impuissante à poser des règles en ces matières, le juge seul le peut à mesure qu'il est amené dans chaque hypothèse à toucher la réalité. D faut donc que le juge ait des pouvoirs prétoriens, qu'il puisse créer le droit. Et remarquons que jamais cette nécessité ne disparaîtra ».

sera en effet tentée d'élargir le rôle du juge à la création du droit, ce qui pourtant ruine en partie l'idée qu'il existe matériellement une différence radicale entre la mission du juge et celle des autres pouvoirs. Aussi Carré de Malberg en reviendra-t-il à une définition plus organique et formelle de la fonction juridictionnelle, séparée des autres parce que confiée à un organe indépendant, sans pour autant abandonner complètement une distinction matérielle des fonctions : la décision de l'administrateur « *sur des questions de droit est jusqu'à un certain point suspecte parce qu'elle est plus ou moins intéressée, et pourra dès lors être plus ou moins tendancieuse. Le juge, au contraire, statue de façon relativement désintéressée, parce qu'il n'a pas d'action directe à exercer dans les affaires de l'Etat et qu'il n'assume pas de responsabilité quant aux résultats de cette dernière : on peut donc espérer que sa décision sera plus impartiale, plus objective, c'est-à-dire plus pleinement adéquate au droit en vigueur* » [914].

La spécificité purement organique de la fonction juridictionnelle ne suffit pas à faire du juge un tiers impartial et désintéressé ; il y faut aussi une spécificité matérielle difficile à établir dès lors que le juge crée lui aussi du droit et que l'administrateur se prononce sur des recours administratifs. Assigner au juge la mission d'agir pour le rétablissement de l'ordre juridique (et non simplement pour la protection de l'intérêt général) et selon une procédure spécifique devient ainsi la seule façon d'en faire un tiers impartial dont l'existence est indispensable au droit public et du même coup à l'Etat de droit.

Ainsi s'opère un déplacement dans les positions respectives qu'occupent le législatif, l'exécutif et le judiciaire : dans la théorie de l'Etat légal, c'était le législatif qui avait la prééminence sur les autres fonctions en tant que fonction initiale, exécutif et judiciaire étant éventuellement confondus dans une place secondaire, voire accessoire (l'application de la loi). Avec l'Etat de droit, c'est désormais la fonction juridictionnelle qui est définie comme spécifique, alors que législatif et exécutif se confondent dans un même rôle, plus politique, celui de l'édiction des normes.

§ 2. - LA MISSION DU JUGE

L'adoption du critère matériel pour définir le règlement conduit à rapprocher, sinon à confondre, les rôles du législateur et du gouvernement. Le juge, au contraire, se voit assigner une mission unique dans l'Etat dès lors qu'on a établi la spécificité de sa fonction. Seul dans l'Etat à dire le droit, il est celui qui protège à la fois l'administré contre les abus de pouvoir (A), et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées (B).

[914] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, tome I, pp. 766-767 ; comparer E. ARTUR « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *loc. cit*.

A — La protection des administrés et de leurs libertés

Les tribunaux judiciaires sont traditionnellement considérés comme les gardiens des droits individuels ; mais avec le développement de la juridiction administrative, cette tâche ne leur est plus exclusivement dévolue [915]. Désormais, il appartient également au Conseil d'Etat de protéger les libertés de l'administré contre les illégalités et les agissements de l'administration [916]. Or la comparaison des jurisprudences opérée par les publicistes tourne à l'avantage du juge administratif considéré comme un meilleur défenseur de la liberté que ne le sont les tribunaux judiciaires.

Le développement des recours contre les mesures de police et leur annulation fréquente pour détournement de pouvoir, la diminution du nombre des actes de gouvernement, la multiplication des dédommagements pour préjudices causés aux particuliers par l'administration conduisent en effet la doctrine à faire du Conseil d'Etat le garant des libertés : « *Telle qu'elle est, la justice administrative, et surtout le Conseil d'Etat, forme la seule garantie efficace qui puisse, en France, être donnée à l'administré contre l'administrateur. Elle contrôle l'administration, et offre aux droits privés la plus sérieuse protection contre ses abus de pouvoir* » [917].

Déçu par le législateur, Berthélemy préfère le contrôle du juge administratif à celui que pourrait fournir l'édiction d'une loi. On a cru, dit-il, « *donner de plus sérieuses garanties aux administrés toutes les fois qu'on a exigé, pour des actes dont le caractère administratif est manifeste, l'intervention du Parlement. Presque toujours on est allé ainsi au rebours de ce qu'on désirait. Une loi déclarant qu'il est d'utilité publique de construire un chemin de fer d'intérêt local, votée peut-être sans qu'un simulacre d'enquête ait été fait, acceptée sans discussion par des assemblées forcément inattentives, offre-t-elle les mêmes garanties qu'un décret contresigné par un ministre, et annulable par le Conseil d'Etat s'il a été pris sans l'observation des formalités légales ?* » [918].

Cette garantie serait parfaite si le justiciable était certain de voir la sentence exécutée. C'est ce à quoi tend le droit public de l'époque puisqu'en 1912, le Conseil d'Etat condamne l'Etat à réparer le préjudice causé par l'exécution de mesures administratives en violation de décisions des tribunaux judiciaires [919]. Ainsi,

[915] . H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., p. 107, note 1 « Nous protestons, à ce propos, contre une affirmation qu'on énonce volontiers en forme d'axiome : c'est ce prétendu principe qui fait des tribunaux judiciaires les gardiens EXCLUSIFS des droits individuels et de la propriété ».

[916] G. JEZE, « De la responsabilité des patrimoines administratifs à raison du préjudice causé par l'exécution de mesures administratives prises en violation d'une décision des tribunaux judiciaires », *R.D.P.*1914, pp. 583-595, p. 583 « Le Conseil d'Etat est le défenseur des droits des individus contre les abus de pouvoir de l'administration ».

[917] Th. DUCROCQ, *op. cit*., tome I, pp. 228-229. En sens contraire, voir R. JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative », *R.D.P.* 1903, tome XX, pp. 5-22.

[918] H. BERTHELEMY, *Traité*..., 5e éd., p. 915, note 1.

[919] Voir CE *Abbé Hardel*, 12 juin 1914, note G. JEZE, *R.D.P.* 1914, pp. 583-595.

l'obligation de respecter la chose jugée se trouve assurée par le juge lui-même ; le seul obstacle qui subsiste encore vient d'une règle politique, celle de séparation des autorités administratives et judiciaires. C'est donc un motif politique et contingent selon les auteurs, qui empêcherait le juge d'accomplir jusqu'au bout sa mission de protection.

Etrange retournement des choses : à l'époque de l'État légal, les principes politiques étaient justement censés garantir les citoyens contre les abus de pouvoir. Dans la théorie de l'Etat de droit, on aimerait que le juge puisse empiéter sur l'exécutif en adressant des injonctions à l'administration [920], certains souhaitent qu'il ait le droit de contrôler la constitutionnalité des lois [921], il n'est pas jusqu'aux prétendus errements du suffrage universel contre lesquels le Conseil d'Etat ne doive protéger les administrés [922]. La séparation des pouvoirs est à la limite devenue un obstacle à la protection des individus contre l'Etat, puisqu'en vertu de ce principe, le juge ne peut obliger l'administration à exécuter les décisions qu'il rend.

Il reste cependant que par cette défense des droits des administrés, le juge est en situation d'intermédiaire entre l'administration et les particuliers, et même d'intermédiaire obligatoire puisque l'administration ne peut, en principe, recourir à l'exécution forcée, sans passer par un juge [923]. Mais nous verrons que ce principe, destiné à la protection des droits des administrés contre l'arbitraire, doit selon la doctrine et la jurisprudence, être écarté lorsque l'ordre est en cause [924]. Quand le Conseil d'Etat s'interpose entre l'administration et le simple citoyen pour régler leur conflit de la même façon que les tribunaux judiciaires interviennent entre particuliers pour juger leurs différends, l'administré peut alors avoir l'illusion de traiter d'égal à égal avec la puissance publique ; le rapport de pouvoir prend ainsi l'apparence d'un

[920] G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *R.D.P.* I913, pp. 437-502, p. 441 : « L'ordre social, la tranquillité publique exigent que ce qui a été régulièrement et définitivement jugé ne puisse pas être remis en question, par qui que ce soit », et p. 445 : « En France, il est enfin une considération d'ordre politique et historique qui vient compliquer ce problème déjà si délicat par lui-même, et apporter un élément restrictif au principe fondamental de l'autorité absolue de la chose jugée. Ce sont les célèbres règles de la séparation des pouvoirs, de la séparation des autorités administrative et judiciaire (...) on a estimé qu'il y aurait un danger politique si cette indépendance n'existait pas, si les constatations faites par les tribunaux judiciaires liaient étroitement les tribunaux administratifs, les agents administratifs. Ce n'est pas tout : cette règle d'ordre politique a été complétée par une autre règle voisine, à savoir que les tribunaux, même administratifs, ne peuvent pas adresser d'injonctions, d'ordres ni de défenses aux agents de l'administration active (...) à mon avis, l'exception doit être interprétée de la façon la plus étroite. Il faut lui faire la moindre place possible ».

[921] Voir *supra*, deuxième partie, titre I, chapitre 1.

[922] Le développement du recours pour excès de pouvoir peut aussi constituer une façon de limiter les effets du suffrage universel et ceux de la décentralisation : « Le suffrage universel ne donne pas toujours à toutes les communes des administrateurs habiles et respectueux des lois. La tutelle administrative et, pour le respect des lois, la juridiction sont chargées d'y remédier » (F. MOREAU, « Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit établie par les articles 63, 65 et 67 de la loi du 5 avril 1884 », *R.D.P.* 1912, pp. 649-717, p. 675).

[923] J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public », *loc. cit.*, p. 538 : « La forme judiciaire est la forme de la paix ; et l'affirmation unilatérale d'un droit suivie de la contrainte prend l'aspect d'un coup de force qui blesse la conscience juridique moderne ».

[924] Voir TC *Société immobilière de Saint-Just contre Préfet du Rhône*, 2 décembre 1902, conclusions Romieu, *Recueil* pp. 713-724, et note M. HAURIOU, *in Sirey* 1904-3-17.

rapport d'égalité sous couvert de rapport juridique. Disposant d'une issue légale en cas de confrontation, il n'est plus nécessaire au citoyen de se révolter contre l'Etat, le droit de résistance à l'oppression, dangereux pour l'ordre social, perd sa raison d'être. C'est en ce sens que Aucoc qualifiait le recours devant la juridiction administrative de soupape de sûreté : l'organisation et le développement des recours juridictionnels est en effet un facteur de paix sociale, du moins est-il perçu comme tel par les auteurs [925]. Tout conflit a désormais une solution et, qui plus est, une solution juridique donc prévisible en principe et théoriquement impartiale.

À travers la protection des administrés, le juge remplit ainsi une mission autrement plus importante, une mission vitale pour l'Etat, celle du maintien de l'ordre social et juridique qui, aux yeux des publicistes, doit même l'emporter, nous allons le voir, sur la protection des libertés.

B — La protection de l'ordre juridique et de l'ordre social

La lecture des arrêtistes montre en effet que, si la protection des administrés est une conséquence importante de l'action juridictionnelle, elle n'en constitue pas moins un résultat accessoire par rapport à celui de la perfection du droit. Nous avons vu par exemple ce que signifiait pour l'administré la notion de juridiction objective : par son recours, il se fait l'auxiliaire de la hiérarchie administrative et de la légalité. De même, la définition des caractéristiques de la fonction juridictionnelle s'organise autour de l'idée que le juge constate le droit et rétablit l'ordre juridique perturbé par l'illégalité ou l'agissement dommageable. Chargé de préserver la cohérence et l'intégrité de cet ordre, le juge est indispensable à l'effectivité du droit [926]. Et

[925] L. AUCOC, *op. cit*., tome I, p. 462. Dans le même sens, voir notamment, G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *loc. cit*. ; « De la responsabilité des patrimoines administratifs à raison du préjudice causé par l'exécution de mesures administratives prises en violation d'une décision des tribunaux judiciaires », *loc. cit*., p. 583 : « Le service public de la justice est le service essentiel pour la paix sociale ».

[926] L. MARIE, « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *R.D.P.* 1901, tome XVI, pp. 265-296, et pp. 476-524, p. 280 : « Le juge a une seconde mission à remplir dans notre organisation juridictionnelle. Il doit encore prononcer les sanctions qu'entraîne la violation du droit constatée par lui (...) On pourrait concevoir un système qui confierait à deux autorités différentes la mission de dire le droit, et celle de prononcer les sanctions qui sont la conséquence de cette première décision. Mais entre ces deux missions, il y a un lien tellement étroit, surtout lorsqu'il s'agit de prononcer la sanction qui nous intéresse particulièrement dans la matière qui nous occupe, celle qui consiste à rétablir le droit, *jus restituere*, en ordonnant toutes les mesures nécessaires à cet effet autorisées par la loi, annulations, réformations d'actes administratifs, condamnations pécuniaires, qu'il est permis de dire que l'une est la suite naturelle de l'autre et ne peut pas en être légitimement séparée. Il est hors de doute que l'efficacité de la première dépend de l'efficacité de la seconde ; on ne peut pas nier que tout ce qui vient restreindre le rôle du juge dans l'exercice de sa seconde fonction diminue la valeur de son rôle dans l'accomplissement de la première (...). Après ce qui vient d'être dit, il est inutile d'insister sur la supériorité du recours contentieux sur le recours gracieux ; le premier seul évidemment répond à cette idée que les règles du droit positif sont faites pour être observées et ne sont pas destinées à rester à l'état de règles purement théoriques ; il répond à cette idée que l'observation des règles de droit doit être assurée par un procédé plus efficace que celui qui consiste à faire appel à la bonne volonté et aux lumières de la personne tenue d'observer ces règles, c'est-à-dire par l'intervention d'une autorité ayant pour fonction spéciale d'assurer le respect du droit pour lui-même ».

s'agissant du droit public, il est amené à faire respecter d'abord l'intérêt général qui, par essence, doit l'emporter sur les intérêts particuliers des administrés et l'arbitraire des administrateurs. L'inégalité des intérêts en présence implique que celui qui dit le droit préserve en premier lieu l'intérêt général, principe d'organisation de l'ordre juridique et but assigné aux gouvernants. Les commentaires de Maurice Hauriou sur la jurisprudence du détournement de pouvoir sont particulièrement éclairants à cet égard : le mérite essentiel des arrêts du Conseil en ce domaine ne réside pas tant dans la protection des administrés contre l'arbitraire que dans le rappel aux administrateurs des « *principes fondamentaux de la moralité administrative* » [927].

Le rôle du juge ne s'arrête donc pas à la simple constatation de la lettre du droit, il consiste aussi à en faire respecter l'esprit, et au besoin, à créer pour cela du droit. Le juge doit parfaire, l'ordre juridique en trouvant à chaque problème qui lui est posé une solution juridique, même là où les textes sont muets. Pour éviter le déni de justice, certes préjudiciable aux administrés, mais surtout impensable dans un système juridique achevé et rationnel, pour contribuer à la dynamique du droit, il faut qu'il en comble les lacunes éventuelles et qu'il ordonne les multiples règles qu'il doit appliquer en leur donnant un sens et un but. Il n'est donc pas seulement chargé de conserver l'ordre juridique, il doit aussi le construire en organisant les règles qui le composent [928]. Manifeste dans la notion de détournement de pouvoir ou dans celle de continuité du service public, le rôle créateur du juge apparaît encore dans la conciliation des intérêts en présence : intérêt général et intérêts particuliers des administrés, respect du droit et ordre social.

La construction et la défense de l'ordre juridique s'avère être en même temps une défense de l'ordre social sur lequel est fondé le droit. Ainsi, en annulant une autorisation de police illégale, «*le Conseil d'Etat a eu grandement raison, dit Hauriou, de mettre le holà» au risque de corruption et de « démoralisation de l'administration* » [929]. Le trouble juridique est à la fois symptôme et source de

[927] M. HAURIOU, note sous CE Affaire *Dame de Romagère*, 31 janvier 1908, *Sirey* 1908-3- 153 ; voir également la note sous CE *Maugras*, 16 novembre 1900, *Sirey* 1901-3-57, p. 57 : « Dans la vie sociale, toute institution a son but, c'est une des conditions de l'ordre (...). Non seulement une institution qui se fonde doit annoncer son but, mais, dans son fonctionnement quotidien, elle doit y rester fidèle, sinon l'ordre qui s'est établi spontanément sur la foi de ses promesses va se trouver troublé (de là, le principe administratif de la spécialité pour les établissements public.), Cela tient à ce que la vie sociale est essentiellement convergente ; l'ordre public, d'ailleurs très mobile et très souple, y est obtenu par une quantité prodigieuse d'activités individuelles ou collectives, auxquelles de larges initiatives sont laissées, mais qui, cependant, devant finalement converger, sont enfermées dans certains cercles au-delà desquels commencent les actes antisociaux (...) L'institution administrative n'est pas et ne doit pas être traitée autrement que les autres à cet égard ; à mesure qu'elle se crée, elle annonce des buts, elle a d'ailleurs ses statuts dans les lois et règlements par lesquels elle constitue ses services. Elle a donc sa place marquée dans le concert social, elle ne doit pas en sortir sous peine de troubler cet ordre public dont elle est précisément la gardienne ».

[928] Voir notamment M. HAURIOU, note sous CE *Tichit*, ler mars 1912, *Sirey* 1913-3-137, p. 138 : « D'une certaine façon, un Etat entré dans la voie du régime constitutionnel est un Etat qui élabore son statut, et le statut doit comprendre toutes les lois fondamentales. Il n'est pas dit que le statut ne puisse être fixé que par des lois en forme constitutionnelle, ni qu'il ne puisse être fixé que par le Parlement. Les puissances juridiques doivent y travailler aussi bien que les pouvoirs politiques ; c'est une tâche magnifique pour le juge ».

[929] M. HAURIOU, note sous CE *Dame de Romagère*, 31 janvier 1908, *Sirey* 1908-3-153.

trouble social [930], et il appartient au juge de faire respecter ces deux ordres, éventuellement de les concilier lorsqu'un décalage apparaît entre les exigences de l'un et les nécessités de l'autre. Les civilistes sont peut-être mieux conscients de ces réalités que ne le sont les publicistes de l'époque. Ainsi, selon Michoud, un juriste comme Saleilles estimait que la tâche du juge consiste « non à donner à la loi une interprétation purement dogmatique, partant de conceptions *a priori*, et en déduisant les conséquences logiques, mais à adapter sans cesse la loi à un état social sans cesse renouvelé, et à chercher, en dehors de la loi même, qui ne peut former un système fermé, d'autres sources du droit, dans la coutume et la nature des choses » [931].

La jurisprudence doit concilier le juridique et le social lorsque l'application d'une logique juridique trop rigide risque de causer un trouble social. Jèze explique ainsi le fait que tous les actes pris sur la base d'un acte annulé ne soient pas systématiquement expulsés de l'ordre juridique : « *Il convient de se préoccuper des conséquences sociales, du trouble social que ce bouleversement peut entraîner. La jurisprudence a ainsi été amenée à faire une série de distinctions, à reconnaître aux tribunaux de larges pouvoirs d'appréciation à l'effet de concilier tous les intérêts en présence* » [932].

L'importance de ce rôle social accordé au juge est telle que les juristes n'envisagent pas d'autre issue aux conflits sociaux que l'arbitrage d'un tribunal et s'étonnent de ce que les grévistes refusent cette solution. Sa situation d'intermédiaire

[930] G. JEZE, « De la responsabilité des patrimoines administratifs à raison du préjudice causé par l'exécution de mesures administratives prises en violation d'une décision des tribunaux judiciaires », *loc. cit.*, p. 583 : « Le respect par tous des décisions des tribunaux est la condition essentielle pour que chacun s'abstienne de recourir à la violence pour se faire justice » ; voir également Jèze, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *loc. cit.*, p. 339 : « Lorsque le tribunal de dernier ressort a régulièrement fait une constatation, il est d'intérêt social que cette constatation s'impose à tous ; il faut que les procès aient une fin (...) La possibilité de remettre en question la chose jugée c'est l'anarchie sociale ».

[931] L. MICHOUD, « Raymond Saleilles et le droit public », *R.D.P.* 1912, pp. 369-378, p. 372. Voir également M. Hauriou, note sous CE *Héritiers Boucher d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, 9 mars 1900, *Sirey* 1901-3-1, p. 5 : « Nous ne sommes pas de ceux qui pensent qu'on doive tenir grand compte de l'intention du législateur et n'appliquer que les textes qu'aux objets qu'il a eus en vue au moment de la rédaction ; nous ne nous arrêtons donc pas à cette objection qui consisterait à dire qu'on ne saurait étendre notre texte aux constructions rendues nécessaires par le tout-à-l'égout pour la seule raison que le législateur de 1852 ne pouvait avoir en vue le tout-à-l'égout. Non. Nous avons déjà eu l'occasion de le dire plusieurs fois, il faut reconnaître à la jurisprudence un large pouvoir d'évolution dans l'application des textes ; elle n'est pas tenue de les enfermer dans le cercle étroit des hypothèses primitives prévues par le législateur ; lorsque des faits nouveaux et des besoins nouveaux viennent briser ce premier cadre, elle a le droit d'élargir l'interprétation en adaptant les textes anciens aux situations nouvelles. Mais c'est à une condition cependant, c'est que, tout en abandonnant l'esprit primitif de la loi, elle respectera sa lettre. Si, en effet, la lettre de la loi n'est pas respectée, et, par lettre, nous entendons le sens littéral, celui qui résulte du rapprochement loyal des mots, il ne faut plus parler d'interprétation ; on n'applique plus la loi, on la corrige. Il n'y a que deux méthodes d'interprétation possibles, ou par l'esprit de la loi ou par lettre ; nous sommes d'accord que l'interprétation par la lettre est plus souple et permet davantage les progrès du droit, mais encore faut-il qu'on se tienne à celle-là (V. sur ce point les observations de M. GENY, *Nouvelle méthode d'interprétation en droit privé*, p. 223 et s.) ».

[932] G. JEZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *R.D.P.* 1913, pp. 294-331, p. 324 ; de même, *ibidem*, p. 298 : « Il faudra donc atténuer ou supprimer les conséquences logiques de la nullité toutes les fois que le trouble social qu'entraînerait la solution logique serait trop grave ».

l'amène en effet à jouer les médiateurs entre les différents intérêts en présence. C'est finalement à lui qu'incombe la lourde tâche de faire croire à la primauté effective de la solidarité sociale sur le conflit, au moins de masquer la véritable essence des conflits qui opposent le citoyen à l'Etat, les grévistes aux employeurs en les transformant, de rapports sociaux, en rapports juridiques désincarnés. Les publicistes ont réussi ce tour de force de présenter la protection des administrés et celle de l'ordre juridique comme deux tâches complémentaires et non antagonistes [933]. Le juge qui en est chargé est effectivement placé au lieu même où se jouent les conflits. C'est à lui de les réduire, sinon de les résoudre, pour éviter qu'ils ne débouchent sur une remise en cause de l'ordre social. Encore faut-il pour cela que le juge présente toutes les garanties de compétence et d'indépendance.

§ 3. - LES GARANTIES OFFERTES PAR LE JUGE

Pour la crédibilité du système de l'Etat de droit, le juge doit apparaître comme tiers impartial et désintéressé. Il faut donc qu'il présente un certain nombre de garanties susceptibles de donner confiance à l'administré. Nous verrons que la première qualité requise est celle de la compétence, assurée par l'organisation de concours pour l'accès à la profession (A). Contrairement aux politiciens, le, juge doit en effet être perçu comme un professionnel, un technicien du droit. Et, dans la pensée scientiste de l'époque, techniciens et savants sont perçus comme des gens préoccupés uniquement de trouver la vérité dans leur domaine ; la compétence est déjà un gage d'indépendance. Il s'avère malgré tout nécessaire de mettre les juges à l'abri des pressions gouvernementales et les publicistes souhaitent que soient réalisées des réformes en ce sens (B).

A — La compétence

La Troisième République s'est beaucoup préoccupée de la compétence de ses gouvernants, Les critiques faites au législateur reposent en partie sur cette question ; la revalorisation de l'exécutif et l'apologie du juge se fondent également sur elle. On pourrait y voir le début d'un discours technocratique, mais ce serait se contenter d'étiqueter le phénomène sans pour autant l'expliquer. D'où vient cette obsession de la compétence, pourquoi apparaît-elle à cette époque ? On peut trouver la cause la plus apparente du phénomène dans les besoins politiques et idéologiques du moment. On sait l'importance de l'Ecole dans l'établissement de la République ; elle doit permettre à tous d'acquérir des connaissances, et par la suite une profession ; elle doit surtout remplacer la croyance par la compétence. Les laïcs veulent opposer la science à la religion, les faits positifs aux superstitions ; l'Ecole doit remplacer

[933] Cette conception du rôle du juge est plus sensible chez les solidaristes ; elle devient prépondérante à partir de 1906 avec la multiplication des conflits sociaux (voir M. REBERIOUX, *La République radicale ? 1898-1914*, Paris, Seuil, pp. 140 et s.).

l'Eglise. Même si l'occultisme et le spiritualisme retrouvent une certaine vigueur chez les intellectuels à la fin du siècle, les juristes restent en grande partie à l'écart de ce mouvement ; ils tentent surtout de faire du droit une science, et sacrifient par conséquent au discours ambiant.

Outre ces raisons politiques, le besoin de spécialisation permet aussi de comprendre que la notion de compétence ait pris une telle importance. Entre 1880 et 1920, l'Etat se lance à la fois dans l'aventure coloniale et dans celle, non moins périlleuse, de l'interventionnisme économique [934]. Les gouvernants doivent donc faire face à des tâches plus complexes et plus nombreuses qu'autrefois, au moment précis où l'on commence à vouloir étudier la société de façon scientifique. La diversification des missions de l'Etat l'amène à se spécialiser dans des domaines infiniment variés, l'augmentation du nombre de fonctionnaires en est d'ailleurs le symptôme, de la même façon que l'industrie, en produisant des biens plus nombreux, cherche à spécialiser toujours davantage ceux qui les fabriquent. L'interventionnisme conduit logiquement à penser l'Etat dans les termes où l'on parle de l'entreprise. La lecture de journaux comme *L'Illustration* fournit à ce titre des renseignements intéressants. Le personnage idéal s'y incarne dans le militaire, l'administrateur de colonies (mais aussi le ministre), c'est-à-dire dans l'image d'un homme efficace, entreprenant, actif, qui à la fois commande et réalise, au contraire du parlementaire jugé bavard et incompétent.

Quelle est la place du juge dans cette galerie de portraits ? S'il n'a pas la popularité du soldat, il a au moins le mérite d'être un technicien du droit habitué à trancher les litiges. « *La fonction de juge suppose nécessairement des qualités et une aptitude professionnelle : il doit savoir le droit théorique, qui est une science et dont la connaissance ne s'acquiert que par des études spéciales ; il doit avoir l'expérience que donne seule la pratique. La culture générale de l'esprit, une attention portée d'une façon suivie sur les faits de la politique courante, la participation à la gestion des affaires d'intérêt local peuvent suffire à la rigueur pour préparer les hommes aux fonctions législatives, et de là, aux fonctions du pouvoir exécutif. Cela ne peut aucunement suffire pour rendre un homme apte aux fonctions de juge, qui de leur nature sont une profession spéciale* » [935]. Nous retrouvons ici la spécificité de la fonction juridictionnelle et son avantage sur les autres fonctions de l'Etat. Du point de vue du juriste, le juge est le plus qualifié des agents ; on ne s'étonnera donc pas qu'on veuille faire de lui, ou plus exactement du Conseil d'Etat, le pivot de l'Etat de droit ; le juge administratif, on l'a vu, est en effet concerné au premier chef par la question de la soumission de l'Etat au droit. Le juge judiciaire ne joue ici qu'un rôle accessoire, et si Jacquelin envisage favorablement de lui confier la totalité du

[934] Voir *infra*, conclusion générale.
[935] A. ESMEIN, *Eléments*..., p. 320. De même, G. JEZE, « Limitations au pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à prendre part à un concours en vue d'une fonction publique », *R.D.P.* 1912, pp. 453-470, p. 454 : « Les députés n'ont ni les connaissances juridiques, ni l'impartialité d'un tribunal ».

contentieux [936], les autres publicistes tirent au contraire argument de sa méconnaissance « *des choses de l'administration* » pour refuser cette solution [937]. Au fil des années, les juristes se font de plus en plus élogieux pour le Conseil d'Etat qui se trouve effectivement au début du siècle, dans sa période la plus créative, mais qui voit aussi diminuer son rôle politique par rapport au Second Empire. Le prestige de l'institution tient désormais davantage à la compétence technique qu'à l'origine sociale de ses membres ; et c'est surtout la souplesse de sa jurisprudence qui suscite l'admiration de l'esprit positiviste [938].

Pourtant, certaines remarques apportent quelques ombres à ce tableau. D'abord, le recrutement par le tour extérieur vient relativiser l'indépendance du Conseil, mais aussi sa compétence : « *L'auditeur, pour être seulement admis à passer le concours, a dû justifier des titres universitaires les plus sérieux ; après avoir subi avec succès cette épreuve difficile demandant en général deux années de préparation, il a fait un stage de douze années et n'arrive en rang utile pour la maîtrise que vers la trente septième année. Le candidat de l'extérieur peut sans un titre être nommé à vingt-cinq ans (...) et le maître des requêtes entré au Conseil par le concours ne peut guère devenir conseiller d'Etat que vers la cinquantaine (...) or actuellement rien n'est plus incertain pour lui que cette nomination, fin normale et sanction de sa carrière (...) rien ne l'aura averti à temps de l'aventure qui se prépare pour lui et qui est souvent le résultat d'un ensemble de hasards, du fait par exemple, qu'un concurrent connaît mieux les ministres que lui.* » [939].

Ensuite, le faible montant du traitement des maîtres des requêtes et des auditeurs de deuxième classe pose des problèmes de recrutement à partir du moment où les fils des familles les plus riches se désintéressent de la fonction : « *On a pu relever notamment qu'en 1911, sur les cinq places mises au concours, trois seulement avaient pu être attribuées, les candidats venant en seconde ligne étant trop insuffisants. D'autre part, les auditeurs et les maîtres des requêtes, désespérant d'arriver jamais au poste de conseiller d'Etat, obligés cependant de vivre et de faire vivre les leurs, abandonnaient le Conseil pour entrer dans des entreprises privées où on leur offrait des appointements très rémunérateurs. Le Conseil a ainsi perdu,*

[936] R. JACQUELIN, « L'évolution de la procédure administrative », *loc. cit*.
[937] E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1902, tome XVII, pp, 439-472, p. 446.
[938] G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle des théoriciens dans l'examen des arrêts des tribunaux », *R.D.P.* 1914, pp. 311-321, p. 312 : « D'une manière générale, le Conseil d'Etat juge très bien ; peu de tribunaux au monde rivalisent avec notre haut tribunal administratif pour l'impartialité de ses décisions et la prudente hardiesse de ses innovations. Et peut-être cette hardiesse n'est-elle possible que parce que le Conseil d'Etat en s'abstenant de donner à ses solutions la base d'une théorie générale, se réserve de changer sa jurisprudence, de les retoucher, si l'expérience fait apparaître des dangers ou des inconvénients ».
[939] H. CHARDON, *L'administration de la France*, Paris, Librairie académique Perrin, 1908, pp, 404-406, De même, G. J., « Analyse et compte rendu du livre de H. CHARDON, *L'administration de la France* », *R.D.P.* 1908, pp. 350-354.

durant ces dernières années, quelques-uns de ses membres les plus considérables»[940].

Le faible niveau des rémunérations constitue donc un obstacle au recrutement d'un personnel compétent. Seuls les jeunes gens dotés d'une fortune personnelle pouvaient s'en contenter. Or les épurations et les liens de l'administration et de la politique contribuent à les éloigner du Conseil d'Etat et révèlent en même temps le manque d'indépendance de l'institution à l'égard du pouvoir.

B — L'indépendance

C'est essentiellement sur cette question que se fait la comparaison entre les deux ordres de juridiction. Les publicistes dénoncent l'esprit administratif des tribunaux judiciaires : « *Ils sont en général hésitants devant le principe de la séparation des autorités ; ils se gardent de toute hardiesse à l'égard de cette autorité administrative, de laquelle, somme toute, ils dépendent au point de vue de leur carrière* » [941]. Cette timidité peut résulter du renouvellement du personnel opéré pour partie par la loi du 3 août 1883 qui suspend l'inamovibilité des magistrats du siège et par la démission de nombreux magistrats hostiles à l'application des décrets touchant les congrégations religieuses [942].

---

[940] L. ROLLAND, « Les traitements des membres du Conseil d'Etat », *R.D.P.* 1913, pp. 727-733, p. 729.

[941] J. BARTHELEMY, « L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents », *R.D.P.* 1914, pp. 491-548. Voir dans le même sens, E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1902, p. 271 ; *L'année administrative 1904*, p. 86 : « Il ne faut pas oublier que c'est le Conseil d'Etat seul qui peut faire réaliser des progrès en cette matière (de l'interprétation restrictive de la théorie des actes de gouvernement). Seul il a assez d'autorité pour imposer ses solutions, pour faire reculer l'arbitraire et la raison d'Etat. Les tribunaux judiciaires s'empresseront de suivre cette jurisprudence ; mais on peut être certain qu'ils ne l'inaugureront pas. C'est donc du Conseil d'Etat qu'il faut tout attendre » ; G. JEZE, « Notes de jurisprudence judiciaire », *R.D.P.* 1913, pp. 537-543, p, 541 : « Il faut se garder d'imiter ceux qui ont toujours manifesté une humble déférence envers la puissante Administration. Peu leur importe que cette administration ne fasse pas son devoir (...). Prosternés devant le Pouvoir exécutif, ils refusent de venir au secours des individus dans leur lutte contre l'arbitraire des agents administratifs. Ils ne veulent prendre aucune part, si minime soit-elle, à l'affranchissement des individus de la rude poigne des agents administratifs. Bien plus, ils critiquent le Conseil d'Etat, en s'étonnant de sa hardiesse, Ils n'ont pas compris la transformation du droit public. Ils continuent d'adorer la Puissance Publique, souveraine et intangible. L'arrêt de 1913 serait-il une manifestation de cet état d'esprit ? On l'a dit. Et l'on a fait remarquer qu'il n'est pas pour étonner ceux qui comparent la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation. Autant la première est large, libérale, protectrice des libertés individuelles, ennemie de l'arbitraire administratif, autant les solutions du Conseil d'Etat sont d'une belle hardiesse et d'une élégance solide ; autant la jurisprudence de la Cour judiciaire suprême est étriquée, craintive, humble vis-à-vis de l'administration, habile à se défiler » ; J. BARTHELEMY, « Le droit public en temps de guerre », *R.D.P.* 1915, 3e article, loc. cit., p. 551 : « On sait que la Cour de cassation est en général très respectueuse des décisions de l'autorité administrative ; on sait aussi que, contrairement à ce qu'on paraîtrait pouvoir attendre, les droits et les libertés des individus trouvent un refuge beaucoup plus sûr devant le Conseil d'Etat que devant la suprême juridiction judiciaire. La Cour de cassation sanctionne, d'une façon générale, les règlements pris par une autorité administrative dans les limites de sa compétence, et en observant les formes prescrites : elle ne réprime que très rarement l'abus de pouvoir, et nullement le détournement de pouvoir ».

[942] Voir J.M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, Paris, Seuil, 1984, p.111.

Mais le juge administratif dépend, lui aussi, et même davantage, du pouvoir exécutif [943]. Outre le fait qu'il ne bénéficie pas de l'inamovibilité, il exerce à côté de sa fonction juridictionnelle d'importantes attributions administratives qui justifient les critiques adressées par Jacquelin à l'institution [944]. Mais les autres publicistes transforment ce défaut d'indépendance à l'égard de l'administration active en gage de compétence du juge administratif. Enfin, le recrutement des membres du Conseil est loin d'offrir toutes les garanties nécessaires : outre la loi du 13 juillet 1879 qui a permis l'épuration du Conseil d'Etat, les nominations de conseillers restent, comme le montre Rolland, à la discrétion du chef de l'Etat. Celui-ci « *nommait, à peu près comme il le voulait, le quart des maîtres des requêtes et la moitié des conseillers d'Etat. Rien ne l'empêchait de choisir des personnes n'ayant ni capacité, ni compétence, ni connaissance de l'administration active et ne possédant pour tout mérite que celui d'avoir fait partie d'un cabinet de ministre ou d'être recommandé*»[945].

Ce système organise un favoritisme des cabinets ministériels qui n'est pas propre au Conseil d'Etat mais que l'on retrouve dans tous les grands corps de l'administration à cette époque. Le député Steeg dresse le même constat que Louis Rolland dès 1907 en ce qui concerne l'administration des finances, le corps préfectoral et la Cour des Comptes [946]. Les réformes qui sont faites ne tiennent pas vraiment compte de ces critiques et la loi du 13 juillet 1911 maintient le tour extérieur qui ouvre l'accès du Conseil d'Etat à des personnalités sans passer par la voie du concours [947].

Si les arrêts du Conseil d'Etat révèlent, selon les juristes, une grande indépendance d'esprit, c'est donc pour d'autres raisons que celle du recrutement de

[943] Voir V. WRIGHT, « L'épuration du Conseil d'Etat, juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1972, 4, pp. 621-653 ; J.M. MAYEUR, *Les débuts de la Troisième République 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973, pp. 109-110 ; C. CHARLE, *Les hauts fonctionnaires en France au XIXe siècle*, Paris, Gallimard, Collection « Archives », 1980, pp. 202-213. Certains auteurs réclament donc l'inamovibilité du juge administratif, voir notamment 11. GRACH, *op. cit*., p. 150 ; M. CARRIER, *Du principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative*, Thèse Lyon, Mougin-Rusand, Waltener et Cie, 1900, p. 165.

[944] R. JACQUELIN, *Principes dominants du contentieux administratif.*

[945] L. ROLLAND, « La réaction contre les abus du favoritisme », *R.D.P.* 1911, pp. 571-600, p. 573.

[946] Th. STEEG, cité par C. Charle, *op. cit*., p. 227 : « La plupart des hauts emplois de l'administration, en tout cas ceux qui fatiguent le moins et rapportent le plus (...) reviennent à de jeunes attachés qui, après avoir fait le gracieux ornement de l'antichambre ministérielle, vont occuper les meilleurs postes dans l'administration et dans les sous-préfectures (...) Tous les directeurs généraux ou directeurs du ministère des Finances depuis quelques années ont été nommés à l'âge de trente, trente-deux ans et demi, de trente-quatre ans (...) la Cour des Comptes 051 le refuge accueillant, on peut le dire, de l'élite élégante des cabinets ministériels ». Voir également J.M. MAYEUR, *La vie politique sous la Troisième République*, pp. 112-113.

[947] L. ROLLAND, « Les traitements des membres du Conseil d'Etat », *loc. cit.*, p. 730 : « Le recrutement du Conseil d'Etat est menacé par un autre côté. Nous avons montré dans une précédente chronique, montré comment, même depuis le vote de l'article 91 de la loi de finances du 13 juillet 1911, le Conseil courrait le risque d'être envahi par un personnel recruté à l'extérieur sans garanties très sérieuses. Il est bien connu que ce n'est point ce personnel qui fait la valeur de la 1-laute-Juridiction, que c'est celui provenant de l'auditorat, c'est-à-dire du concours (...) Quelle confiance pourrait-on avoir dans un tribunal administratif mal composé ? Le péril est d'autant plus grave que la compétence du Conseil d'Etat s'est accrue considérablement depuis vingt ans » ; R. Jacquelin, « L'évolution de la procédure administrative », *loc. cit*., pp. 403 et 405.

ses membres [948]. La juridiction administrative a pour elle sa relative jeunesse qui la conduit à vouloir s'imposer à l'administration active. Elle bénéficie surtout de ce que l'Etat a besoin de juges impartiaux pour sa propre légitimité. L'indépendance du juge est indispensable à la constitution de l'Etat de droit [949] ; l'Etat de droit est nécessaire à l'illusion démocratique. Certes, Hauriou peut écrire en 1911 que « *les administrations publiques en sont venues à ruser, à biaiser, à se défendre contre les juridictions administratives qui les gênent dans leurs combinaisons administrativo-électorales* » [950]. Mais ces résistances sont le fait d'une bureaucratie qui se défend contre l'intrusion du juge qui se voit ainsi conforté dans sa position de tiers impartial.

Les garanties offertes par le juge administratif conduisent les juristes à revendiquer pour lui des compétences de plus en plus étendues, et certains souhaitent qu'il puisse adresser des injonctions à l'autorité administrative. Mais cet élargissement des attributions juridictionnelles ne va pas sans ralentir la solution des procès. C'est d'ailleurs pratiquement la seule critique que nous pouvons relever chez les publicistes à l'encontre du Conseil d'Etat [951]. Il est vrai que la lenteur de la justice pourrait, à la longue, porter atteinte à la crédibilité de l'Etat de droit. En outre, l'indépendance de la juridiction administrative est encore trop fragile pour lui confier un rôle directement politique. Pour que le juge apparaisse vraiment comme un garant du respect du droit, il vaut mieux le tenir à distance du champ politique (contrôle de constitutionnalité des lois, de l'éligibilité des membres des assemblées, du contenu des actes discrétionnaires), Son autorité morale en dépend, dans un premier temps, comme la réussite de l'Etat de droit dépend de la qualité de ses juges [952]. Mais une fois affermie cette autorité, la doctrine souhaitera le voir jouer un rôle plus important et débordant le cadre étroit de la fonction juridictionnelle.

Le juge, et notamment le juge administratif, fait donc figure de pièce maîtresse dans la construction de l'Etat de droit à laquelle participe également le juriste. Or, à la faveur de la crise du parlementarisme et de l'obsession de la

[948] C. CHARLE (*op. cit*., p. 211) note à propos de ce recrutement que « ce qui domine parmi les candidats (à l'auditorat), ce ne sont plus les rejetons de l'aristocratie ou de la grande bourgeoisie comme avant 1877, mais les fils de la moyenne bourgeoisie qui comptent sur leurs diplômes et l'administration pour monter dans l'échelle sociale. A une exception près (Marie, Charles Blanc) aucun n'est directement lié avec les hommes au pouvoir. Les répondants politiques sont en fait de pure forme. De toute façon le gouvernement reste maître de l'orientation du Conseil d'Etat car une part notable des maîtres des requêtes, et surtout des conseillers d'Etat, se recrutent au tour extérieur. Il en résulte un blocage de carrière pour les auditeurs ».

[949] J. VALEGEAS, *op. cit*., pp. 93-94.

[950] M. HAURIOU, note sous CE *Fabrègues*, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Sirey* 1911-3- 121 .

[951] G. JEZE, « Caractère de censure doctrinale des arrêts d'annulation d'un acte administratif irrégulier », *R.D.P.* 1914, pp. 595-599, p. 595 : « Il suffira de signaler la mauvaise volonté des administrateurs et les lenteurs de la justice administrative en France pour montrer que, trop souvent, les arrêts du Conseil d'Etat les plus dignes d'approbation n'ont qu'une valeur platonique (...) Comme on l'a souvent fait remarquer, la justice administrative en France est beaucoup trop lente ».

[952] J. DELPECH, « Chronique constitutionnelle de France », *R.D.P.* 1907, pp. 67-91, pp. 67-68 « Le propre du despotisme est de laisser sous la main du maitre le juge et la loi (...) Nulle barrière contre les abus possibles de la force n'est supérieure à la mise du juge, par son origine et la permanence de ses fonctions, au-dessus des vicissitudes politiques ».

compétence, les publicistes se sont pris à rêver, semble-t-il, d'une démocratie juridique, ou plus exactement, d'un gouvernement des docteurs de la loi.

Section 2 LA RESURGENCE D'UNE UTOPIE, LE GOUVERNEMENT DES JURISTES

Les qualités prêtées à l'exécutif ont conduit les juristes à souhaiter une revalorisation de son rôle. De la même manière, les garanties offertes par le Conseil d'Etat sont un argument pour l'extension de ses attributions. Celle-ci touche d'abord, nous l'avons vu, la fonction juridictionnelle proprement dite. Le développement du recours pour excès de pouvoir et du recours de plein contentieux fait du Conseil le censeur de l'administration active. Or, dans les cas de pouvoir discrétionnaire, le contrôle du juge peut facilement devenir l'exercice même du pouvoir de décision théoriquement réservé à l'administration. Les publicistes réclament d'ailleurs une plus grande participation du Conseil d'Etat à l'édiction des règlements jusqu'à lui faire jouer véritablement le rôle de conseiller de l'exécutif. Le juge deviendrait ainsi un gouvernant à part entière, tout en gardant sa situation spécifique et privilégiée de docteur de la loi échappant aux enjeux politiques (§ 1)

Dans ce mode très particulier de gouvernement, les juges ne seraient pas seuls à jouer un rôle important ; ce sont tous les juristes qui auraient pour tâche de préparer des réformes, voire de remplacer le législateur. Il en résulte que l'Etat de droit apparaît comme un système de gouvernement du droit, par les juristes et pour le droit, à moins que ce ne soit le droit lui-même qui constitue un moyen d'accéder au pouvoir pour ceux qui prétendent le servir (§ 2).

§1. - DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL À LA TENTATION DU GOUVERNEMENT DES JUGES

Poussé à un certain degré, le contrôle juridictionnel porte en lui-même son propre dépassement par la substitution du juge à l'administrateur. Quoique les publicistes ne parlent jamais d'un gouvernement des juges, ils s'avèrent favorables à l'idée d'une « censure doctrinale » (A), comme à l'extension du rôle administratif joué par le Conseil d'Etat (B).

A - Le Conseil d'Etat, censeur des gouvernants

La crise du parlementarisme a mis en évidence l'inefficacité du contrôle parlementaire ; le développement de la bureaucratie a montré à son tour l'insuffisance du contrôle hiérarchique. Pour les publicistes, le contrôle juridictionnel

est amené à suppléer ces contrôles défaillants, sinon dépassés ; il substitue en même temps la logique juridique aux errements d'une certaine politique [953]. Le Conseil d'Etat, dans son rôle de censeur est ainsi conduit à prendre en charge des tâches qui, jusque là, appartenaient aux gouvernants (législateur, exécutif). Or l'extension de son contrôle se heurte à la nécessité de distinguer politique et juridique, de maintenir le juge comme tiers impartial et technicien du droit [954].

La doctrine tend cependant à repousser ces limites toujours plus loin au fur et à mesure de l'affermissement de l'indépendance du Conseil. La technique utilisée consiste à élargir le champ du droit en y intégrant notamment des notions politiques après les avoir transformées. C'est ce qui permet, par exemple, de justifier le contrôle sur les motifs et les buts des actes de pure administration, ou la diminution des actes de gouvernement. La substitution de la personne morale à la puissance publique a elle aussi opéré cette transformation d'un rapport de pouvoir en un rapport de droit, et a par contrecoup permis l'extension du contrôle du juge. De même, le but de service public fait entrer dans le domaine juridique et donc dans le champ du contrôle juridictionnel la notion plus politique de solidarité sociale, et le principe de continuité du service peut être efficacement opposé par le juge aux prétentions des fonctionnaires. D'une manière plus générale, le conflit opposant le citoyen au pouvoir devient un problème juridique entre un administré et le service public.

La morale contribue elle aussi à cette extension. La théorie du détournement de pouvoir, dit Michoud en 1913, « *fait entrer dans le droit certaines règles de morale qui, sans elle, resteraient en dehors du domaine juridique. Mais ce n'est pas là une objection, au contraire : plus le droit tient compte de l'idée morale, telle qu'elle est comprise dans le milieu où il doit s'appliquer, mieux il est adapté à sa destination finale* » [955].

L'argument de cette extension est tiré de la nécessaire efficacité du contrôle juridictionnel et du droit lui-même. Pour que le juge dispose d'un pouvoir réel, pour

[953] « Analyse et compte rendu du livre de H. Chardon, *L'administration de la France* », *loc. cit*., p. 352 « L'évolution de la jurisprudence dans le sens de la sévérité est !manifeste. Pourquoi cela ? On comprend mieux les arrêts du Conseil d'Etat quand on a lu les pages incisives (p. 123 et s.) dans lesquelles M. Chardon flétrit la néfaste influence des politiciens sur les administrations publiques. La sévérité du Conseil, c'est la garantie que les « bons juges », dans la mesure de leurs moyens, ont voulu assurer aux individus employés au service public, à défaut de celles que les politiciens amis de l'arbitraire ne se décident pas à leur accorder (...) De même, comment comprendre le développement vraiment extraordinaire de la théorie du recours pour excès de pouvoir en matière départementale et communale dans ces dernières années, si on ne sait pas que la tutelle administrative confiée par la loi aux préfets et aux ministres a été faussée par l'esprit de parti politique».

[954] G. TEISSIER, article « Responsabilité », *loc. cit*., p. 142 « C'est à lui (le Conseil d'Etat) qu'il appartient de déterminer le caractère des actes du pouvoir exécutif susceptibles d'engager cette responsabilité et de distinguer, par suite, les actes de gouvernement des simples actes administratifs. Cette mission, on le voit tout de suite, a une portée considérable et si elle ne trouvait pas un frein dans les lois, elle ferait du Conseil d'Etat un tribunal d'une puissance exorbitante, puisqu'en restreignant la liste des actes gouvernementaux pour étendre celle des actes administratifs, il pourrait s'arroger le droit d'annuler toutes les mesures prises par le pouvoir exécutif et d'engager la responsabilité de l'Etat, à raison de mesures qui, par leur nature même, confinent à la souveraineté et doivent échapper à tout contrôle autre que celui du Parlement ».

[955] L. MICHOUD, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, pp. 89-90.

que l'Etat de droit soit effectif, il faut que les décisions juridictionnelles soient respectées. Nous touchons ici au problème de l'autorité absolue de chose jugée dont Jèze estime qu'elle n'est pas suffisamment reconnue. C'est également la question du pouvoir d'injonction du juge à l'encontre de l'administration active. Malgré le principe de séparation des autorités, le Conseil d'Etat a, dans plusieurs arrêts, utilisé la formule du « renvoi à l'administration pour faire ce que de droit » [956]. Hauriou estime que c'est là un avertissement insuffisant et propose d'instituer une responsabilité pour faute personnelle de l'administrateur en cas d'inexécution de la chose jugée. Il refuse d'accorder à la juridiction un pouvoir de contrainte directe sur l'administration, car ce serait « faire du juge le pouvoir suprême, non pas même dans l'Etat, mais au-dessus de l'Etat [957]. Au contraire, Barthélemy et Jèze sont favorables à ce pouvoir d'injonction. Le premier considère que « *le système des astreintes serait seul efficace* » [958], le second ne voit pas « *pourquoi le Conseil d'Etat ne pourrait pas ordonner à un préfet d'inscrire d'office au budget communal une dépense obligatoire, à un Ministre de réintégrer dans les cadres un fonctionnaire irrégulièrement révoqué*»[959].

À défaut de ce pouvoir d'injonction, Jèze se contente de ce qu'il appelle « *la censure doctrinale*» dans un article de 1914 : « *Pendant longtemps le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, se préoccupait beaucoup de l'effet pratique de la constatation de l'illégalité de l'acte administratif attaqué devant lui (...) En 1906, un changement de jurisprudence s'est opéré sous l'influence de M. Romieu,*

[956] Voir notamment CE *Daraux*, 26 juin 1908, *Sirey* 1909-3-129 et la note Hauriou « Il ne faut pas se dissimuler que, depuis quelque temps, le Conseil d'Etat se trouve à l'étroit dans les pouvoirs d'annulation que lui confère le recours pour excès de pouvoir ; il prépare un nouvel élargissement de sa jurisprudence ; mais cet élargissement ne paraît pas devoir se manifester, comme après 1864, par l'apparition de nouvelles ouvertures ; ce serait plutôt par de nouveaux pouvoirs du juge dans la sentence, pouvoirs qui, bien entendu, tendraient à restreindre, sinon la liberté, du moins l'arbitraire de l'Administration active. Comme il arrive souvent, l'occasion de cette évolution serait une simple pratique de procédure, employée d'abord comme mesure d'ordre, et, pour ainsi dire, d'une façon innocente, qui, une fois établie, prendrait tout d'un coup une signification. Cette procédure est celle du « renvoi à l'Administration pour faire ce que de droit », après annulation d'une première décision, ou même sans annulation, ce qui est le cas dans notre espèce. (...) Dans la procédure du renvoi à l'Administration. il n'y a pas d'injonction à l'autorité administrative ; il n'y a qu'un appel éloquent à la moralité administrative. Jamais il n'avait été aussi évident que la théorie du recours pour excès de pouvoir est une théorie de morale juridique plutôt que de droit pur », (*loc. cit*., p. 129 et p. 130) ; de même. G. JEZE, « De la force de vérité légale... », *loc. cit*., p. 462.

[957] M. HAURIOU, note sous CE *Fabrègues*, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Sirey* 1911-3- 121, p. 121. Hauriou écrit également « Le déchaînement des passions politiques, d'une part, des passions corporatives, de l'autre, bannissant de plus en plus de l'Administration active l'esprit de justice impartiale, il sera de plus en plus entendu que, pour obtenir justice, il y a la ressource du contentieux. Mais alors il faudra que le contentieux soit complètement organisé, et, avant toutes choses, il faudra que l'autorité de la chose jugée au contentieux soit assurée du côté de l'Administration active (...). Il s'agit de trouver une solution radicale, d'une efficacité indiscutable, et non pas un palliatif tel que le renvoi à l'Administration pour faire ce que de droit, qui est un avertissement à l'Administration, une mise en demeure, en soi fort intéressante, mais qui n'est pas une sanction (...). La solution jurisprudentielle de la difficulté nous paraît très simple : elle consisterait à poser en principe que, lorsqu'une administration publique a été condamnée en dernier ressort par une juridiction quelconque, l'administrateur responsable de l'exécution de la chose jugée commet un fait personnel en n'exécutant pas le jugement » (*ibidem*, p. 121).

[958] J. BARTHELEMY, « L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public », *loc. cit*., p. 515.

[959] G. JEZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *loc. cit* ., p.466.

commissaire du gouvernement. L'éminent juriste a, à cette occasion, développé l'idée que le Conseil d'Etat, appelé par un recours pour excès de pouvoir à trancher une question de légalité, n'avait pas à se préoccuper des conséquences pratiques de la constatation d'illégalité qu'il pouvait faire. À cette occasion, M. Romieu a souligné le caractère de censure doctrinale que, dans certains cas, les arrêts du Conseil d'Etat pouvaient revêtir, et a mis en plein relief l'effet moral que ces censures ne manqueraient pas d'avoir sur l'administration active » [960]. Comme tout censeur, le Conseil d'Etat a donc un rôle moral à jouer vis-à-vis des gouvernants. Le fait que l'on puisse parfois s'en contenter montre bien qu'il s'agit d'abord de défendre le droit pour lui-même, et que la protection des administrés passe au second plan.

Pour que la censure juridictionnelle ait un effet moral sur l'administration, il faut supposer que l'administration active voie dans le juge une autorité supérieure et non point égale. Il ne fait pas de doute que c'est bien là l'idée des publicistes, comme le souligne une conception assez courante à la fin du dix-neuvième siècle et selon laquelle le Conseil d'Etat serait une sorte de supérieur hiérarchique de l'administration [961]. Abandonnée pour mettre en avant l'indépendance de la juridiction par rapport à l'administration active et distinguer soigneusement le juridique du politique, elle a pu être reprise ultérieurement par Hauriou une fois établie cette indépendance du juge. Nous allons retrouver cette oscillation à propos des plupart des attributions administratives du Conseil d'Etat que la plupart des publicistes souhaitent voir augmenter dès lors que sa fonction juridictionnelle n'est plus contestée.

B — L'extension des attributions administratives du Conseil d'Etat

Jusqu'à 1870, le Conseil d'Etat se définissait essentiellement comme un organe chargé de conseiller l'exécutif et de participer à l'oeuvre législative [962]. Deux facteurs sont venus modifier cette situation dans le sens d'un amoindrissement de ses prérogatives administratives et politiques : la transformation du Conseil pour en faire une véritable juridiction conduit à l'extension considérable de son rôle juridictionnel et au déséquilibre croissant entre ses deux fonctions traditionnelles. L'indépendance et la crédibilité du juge supposent, au moins dans les premiers temps, de l'éloigner de l'exécutif et de diminuer, sinon de supprimer ses attributions proprement politiques. En outre, la chute du Second Empire et l'instauration du régime parlementaire entraînent l'abaissement du rôle de l'exécutif, et corrélativement celui du Conseil qui n'a plus, d'autre part, aucune légitimité à préparer les lois [963].

[960] G. JEZE, « Caractère de censure doctrinale des arrêts d'annulation d'un acte administratif irrégulier », *loc. cit*., p. 596.
[961] 0. LEVAVASSEUR DE PRECOURT, note sous CE *Commune de Fagnières*, 21 novembre 1890, *R.G.A*. 1890, tome 39, pp. 433-436, p. 435.
[962] Voir L. AUCOC, *op. cit*., tome I, pp. 109 et s.
[963] A. GAUTIER, *op. cit*., tome II, p. 68 « Aujourd'hui, le Conseil d'Etat n'est plus un pouvoir politique, il n'est qu'un corps consultatif auquel le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif peuvent demander des avis qui

Les deux raisons qui expliquent l'effacement du rôle directement politique du Conseil permettent également de comprendre la revendication des publicistes en faveur de l'extension de ses attributions non juridictionnelles, dans la mesure où c'est seulement lorsque l'indépendance du juge semble assurée qu'il est permis de réclamer pour lui de nouvelles compétences, dans la mesure aussi où la crise du parlementarisme conduit les publicistes à préférer l'exécutif au parlement et à vouloir retourner la situation au profit du Conseil d'Etat. Si, à la victoire du parlement, correspond l'abaissement du Conseil, on peut dire sans trop caricaturer que la crise du parlementarisme entraîne la revalorisation de l'institution. Il ne s'agit pas pour autant d'un retour pur et simple à l'époque antérieure, mais d'un rapport dialectique entre les deux fonctions du Conseil, sinon dans la réalité, du moins dans la conception que s'en font les publicistes : la volonté de faire du Conseil un juge à part entière oblige à relativiser ses fonctions politiques ; une fois acquise sa transformation en juridiction véritable, la compétence et l'indépendance du juge deviennent des arguments pour lui confier un rôle plus important qui consiste à suppléer aux défaillances des gouvernants. La nouveauté de la situation vient de ce que les attributions que l'on prétend ainsi lui confier ne sont pas présentées comme des attributions politiques, mais comme des compétences techniques.

Il faut donc ici distinguer plusieurs périodes pour rendre compte de l'attitude des publicistes sur cette question.

Au tout début de la Troisième République, certains regrettaient la diminution des attributions administratives du Conseil. Aucoc notamment aurait souhaité qu'il soit obligatoirement consulté sur tous les règlements du chef de l'Etat, et pas seulement sur les règlements d'administration publique. Cette attitude peut certes s'expliquer par le fait que Aucoc était membre du Conseil d'Etat, mais on peut aussi la comprendre comme une réaction de méfiance à l'égard de l'exécutif : « *Si l'intervention du Conseil est jugée nécessaire quand il s'agit de déterminer certaines règles de détail dans les limites fixées par une loi spéciale, comment ne le serait-elle plus quand le gouvernement prend l'initiative d'un règlement pour combler les lacunes de la loi, pour organiser un service public, pour imposer aux citoyens des obligations ? N'est-ce pas alors plus que jamais qu'il importe que des garanties soient données à l'intérêt public et aux intérêts privés contre les abus possibles du pouvoir réglementaire, contre une sorte d'usurpation du pouvoir législatif ?* » [964].

---

ne sont jamais obligatoires pour eux (...) Sous un gouvernement parlementaire, surtout avec les deux Chambres, on conçoit que l'avis du Conseil d'Etat soit rarement demandé par le législateur par crainte des retards qu'entraînerait une nouvelle délibération précédant les débats nombreux que comportent les discussions parlementaires. Aussi le rôle du Conseil d'Etat est-il surtout dans ce cas d'être l'auxiliaire du pouvoir exécutif, qui trouve dans ses avis d'utiles lumières », et p. 72 : « Comme conseil du pouvoir législatif, le Conseil d'Etat joue naturellement un rôle bien plus effacé sous un gouvernement parlementaire, où les projets de lois sont soumis à l'élaboration de deux Chambres, que sous un gouvernement personnel, où le Conseil d'Etat, composé d'hommes dévoués à la politique du gouvernement, est le plus souvent associé à la préparation de la loi ».

[964] L. AUCOC, « Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'Huit dans la rédaction de ces règlements », *R.C.L.J.* 1872, pp. 75-84, p. 80. Comparer A. F., *op. cit*., tome III, p. 209 «

Dans ces conditions, l'extension des attributions administratives du Conseil correspond davantage au système de l'Etat légal qu'à celui de l'Etat de droit. Aussi retrouve-t-on cette revendication chez un héritier de l'Etat légal comme Valegeas[965].

À l'époque qui nous intéresse, la plupart des auteurs cependant vont accepter cette diminution des attributions administratives du Conseil dans le but d'une part de laisser une plus grande indépendance au pouvoir exécutif [966], d'autre part d'assurer corrélativement l'indépendance du Conseil en tant que juge de l'administration. Dans sa discussion avec Jacquelin, Artur se montre prêt en 1900 à sacrifier la totalité des compétences administratives du Conseil [967] pour mieux justifier l'existence de la juridiction administrative.

Au tournant du siècle, la situation est encore incertaine ; le passage de l'Etat légal à l'Etat de droit est en train de s'opérer, la méfiance à l'égard de l'exécutif a diminué au point de revendiquer pour lui un rôle plus important en matière de règlement, l'affermissement du rôle juridictionnel du Conseil entraîne des réticences quant à lui reconnaître un rôle de conseiller du gouvernement.

Entre 1900 et 1914, en revanche, l'autorité juridictionnelle du Conseil d'Etat se trouve suffisamment établie pour que l'on songe à lui octroyer des attributions plus

---

Assurément, dans la plupart des cas, il est désirable que l'avis du Conseil d'Etat soit demandé, et, en fait, les choses ne se passent autrement que dans des circonstances assez rares. Mais si la délibération du Conseil d'Etat était toujours exigée, il arriverait que, dans les cas d'urgence, le pouvoir réglementaire serait entravé au détriment de l'intérêt général. M. Aucoc a raison de désirer qu'on prenne l'avis, toujours si éclairé, du Conseil d'Etat ; mais au moins faudrait-il faire une distinction entre les règlements temporaires et les règlements permanents ».

[965] J. VALEGEAS, *op. cit*., p. 70 : « Il n'y a rien à ajouter à ce que M. Aucoc a dit en 1872 de la nécessité de cette consultation dans tous les cas, et d'un autre côté, la question semble définitivement résolue en sens inverse. Le Conseil d'Etat apporterait dans l'élaboration des règlements le calme et la maturité. Son intervention éviterait au moins les rédactions hâtives et erronées ; elle assurerait, comme le disait M. Vivien, « l'unité d'application des règles administratives » ; elle empêcherait que, « pour des cas semblables, les solutions varient avec les départements ministériels » ; donnerait « à la rédaction l'ordre, la simplicité, la clarté qui en sont les mérites essentiels et trop peu appréciés » ». De même, Hébrard DE VILLENEUVE, article « Règlement d'administration publique », *Répertoire Bequet*, 1906, p. 54.

[966] Ainsi, F. Moreau s'oppose-t-il à ce que tous les règlements soient soumis au Conseil d'Etat pour avis car « le gouvernement a besoin d'une assez grande liberté d'allure, d'une suffisante promptitude dans ses actes, liberté et promptitude inconciliables avec la nécessité de recourir sans cesse au Conseil d'Etat » (F. MOREAU, *Le règlement administratif*, p. 147) ; de même, E. RAIGA, *op. cit*., p. 55.

[967] E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1900, tome XIII, p. 485. Rapprocher, M. PHILIPPE, « Le Conseil d'Etat et ses tendances actuelles », *R.D.P.* 1906, pp. 79-89, p. 80 : « Ce n'est pas seulement par le personnel que le Conseil d'Etat au contentieux se distingue du Conseil d'Etat, corps administratif. C'est aussi par les pratiques qui y sont suivies. Plus l'on étudie de près les arrêts du Conseil au contentieux, plus on constate les progrès réalisés par la jurisprudence. Les opérations administratives du Conseil sont moins connues ; mais ce qui est certain, c'est que le Gouvernement exerce une influence prépondérante sur ce qui s'y fait : préparation de projets de loi ou de règlements d'administration publique, avis sur le sens d'une loi, etc. Le désir de plaire au Gouvernement y est manifeste. Ici, le Conseil fait beaucoup moins oeuvre de jurisconsulte que de légiste. Il s'introduit même des formations, qui ne sont peut-être pas absolument contraires aux textes organiques du Conseil, mais qui, en tout cas, sont nouvelles et cadrent avec cette influence prépondérante exercée par le Gouvernement. La méthode normale de travail employée jusqu'ici, c'était l'étude des projets dans les sections administratives organisées et préconstituées entre lesquelles sont répartis les membres du Conseil. Or, de plus en plus, à l'heure actuelle, on constate la nomination de commissions spéciales pour une affaire déterminée, dont les membres sont soigneusement triés sur le volet et dont les opinions politiques connues permettent de prévoir la solution qui sortira des travaux de la commission (...) Plus on étudie le Conseil d'Etat, plus on est amené à distinguer les deux grands éléments dont il se compose ». De même, M. CARRIER, *op. cit*., p. 161.

étendues en matière administrative. La pratique gouvernementale d'avant guerre encourage d'ailleurs les partisans d'une réforme en ce sens. Il semble en effet que, dans les années 1910, l'exécutif se décharge de plus en plus souvent sur le Conseil du soin de rédiger les règlements d'administration publique, au lieu de se contenter d'un avis. Rolland en conclut aussitôt que « *si l'on désire faire du Conseil le rédacteur effectif et avoué des règlements d'administration publique, c'est parce que l'on pense de plus en plus que seul il est capable de les élaborer* » [968]. A cette époque, les auteurs vont beaucoup plus loin que Saint-Girons [969] ou Cahen [970] quelques années plus tôt dans leur prétention d'élargir les compétences du Conseil : ils souhaitent notamment que l'avis formulé par la juridiction soit obligatoirement suivi par le président [971], mais aussi que la réglementation élaborée par le Conseil prenne une place de plus en plus importante par rapport à la législation [972].

Il ne s'agit donc plus seulement d'accroître les compétences administratives du Conseil d'Etat, mais aussi et peut-être surtout de lui restituer des attributions législatives, de façon à pallier les inconvénients dus à l'incompétence du législateur. On assiste ainsi à la conjonction de l'antiparlementarisme qui déprécie l'oeuvre législative pour étendre les compétences réglementaires, et de l'obsession de la compétence qui veut renforcer le pouvoir des hauts fonctionnaires contre les politiques. Moreau souhaite par exemple la transformation du Conseil d'Etat en un véritable conseil législatif chargé d'assister le parlement pour la rédaction des lois[973].

---

[968] L. ROLLAND, « Le Conseil d'Etat et les règlements d'administration publique », *R.D.P.* 1911, pp. 380-398, p. 389

[969] Dès 1881, A. DE SAINT-GIRONS souhaite que la consultation du Conseil d'Etat soit obligatoire pour « tous les règlements généraux et non pas seulement ceux qui constituent l'exercice d'une fonction législative » (*Essai…*, p. 283).

[970] Auditeur au Conseil d'Etat, G. CAHEN souhaite lui aussi que tous les règlements soient soumis pour avis au Conseil d'Etat : « Ce contrôle préventif est une garantie que réclame le régime parlementaire. La seule différenciation qui se puisse justifier entre les règlements est celle qui découle de la diversité de leur objet : les uns posent des règles de droit ; les autres ressortissent à la pure administration. Que les premiers soient édictés en vertu des exigences formelles du législateur ou de la propre initiative du gouvernement, peu importe ici ! Et si l'on tenait à maintenir cette distinction, pour nous artificielle, ne seraient-ce pas surtout les décrets spontanés qui appelleraient le plus minutieux contrôle ? N'est-ce pas pour contrebalancer les excès de l'arbitraire gouvernemental que la collaboration patiente, réfléchie d'un Corps indépendant doit être jugée nécessaire ? » (*Le gouvernement législateur*, p. 367).

[971] « Il faut bien reconnaître que la question se pose de savoir si précisément le régime actuel ne devrait pas être changé, et s'il ne conviendrait pas d'obliger le chef de l'Etat à se conformer à l'avis à lui donné (...) Le Ministre qui, à l'heure actuelle, endosse la responsabilité des règlements d'administration publique, ne peut ni ne doit en être l'auteur. Il ne le peut pas parce qu'il n'a réellement aucune compétence technique, et que, même s'il est compétent, son temps est absorbé par le travail exclusivement politique. Il ne le doit pas à cause qu'il est forcément dans la dépendance des hommes politiques, lesquels ont entre leurs mains son sort ministériel et auxquels en conséquence il est toujours prêt à céder. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas l'obliger à se conformer à l'avis donné par le Conseil d'Etat ? Ne peut-on pas dire avec M. Chardon que cette solution est dans la logique inévitable, que l'on y arrivera tôt ou tard ? » (L. ROLLAND, « Le Conseil d'Etat et les règlements d'administration publique », *loc. cit*., p. 391).

[972] « L'utilité de la réglementation par décret pris sur avis du Conseil d'Etat est double. D'une part, les membres du Conseil sont plus à même que les membres des Chambres, à raison de leur compétence technique, de préciser les détails d'exécution ; d'autre part, le décret est quelque chose de très souple, à cause qu'il est facilement modifiable » (L. ROLLAND, *ibidem*, p. 397 ; voir également H. CHARDON, *Le pouvoir administratif*, ; L. DUGUIT, *Traité…*, tome I, p. 460).

[973] F. MOREAU, « L'initiative parlementaire », *R.D.P*. 1901, tome 15, pp. 251-296, p. 283

Ce mouvement qui, selon Rolland, « *se fait jour un peu partout en ce moment en faveur d'une réforme de notre organisation administrative et d'une restitution aux agents à compétence technique du pouvoir de décider* » [974] est essentiellement le fait des publicistes et des membres du Conseil d'Etat directement intéressés à son succès. Cette revendication pour une extension des compétences du Conseil d'Etat s'inscrit donc cette fois dans le cadre de l'Etat de droit, et non plus dans celui de l'Etat légal. Paradoxalement semble-t-il, elle n'aboutira en pratique que bien des années plus tard avec le gouvernement si peu démocratique de Vichy, dont le publiciste J. Barthélemy fut garde des Sceaux. Ce dernier s'adressa au Conseil d'Etat en 1941 par un discours qui mérite d'être cité ici pour ce qu'il nous apprend sur son auteur et sur la possible signification des compétences attribuées au juge : « *Je n'ai jamais hésité, sous le régime précédent, à déclarer qu'on avait tort de se servir si peu de vous comme un instrument naturel de l'initiative législative, et, pour parler un langage à la Sieyès, comme atelier d'élaboration des lois. Les autorités les plus hautes ont accusé de cette négligence la jalousie des commissions parlementaires. Et je ne sais jusqu'à quel point cette observation est justifiée, puisque tant de trains de décrets-lois sont partis sans que vous ayez donné le coup de sifflet ; c'est une constatation qu'il convient de faire publiquement et de répéter, si vous tenez à votre réputation de loyaux fabricants de textes. Quoi qu'il en soit, la concurrence des commissions parlementaires ne vous paralysera plus ; et comme nous ne cessons de proclamer la nécessité de l'appel aux compétences, votre mission est, selon toutes les apparences, appelée à grandir de ces côtés (...) Ce n'est certes pas dans les lois de ces derniers lustres que les écrivains juristes iront chercher des modèles de style dénudé, précis, concis, disant avec le moins de mots possible, le plus de choses possible et avec une absolue clarté (...) Votre rôle est évidemment de chasser ces obscurités fertiles en litiges qui naissent de l'imperfection de la formule, laquelle n'est trop souvent que la fille naturelle de l'indécision de la pensée* » [975].

De la même façon que les projets voulant remplacer la représentation politique par une représentation professionnelle pouvaient faire penser au corporatisme vichyssois, la volonté de confier aux fonctionnaires (et notamment au

[974] L. ROLLAND, *ibidem*, p. 389. Rapprocher A. ESMEIN, *op. cit*., pp. 570-571, sur la pratique selon laquelle les ministres se font assister dans les débats devant la chambre par des commissaires désignés par décret du président de la République : « C'est là une disposition des plus sages et des plus pratiques. Son emploi est de nature à corriger, dans une large mesure, certains inconvénients qui sont presque inhérents au gouvernement parlementaire et dont on lui a fait reproche non sans raisons. La lutte dans les Chambres, dont le pouvoir est le prix, fait nécessairement que, dans la composition des cabinets, la notoriété politique exerce plus d'influence que l'aptitude professionnelle. Il arrive ainsi que des hommes, d'ailleurs remarquables, soient portés à tel ou tel ministère, alors qu'ils n'ont point une connaissance spéciale, scientifique ou pratique des affaires qui en dépendent. D'autre part, chaque chambre est composée d'hommes qui, en grande majorité, sont forcément incompétents pour bien apprécier toute loi d'un caractère quelque peu technique ; il faut des personnes d'une compétence spéciale et profonde pour les guider et les éclairer dans la discussion. C'est ce qu'il est possible d'obtenir par le choix des commissaires. On aura ainsi, dans un débat sur un projet de loi, l'homme spécial à côté de l'homme politique ».

[975] J. BARTHELEMY, cité *in Le Conseil d'Etat 1799-1974*, Paris, CNRS, 1974, pp. 805-806.

Conseil d'Etat) un rôle essentiel dans l'Etat pose les prémices d'un gouvernement technocratique dont le régime de Vichy fut un début de réalisation. Il n'est pas dans notre propos de dire que tous les publicistes du début du siècle auraient facilement admis ce régime, ni même qu'ils aient tous été partisans d'éliminer les élus au profit des spécialistes. Mais nous voulons souligner ce fait que c'est au moment où l'on dénonce les abus du parlement, au moment aussi où le nombre des fonctionnaires augmente considérablement, que se forge la pensée technocratique ; et que la conception que se font les publicistes de l'Etat de droit fait partie intégrante de ce mouvement favorable au pouvoir des techniciens. Cet Etat de droit se construit en effet autour et à partir des spécialistes du droit, c'est-à-dire des juges et des juristes. Sa prétendue finalité est celle de remplacer, dans les rapports entre l'Etat et les particuliers, la puissance de fait par le règne du droit, ce en quoi les juristes s'investissent eux-mêmes d'une mission civilisatrice : la pacification de la société.

§ 2. - LA MISSION CIVILISATRICE DES JURISTES

Le juge n'est pas le seul à tenir le rôle de grand prêtre dans l'Etat de droit ; c'est l'ensemble des juristes (et plus particulièrement les publicistes) qui doit servir le culte du droit. Nous retrouvons ici la tradition des jurisconsultes qui, de tous temps, ont prétendu imposer leur influence au Prince sous couvert de leur connaissance spéciale de la loi, tendance qui correspond d'ailleurs au besoin ressenti par l'exécutif d'avoir des légistes pour justifier son action à l'encontre des prétentions parlementaires. En ce sens, le discours des publicistes de la Troisième République ne présente guère de nouveauté, et l'on pourrait aussi bien ne voir dans leur projet que la nostalgie du rôle qui leur était dévolu à d'autres époques. Mais les juristes ne prétendent pas simplement revenir en arrière ; au contraire, ils se veulent porteurs d'un avenir que nous tenterons de préciser en étudiant le rôle qu'ils s'attribuent dans l'Etat (A) et les finalités qu'ils assignent à l'Etat de droit (B).

A Le rôle du juriste dans l'Etat de droit

À lire les publicistes, on s'aperçoit que ces derniers se croient et se veulent investis de deux missions dans l'Etat : celle d'éduquer les gouvernants qui, lorsqu'elle est conçue de façon extensive, aboutit nécessairement à un rôle plus important : celui de législateur.

Dans la mesure où l'on croit que le droit comme objet est fondé sur la Raison, et que le droit comme discipline est une science, il est logique que ses spécialistes s'imaginent plus aptes que d'autres à savoir ce qu'il faut faire. Il leur appartiendrait de guider les gouvernants, de leur offrir une direction intellectuelle

loin des passions de la politique [976]. Cette mission leur paraît d'autant plus nécessaire qu'ils vivent en démocratie, c'est-à-dire pour beaucoup d'entre eux un régime qui se définit par la force du nombre ; elle devient indispensable quand ce régime est en crise. Les plus conservateurs ne sont pas loin de voir dans la démocratie le règne de la populace et le commencement de l'anarchie ; ce sont par conséquent les plus enclins à vouloir l'encadrer par des éducateurs, sinon des précepteurs : « *Donner à la démocratie des règles de conduite, lui apprendre à discerner et à respecter le droit, lui enseigner l'horreur de la force sous tous ses aspects, le culte de la vérité et de la justice, lui fournir en un mot une éducation morale, telle est la tâche inéluctable et pressante de notre temps* » [977].

Ce n'est pas seulement le peuple qu'il s'agit d'éduquer, mais aussi et surtout les représentants à l'heure où la compétence des gouvernants semble disparaître et où les principes juridiques sont mis en cause par la politique sociale. C'est ainsi que Barthélemy s'insurge contre certain parlementaire pour avoir « *invité le Parlement à laisser de côté toutes les discussions de juristes qui, d'après lui, étaient dépassées dans une assemblée politique. Nous estimons que ce sont là de détestables arguments, et que le Parlement d'une démocratie mérite d'être traité autrement qu'avec des flatteries de courtisans d'Ancien Régime. Il ne faut pas se lasser de répéter que si le Parlement est au-dessus des lois, il n'est pas au-dessus du Droit*»[978]. Les juristes sont là pour opposer aux prétentions des parlementaires les dogmes qu'ils ont eux-mêmes forgés autrefois contre la monarchie absolue [979]. Tout cela n'est pas sans rappeler le rôle de censure doctrinale que Jèze assigne au Conseil d'Etat ; mais le juriste théoricien a sur le juge un avantage qui en fait l'éducateur par excellence, le guide scientifique pour une époque de mutations : alors que le travail du praticien est « *forcément fragmentaire et décousu* », le théoricien « *a l'esprit plus libre, il a plus de loisirs, il a aussi plus de moyens scientifiques, plus d'expérience, pour connaître un plus grand nombre de faits, pour les analyser plus exactement, pour rechercher leur influence et déterminer leur importance véritable* » [980]. Ainsi l'apologie du juge

[976] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 183 « L'abandon de ces discussions théoriques, juridiques, philosophiques est fait pour attrister les esprits élevés et généreux qui voudraient que la politique acceptât une direction intellectuelle ». De même, M. Deslandres définissant la science politique : « La science se proposant de guider la marche si tâtonnante, si incertaine des divers pays dans l'évolution politique » (« La crise de la science politique », *R.D.P.* 1901, tome XVI, 6e article, pp. 402-451, p. 451).
[977] F. MOREAU, *ibidem*, p. 360.
[978] J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *loc. cit.*, p. 484.
[979] J. BARTIIELEMY, « Sur l'interprétation des lois par le Parlement », *R.D.P.* 1911, pp. 129-163, p. 162 : « Les juristes, qui n'ont pas aujourd'hui ce qu'on appelle une bonne presse, se refusent à dire au Parlement « Sire, ce peuple est à vous ». A sa prétention de s'attribuer tout l'héritage de pompeux attributs et de pouvoirs absolus qui ont fait briller les souverainetés usurpées, ils ont opposé leurs dogmes : c'est, par exemple, le dogme de la séparation des pouvoirs et de la distinction des compétences (...) C'était le dogme de l'Etat honnête homme (...) C'était le dogme qui enlève le passé à l'action du législateur ; c'était le dogme de la séparation du domaine contractuel et du domaine légal ».
[980] G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle des théoriciens dans l'examen des arrêts des tribunaux », *loc. cit.*, p. 314

n'est-elle qu'un préliminaire à celle du juriste, c'est-à-dire essentiellement du professeur [981].

Ce plaidoyer *pro domo* déborde largement le cadre qui lui était initialement fixé : de la mission éducative (des élèves, puis du peuple, enfin des gouvernants) à celle de législateur, il n'y a qu'un pas que certains s'empressent de franchir au nom de la compétence et de l'efficacité. Saint-Girons est sans doute l'un des premiers à le faire puisqu'il envisage dès 1885 la création d'un conseil législatif essentiellement composé de jurisconsultes et chargé de préparer les lois pour maintenir la continuité et la tradition dans l'Etat et la législation, mais aussi pour favoriser l'harmonisation des pouvoirs [982]. Aucun autre publiciste ne formule aussi clairement ce projet de jouer directement le rôle de législateur mieux que ne le font les représentants ; mais tous sont persuadés que les juristes sont mieux armés que les politiciens pour élaborer des règles justes et raisonnables, et surtout pour donner une expression juridique précise aux besoins de l'intérêt général.

Le programme que Larnaude assigne à la *Revue du droit public* en 1894 constitue, de ce point de vue, un véritable morceau d'anthologie : « *Nous croyons*, dit-il, *qu'à l'époque actuelle, en présence de l'importance toujours-grandissante que prennent les questions de droit public et de science politique, il ne faut pas les laisser discuter seulement par les Parlements et les partis. La science, qui n'a jamais été mieux armée qu'à présent, doit, elle aussi, fournir sa note dans ce concert où les partis ont jusqu'à présent accaparé tous les rôles (...) Sans être infaillible, et, à raison de ses procédés d'étude et de discussion, à raison aussi de l'absence d'intérêt immédiat dans le résultat des luttes politiques, elle risque moins de se tromper que les partis, les Parlements et l'opinion publique. En tout cas, elle a le droit de dire ce*

[981] E. ARTUR envisage ainsi une réforme du Tribunal des Conflits : « D'abord, le ministre de la justice en devrait être exclu. C'est un personnage essentiellement politique (...) En second lieu, nous voudrions voir ajouter aux membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat des éléments étrangers aux deux pouvoirs intéressés, par exemple des avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, ou des membres du barreau de Paris, ou des professeurs de la Faculté de droit de Paris, au nombre de trois, et que ces membres fussent désignés par le corps auquel ils appartiennent. Dans ces conditions, on aurait toutes chances d'avoir un tribunal très éclairé, très impartial, présentant toutes les garanties possibles pour déterminer avec désintéressement et sûreté les limites entre l'administration et la juridiction » (« Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1902, tome XVII, pp. 271-272). Noter cependant en sens radicalement contraire l'opinion de A. MATER (*Revue socialiste*, tome XL, 1904, pp. 9-40), cité *in* DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, p. 2 : « C'est avec raison que l'on regarde le droit comme un instrument de la classe bourgeoise, l'étude du droit comme une discipline conservatrice et les juristes comme des réactionnaires professionnels (...), que les professeurs de droit, rémunérés par l'Etat, sont obligés de ménager la clientèle riche, qui seule assiste à leurs cours et achète leurs livres ».

[982] Voir A. DE SAINT-GIRONS, *Manuel*, p. 286. Rapprocher A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 616, à propos des incompatibilités parlementaires et des exceptions faites au profit de certains fonctionnaires : « Dans un pays où la passion des fonctions publiques s'est largement développée, ces hommes forment une portion notable de l'élite intellectuelle : leur présence au Parlement, à la Chambre des députés, serait par là même désirable. Leur en fermer la porte, c'est laisser sans contrepoids indispensable l'influence croissante des politiciens de profession. Ne vaut-il pas mieux déclarer leur fonction compatible avec un mandat, qu'ils pourront alors briguer et exercer en pleine indépendance, sûrs de retrouver au besoin la fonction publique qu'ils auront dû momentanément cesser d'exercer dans la plupart des cas, mais qu'ils n'auront pas perdue ? Cela est vrai surtout des fonctionnaires publics, dont la fonction a un caractère professionnel nettement marqué et ne touche point directement à la politique, comme les ingénieurs de l'Etat et les professeurs de l'Université ».

qu'elle croit être la vérité, et elle méconnaîtrait sa mission, elle manquerait à ce que la société peut légitimement exiger d'elle, si elle ne faisait pas profiter le pays des trésors d'érudition, de savoir et de critique qu'elle renferme dans son sein » [983].

Jèze en arrive à présenter l'opinion du juriste comme l'une des sources du droit, ce dernier étant défini comme « *l'ensemble des règles de conduite sociale que la majorité des hommes de ce pays et de cette époque estiment justes et socialement utiles. Un ouvrage de droit, poursuit Jèze, doit contenir l'exposé des règles que le législateur, l'opinion publique des juristes, et, en particulier l'opinion des tribunaux déclarent dans un pays donné, à un moment donné, être justes et utiles* » [984]. Ce que croit la majorité des hommes se réduit donc à l'opinion des Juristes et du législateur, et, en matière de droit administratif, elle tend à n'être plus que celle des juristes dans la mesure où le législateur n'intervient que fort peu. Le meilleur exemple n'en est-il pas donné par Laferrière que Jèze et certains publicistes d'aujourd'hui présentent comme le grand ancêtre venu organiser le chaos [985].

Le juriste est donc appelé à jouer un rôle essentiel dans l'Etat de droit, car en tant que « savant », il peut « *mieux que le juge, mieux que le praticien dégager le sens dans lequel s'oriente et doit s'orienter tel ou tel principe juridique* » [986]. En outre, nous avons vu que le juge, étant destiné à arbitrer les conflits, est perçu comme celui qui doit harmoniser des intérêts opposés ; mais sa fonction même l'empêche d'avoir une vue d'ensemble, il n'intervient que de façon ponctuelle. Au contraire, les publicistes estiment qu'il appartient à la doctrine d'établir une synthèse de ces

[983] F. LARNAUDE, « Notre programme », *R.D.P.* 1894, tome I, pp. 1-14, pp. 13-14. On sait d'autre part que Lamaude a joué un rôle important dans la Société générale des prisons e qui, sur le terrain qui lui est propre, a préparé la mise à l'étude et le vote de nombreuses lois pénitentiaires, dont l'utilité était incontestable » (*R.D.P.* 1902, tome XVIII, p. 562). C'est en partie sur ce modèle qu'a été créée en 1902 la Société d'études législatives dont la naissance est ainsi commentée dans la *R.D.P.*: « Il n'est pas douteux (...) que, dans certaines matières de caractère très spécial, le travail du Parlement devrait être aidé par l'élaboration constante d'initiatives privées appliquées à cette oeuvre de documentation et de préparation législatives. C'est ce qui se passe partout à l'étranger (...) Il a donc semblé que l'heure était propice pour fonder en France une société analogue. La société nouvelle a pris le nom de Société d'études législatives, pour bien montrer que, loin de s'en tenir à l'examen théorique des questions, le but qu'elle se proposait était d'en apprécier la réalisation pratique. Elle voudrait s'adresser, à cet effet, non seulement aux juristes de profession, mais à tous les hommes de spécialités professionnelles, susceptibles de devenir les auxiliaires de ce qu'il conviendrait d'appeler aujourd'hui la politique juridique. Pour bien marquer ce double courant, la société s'est divisée en deux catégories de membres, les membres titulaires en nombre limité, qui se recruteront principalement parmi les juristes de profession, et des membres associés en nombre illimité, qui représenteront toutes les catégories auxiliaires des compétences accessoires, se rattachant à la science du droit, économistes, historiens et industriels » (*ibidem*).

[984] G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence... », *loc. cit*., pp. 312-313.

[985] G. JEZE, *ibidem*, p. 316 : « Enfin Laferrière vint, et le premier, en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode ». De même, L. FOUGERE (*Le Conseil d'État 1799-1974*, p. 707) : « Chargé en 1883 d'un enseignement de droit administratif à la Faculté de droit de Paris, il en tira son célèbre Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, qui fut le premier ouvrage à ordonner dans la pleine lumière des principes les matières contentieuses qui formaient encore à cette époque une masse assez informe ».

[986] . G. JEZE, « De l'utilité des études théoriques de jurisprudence... », *loc. cit*., p. 315 ; « De plus, le théoricien est conduit à revêtir les idées qui sont dans l'air de formules plus précises et plus exactes ; cela peut contribuer à donner à ces idées une force, une énergie, une efficacité nouvelles ou, au contraire, à en accuser la faiblesse et à en hâter la disparition » (*ibidem*).

interventions, de leur donner une orientation cohérente, et par conséquent de faire la théorie de l'intérêt général, mission normalement dévolue aux députés mais qui devrait leur incomber du fait de l'incompétence des parlementaires et de leur souci exclusif pour les intérêts locaux [987]. Or, en tant qu'ils participent à la construction de la théorie de l'Etat de droit, les juristes se sentent investis d'une mission d'autant plus importante qu'ils attribuent une finalité plus élevée à cette version française du *Rechtsstaat*.

B — La finalité assignée à l'Etat de droit

Les publicistes voient d'abord dans l'Etat de droit un équivalent de la notion d'Etat moderne opposé à la barbarie de l'Etat de police. Ils pensent contribuer au progrès de la civilisation en substituant au rapport de force Etat -particulier un rapport de droit du même type que celui que l'Etat impose au sein de la société entre particuliers et que le droit international prétend imposer aux relations entre Etats. Cette conception exclut évidemment toute analyse du droit comme rapport de force institutionnalisé. Elle postule au contraire l'antinomie absolue de la force et du droit. « *Ce que nos conceptions morales actuelles nous révèlent, ce que l'état social des peuples civilisés nous montre avec la plus indiscutable clarté*, dit Berthélemy, *c'est la subordination de la force au droit, c'est le droit créant la force pour se faire respecter, et non pas la force inventant le droit pour faire tolérer sa suprématie (...) La société n'est pas digne de ce nom tant que la force seule y règne. Elle ne peut se développer, se civiliser que par le triomphe du droit sur la force, par la suppression de la force en tant que violence arbitraire, par la domestication de la force, réduite à n'être plus que l'agent d'exécution du droit* » [988]. Duguit ne dit pas fondamentalement autre chose lorsqu'il veut imposer le respect de la solidarité sociale, devenue règle du service public, aux gouvernants, c'est-à-dire aux individus détenteurs de la plus grande force ; car la notion de solidarité exclut elle aussi celle de conflit : même s'il existe une solidarité par division du travail, cette règle supérieure n'est pas, à ses yeux, fondée sur la force, elle ne vient pas institutionnaliser un rapport de force, et c'est bien pour cela qu'elle constitue pour lui la règle de droit.

Version juridique de l'Etat moderne, l'Etat de droit l'est aussi par la constante référence à l'idée de compétence opposée à l'incurie des élus du suffrage universel. C'est au nom de cette compétence qu'ils sont censés détenir que juge et juriste sont amenés à jouer un rôle essentiel dans l'Etat de droit. Mais, nous l'avons vu, cette conception technocratique tend à opposer l'Etat de droit à la démocratie

[987] G. JEZE, *ibidem*, p. 321 : « Pour réaliser de nouveaux progrès dans la science du droit administratif, il importe de trouver des termes précis, ne prêtant pas à l'équivoque. C'est la condition indispensable des analyses juridiques approfondies sans lesquelles il ne peut y avoir de solution satisfaisante. C'est aux théoriciens que revient cette tâche ».
[988] H. BERTHELEMY, « Le fondement de l'autorité politique », *R.D.P.* 1915, pp. 663-682, pp. 679-680.

politique. Si l'Etat de droit se réalise par la multiplication des contrôles juridictionnels, c'est bien parce que les contrôles politiques sont jugés inefficaces ou dangereux. Si l'Etat de droit remplace l'Etat légal, c'est parce que les publicistes ont perdu confiance dans un législateur élu par la masse du suffrage universel. Pourtant, les auteurs continuent à présenter leur construction comme celle qui doit consacrer le « triomphe définitif de la vraie démocratie », c'est-à-dire en fait des valeurs libérales proclamées en 1789 et dont certaines risquent d'être remises en cause par le suffrage universel. Les publicistes proclament leur attachement à ces valeurs qui étaient celles de l'Etat légal et qui ne peuvent être sauvegardées que par la transformation de cet Etat légal en un Etat de droit, correctif nécessaire aux excès toujours possibles du suffrage universel, expression selon eux des intérêts égoïstes particuliers. Ils retrouvent ainsi les penseurs qui ont contribué à la naissance de l'Etat légal : en substituant le règne du droit à ce qui est désigné comme l'anarchie des volontés particulières, la théorie de l'Etat de droit reproduit l'opération du contrat social venu organiser le chaos par la transformation des rapports de force de l'état de nature en rapports de droit fondant une société pacifiée. Et si l'idée de contrat social a été abandonnée, on la retrouve néanmoins, édulcorée et étatisée, dans la notion d'Etat-honnête homme.

Que l'Etat respecte la parole donnée, voila ce qui est censé constituer le summum de la démocratie. Quant à l'origine de la règle, il semble qu'elle ait perdu toute importance : dans la conception que s'en font les publicistes du début du siècle, l'Etat de droit n'est pas nécessairement celui qui applique les règles édictées par ses citoyens. Au contraire, l'idée de compétence s'oppose à ce que le droit positif résulte de la volonté d'une masse inculte s'imposant à un législateur démagogue ; le retour à un droit naturel rénové implique une simple transcription des rapports sociaux du moment en rapports juridiques, transcription pour laquelle la volonté des gouvernés n'a guère de rôle à jouer. Il reste cependant que la règle doit avoir été au moins implicitement consentie par les citoyens. Or le signe de cette adhésion est dans l'obéissance.

S'il fallait qualifier ce projet des publicistes, nous serions tentée d'y voir une utopie technocratique aux accents saint-simoniens. Certes, l'utopie se définit comme un projet totalisant, une nouvelle vision du monde partant d'une critique de la société existante pour déboucher sur une reconstruction minutieuse de la vie dans tous ses éléments et ses moindres détails. Et, à première vue, la conception que les publicistes se font de l'Etat de droit ne peut guère s'analyser comme telle. Si leur conception s'élabore à partir d'une critique de l'omnipotence parlementaire, cette critique ne se donne pas comme fondatrice ; ce n'est que par une reconstruction *a posteriori* que nous avons pu en faire le point de départ d'une nouvelle conception de l'Etat. En outre, leur projet ne vise apparemment qu'un domaine limité, celui de l'organisation politique et administrative. Ce domaine est cependant moins limité qu'il ne semble. Car avec l'Etat de droit, il s'agit de construire un système dans lequel toutes les relations s'organisent de façon juridique, où le droit triomphe définitivement sur la

force et l'arbitraire. Or les juristes ont tendance à penser que la société ne s'organise valablement qu'à partir du moment où s'instaurent des relations juridiques. En ce sens, leur projet est plus totalisant qu'il n'y paraît à première vue, et ceci d'autant plus qu'il se fonde tout entier sur une idée de compétence qui peut atteindre tous les domaines de la vie sociale. Enfin, s'agissant des partisans de la solidarité sociale, il est clair que leur démarche englobe bien davantage que la question de l'exercice du pouvoir par l'Etat.

La pensée publiciste de l'époque pourrait encore s'apparenter à l'utopie par un autre biais : on sait que celle-ci se caractérise comme système clos figuré par une île. Or la conception de l'Etat de droit tend désespérément à la perfection d'un ordre juridique clos sur lui-même. Les publicistes ont de plus en commun avec les utopistes la volonté de construire un système sans conflit et relativement statique. Réussir l'Etat de droit, c'est précisément parvenir à une solution juridique pour tout conflit qui se présente [989] ; parfaire le système, c'est aussi supprimer toute possibilité d'évolution. Certains d'entre eux enfin s'imaginent que la force de l'exemple et la beauté des idées qu'ils professent suffiront à garantir le succès de l'opération [990].

La qualification du projet comme utopie juridique n'a cependant qu'un intérêt mineur par rapport à la question de savoir s'il est encore compatible avec un régime démocratique. Or, nous l'avons vu, le discours des publicistes n'est pas toujours susceptible de s'accorder avec un système qui repose sur l'élection des gouvernants. Au nom de l'efficacité, ils réclament une redistribution des pouvoirs dans l'Etat au profit des techniciens. Certes, ils ne vont pas jusqu'à prôner le remplacement pur et simple des représentants par les professionnels ; même si certains disent clairement leur préférence pour la représentation professionnelle, il s'agit encore d'une représentation élue. Il n'empêche que leur projet se concilie mal à long terme avec le régime parlementaire, qu'ils critiquent, même s'ils doivent l'accepter. Le juge et le juriste (accessoirement le législateur) sont les seuls garants du système ; ils sont surtout des intermédiaires obligatoires que le citoyen, réduit à l'état d'administré, n'a pas nécessairement choisis. En outre, la protection du particulier n'apparaît le plus souvent que comme une finalité secondaire, l'essentiel étant la protection de l'ordre juridique, c'est-à-dire aussi d'un certain ordre social qu'il semble urgent pour la doctrine en ce début de vingtième siècle de mettre à l'abri des contestations.

---

[989] Le même problème se pose pour les publicistes en droit international.

[990] F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 260 : « L'hygiène propre à rétablir la santé dans l'organisme politique consisterait à proclamer, à répandre dans le peuple des doctrines saines et justes », et p. 283 « En vérité, les idées sont si fortes, si belles et si simples, qu'à peine montrées, le peuple les embrasserait avec enthousiasme. Pourquoi n'ont-elles pas été montrées et qui donc les montrera ? ». Rapprocher G. JEZE, « Notes de jurisprudence judiciaires », *R.D.P.* 1913, pp. 537-543, p. 543 : « Il faut recommander aux juristes timorés et aussi aux magistrats de la Cour suprême judiciaire la lecture du beau livre du professeur DUGUIT : *Les Transformations du Droit Public*. Ils y apprendront que l'ancienne idée de Puissance Publique et de souveraineté a fait son temps, qu'on lui a substitué peu à peu celle du Service Public, et que cette transformation a condamné radicalement les solutions que certains préconisent encore ».

Le système dont rêvent les publicistes consiste donc en une sorte de gouvernement des sages où ils auraient la meilleure part du fait de leurs compétences juridiques [991].

Mais la Troisième République est loin de leur avoir donné satisfaction sur tous les points et l'Etat n'a pris dans leur projet que ce qui pouvait le servir directement pour une gestion plus rationnelle du pouvoir et du conflit : le développement des recours juridictionnels et la fonction pacificatrice du juge. Le Conseil d'Etat n'a guère vu augmenter ses attributions administratives et politiques.

Quant aux juristes (mais cela concerne surtout les avocats, et non les universitaires publicistes), ils ont continué à fréquenter de très près les allées du pouvoir comme ils l'avaient fait dès le début de la Troisième République, ce qui peut d'ailleurs expliquer en partie leur rêve d'un gouvernement qui leur serait presque exclusivement réservé. Une étude de Y-H Gaudemet montre que leur influence dans l'Etat aurait plutôt eu tendance à augmenter durant cette période, et surtout à se déplacer du corps législatif vers l'administration : « *Les juristes sont proportionnellement plus nombreux encore parmi les agents de l'exécutif qu'au sein des Assemblées législatives (...). La courbe de leur participation au gouvernement suit l'évolution inverse de celle qui retrace la légère diminution du nombre des juristes présents à l'Assemblée ; les juristes mont plus nombreux à se voir confier un portefeuille ministériel dans les dernières années du dix-neuvième siècle et dans les premières du vingtième siècle (...) Jusqu'en 1914 les ministres de la Troisième République ont été en majorité des juristes ; mais dans les secteurs qui, au début de la période, allaient traditionnellement à d'autres qu'à eux, ils ont peu à peu pénétré pour s'y installer de plus en plus solidement. Finalement la tendance générale est celle d'une participation croissante des juristes aux fonctions exécutives* » [992].

Cette part croissante des juristes dans l'administration et dans l'exécutif n'est sans doute pas étrangère au discours des publicistes sur la question. Mais nous allons voir qu'il s'agit moins pour eux de servir le pouvoir que de servir le droit, seul véritable souverain dans leur construction.

[991] Voir L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat*, p. 151 .
[992] Y.H. GAUDEMET, *Les juristes et la vie politique de la Troisième République*, Paris, PUF, série Sciences Politiques, n° 21, 1970, pp. 25, 29 et 30.

Chapitre II

L'ÉTAT LIÉ PAR LE DROIT

La loi, on le sait, n'est plus une garantie suffisante aux yeux des publicistes de l'époque considérée. Soumettre l'Etat au droit, c'est donc imposer aux gouvernants, à tous les gouvernants, législateur compris, le respect d'une norme qui soit supérieure à la loi et qui paraisse incontestable. Et pourtant, la loi fait elle-même partie de ce droit qui s'impose à l'Etat ; l'Etat de droit contient nécessairement en lui un Etat légal mais il remet en cause la souveraineté du législateur induite par le règne de la loi.

Dans la mesure où les juristes estiment que la souveraineté de la loi s'est dévoyée en souveraineté d'un corps législatif inefficace, leur effort va consister à lui opposer le droit qui est à la fois une norme de référence et un ordre juridique, un ensemble englobant la loi et la relativisant (section 1). Et puisque dans ce système le droit remplace la loi, il doit revêtir ses dépouilles, et faire à son tour figure de souverain, comme le souhaitaient déjà les doctrinaires près d'un siècle plus tôt. On peut ainsi parler d'une sacralisation du droit qui est en même temps celle d'un ordre juridique, social et bureaucratique. Et c'est en se soumettant au droit que l'Etat, qui met cet ordre en place, devient légitime (Section 2).

Section 1 LES CONTENUS DU DROIT

Plus encore que celui de loi, le mot droit offre cet avantage qu'il recouvre des sens différents, souvent complémentaires mais parfois antagonistes. Cette polysémie permet des imprécisions qui peuvent s'avérer très fructueuses. Mise à part la discipline qui l'étudie, le « droit » désigne en effet la norme (§ 1) aussi bien que l'ordre juridique positif dont la loi n'est qu'un élément parmi d'autres (§ 2).

§ 1 - LE DROIT COMME NORME

Le droit, c'est la norme par excellence, celle sur laquelle se fondent toutes les règles juridiques. C'est donc la norme supérieure (A) qui, en tant que telle, s'impose à l'Etat (B) sans lequel pourtant le droit ne saurait exister comme ordre juridique.

A — Le droit comme norme supérieure

« *Si le conflit est élevé et jugé justement (...) ni la justice n'est subordonnée à l'administration, ni l'administration à la justice (...) Il ne faut pas que la justice soit subordonnée à l'administration, il ne faut pas non plus que l'administration soit subordonnée à la justice, nous voulons dire aux tribunaux ; il faut que tout soit subordonné à la loi et au droit* » [993]. Cette citation d'E. Artur montre les nombreux glissements sémantiques qui peuvent s'opérer entre les tribunaux, la justice et le droit et qui favorisent la confusion du droit naturel et du droit positif. La référence jusnaturaliste est en effet constante chez les juristes pourtant fascinés par le positivisme. Le droit, c'est d'abord ce qui est juste et qui, comme tel, doit s'imposer aux hommes vivant en société. Certes, les plus positivistes parlent d'une justice relative à chaque pays et à chaque époque, mais cette justice relative n'est finalement que la manifestation contingente de l'idée même de justice qui, dans le « ciel des idées juridiques », présente bien des points communs avec l'Idée platonicienne.

La force contraignante de cette norme réside dans sa perfection incontestable : le droit, le juste, le bien s'imposent parce qu'ils sont tels ; ou, dans une version plus positiviste, les hommes obéissent à ce qu'ils croient être juste à un moment donné. Mais le contenu de cette norme reste à définir et les publicistes hésitent à le faire dans la mesure où toute définition a pour défaut capital de se fonder sur un terrain extra-juridique : celui d'une morale individuelle ou sociale. Or les auteurs, dont nous avons vu qu'ils s'efforcent de construire l'autonomie du droit en séparant droit et politique, sont par là inévitablement conduits à retrouver les choix politiques qui leur sont propres et donc à s'opposer sur la définition de la norme qui, au fur et à mesure qu'elle se précise, perd son caractère incontestable. Aussi préfèrent-ils se contenter de généralités et fonder le droit sur un idéal d'harmonie (bien commun, solidarité, intérêt général, croyance commune en ce qui est tel) transcendant tous les conflits réels qui pourtant en justifient seuls l'existence.

Peu importe finalement la diversité des contenus possibles du droit. L'essentiel pour les publicistes est dans l'affirmation de l'existence d'une norme suprême, nécessairement bonne par définition et par conséquent obligatoire pour tous. C'est par cette référence plus ou moins consciente à cette idée de droit naturel

[993] E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *R.D.P.* 1902, tome XV11, p. 266.

que l'on retrouve ici encore la continuité avec l'Etat légal initial, celui du règne de la loi matérielle. C'est même au nom des principes mis en place en 1789 que les auteurs contestent désormais la suprématie du législateur et des normes qu'il édicte. Le droit supplante la loi précisément parce que la loi a semble-t-il failli, et c'est pour rappeler au législateur que s'il « *est au-dessus des lois il n'est pas au-dessus du droit* » [994].

Cette prise en compte du droit comme norme suprême de référence est ainsi destinée à jouer un rôle essentiel dans la lutte contre l'omnipotence parlementaire. La loi n'est « *plus quelque chose de supérieur, de rigide et de divin, c'est un simple instrument de vie sociale* » [995], cette vie sociale que certains confondent précisément avec la notion de droit [996]. Et quel qu'en soit le contenu, le mérite du droit est de mettre un point final à l'équivalence progressivement établie dans l'Etat légal entre légalité formelle et légitimité. L'idée que la règle émane directement ou non de la volonté générale ne suffit manifestement pas à fonder l'obligation d'obéissance : le nombre n'est pas le droit, soulignent nos auteurs, la volonté générale doit elle aussi se plier au droit [997].

Avec l'Etat de droit, il faut donc admettre que toute loi n'est pas légitime, qu'il y a des lois contraires au droit, et que par conséquent, l'illégalité peut être légitime. En d'autres termes, le droit l'emporte sur la loi. Duguit est celui qui l'affirme le plus clairement ; mais tous les publicistes sont d'accord avec cette idée que la loi idéale (l'idée du droit) est nécessairement supérieure à la loi comme acte du

---

[994] J. BARTHELEMY, « De l'interprétation des lois par le législateur », *loc. cit*. p. 484. De même G. JEZE, « Du retrait des actes juridiques », *R.D.P.* 1913, pp. 225-293, p. 250 ; A. ANGLEYS, *op. cit*., pp. 76 et 83 ; J. LONNE, *op. cit*., p. 154.

[995] Voir G. J., « Analyse du livre de H. Chardon, *L'administration de la France* », *R.D.P.* 1908, p. 351 « Je m'étonne seulement qu'un observateur aussi averti que M. Chardon attribue aux seuls juristes anglais l'état d'esprit suivant : "Pour la race anglo-saxonne, écrit-il (p. 133), la loi est à tout moment telle que ceux pour qui elle est faite la comprennent, et la façon dont ils la comprennent dépend des circonstances et de l'époque. Ce n'est plus quelque chose de supérieur, de rigide et de divin. C'est un simple instrument de vie sociale. Les conséquences abstraites de la loi, qui donc en a cure ? On se sert de la loi comme d'une partie essentielle du mécanisme social ; on la retouche par interprétation quand il faut, et on l'approprie tant qu'on peut aux conditions sociales et à l'opinion courante dont elle ne doit être que la traduction". Combien de juristes français pourraient signer ces lignes Les magistrats de la section du contentieux du Conseil d'Etat font-ils autre chose ? Bon nombre de professeurs de droit administratif français enseignent-ils autre chose ? » Comparer L. DUGUIT, *Manuel...*, p. 654 : « Le législateur est partout, même dans les pays qui ne pratiquent pas le système des constitutions rigides, limité par un droit supérieur à lui. Même en Angleterre, où l'omnipotence du parlement est considérée comme un principe essentiel, il y a certaines règles supérieures que la conscience même du peuple anglais se refuse à voir violer par le parlement. On doit donc voir dans l'existence de lois constitutionnelles rigides supérieures aux lois ordinaires, non point le fondement de la limitation du pouvoir législatif, mais seulement une garantie positive, et d'ailleurs bien incomplète, des règles limitatives qui s'imposent à l'Etat législateur ».

[996] Voir F. MOREAU, « De la souveraineté », *loc. cit*., p. 350 « La vie sociale, dont la souveraineté est l'expression, se manifeste comme toute vie, par des fonctions ».

[997] « Il n'est pas vrai que la loi soit nécessairement et simplement l'expression directe et immédiate de la volonté générale, formulée d'une façon précise par la majorité des citoyens. Elle est, avant tout, une règle de justice et d'intérêt public. Si elle a nécessairement à sa base l'autorité du souverain, personne n'oserait dire que le souverain pourrait, de parti pris, édicter des lois injustes ou nuisibles » (A. ESMEIN, *op. cit.,* p. 232). Voir *supra*, première partie, titre II, chapitre III, section 1.

législateur [998]. Aune à laquelle sont mesurés les actes juridiques, le droit constitue en même temps le but assigné à l'Etat.

B — Le droit comme norme de l'Etat

« *Il ne peut pas y avoir d'Etat sans droit. L'Etat moderne vit en quelque sorte dans un milieu juridique ; il ne peut vivre que dans un pareil milieu. Il est, selon l'expression allemande, un Etat de droit, un Rechtsstaat, un Etat dont le but, la raison d'être unique, est la réalisation du droit ; il est obligé par le droit antérieur à lui de réaliser le droit, sans quoi il ne serait plus l'Etat* » [999]. Même pour ceux qui, comme Carré de Malberg [1000], estiment qu'il n'y a de droit que créé par l'Etat, il n'en reste pas moins que l'existence de l'Etat est conditionnée par le droit, ce que traduit d'ailleurs la qualification de l'Etat comme personne juridique.

Plus fondamentalement, l'Etat dépend du droit pour son existence en ce sens que si la règle de droit n'est pas respectée par ceux auxquels elle est censée s'appliquer, la puissance de l'Etat n'a plus d'efficacité sauf par un constant recours à la force publique. Or c'est précisément cette situation que prétend éviter la théorie de l'Etat de droit. Certes, l'Etat de droit est celui qui se soumet aux règles qu'il édicte ou qu'il transcrit d'un *jus naturalis*. Mais s'il doit s'y soumettre, n'est-ce pas d'abord pour donner un gage de réciprocité à ses gouvernés et amener ces derniers à respecter les commandements qu'il leur adresse ? N'est-ce pas aussi pour donner au droit toute son effectivité : la règle juridique est celle qui par elle-même possède force contraignante à l'égard de tous. L'Etat ne serait plus l'Etat s'il ne réalisait le droit, dit Duguit, car il n'y a pas d'Etat sans ordre, et dans une société que l'on veut pacifiée, il n'y a pas d'Etat sans droit.

Pour son existence, l'Etat moderne doit donc se soumettre au droit, c'est-à-dire à ce que les gouvernés croient juste selon certains auteurs, au bien commun ou à la solidarité sociale selon d'autres. Car la raison d'être de l'Etat est qu'il soit obéi, et il ne peut l'être sans difficulté que dans la mesure où les gouvernés estiment le commandement suffisamment justifié. Dans ces conditions, le respect du droit est une condition du maintien de la puissance de l'Etat et du maintien de l'ordre. C'est dans cette mesure que les libertés publiques et individuelles peuvent être légitimement réglementées, voire altérées. Car là encore, il n'est pas, selon les publicistes, de liberté possible sans une autorité qui en garantisse l'égale possibilité d'exercice par tous. Le respect du droit signifie donc aussi bien le respect des libertés que le respect de l'ordre, conçus comme complémentaires plutôt qu'antagonistes. Et si Hauriou parle d'une lutte continuelle entre les droits de l'Etat et ceux de l'individu, c'est finalement pour en réconcilier les protagonistes dans le droit en général : il faut,

[998] Voir A. MESTRE, « Analyse et compte-rendu du livre de F. Moreau, *le règlement administratif...* », *R.D.P*. 1904, pp. 623-647, p. 628.
[999] L. DUGUIT, *Traité*..., tome II, p. 1.
[1000] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome 1, pp. 239 et s.

dit-il, « *que l'action de l'Etat soit soumise à l'empire du droit, et non pas d'un droit quelconque, arbitraire, mais du seul qui existe, le droit équitable et contractuel* »[1001].

Instrument de l'apparente conciliation des intérêts particuliers, le droit qu'impose l'Etat doit être aussi le lieu de réconciliation des individus et de l'Etat par la protection, voire le développement de leurs libertés. Et en tant que but de l'Etat, le droit peut assigner à celui-ci un rôle plus ou moins étendu, mais qui vise toujours à maintenir l'unité du corps social malgré les conflits qui le traversent. S'agit-il simplement de protéger les libertés d'un individu abstrait selon la version du libéralisme classique reprise par Berthélemy ? S'agit-il davantage de favoriser le développement des activités individuelles comme le propose Duguit ? [1002]. Plus conforme à l'activité normative réelle de l'époque, la version solidariste est aussi la plus dynamique en ce qu'elle impose à l'Etat des obligations de faire que récusent généralement les libéraux. Mais à la fin du dix-neuvième siècle, ces derniers ne sont déjà plus partisans de la théorie de l'Etat gendarme incapable d'assurer l'unité minimale de forces dynamiques et inégales.

La conscience que le développement illimité de l'individualisme est une menace pour l'ordre et pour les libertés elles-mêmes conduit les publicistes à admettre une intervention plus active de l'Etat : « *La société a des besoins variables suivant les temps, peu nombreux à l'origine, très complexes dans les civilisations avancées, inévitables quel que soit le régime, et auxquels il faut donner satisfaction par l'initiative individuelle, si c'est possible, par l'Etat si c'est nécessaire. Or, l'individu bien qu'il soit aujourd'hui plus libre, plus fort, plus maître de ses actions, n'a cependant qu'une force hors de proportion avec les affaires énormes dont l'entreprise est nécessaire pour répondre aux besoins croissants des hommes vivant en société. L'esprit d'association ne suffit pas toujours à ces colossales entreprises et il faut que là où ce ressort manque, la plus puissante des associations, celle qui comprend toutes les forces, l'Etat, supplée à l'insuffisance de l'individu ou des sociétés privées* » [1003]. Berthélemy lui-même récuse la théorie de l'Etat gendarme et situe, comme Batbie, le rôle de l'Etat dans une sorte de juste milieu qui permet de lui reconnaître comme attributions facultatives les tâches d'enseignement, de transport,

[1001] M. HAURIOU, *Précis*, 2e éd. p. 26.

[1002] L. DUGU1T, *Manuel*, p. 50 : « Comme les individus, les gouvernants ont des devoirs juridiques fondés sur le principe de la solidarité sociale (...) Ils doivent ainsi faire toutes lois nécessaires à l'obtention de ce but ; et a fortiori ils ne peuvent faire aucunes lois contraires au développement de la solidarité sociale. Le droit impose aux gouvernants non seulement des obligations négatives, mais aussi des obligations positives ». Comparer M. HAURIOU, *op. cit*., p. 163 : « La vraie solution de la question de l'assistance est celle-ci : « *L'Etat a le devoir positif d'organiser des services d'assistance, mais ces services une fois organisés, tel ou tel individu n'a point le droit d'exiger que le service lui soit fourni* ».

[1003] A. BATBIE, *op. cit*., tome I, pp. 1-2. Comparer J.G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit*, p. 174 : « C'est le besoin de justice et de paix qui a fait établir les gouvernements ; c'est ce même besoin qui les conserve. Vouloir obtenir d'eux quelque chose de plus, c'est les dénaturer et, à la longue, les détruire. Qu'ils nous protègent contre les violences injustes des hommes, au dedans et au dehors, et nous laissent nous protéger nous-mêmes contre tout le reste dans les conditions que la nature a faites au genre humain. La liberté de travailler, de vendre, d'acheter et de contracter, suffit amplement à la satisfaction de tous les intérêts économiques légitimes ».

ou l'organisation de l'assistance [1004]. Duguit en fait au contraire des attributions obligatoires, des services que l'Etat doit organiser pour respecter la règle supérieure de droit ; mais il se heurte à l'impossibilité de contraindre le législateur à créer de tels services lorsqu'ils n'existent pas encore [1005].

Dans la pratique, et du fait de l'impossibilité de rendre effectif quelque droit naturel que ce soit, la soumission de l'Etat au droit se ramène finalement à l'obligation qui lui est imposée de respecter le droit positif. Facilité par l'ambiguïté du mot « droit », ce passage l'est aussi par le fait que le droit positif se fonde en grande partie sur le droit naturel né de la Révolution française, et qu'il consacre les libertés publiques tout en multipliant, nécessité oblige, les activités de service public. La norme suprême à laquelle se réfèrent les publicistes n'est en réalité qu'un condensé des normes édictées en leur temps, normes contradictoires comme la réalité qu'elles tentent de régir. Fondées sur le conflit, les règles juridiques sont transcendées en norme supérieure censée supprimer le conflit [1006] : bien commun, solidarité

[1004] H. BERTHELEMY, *Traité*..., 2e éd., pp. 4 et s. Comparer A. GAUTIER, *op. cit*., tome 2, p. 7 : « La vérité me paraît être dans la doctrine suivante, qui concilie fort bien les théories trop absolues de part et d'autre, des socialistes et des économistes » ; L. AUCOC, *op. cit*., tome I, pp. 19-20 : « Partout, dans des mesures diverses, il est vrai, on a admis qu'il est de l'essence de la société de pourvoir à la satisfaction des besoins collectifs qu'éprouvent ses membres, et que l'initiative des individus ou des associations de particuliers ne pourrait satisfaire de manière suffisante. Partout, on a constitué des services publics généraux ou locaux (...) Dans les Etats démocratiques, ainsi que l'a justement fait observer le regrettable (sic) M. de Tocqueville, la tâche ainsi imposée à la société tend même constamment à s'étendre (...) Il ne faut pas assurément aller trop loin dans cette voie ; elle conduirait au socialisme, c'est-à-dire ce système dans lequel l'Etat absorbe le citoyen en l'exonérant du soin de sa destinée (...) Mais en restant dans de justes limites, la société peut ne pas se borner à empêcher le mal, elle peut et elle doit coopérer au progrès » ; E. DEJEAN, « Chronique politique », *R.D.P*. 1895, tome III, pp. 322-341, parlant de la « périlleuse voie du socialisme d'Etat».

[1005] L. DUGUIT, *Manuel*, pp. 417-418. Comparer M. HAURIOU, article « Droit administratif », *Répertoire Bequet*, tome XIV, Paris, Dupont, 1897, pp. 1-28, p. 3 : « L'Etat n'est jamais que moralement obligé à organiser un service, et, même si une loi en prescrit l'organisation, c'est un ordre que l'Etat se donne à lui-même et dont aucune autorité ne peut assurer l'exécution », et p. 28 : « L'Etat a des droits de police, il a des modes d'acquérir de puissance publique, etc. Il y a donc là une méthode que l'on pourrait appeler étatiste ; elle a, si l'on veut, quelque parenté avec la doctrine économique qui ne repousse pas systématiquement l'intervention de l'Etat, et on peut l'opposer à la méthode individualiste que nous avons dit être propre à l'école de Poitiers. Au lieu de considérer le service militaire comme une charge imposée à la personne, on le considèrera comme un droit de l'Etat ; au lieu de considérer l'expropriation pour cause d'utilité publique comme une charge des biens, on la considèrera comme un droit de l'Etat. Il est possible que cela pousse en certain cas à définir des droits de l'Etat, mais nous ne voyons pas là un danger sérieux. L'Etat, avec la masse énorme d'impôts qu'il lève sur nous tous les ans, commence à nous intéresser beaucoup ; nous commençons à nous apercevoir que ses intérêts sont un peu les nôtres et que, comme contribuables, nous ne perdons rien à ce que ses droits soient respectés. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'augmenter les droits de l'Etat, mais de les reconnaître franchement là où ils existent. On pourrait même soutenir qu'analyser la puissance publique en des droits, c'est par le fait même la limiter ».

[1006] « Les observations de la science contemporaine ont mis en lumière le grand fait social de la concurrence vitale, partout, dans tous les domaines (...) Cette loi de la lutte pour la vie (...) est une manifestation de la force brutale contre laquelle l'organisation sociale et le droit ont pour but de réagir en assistant les faibles. L'organisation des services d'Etat notamment a, sans qu'on le cherche directement, une vertu d'assistance, par cela seul que ces services sont dus également à tous, alors que tous ne les paient pas également » (M. HAURIOU, *op. cit.,* p. 163).

sociale sont les versions d'un intérêt général toujours postulé comme existant et comme possible. Les critiques adressées par les publicistes à la législation de leur temps le sont au nom de cette norme supérieure. Les uns se plaignent de l'inflation législative qui vient limiter certaines libertés au profit des droits du travail [1007] ; d'autres comme Duguit réclament au contraire une législation sociale plus active. Paradoxalement, les rares critiques touchant le régime de police appliqué aux libertés des étrangers ou des prostituées ne sont pas nécessairement le fait des plus libéraux[1008]. Tous sont cependant prêts à admettre la restriction des libertés en vue d'un maintien de l'ordre conçu de façon d'autant plus stricte qu'il touche de plus près au fonctionnement des services publics [1009]. Le dosage que font les auteurs entre les nécessités du maintien de l'ordre et la préservation des libertés est certes variable, mais tous s'entendent pour assigner à l'Etat l'obligation de poursuivre le droit, c'est-à-dire à cette époque la conciliation de libertés abstraites et de l'ordre public.

§2 - LE DROIT COMME ORDRE JURIDIQUE

Outre la référence implicite ou non qu'il suppose à une norme de droit naturel, le droit, c'est aussi « l'ensemble des règles qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont effectivement appliquées par les praticiens et par les tribunaux»[1010]. L'ordre juridique ne se résume donc pas à la loi, il comprend d'autres éléments (A) et se caractérise, dans la pensée juridique, comme un ordre logique (B).

A — Les éléments de l'ordre

Le droit est plus que la loi, qui n'en constitue qu'un élément parmi d'autres. La référence au droit conçu comme ensemble des règles appliquées conduit ainsi à relativiser l'importance de la loi.

Quantitativement d'abord, car l'acte législatif est noyé dans un ensemble de règles beaucoup plus vaste : les actes administratifs, les règlements, la jurisprudence, et même, nous l'avons vu, l'opinion des juristes, constituent eux aussi des éléments de l'ordre juridique. Or le droit administratif se prête particulièrement bien à cette

[1007] H. BERTHELEMY, *Traité*, 5e éd., 1908, p. 229 : « On objectera que si la constitution de 1875 contenait la garantie de droits publics déterminés, par exemple de la liberté du travail, le législateur ne pourrait pas, comme il le fait continuellement, porter à cette liberté de nouvelles atteintes sous prétexte de protéger telle ou telle catégorie de travailleurs : faire de telles lois, ce serait aller contre la constitution (...) On doit répondre que le législateur ne se trouverait pas plus gêné par une formule nécessairement élastique, inscrite dans les lois constitutionnelles, qu'il ne l'est par les principes eux-mêmes demeurés à l'état de théories. Les lois inconstitutionnelles sont en effet tout aussi applicables que les autres, puisque les législateurs seuls sont juges de leur inconstitutionnalité ».

[1008] L. DUGUIT, *Manuel*, p. 521: « Le régime auquel, en vertu des règlements précités, sont soumises à Paris et dans les grandes villes, les personnes qui se livrent à la prostitution, est la quintessence de l'arbitraire. En France, en 1906, plus d'un siècle après la Déclaration des droits de l'homme, toute une classe de la population est mise hors la loi »

[1009] Voir *supra*, deuxième partie, titre I, chapitre II, section 2, § 1.

[1010] G. JEZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence..., *loc. cit.*, p. 312.

relativisation de la loi : on sait le faible nombre de lois en ce domaine à l'époque considérée et l'importance de la jurisprudence comme de la doctrine.

Qualitativement ensuite, l'acte du législateur n'est pas nécessairement le meilleur élément de cet ordre juridique. Le gouvernement, le chef de l'Etat et surtout le juge participent en effet à l'édiction du droit avec, selon les publicistes, une compétence particulière que n'offre pas le parlement. La loi n'est pas non plus au sommet de la hiérarchie juridique puisqu'elle doit, théoriquement sinon effectivement, se soumettre aux lois constitutionnelles et, pour certains à la déclaration des droits.

Le droit non écrit peut même s'imposer à la loi dans des cas exceptionnels, comme le signale Barthélemy en 1915 : « *il n'y a aucune disposition de droit positif qui habilite le gouvernement à réglementer, comme il l'a fait, la liberté individuelle ; s'il a pu le faire régulièrement, c'est en vertu de la règle de droit non écrit qui le charge d'assurer l'ordre public et la défense nationale (...) l'illégalité est exceptionnellement nécessaire* » [1011]. Consacrée quelques années plus tard dans l'arrêt *Heyriès* [1012], cette théorie des circonstances exceptionnelles qui suspendent l'application des lois, a déjà été développée par le Conseil d'Etat, et justifiée par Hauriou en 1909.

Considérée comme une guerre déclarée à l'Etat, la grève des fonctionnaires légitime aux yeux du juge la suspension des lois qui les protègent. Il y aurait ainsi une sorte de droit de la guerre interne excluant l'application du droit édicté pour une situation normale. Hauriou s'efforce de donner un habillage juridique à cette première proposition manifestement trop abrupte, par la référence à un droit non écrit supérieur à la loi, et même à la constitution : « *Il faut supposer que la loi de 1905 a pu être frappée d'inefficacité par le Conseil d'Etat dans le cas spécial des révocations de fonctionnaires pour faits de grève, parce que son application à ce cas eût été inconstitutionnelle. À la vérité, il faut entendre ici d'une certaine façon l'inconstitutionnalité de la loi ; il ne s'agira pas d'une contradiction qui existerait entre la loi et les règles positives de la constitution écrite ; il s'agira plutôt d'une contradiction entre la loi et les conditions nécessaires d'existence de l'Etat dont on peut dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite : ces conditions fondamentales exigent, d'une part, que les services publics indispensables à la vie de la nation ne soient pas interrompus, et, d'autre part, que les fonctionnaires soient en paix avec le gouvernement* » [1013].

[1011] J. BARTHELEMY, « le droit public en temps de guerre », *R.D.P.* 1915, pp. 134-162, pp. 310-359; pp. 545-575, p. 157 et p. 575. De même ibidem, p. 574: « c'est le salut du pays qui est la loi suprême ». Est-ce au nom des mêmes principes que J. Barthélemy est devenu Garde des sceaux du régime de Vichy, vingt-cinq ans plus tard ?

[1012] C.E. *Heyriès* 28 juin 1918, *Sirey* 1922-3-49, note M. HAURIOU.

[1013] M. HAURIOU, note sous C.E. *Winkel et Rosier* 7 août 1909, *La jurisprudence administrative*..., tome III, pp. 154-174, p. 174.

Ce droit non écrit, qui n'est autre que la raison d'Etat (même baptisée «*théorie de l'inconstitutionnalité des lois* ») [1014], constitue donc un élément essentiel de l'ordre juridique, voire sa norme suprême à laquelle toutes les autres se trouvent subordonnées de façon permanente et pas seulement exceptionnelle. Si le respect du droit est une condition du maintien de l'ordre et de l'existence de l'Etat, il s'avère donc que, réciproquement, le maintien de l'existence de l'Etat constitue un élément de l'ordre juridique ; c'est même l'ordre suprême sans lequel il n'y a plus ni Etat, ni droit de l'Etat. L'Etat de droit pourrait donc à la limite s'avérer n'être qu'un Etat de la raison d'Etat formulée juridiquement. Mais l'obligation qui lui est également assignée de protéger les libertés et d'assurer la paix sociale transforme apparemment l'Etat de droit en principe de liberté et de sécurité pour les gouvernés, ce que certains pourraient appeler l'intérêt bien compris de l'Etat qui, s'il veut être obéi facilement, ne doit imposer à ses gouvernés que ce qu'ils sont prêts à consentir sans trop de résistances.

L'épisode de la guerre et celui de la grève des fonctionnaires montrent à quel point le pouvoir de l'Etat est difficilement compatible avec l'exercice des libertés publiques et individuelles. Cette contradiction inévitable se manifeste dans l'ordre juridique par les contradictions entre les éléments qui le composent, contradictions qui justifient à la fois une hiérarchisation des normes en cause et une constante possibilité d'adaptation des règles aux espèces qu'elles sont censées régir. Dans ces conditions, « *on se sert de la loi comme d'une partie essentielle du mécanisme social ; on la retouche par interprétation quand il faut, et on l'approprie tant qu'on peut aux conditions sociales et à l'opinion courante dont elle ne doit être que la traduction* » [1015]. C'est pourquoi le droit tel qu'il est appliqué par le juge est socialement supérieur à la loi sur laquelle il se fonde. De ce point de vue encore, la loi perd donc sa prééminence ; ce n'est plus qu'un texte général, trop général pour être efficace immédiatement et dans toutes les situations. Carré de Malberg en conclut à son infériorité à l'égard du droit appliqué par le juge : au contraire de la méthode appliquée dans la science médicale, le législateur, dit-il, « *aborde et résout les problèmes de l'ordre juridique, comme si chacune des catégories de rapports de droit qu'il envisage, pouvait être ramenée à un type abstrait, immuable, susceptible d'être réglé, une fois pour toutes, par une prescription fixe et invariable. Et comme il arrive très fréquemment que les questions portées devant le législateur engagent des intérêts contradictoires et sont de nature à être résolues de façon très diverse selon le point de vue politique ou économique, individuel ou général, d'où elles sont examinées, il résulte de là que la loi, essayant de concilier tous les intérêts et cherchant à tenir compte de toutes les considérations en présence, s'arrête souvent à des solutions moyennes, ayant le caractère de compromis entre des postulats*

[1014] M. HAURIOU, *ibidem*, p. 174 : « Notons que nous faisons ainsi appel, non pas à la raison d'Etat, qui est une notion dangereuse, parce que le salut de l'Etat peut souvent paraître lié à des circonstances momentanées, mais à la théorie de l'inconstitutionnalité des lois, qui ne saurait être invoquée qu'à propos des conditions permanentes de la vie des Etats que la doctrine et la jurisprudence auraient bientôt déterminées, et qui, par conséquent, ne permettrait pas de surprises ».

[1015] G.J, « Analyse du livre de H. Chardon *L'administration de la France* », *loc. cit*., p. 351.

opposés (...). Le système des décisions juridictionnelles d'espèce permet au juge de donner toute leur valeur à ceux des faits de la cause qui impriment à celle-ci son cachet particulier et qui, par suite, méritent d'être pris en considération prépondérante dans la solution à adopter. Au lieu d'une solution préconçue, établie en vue d'un cas idéal, qui a été envisagé par le législateur comme le cas le plus habituel, mais qui, en pratique, ne se présentera peut-être que rarement sous l'aspect théorique où il a été prévu — solution mixte et neutre qui exclut, sans doute, l'arbitraire, mais dont l'application aveugle ne satisfait souvent, ni la raison, ni surtout l'équité — le juge aura la faculté de nuancer sa décision, en l'adaptant aussi exactement que possible aux particularités de la cause sur laquelle il a à statuer»[1016].

Si le juge contribue ainsi de manière empirique à l'édiction du droit, il lui appartient également de combiner les différents éléments de l'ordre juridique de façon à en résoudre les éventuelles contradictions et à en combler les lacunes. Et cette organisation des normes doit aboutir à la construction d'un système qui, nous allons le voir, puise en lui-même sa propre valeur.

B - L'ordre juridique comme ordre logique

La multiplication des sources du droit et la nouvelle hiérarchie qui s'établit entre elles ont pour corollaire un certain nombre de changements dans la source de légitimité des normes appliquées. En réalité, chaque niveau de norme a sa propre source de légitimité : celle de la loi vient de son édiction par des représentants élus, celle du droit non écrit résulte de la nécessité de sauvegarder l'existence de l'Etat. Or nous verrons que l'Etat tire sa propre légitimité de ce qu'il applique le droit.

L'ordre juridique cumule à son profit ces différentes légitimités et continue ainsi à bénéficier de celle de l'Etat légal. Mais il tire surtout sa valeur de sa propre existence ; il puise en lui-même sa propre force alors que la loi ne tient sa valeur que de circonstances extérieures: le système de l'Etat légal fondait la légitimité de la loi sur son origine, son vote par des représentants élus et censés représenter la volonté générale, c'est-à-dire finalement sur le terrain d'une certaine organisation politique se référant au contrat social.

[1016] R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, p. 745, note 2. De même M. HAURIOU, article « Droit administratif », *loc. cit*., p. 15 : « Le plus souvent, cette abdication volontaire se produit par la loi ; c'est la grande ressource des pays qui n'ont pas une juridiction administrative fortement constituée, on y multiplie les lois et les garanties légales ; il n'est que juste de reconnaître notamment qu'en Allemagne ces garanties légales sont très développées ; que, par exemple, tous les fonctionnaires ont un état et une sorte d'inamovibilité. Mais la loi est un instrument de concession et de garantie lourd à mettre en mouvement ; il est surtout bien difficile de construire des théories suivies avec des lois qui, toujours par quelque côté, sont saccadées et obéissent à des préoccupations politiques. Combien il est avantageux d'avoir à côté de la loi un autre instrument souple et d'action continue comme la jurisprudence administrative ! Combien on peut progressivement, sagement, protéger d'intérêts respectables, et comme on peut organiser des théories, surtout si l'on possède la merveilleuse juridiction prétorienne du recours pour excès de pouvoir ».

La référence au droit conçu comme ordre juridique plutôt qu'a la loi permet justement d'éluder cette dimension politique au moment où la notion de volonté générale est soupçonnée, la qualité des représentants et du corps électoral critiquée, et où les juristes veulent se démarquer très nettement du terrain politique. Cette référence à l'ordre juridique peut ainsi fonctionner comme un système de légitimation pour ceux qui ne croient plus à l'excellence de la loi. Elle a donc surtout un usage interne (les juristes), la loi ayant davantage un usage externe (la légitimation du système aux yeux des gouvernés, du moins du suffrage universel).

La valeur intrinsèque de l'ordre résulte de la cohérence interne de l'ordre juridique, très vite assimilé à un ordre logique : la constatation syllogistique du droit par le juge ne peut avoir lieu que dans la mesure où le droit se présente tomme un ordre logique. Dans cette optique, l'Etat est nécessairement lié par le droit sans qu'il soit besoin de recourir à quelque force extérieure pour garantir cette obligation, de même que la raison n'a pas besoin de censeur pour se subordonner à la logique. « *Il est à souhaiter*, dit Larnaude, *que l'idée du droit, que les formes du droit, que les procédés du droit pénètrent tous les jours davantage les matières constitutionnelles, administratives, internationales. Ce n'est qu'à cette condition qu'une institution acquiert une force de résistance qui lui permet de braver et d'affronter les tempêtes. Là où le droit n'existe pas, là où la forte ossature qu'il constitue ne peut pas se former, il n'y a que des institutions flottantes et sans consistance* » [1017].

Cette force prêtée au droit n'est pas sans rapport avec la confusion qu'opèrent les publicistes entre le droit comme discipline et le droit comme ordre juridique. Et s'ils pensent pouvoir faire de leur discipline une science à part entière, c'est aussi parce qu'ils imaginent le droit, ensemble de normes, comme un système d'organisation soumis aux lois logiques ou à celles de la nature. L'ordre juridique n'est pas loin de se présenter comme un ordre naturel, donc incontestable, ou comme un ordre logique, donc irréfutable. De ce qu'il y a des catégories juridiques comme il y a des catégories de pensée, le juriste tend en effet à conclure que l'ordre juridique positif est un ensemble cohérent qui, par là même, s'impose et s'auto-légitime sans qu'il soit besoin de se référer à un champ extra-juridique pour le fonder.

L'autre aspect du droit, le droit comme norme ou comme idée du droit est lui aussi intégré à l'ordre juridique en tant que principe d'organisation de cet ordre et devient de ce fait un véritable principe scientifique : même la norme de la solidarité sociale est censée résulter d'une étude scientifique de la société et, comme telle, incontestable. À leur tour, les différents éléments de l'ordre peuvent alors être redéfinis en dehors de toute référence à une volonté politique particulière. Ainsi la loi devient-elle chez Carré de Malberg un texte plutôt qu'une volonté législative, texte

[1017] F. LARNAUDE, « Notre programme », *R.D.P.* 1894, pp. 1-14, p. 3. De même M. HAURIOU, article « Droit administratif », *loc. cit.*, p. 28 : « Analyser la puissance publique en des droits, c'est par le fait même la limiter ».

qui n'a de valeur juridique que dans la mesure où il est suffisamment clair [1018]. Le juge n'est pas lié par un texte obscur, il l'est encore moins par l'intention du législateur, car l'intention n'est pas de l'ordre du droit. Et si Duguit parle encore de la volonté des gouvernants, il ne lui accorde de valeur juridique que dans la mesure où elle est conforme au principe scientifique de la solidarité sociale.

Système cohérent, l'ordre juridique se présente aussi comme un système clos qui se suffit à lui-même. Il est légitime en lui-même alors que la loi de l'Etat légal n'était légitime que par la volonté générale censée lui préexister. Le droit, quant à lui, se caractérise par son autonomie ; il se définit par opposition à la force, à l'arbitraire auquel est facilement ramenée, dans le contexte de l'époque, toute volonté politique. Or le domaine politique est aussi celui de la contingence ; le droit, dans son abstraction, est censé y échapper : « *à la loi,* dit Cahen, *on ne trouve comme limites que la Constitution ; le règlement est, de plus, soumis à l'autorité de la loi elle-même. Mais cette limitation ne modifie pas leur essence commune : ils déterminent également les principes de droit ; la différenciation qui en résulte est bien plus politique que juridique ; elle naît de l'organisation du régime parlementaire, sans paraître imposée par les conceptions du droit abstrait* » [1019].

Le règne de la loi doit recourir à des arguments politiques pour se justifier ; c'est l'origine de la règle et non la règle elle-même qui fonde sa suprématie. Pour relativiser l'importance du législateur, il faut donc déplacer le fondement de la légitimité de l'origine au contenu, et c'est ce qui explique en partie le regain d'intérêt pour les définitions matérielles. L'autonomie du droit est certes illusoire, nous le montrerons plus loin, mais il reste que c'est un argument essentiel à une époque qui se méfie de la politique et lui préfère la compétence de spécialistes. Autonome, abstrait, logique, le monde du droit réussit ce tour de force, si l'on en croit les auteurs, d'être aussi, grâce au juge, plus empirique et proche des réalités que ne le sont les politiciens dogmatiques [1020].

L'ordre juridique se présente enfin, et pour toutes ces raisons, comme un ordre politiquement neutre, au-dessus des conflits. Il a ainsi toutes les qualités pour se voir attribuer la souveraineté.

[1018] « Pour que la volonté du législateur devienne loi, il faut qu'elle prenne corps dans un texte officiel, adopté dans une forme solennelle ; et, par conséquent aussi, on peut — sans verser aucunement dans les exagérations d'un formalisme étroit — et même on doit affirmer que la volonté du législateur ne peut pas être tenue pour une loi et ne s'impose, comme telle, au juge notamment, que dans la mesure où elle a reçu son expression formelle, authentique et régulière, dans un texte législatif. En d'autres termes, la volonté du législateur est bien le fondement de la loi, elle ne doit point être confondue avec la loi elle-même (...) Ou bien la formule de la loi est obscure, incertaine, en contradiction avec d'autres textes en vigueur ; dans ce cas, il n'y a qu'une chose à dire c'est que le législateur n'est point parvenu à énoncer de volonté ayant force effective de loi, il a manqué son but et fait oeuvre vaine, le juge n'est point lié. Ou, au contraire, la rédaction de la loi est claire et précise : en ce cas, l'interprète devra s'en tenir au texte » (R. CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, pp. 708-709 et 711).

[1019] G. CAHEN, *op. cit*., p. 357.

[1020] Voir CARRE DE MALBERG, *op. cit*., tome I, note 2, p. 745.

Section 2 LES RAPPORTS DE L'ÉTAT ET DU DROIT

Obligé de respecter le droit dans tous ces contenus, l'Etat est aussi celui qui donne au droit positif sa sanction dans la mesure où il est seul à disposer de la contrainte. Si la possibilité de s'appliquer à lui-même la sanction est rendue effective par l'existence d'un juge séparé des autres pouvoirs, il reste que le droit ainsi imposé par le juge à l'Etat (en fait, à la seule administration en l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois) se résume au droit positif édicté par l'Etat (le législateur, l'exécutif, mais aussi, nous l'avons vu, le juge et la doctrine). En se soumettant au droit, l'Etat se soumet donc à lui-même. La réalité de l'Etat de droit semble ainsi correspondre à la théorie allemande de l'autolimitation dont nous allons voir que les publicistes français ont repris certains éléments tout en cherchant à l'adapter à la tradition jusnaturaliste française elle même réintégrée au droit positif (§ 1). Et c'est par cette soumission au droit que l'Etat se trouve légitimé par la doctrine (§ 2).

§1 - LA SOUMISSION DE L'ÉTAT AU DROIT

La théorie de l'autolimitation n'a d'intérêt ici que dans la mesure où elle a été reprise et critiquée par la doctrine française.

Sa première version, celle de Ihering, est aussi la plus critiquée pour ce qu'elle met en évidence de la nature profonde de l'obligation imposée à l'Etat. Seule source du droit selon la théorie allemande, l'Etat n'est lié et limité par le droit qu'il a édicté que parce qu'il y a un intérêt : la réciprocité de l'obligation d'obéissance aux commandements de l'Etat doit conduire les gouvernés à accepter plus facilement ces ordres. Ainsi, dit Duguit, « *d'après Ihering, le droit est la politique bien entendue de la force* » [1021]. Cotte proposition, qui laisse entendre que le droit est un rapport de force institutionnalisé, est inacceptable pour nos publicistes dont nous avons vu qu'ils entretiennent une constante opposition entre la force et le droit. Ils s'en rapprochent pourtant lorsqu'ils font du droit la raison d'être de l'Etat et considèrent qu'il n'y a pas d'Etat sans droit [1022].

Présentée de façon trop abrupte, la thèse de lhering va être reprise par Jellinek qui transforme le fondement de l'obligation imposée à l'Etat de respecter le droit d'une question politique en question juridique : personne juridique, l'Etat se détermine par sa propre volonté et cette autodétermination est en même temps une autolimitation ; en d'autres termes, l'Etat, en édictant des règles de droit, se les impose à lui-même, car il appartient au monde du droit comme personne juridique. Mais il n'est pas juridiquement obligé d'édicter tel ou tel type de règle ; le contenu du droit qui s'impose éventuellement à lui résulte de considérations sociales, historiques ou politiques, mais non juridiques. Ainsi présentée, la thèse de l'autolimitation offre

[1021] L. DUGUIT, *Manuel*, p. 54.
[1022] Voir *supra*, section 1, § 1.

l'avantage de donner une sanction juridique à l'obligation imposée à l'Etat de respecter le droit qu'il crée : titulaire de droits et obligations, il peut être poursuivi devant ses propres tribunaux comme n'importe quelle autre personne juridique. La théorie de Ihering portait au contraire la sanction sur le terrain politique : la désobéissance des sujets, et rejoignait ainsi la thèse libérale classique fondée sur le contrat social et débouchant sur le droit de résistance à l'oppression. En revanche, la théorie de Jellinek présente l'inconvénient majeur d'exclure de l'obligation juridique imposée à l'Etat celle d'édicter telle norme plutôt que telle autre ; cette obligation continue à relever de ce que Jellinek appelle la doctrine sociale de l'Etat, non du droit positif [1023]. L'effectivité de la soumission de l'Etat au droit reste donc essentiellement formelle puisqu'elle se résume au respect de l'ordre juridique positif quel qu'il soit et tant que la volonté de l'Etat le laisse subsister.

Les publicistes français reprennent certains éléments de cette construction tout en critiquant ses insuffisances. L'absence de référence au contenu de la règle imposée à l'Etat détermine l'opposition de Berthélemy et celle de Duguit à la thèse de l'autolimitation [1024] ; mais le déplacement de la sanction de cette obligation du terrain politique au terrain juridique contribue à son succès. Comment cette soumission de l'Etat au droit se réalise-t-elle, jusqu'à quel point peut-elle être effective, c'est ce que nous allons voir maintenant.

A — Les techniques de soumission de l'Etat au droit

La dualité constatée par Duguit des gouvernants et des gouvernés se retrouve dans l'Etat quelle que soit la théorie juridique considérée et malgré la tentative toujours renouvelée d'en construire l'unité.

La théorie française classique reprise par Berthélemy est celle qui manifeste le plus clairement cette dualité fondée sur une conception conflictuelle des rapports de l'Etat et de l'individu. Berthélemy distingue, on le sait, l'Etat-personne agissant comme un simple particulier, et l'Etat-puissance, détenteur de l'autorité. La puissance publique est ici limitée par les droits naturels de l'individu préexistant à l'Etat et n'est légitime que dans la mesure où elle vise la protection de ces droits et libertés.

Incompatible avec l'extension de cette puissance, cette conception a été abandonnée au profit de la théorie de l'Etat personne juridique dans toutes ses manifestations, qui semble ainsi construire l'unité de l'Etat et permettre la soumission de la puissance publique au droit comme tout autre sujet de droit. En tant que personne juridique, l'Etat est donc identique aux autres sujets de droit, voire aux

[1023] Voir G. JELLINEK, *L'Etat moderne et son droit*, livre II : « Doctrine générale de l'Etat au point de vue social », Paris, Giard et Brière, 1911, traduction G. Fardis. Voir également L. DUGUIT, *Manuel*, p. 54.

[1024] Voir H. BERTHELEMY, « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *loc. cit.*, et « Le fondement de l'autorité politique », *loc. cit.* L. DUGUIT, *Manuel*, p. 54 : « Quelque ingénieuse que soit notre doctrine, quelque remarquable effort qu'ait fait M. Jellinek dans son dernier ouvrage pour la justifier et là défendre, elle ne nous satisfait point. Nous persistons à croire que l'Etat est lié par un droit supérieur à lui et que s'il est obligé de respecter les lois qu'il fait, c'est parce qu'elles sont présumées être l'expression de ce droit supérieur, quelque fondement qu'on lui donne ».

personnes physiques si l'on en croit Cahen : « *substantiellement, l'Etat comme toute personne, est circonscrit par son pouvoir physique et par ses fins (...) Par l'autolimitation, il transforme sa force purement physique en une force morale, il élève sa volonté d'une puissance illimitée à une puissance qui se limite juridiquement au regard des autres individualités, et il acquiert ainsi la personnalité de droit à l'intérieur comme à l'extérieur (...) l'Etat est en effet une personne comme les individus, et en lui contestant la possibilité de se limiter et l'efficacité de cette limitation, on dénie à tout être humain le pouvoir de déterminer sa volonté, et de la diriger* » [1025]. Cette conception, quoique minoritaire, montre assez bien les ressorts de la théorie selon laquelle l'Etat est un sujet de droit : il s'agit en effet de mettre gouvernants et gouvernés sur un pied d'apparente égalité dans leur commune soumission au droit, il s'agit aussi d'humaniser l'Etat devenu à la fois trop abstrait et trop présent.

Mais s'il est identique aux autres sujets de droit, l'Etat est pourtant différent puisqu'il est qualifié de personne publique, donc détenteur de droits de puissance qui lui permettent d'imposer sa volonté aux autres personnes juridiques. La différence radicale qui oppose l'Etat aux gouvernés réapparaît donc ici dans cette notion de personne publique, en même temps que se reconstitue le dédoublement de l'Etat malgré la prétention de la théorie de la personnalité à en construire l'unité. L'Etat est en effet « une personnalité à double face » : personne privée semblable aux particuliers, c'est aussi une personne publique titulaire de droits de puissance publique, de « prérogatives qui dépassent celles dont usent les simples particuliers » [1026]. Cette double personnalité ne fait donc que se substituer à la théorie de Berthélemy opposant l'Etat puissance à l'Etat personne.

Alors que le concept de personne juridique appliqué à l'Etat dans sa totalité devait assurer l'unité de l'entité étatique, il s'avère qu'il faut finalement dissocier la notion de personnalité pour rendre compte juridiquement de la prééminence de l'Etat sur les particuliers, donc du fait politique de la domination. Mais la théorie de la personnalité ne se contente pas de constater le fait de la supériorité de l'Etat, elle prétend aussi la justifier : disposant de droits de puissance publique, l'Etat est donc en droit d'adresser des commandements aux gouvernés sans que cela Implique de limitation juridique particulière à l'étendue de ces droits.

Soutenue par la majorité des publicistes français, cette conception s'inspire de la théorie allemande de l'autolimitation et débouche sur une nouvelle opposition entre l'Etat créant le droit et l'Etat soumis au droit. La soumission de l'Etat à ce qu'il a

[1025] G. CAHEN, *op. cit*., p. 88-89. Comparer M. HAURIOU, *Précis*, p. 26 : « il ne faut pas considérer cette personnalité comme tellement transcendante, qu'il n'y ait aucune commune mesure entre les droits de l'Etat et ceux des individus ; il faut considérer, au contraire, que c'est au fond une personnalité humaine, puisqu'elle procède de volontés humaines ; que, par conséquent, les droits de l'Etat, tout en ayant plus d'amplitude, sont de la même nature que les droits des individus, qu'ils peuvent être soumis à des règles analogues, et que les actes par lesquels ils sont exercés peuvent être appréciés des tribunaux, tout comme les actes des particuliers».

[1026] M. HAURIOU, article « Droit administratif », *loc. cit*., p. 5.

lui-même créé est censée garantir l'excellence du système [1027]. Cette opposition est à la fois permise et conciliée par la notion de personne juridique dotée d'organes dont les uns édictent le droit, les autres l'imposent, tous ces organes agissant au nom d'une personne unique : l'Etat. Cette conception offre donc des avantages indéniables qui en expliquent la fortune dans la doctrine française. Elle « *comprend tout, explique tout, organise tout* » [1028] dit Hauriou. Outre qu'elle permet de justifier juridiquement la soumission de l'Etat au droit positif et sa possible condamnation par ses propres tribunaux, elle fait du droit le facteur d'unité de l'Etat et de la réconciliation des individus avec le pouvoir : « *la lutte, au point de vue du droit, est donc engagée entre l'Etat d'une part et d'autre part l'individu. Le droit s'efforce de régler cette lutte, et, pour cela, il définit les droits de l'Etat et ceux de l'individu, et, selon sa préoccupation constante, il s'efforce de maintenir l'égalité entre eux* » [1029].

Facteur d'unité, le droit est pourtant traversé lui aussi de contradictions entre les droits de l'Etat et ceux de l'individu, entre le droit objectif et les droits subjectifs, entre le droit positif et le droit naturel. L'effort des publicistes consiste précisément à ramener ces divisions à l'harmonie du droit en général et à soumettre l'Etat au droit, à tous ces droits, par le droit lui-même. C'est le cas des partisans de l'Etat-personne qui utilisent une catégorie juridique (celle de la personnalité) pour poser la possibilité d'obliger l'Etat à respecter le droit. Certes, il ne s'agit semble-t-il que de l'obligation de respecter le droit positif, sans qu'il soit possible d'imposer quelque contenu que ce soit au droit édicté par l'Etat.

Mais les publicistes français réussissent à concilier la thèse de l'autolimitation avec la tradition jusnaturaliste française par le biais du concept déjà étudié d'ordre juridique [1030]. La notion d'ordre juridique englobe en effet des éléments de droit non écrit développés notamment par le juge ; elle permet ainsi d'intégrer au droit positif des éléments de droit naturel. C'est aussi le cas de Duguit par un autre biais. Le professeur de Bordeaux refuse en effet le concept de personne juridique comme une construction artificielle, un postulat inutile et contraire aux faits. Ce n'est d'ailleurs pas l'Etat qu'il faut soumettre au droit, mais les gouvernants

[1027] Une telle conception n'est pas sans faire penser à la question théologique de la conciliation entre la toute puissance et la bonté divines. Ainsi, selon Leibniz, la toute puissance de Dieu lui permet de créer tous les mondes possibles et sa bonté l'amène à créer le meilleur d'entre eux. Il serait en effet contradictoire que Dieu tout puissant et bon n'ait pas choisi de créer le meilleur parmi tous ces mondes. Dieu est donc lui-même soumis au principe de non contradiction. Dans la théorie de l'Etat de droit, le droit joue un rôle assez comparable à celui du principe de non contradiction ; soumis au droit, l'Etat fait ainsi figure de Providence incarnée.

[1028] M. HAURIOU, *ibidem*, p. 28. Hauriou parle également de « cette figure de droits qui par elle-même appelle la limitation, la régularité, le contrôle » (*ibidem*, p. 6).

[1029] M. HAURIOU, *Précis*, pp. 25-26.

[1030] « Cette souveraineté de l'Etat (...) n'est pas sans limites au point de vue de l'intensité ; ce n'est pas de l'omnipotence. II faut la considérer comme libre au même sens que la volonté de l'homme, uniquement dans le choix des moyens de se conformer au droit ; elle a un but qui est la direction du corps social dans le sens de la justice. Cela lui impose le respect des droits d'autrui » (M. HAURIOU, *Précis*, p. 10).

investis de la puissance de commander [1031]. Or la technique qu'il utilise pour les soumettre au droit consiste à redéfinir le droit de telle sorte que celui-ci s'impose avec une évidence semblable à celle d'une loi physique. « *La conscience moderne sent le besoin impérieux d'une règle de droit s'imposant avec la même rigueur à l'Etat détenteur de la force et aux sujets de l'Etat (...) en dehors d'une création par l'Etat, le droit a un fondement solide, (...) il est antérieur et supérieur à lui (...) comme tel, il s'impose à lui* » [1032]. L'Etat est ainsi obligé par la solidarité sociale de respecter le droit objectif et le droit subjectif et cette obligation va bien au-delà de celle qui impose à l'Etat le respect du seul droit positif. Duguit poursuit donc lui aussi la tradition jusnaturaliste, mais il retrouve également la construction de Ihering qui fonde l'obligation imposée à l'Etat sur la nécessité d'être facilement obéi ; Duguit, quant à lui, la fonde sur la solidarité nécessaire à l'existence d'une société pacifiée et donc à l'exercice du pouvoir étatique, mais il inverse le système de Ihering en transformant ce fait en règle de droit.

Cette transformation montre en même temps les limites de l'effort critique opéré par Duguit à l'encontre des conceptions métaphysiques. S'il a bien vu que la volonté de l'Etat n'est jamais que la volonté des gouvernants, c'est-à-dire des plus forts [1033], il renonce à faire le même constat à propos du droit et tente de reconstruire la légitimité du pouvoir à partir de ce qu'il considère être un fait social constaté scientifiquement et baptisé droit objectif. En renonçant aux constructions juridiques de ses contemporains, il se condamne en même temps à n'avoir d'autre technique de soumission de l'Etat au droit que cette référence à un droit naturel socialisé. Aussi est-il conduit de plus en plus à accepter au moins implicitement la notion de personnalité juridique, même s'il prend soin de prévenir le lecteur du *Manuel* publié en 1907 qu'il n'a pas pour autant abandonné « *les idées exposées autrefois* » [1034]. Les différences qui séparent nos publicistes se trouvent de la sorte fortement relativisées puisque d'une part, Duguit se réfère à la notion d'Etat-personne, et que, d'autre part, des auteurs comme Hauriou réintègrent dans le droit positif des notions fondées sur la solidarité sociale ou la moralité administrative. Surtout, le point commun fondamental qui les unit réside dans la volonté de soumettre l'Etat au droit par le droit lui-même, c'est-à-dire soit par l'utilisation de catégories juridiques, soit par celle de l'idée qu'ils se font du droit, les deux ne s'excluant pas mutuellement.

[1031] « Ce n'est pas à vrai dire l'Etat lui-même qui est soumis au droit, l'Etat n'étant qu'une expression abstraite employée pour désigner un fait social, mais les individus eux-mêmes, qui en fait sont investis de la puissance de commander dans une société donnée et d'imposer par la contrainte matérielle l'obéissance à ces commandements » (L. DUGUIT, *Manuel*, p. 20)
[1032] L. DUGUIT, *Manuel*, p. 3.
[1033] Et, sous la Troisième République, les plus forts sont, selon lui, les électeurs. Il rejoint ainsi ceux de ses contemporains qui critiquent la force du nombre il confond comme eux le lieu du pouvoir réel et celui de son apparence. C'est dans cette assimilation que se situent les limites de sa critique.
[1034] L. DUGUIT, *Manuel*, « Avertissement », p. VIII

Aussi séduisantes soient-elles, ces constructions restent cependant purement théoriques et l'ont peut se demander jusqu'à quel point elles impliquent effectivement l'obligation pour l'Etat de se soumettre au droit.

B — L'effectivité de l'obligation

Cette question de l'effectivité de l'obligation se pose davantage à l'égard du système duguiste puisque l'on ne voit guère comment contraindre les gouvernants à respecter un droit d'un contenu aussi vague. Mais dans la mesure où le droit objectif se ramène finalement au fait de la vie sociale (dominée selon Duguit par la solidarité), l'Etat est obligé de s'y soumettre parce que le fait s'impose de lui-même. L'inobservation par les gouvernants d'une telle règle de droit les exposerait à perdre le pouvoir par la réaction collective qu'entraîne normalement la violation du droit objectif [1035]. Si l'obligation a quelque effectivité, ce n'est donc pas parce qu'elle est juridique, mais parce qu'elle constitue un fait réel, même si Duguit présente ce fait comme une règle de droit. On en revient donc finalement à la théorie de Ihering et à la sanction du droit par la résistance des gouvernés, sanction peu juridique et qui n'a d'efficacité que dans les cas extrêmes.

L'intégration de l'Etat au monde du droit par le concept de personne juridique n'implique pas non plus l'effectivité de l'obligation de la soumission au droit. Celle-ci reste en effet purement idéelle et la doctrine n'a pu établir qu'une chose : le concept d'Etat est lié à l'idée de droit ; concevoir l'Etat comme personne juridique signifie qu'on le soumet aux catégories du droit, cela ne prouve pas que l'Etat soit effectivement soumis au droit positif. En d'autres termes, les publicistes ont quelque tendance à confondre la théorie juridique et la réalité : de ce que l'idée d'Etat est soumise à un traitement juridique, ils tendent à conclure que le droit s'impose réellement à l'Etat. Certes, la force de l'idée finit par lui donner quelque réalité et c'est sans doute en partie grâce aux théories élaborées par la doctrine que le Conseil d'Etat a pu faire progresser les recours contre l'Etat et la mise en jeu de sa responsabilité. Mais les publicistes semblent oublier que ce n'est pas la seule théorie qui pouvait obliger les gouvernants à respecter les décisions du juge. L'Etat disposant du monopole de la contrainte pouvait ne se plier au droit que parce qu'il le voulait bien ou parce que des conditions extra-juridiques le lui imposaient.

Si la théorie juridique de l'Etat de droit s'est édifiée grâce aux juristes, l'observation du droit par l'Etat n'a lieu que dans la mesure où l'efficacité du pouvoir dépend de son exercice rationnel. C'est donc par une condition étrangère au droit que l'Etat se trouve soumis au droit. La lecture des publicistes montre au contraire qu'ils réintègrent cette condition dans le monde juridique ; ils en déduisent alors que

[1035] L. DUGUIT, *Manuel*, p. 1 : « Le droit objectif ou la règle de droit est la règle de conduite qui s'impose aux individus vivant en société, règle dont le respect est considéré à un moment donné par une société comme la garantie de l'intérêt commun et dont la violation entraîne une réaction collective contre l'auteur de cette violation ».

l'effectivité de l'obligation résulte de la valeur intrinsèque du droit, de sa logique contraignante, donnant ainsi au droit de façon parfaitement illusoire, une vie propre, autonome à l'égard de l'Etat qui le produit.

L'idée que le droit s'impose à l'Etat suppose en effet cette autonomisation, puisqu'une fois édicté, le droit échappe au contrôle de l'Etat et s'impose à lui. Traduction juridique des rapports de domination qui existent dans la société et qui se cristallisent dans le pouvoir de domination des gouvernants, le concept d'Etat est donc à son tour dominé par les règles juridiques qu'il produit et par lesquelles s'exerce pacifiquement le pouvoir. Une telle conception implique d'opérer une scission dans l'Etat comme le postule la théorie de l'autolimitation (l'Etat créateur et soumis) et débouche sur une sorte de fétichisation du droit, valeur et ordre suprêmes. Si Duguit rejette la fiction de l'Etat au profit du fait social de la distinction des gouvernants et des gouvernés, son système se caractérise lui aussi par l'autonomie du droit à l'égard de la domination des uns sur les autres, puisque le droit est l'expression de la solidarité sociale. L'existence du droit est même posée comme première, indépendante de celle de l'Etat qui lui est donc assujetti. Quelle que soit la théorie juridique considérée, la légitimité de l'Etat suppose sa soumission au droit, c'est-à-dire à un principe d'organisation qui fonde sa valeur en lui-même et constitue un facteur d'unité du corps social et de l'Etat.

Conçu par les publicistes comme le triomphe du droit sur la force, le système de l'Etat de droit apparaît ainsi comme la victoire du juridisme et de la pensée réifiée [1036] dans la mesure où le droit s'y voit doté d'une vie propre supérieure à ceux qui le produisent (gouvernants ou corps social). L'Etat devient alors une catégorie juridique et les individus sont eux-mêmes transformés en rouages de l'ordre juridique par la théorie du recours objectif [1037]. Enfin, l'effectivité de la soumission de l'Etat au droit résulte d'un acte de foi dans la force du droit, d'une entité que l'on veut rationnelle et par laquelle l'Etat se trouve légitimé.

§ 2. - L'ÉTAT LÉGITIMÉ PAR LE DROIT

Les théories de légitimation de l'Etat tendent à démontrer que la distinction des gouvernants et des gouvernés est nécessaire et que l'obligation d'obéissance des gouvernés à l'Etat est justifiée. A la fin du dix-neuvième siècle, le premier point de

[1036] « L'homme de l'univers réifié vit dans un monde inhumain. L'oeuvre de Kafka est l'illustration la plus saisissante de cet univers inhumain de la réification. Ceci ressort aussi bien de l'analyse du Procès (l'homme écrasé par la puissance impersonnelle de l'appareil judiciaire) que de celle du Château. De même, l'ouvrier du système capitaliste se trouve en présence des produits de son activité propre qui, ayant acquis une « substantialité fantôme » (*gespenstige Gegenstândlichkeit*), l'écrasent comme le ferait une puissance naturelle. C'est donc un phénomène sociologique tout-à-fait analogue à celui que Wyrsch et Binswanger retrouvent dans le monde propre des schizophrènes » (J. GABEL, *La fausse conscience*, Paris, éd. de Minuit, 1962, p. 119).

[1037] Comparer J.G. COURCELLE-SENEUIL (*op. cit.*, p. 116) considérant tous les individus comme des fonctionnaires de l'ordre économique.

cette démonstration est de plus en plus souvent éludé par l'affirmation que cette distinction a toujours existé, qu'il n'y a pas de société possible sans une autorité pour la régir. Cette question est donc repoussée comme non pertinente dans le cadre d'une théorie juridique. En revanche, la justification de l'obligation d'obéissance occupe une grande partie de la théorie de l'Etat. En transformant le rapport de domination en rapport juridique, la doctrine de l'Etat de droit tend à légitimer l'exercice du pouvoir de l'Etat par la réciprocité de l'obligation d'obéissance au droit, plutôt que par la participation du citoyen à l'édiction des règles juridiques (A). Et cette légitimation juridique de l'obligation d'obéissance manifeste la clôture du système juridique dans le cercle de l'Etat de droit (B).

A — Du citoyen à l'administré

Comment justifier l'obligation imposée aux individus de se plier aux règles appliquées par l'Etat ? L'argument d'autorité mis à part, cette justification résulte le plus souvent de la théorie du consentement des gouvernés aux règles qui leur sont imposées [1038]. Le règne de la loi se fondait précisément sur cette idée que l'ordre exprime la volonté générale par la voix des représentants élus de la collectivité souveraine. Liée au régime représentatif et à la souveraineté nationale, cette légitimation reposait sur la notion de citoyen, individu doté de droits politiques lui permettant de participer à l'exercice du pouvoir et à l'édiction des normes. C'est donc par la source de la règle que se trouvait justifiée l'obligation d'obéissance des citoyens actifs, mais aussi par son contenu (la volonté générale raisonnable), seule justification possible pour tous les autres gouvernés.

L'avènement du suffrage universel aboutit, on l'a vu, à concentrer la justification sur la source de la norme, tandis que la légitimité de son contenu est de plus en plus soupçonnée par les publicistes qui dénoncent le concept de volonté générale et opposent le droit à la volonté de majorités factices. La participation, même indirecte, du citoyen à l'édiction des normes n'est donc plus tenue pour une garantie de légitimité de leur contenu ; elle apparaît au contraire comme une menace de la force du nombre à l'encontre du droit.

Cette dissociation de la source et du contenu de la règle se résout dans la souveraineté du droit à l'édiction duquel le citoyen ne participe pas [1039]. Quelle est

[1038] « Les décisions prises sont assurées d'une exécution docile, si elles ont été consenties par les représentants de ceux qui leur doivent obéissance » (F. MOREAU, *Pour le régime parlementaire*, p. 4).

[1039] « C'est la justice des ordres des gouvernants qui engendre le devoir d'obéissance des gouvernés » (J. BARTHELEMY, « Analyse du livre de L. Duguit, *Droit constitutionnel* », *R.D.P.* 1908, pp. 152-163, p. 159) ; « de là cette crise de la légalité, qui se résume dans l'arbitraire et l'impuissance de la loi ; de là le malaise actuel dont souffre la démocratie, ballotée entre l'arbitraire des gouvernants et la résistance des gouvernés ; elle n'en sortira que si la loi est respectée par ceux qui la font et par ceux qui la subissent et la loi ne peut être entourée de respect que si elle est considérée comme l'expression d'une justice supérieure, sur laquelle est fait l'assentiment universel » (J. BARTHELEMY, « Analyse du livre de J. Charmont, *La renaissance du droit naturel* », *loc. cit*., p. 596) ; « Et dans la République enfin organisée, et rendue conforme à sa noble devise, la loi, dotée de ce contrôle souverain (le contrôle de constitutionnalité des lois) pourra être acceptée sans réserve et devra être obéie sans hésitation » (J. M. BOUCHARD, « Chronique du mouvement législatif,

en effet la part de l'individu à la règle duguiste de solidarité sociale, sinon une contribution involontaire s'agissant d'une règle fondée sur un fait social «scientifiquement» constaté. Certes, la notion de conscience moderne vient s'ajouter à ce fait pour lui donner valeur juridique. Ce qui fait le droit, dit Duguit « *c'est la croyance, pénétrant profondément la masse des hommes, à une époque et dans un pays donnés, que telle règle est impérative, que telle charge doit être accomplie »*[1040]. Cette croyance n'est autre que le consentement nécessaire à l'effectivité de la règle de droit, elle ne constitue pas la règle elle-même, sauf à abandonner la référence à la solidarité comme fait social.

Si Duguit semble ainsi partagé entre deux références (la source de la règle dans la croyance des gouvernés, son contenu dans la solidarité), les partisans de l'Etat-personne ne le sont pas moins puisqu'ils assimilent le droit à la volonté de l'Etat, d'une catégorie juridique, exprimée par ses organes. Située dans la volonté d'une personne fictive, la source de la règle ne peut donc pleinement justifier l'empire du droit sur les gouvernés sauf par une référence à son contenu (la justice, l'équité) ou à son effectivité : la réciprocité de l'obligation d'obéissance qu'instaure l'Etat de droit. Dans tous les cas, la part du citoyen dans l'édiction du droit perd son rôle de légitimation de la norme ; elle ne garantit pas l'adéquation de la règle au droit. Dans cette doctrine de l'Etat de droit, la règle ne s'impose pas parce qu'elle a été voulue par les citoyens, mais parce qu'elle est intrinsèquement bonne (ou adaptée aux besoins sociaux du moment) et qu'elle est également respectée par l'Etat. Il n'y a pas de corrélation nécessaire entre la source de la règle et la qualité de son contenu, au contraire.

L'Etat de droit consiste justement à imposer au législateur (au parlement, et à travers lui au suffrage universel) le respect du droit, c'est-à-dire finalement, quelle que soit la théorie soutenue, le respect de l'Ordre juridique qui, nous l'avons vu, ne se résume pas à la loi votée par les représentants. Les règles juridiques appliquées par l'Etat ne sont légitimes que dans la mesure où elles se conforment à l'Ordre et où l'Etat se les applique à lui-même. L'obligation d'obéissance à l'Etat est ainsi justifiée par ce que l'Etat applique le droit (qui s'autolégitime) et par ce qu'il se l'applique à lui-même, c'est-à-dire par la réciprocité de l'obligation, par l'effectivité du droit. La légitimation s'est ainsi déplacée de la source du droit (le citoyen ou le législateur) à son contenu et à son effectivité, et la référence au citoyen, catégorie politique, perd dans ce système sa raison d'être au profit de l'individu, personne juridique titulaire de droits et d'obligations qu'il peut faire valoir juridiquement contre cette autre personne juridique qu'est l'Etat.

C'est essentiellement dans ce statut que l'individu se trouve désormais saisi par l'Etat de droit : les contrôles politiques existants ne sont plus assez efficaces pour se prémunir contre les abus de pouvoir des gouvernants et contre les illégalités ; le choix des représentants par les électeurs ne permet plus d'être assuré de la qualité du

proposition tendant à donner le caractère constitutionnel à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *R.D.P*. 1910, pp. 132-135, p. 135).

[1040] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, p. 45.

corps législatif ; la part du législateur dans l'édiction des règles de droit doit diminuer au profit du gouvernement et du juge ; la loi, autrefois souveraine perd sa prééminence au profit du droit.

Dans ces conditions, la notion de citoyen n'est plus qu'une survivance de la Révolution ; et puisque le salut doit venir de l'organisation de recours juridictionnels imposant à l'Etat le respect des règles qu'il a édictées, la protection contre les abus de pouvoir se fait bien davantage par l'intermédiaire de l'individu personne juridique que par l'exercice des droits politiques du citoyen. « *Il est indispensable de dire que l'Etat exerce un droit, et de donner par suite à l'individu le pouvoir d'exiger que dans l'exercice de ce droit, l'Etat ne dépasse pas la limite qui lui est tracée. Cela c'est l'Etat de droit, c'est le régime de la légalité, et à l'établissement de ce régime la notion de personnalité est indispensable. De plus en plus la notion des droits et par conséquent de la personnalité s'étendra. De plus en plus ces trois grandes forces qui s'appellent l'Etat, les groupes, l'individu, verront leurs droits, c'est-à-dire leurs sphères respectives, rigoureusement définies, c'est-à-dire limitées. La limite du pouvoir, soit de l'Etat, soit du groupe, soit de l'individu, sa fixation à l'avance, la certitude qu'elle ne sera pas dépassée, que si elle l'est par qui que ce soit, une autorité impartiale fera cesser ce trouble juridique, voilà le but. voilà l'idéal, et on me permettra d'ajouter, voilà la vraie liberté* » [1041].

À vrai dire, cette conception de l'individu personne juridique ne date pas de la Troisième République ; elle est déjà présente chez les révolutionnaires de 1789 dont l'un des objectifs est de considérer tous les individus comme égaux en droits ; mais ce qu'il importait aussi d'établir, c'était la citoyenneté, l'exercice de droits politiques garantissant cette égalité juridique. L'Etat de droit achève cette évolution pour la réduire aux seules considérations juridiques tout en faisant de l'Etat à son tour une personne juridique.

L'impérialisme du droit qui se manifeste dans les rapports de l'Etat et de l'individu conduit à la transformation du citoyen en administré. C'est une façon de mettre à l'écart les revendications en faveur d'une extension de la démocratie politique et d'un contrôle plus direct du citoyen sur les gouvernants. C'est aussi l'expression de résistances à l'élargissement du droit de suffrage, ce qui apparaît très clairement chez Moreau lorsqu'il oppose les « erreurs » du suffrage universel (et donc du citoyen) à la défense de la légalité par l'administré [1042], mais aussi chez tous les publicistes qui estiment avec Rolland que « *ce qui importe, ce n'est pas la volonté générale, c'est le bien commun* » [1043].

[1041] F. LARNAUDE, « Analyse du livre de L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2e partie 1909 », *R.D.P*. 1910, pp. 381-391, p. 391.

[1042] F. MOREAU, « Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit établie par les articles 63, 65 et 67 de la loi du 5 avril 1884 », *R.D.P*. 1912, pp. 649-717, p. 675.

[1043] L. ROLLAND, « L'administration locale et la guerre », *R.D.P* 1915, pp. 106-133, pp. 266-309, et pp. 500-544, p. 131

De ce point de vue, il y aurait un parallèle à établir entre la théorie de l'électorat-fonction et celle du recours pour excès de pouvoir. La première apparaît plus ou moins transposée dans la seconde en ce que droit de vote et recours juridictionnel sont tous deux conçus comme une fonction objective que doit remplir selon les cas le citoyen ou l'administré. La théorie de l'électorat-fonction implique que tout individu n'a pas vocation à exercer le droit de vote puisque le but est de choisir des représentants pour formuler l'intérêt général et non de défendre des intérêts particuliers ; elle a donc pour objet de justifier des restrictions au droit de suffrage. Avec l'avènement du suffrage universel, la théorie de l'électorat-fonction ne peut plus remplir cet office, elle peut seulement justifier que l'on n'étende pas encore le droit de suffrage à de nouvelles catégories. Mais on la retrouve dans la théorie du recours pour excès de pouvoir selon laquelle l'individu qui met en oeuvre le recours n'exerce pas un droit subjectif, mais une fonction. Dans la pratique, et quelle que soit l'extension de l'intérêt pour agir, ce ne sont évidemment pas tous les individus qui pourront exercer le recours. Seuls les plus instruits des choses juridiques en auront l'idée, ce qui revient à faire de ce contrôle l'équivalent d'un suffrage censitaire corrigeant juridiquement les «excès» du suffrage universel et de la décentralisation[1044].

Le passage du statut de citoyen à celui de personne juridique ne correspond pas uniquement à la volonté de relativiser l'importance du statut politique de l'individu dans l'Etat, il signifie aussi qu'il passe du rôle d'acteur indirect à celui d'instrument. Certes, l'Etat de droit se construit en partie à son profit puisqu'il est destiné à lui assurer une meilleure protection contre les abus de pouvoir. Mais on peut remarquer qu'il met l'administré en situation défensive vis-à-vis de l'Etat, en ce sens qu'il ne peut intervenir qu'une fois l'illégalité commise, par la voie d'un recours auprès du juge. Surtout, cette finalité est accessoire dans la pensée publiciste qui s'intéresse d'abord à la protection de l'ordre juridique et au progrès du droit. Lorsque Duguit insiste sur le fait que le recours pour excès de pouvoir doit être conçu comme un recours objectif, ce qui permet une extension de l'intérêt pour agir, il souligne en même temps que l'administré doit se faire l'instrument de la légalité (au sens large) par la mise en oeuvre du recours. Le droit semble ainsi rétablir sa suprématie grâce à l'action de ses sujets, instruments inconscients de sa réalisation.

Cette nouvelle conception de l'individu correspond exactement à l'idée d'une supériorité du droit (du juridique) sur la loi (dont la suprématie d'autrefois tenait à des raisons politiques). Elle signifie que le respect de l'ordre juridique prend la place de la volonté générale comme garantie contre l'arbitraire ; et, puisque la part du citoyen diminue dans la formation de ces règles, elle atteste un éloignement de

[1044] M. HAURIOU, note sous C.E. *Merlin* 29 juin 1900, *Sirey* 1900-3-65, p. 68 : « il est urgent d'assurer le respect de la légalité et le bon ordre dans la gestion financière des administrations locales. Il s'est produit peut à peu, par le jeu du suffrage universel, un déplacement du centre de gravité politique qui fait que ce ne sont plus les gros contribuables qui ont le pouvoir. Nous n'apprécions pas ici cette situation nouvelle au point de vue de la politique générale, mais au point de vue strictement financier ; elle n'est pas sans inconvénient tant pour les intérêts des contribuables que pour ceux de la collectivité ».

l'individu vis-à-vis du pouvoir, une plus grande indépendance des gouvernants à l'égard de ceux qui sont censés les choisir, à l'heure où une partie de l'opinion réclame au contraire la mise en place du mandat impératif. L'extension du suffrage est ainsi compensée par un relâchement des liens qui existent entre source du pouvoir et légitimité. Que la garantie suprême réside dans le respect du droit plutôt que dans une participation réelle du citoyen aux prises de décision présente en outre cet «avantage» de souligner la soumission égale de tous (gouvernants et gouvernés) au droit dans le cadre de l'Etat Providence, de donner à l'administré l'illusion qu'il est l'égal des gouvernants devant l'Ordre juridique ; illusion puisque c'est l'Etat qui crée le droit positif et qu'il n'existe pas de contrôle possible de la conformité des règles ainsi édictées à l'idée dont elles devraient s'inspirer. À la collectivité des citoyens se substitue, dans la pensée juridique, une communauté d'administrés, de sujets de droit, qui ne s'identifie pas à la première, mais peut au contraire s'y opposer au nom du droit contre ce que les auteurs présentent comme les intérêts particuliers et anarchiques du suffrage universel et de ses représentants.

B - La clôture du système

En passant de l'Etat légal à l'Etat de droit, la doctrine substitue donc le droit à la politique dans la conception du pouvoir. Nous avons vu les efforts opérés dans cet ordre d'idée pour transformer la théorie de la souveraineté nationale et la remplacer par celle de la souveraineté de l'Etat, personnification Juridique d'une nation abstraite, qui, avec l'Etat de droit, débouche finalement sur une souveraineté du droit, y compris pour ceux qui dénoncent la souveraineté comme concept métaphysique. C'est ce que relève Barthélemy en 1908 lorsqu'il écrit, « *la souveraineté de la justice, de la raison, du droit, disait Guizot, c'est le principe qu'il faut opposer à la souveraineté du peuple ; et celle-ci se retirera tôt ou tard devant une doctrine qui satisfait pleinement aux intentions véritables comme aux besoins légitimes de la société. C'était là, nous le répétons, une simple métaphore (...) M. Duguit veut que tous les gouvernements soient les gouvernements de cette forme supérieure de la justice qu'est la solidarité. Nous serions en droit d'employer la métaphore classique et de dire qu'il veut la souveraineté de la solidarité* » [1045].

Cette comparaison avec Guizot n'aurait sans doute pas été du goût de Léon Duguit [1046]. Sans nous attarder sur la perfidie du propos, nous pouvons remarquer que Barthélemy exprime ici clairement ce que d'autres n'osent pas toujours avouer. Avec l'Etat de droit, il s'agit effectivement d'opposer la souveraineté du Droit, sorte de Raison juridique dont l'imprécision constitue un avantage, à la souveraineté de la

[1045] H. BARTHELEMY, « Analyse du livre de L. Duguit, *Droit constitutionnel* », *loc. cit*., pp. 162-163. Comparer L. LE FUR, « La souveraineté et le droit », *R.D.P*. 1908, pp. 389-422, p. 390 « il semble qu'à la souveraineté royale va succéder la souveraineté du droit, de la raison. Mais déjà, avant même la Révolution, avait commencé à apparaître une nouvelle théorie qui allait remplacer la précédente, sans grand profit pour l'individu. À la souveraineté royale se substitue la souveraineté nationale ou souveraineté de l'Etat, conçue de façon au moins aussi absolue, et présentée comme seule légitime et inaliénable ».
[1046] Voir cependant L DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*.

nation [1047]. Cette souveraineté du Droit constitue un pas supplémentaire franchi dans l'abstraction et, partant, une approche moins directe des relations qui existent entre gouvernants et gouvernés. Peu importe que l'on ait mis à nu la véritable nature de l'Etat comme gouvernement des plus forts (encore que Duguit croie pouvoir identifier les plus forts avec la majorité électorale) [1048], si l'on établit que l'Etat est lié par le droit et, qui plus est, par un droit qui l'oblige à développer ses activités. Justification juridique de l'interventionnisme, l'Etat de droit permet à la fois de transformer des données politiques en termes juridiques et de dénoncer comme juridiquement illégitime cet autre fait politique qu'est la puissance du parlement. Loin d'être apolitique, la conception de l'Etat de droit consiste à traduire en termes juridiques des problèmes éminemment politiques et prétend les résoudre sur le terrain du droit qui bénéficie du fait que la discipline tend à se constituer comme science pour se donner comme terrain neutre.

Mais de ce que la légitimité devient une question juridique, ce qu'elle n'avait jamais été aussi clairement jusqu'alors, il ne faut pas conclure à un bouleversement total de l'Etat légal à l'Etat de droit. Celui-ci se présente au contraire comme l'achèvement de la Révolution de 1789 instituant le pouvoir politique de la bourgeoisie. La République radicale qui se propose de terminer la Révolution pour sauvegarder ce pouvoir tend à en caricaturer certains traits, et notamment le juridisme auquel semble devoir se résumer le progrès démocratique. Les publicistes de la Troisième République ne parlent plus que du droit qu'ils opposent à la politique; il en résulte une autonomie croissante du domaine juridique qui n'est en fait qu'une juridicisation du politique et de l'Etat.

Clôture de la Révolution, la théorie de l'Etat de droit permet aussi la clôture du système juridique puisqu'en étant lié par le droit, l'Etat donne au droit toute son effectivité. C'est donc grâce à l'Etat que le droit parvient à sa perfection, et c'est inversement grâce au droit que l'Etat acquiert sa légitimité et peut se faire obéir sans recourir systématiquement à la force. Cette construction débouche, comme toute théorie de la souveraineté, sur une tautologie puisque l'obligation d'obéissance des gouvernés se trouve justifiée par la nécessité pour l'Etat de l'obtenir : l'effectivité du droit est une condition d'effectivité du pouvoir de l'Etat. C'est pourquoi la rationalité de l'exercice du pouvoir est en même temps la caractéristique du droit ; c'est pourquoi enfin une révolte contre l'Etat de droit peut passer pour une révolte contre la Raison.

[1047] Entendue comme corps électoral.
[1048] Voir *supra*, note 1033.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Les mutations auxquelles on assiste à la fin du dix-neuvième siècle dans la théorie juridique manifestent une volonté d'étendre l'empire du droit sur le monde politique. Elles passent notamment, nous l'avons vu, par la remise en cause du règne de la loi hérité de 1789, et paraissent devoir impliquer une rupture avec l'Etat légal qui pourtant, selon Carré de Malberg, caractérise encore le système mis en place par la Troisième République. On pourrait en conclure que la doctrine s'est écartée de la réalité de son temps au point de la perdre de vue. Il nous semble au contraire, et c'est ce que nous tenterons de démontrer ici, que le passage de l'Etat légal à cet Etat de droit correspond à des transformations réelles dans la société de l'époque et qu'il constitue davantage une tentative faite par la doctrine pour adapter la théorie de l'Etat légal à ces modifications qu'une rupture totale avec la doctrine antérieure.

Entre la réalité de 1789 et celle de la fin du dix-neuvième siècle, il est évident que les points de rupture sont nombreux. Politiquement d'abord, la classe au pouvoir se trouve confrontée à des problèmes fort différents : il ne s'agit plus pour elle de conquérir l'Etat mais de conserver le pouvoir contre les menaces boulangistes, anarchistes ou syndicalistes[1049]. Il n'est pas même certain que les gouvernants successifs de la Troisième République représentent encore les mêmes couches sociales que celles qui ont pris le pouvoir avec la Révolution. L'avènement du suffrage universel, avec le renouvellement de la classe politique qu'il entraîne, laisse entendre qu'il y a là aussi quelques modifications. Surtout, les intérêts en présence sont beaucoup plus disparates.

[1049] Selon E. D'EICHTAL, (*op. cit*., avant propos, pp, VII-VII-IX), « En France, les formules ont pu être plus qu'ailleurs nécessaires à la fondation de la démocratie (..) Elles ont été à la nation un cri de ralliement, dans ses entreprises d'affranchissement. Une fois cette phase militante et de conquête nécessaire et bienfaisante terminée, elles devraient rentrer dans une ombre relative et laisser la place à des conceptions moins simplistes, à des définitions plus en rapport avec la complication des faits sociaux réels, avec la nécessité de certaines organisations fondamentales (...) Malheureusement plusieurs de ces formules, en exaltant son orgueil et son amour de l'égalité, ont plu au suffrage universel et sont entrées en quelque sorte dans son rang (...) elles tendent à créer, dans une partie considérable de la nation, une foi à l'absolu, une habitude du simple, qui sont le contraire du véritable esprit politique. À mesure que par sa vitesse acquise, le suffrage universel s'émancipe de la pression des gouvernements et des anciennes influences sociales, le danger devient de plus en grand. Aujourd'hui, combattre le dogmatisme radical, c'est combattre le triomphe de l'abstrait mis entre un nombre immense de mains au service de passions, de besoins, de convoitises ou de rancunes très positives, s'unissant à une autre abstraction qui est le socialisme, pour miner les lois et les institutions ».

Comme le remarquent J.P. Azéma et M. Winock, la classe au pouvoir est constituée d'éléments dont les intérêts se révèlent très souvent contradictoires : entre la moyenne bourgeoisie qui constitue l'assise du régime et les représentants de la grande industrie et de la haute finance ; au sein même de l'industrie entre les branches anciennes et les secteurs nouveaux plus dynamiques [1050]. On trouve un écho de ces contradictions dans les plaintes répétées de nos publicistes à l'encontre des représentants et des électeurs préoccupés de leurs intérêts particuliers plus que de l'intérêt général. À l'éclatement du Tiers-Etat, correspond la disparition de la volonté générale, ou plutôt, l'impossibilité avérée de voir se formuler une volonté qui soit effectivement générale dans son origine et dans son objet. Le champ politique semble donc manifester la division du corps social plutôt que son unité postulée par la théorie du règne de la loi. Ceci explique peut-être que les publicistes de l'époque se tournent vers le droit pour reconstruire cette unité et que les études de droit constitutionnel soient de moins en moins prisées au tournant du siècle. La liste des régimes qui se sont succédé en France ne peut en effet que les conduire à un certain pessimisme en même temps qu'à relativiser l'importance des garanties politiques proposées par les lois suprêmes que sont les constitutions.

Sur le plan économique, les transformations ne sont pas moins nombreuses et importantes. Entre 1789 et 1914, le grand évènement économique est indiscutablement celui de l'industrialisation qui modifie les rapports de travail, augmente le nombre et différencie les types de biens produits. Par l'importance des changements qu'elle entraîne, l'industrialisation va très vite amener l'Etat à intervenir dans l'économie tant pour en réguler le développement qui menace l'équilibre social que pour l'encourager et en tirer un surcroît de puissance [1051]. Cet interventionnisme

[1050] J.P. AZEMA et M. WINOCK, *op. cit.*, pp. 105 et s. ; ils en concluent p. 121 que : « La grande bourgeoisie a fini par accepter la République, parce qu'elle a compris que sa domination économique ne pouvait plus se prolonger sans qu'elle fasse les concessions politiques et sociales indispensables à son maintien ; elle a dû abdiquer de ses anciennes prérogatives politiques, reconnaître les implications du suffrage universel, et accepter le régime souhaité par la moyenne et la petite bourgeoisie ». Comparer M. REBERIOUX, *La République radicale ? 1898-1914*, *op. cit.*, p. 102 : « Ce qui apparaît surtout ce sont les divisions au sein du Bloc et l'impuissance de l'Etat à résoudre les problèmes nés des changements intervenus dans ses fonctions : l'Etat ne peut plus se présenter seulement comme l'agent de la volonté nationale qui exige de ses serviteurs une obéissance sans réplique. Devenu Etat-employeur, Etat-patron d'une multitude aux frontières difficiles à délimiter, il est en proie à des contradictions face auxquelles le gouvernement peut bien temporairement faire preuve d'autorité, mais que les alliances républicaines ne permettent pas de résoudre » ; et p. 124.

[1051] « L'Etat français, à l'imitation des autres Etats, estime qu'il est de son domaine et de son devoir de pratiquer une politique de défense industrielle (...) À partir des environs de 1880-1890, son action, jusqu'alors atténuée, se développe avec de plus en plus de force et de netteté. C'est que le Pouvoir est conscient de l'importance du facteur industriel dans la lutte mondiale, pacifique, puis de plus en plus guerrière pour la prépondérance ; on mesure très vite la puissance d'une nation par la capacité productive, et surtout par sa production d'acier. Dans ces conditions, l'industrie représente l'élément de base de toute action politique ou militaire, et les gouvernements poussent à l'industrialisation de toutes leurs forces. Le fait, déjà sensible sous la Monarchie de Juillet, et plus encore à l'époque du Second Empire, devient patent sous la Troisième république. Des liens de plus en plus nombreux et étroits se tissent entre les milieux dirigeants et les milieux industriels, du textile et surtout de la grande métallurgie, origine d'inter- influences, et plus encore de

étatique, qui existait déjà sous l'Ancien Régime dans le domaine commercial, ne cesse pas avec l'Etat libéral, il tend même à se renforcer à partir de 1860, il se développe surtout avec la Troisième République sous la pression des milieux économiques. Avec l'industrialisation, ce sont en effet les besoins sociaux qui se multiplient : l'alimentation des villes en eau, puis en gaz et en électricité, l'enseignement, l'assistance, les transports deviennent autant de services publics pris en charge par les collectivités publiques, et le droit administratif connaît alors sa phase d'expansion en même temps que l'Etat-gendarme cède lentement la place à l'Etat-Providence [1052].

Parce qu'il concerne des problèmes techniques pour lesquels les députés ne sont pas formés, l'interventionnisme est d'abord une affaire administrative qui se résout davantage par le règlement que par la loi. Celle-ci est d'autant moins utilisée que l'interventionnisme économique exige de fréquentes adaptations que la souplesse du règlement permet plus facilement, et que les conflits d'intérêts qu'il entraîne relèvent du juge lorsqu'ils n'ont pas été prévus. Enfin, l'interventionnisme (mais aussi la question sociale également liée à l'industrialisation) divise les gouvernants, et le parlement présente le défaut de mettre sur la place publique ces conflits, risquant ainsi de ruiner le mythe de l'intérêt général. L'administration au contraire ne montre pas ces dissensions au grand jour [1053] ; le juge, enfin, joue le rôle de conciliateur grâce a sa jurisprudence dont les publicistes louent ta grande souplesse.

---

pressions unilatérales, auxquelles les chefs de gouvernement ne résistent que difficilement. L'aide de l'Etat revêt des formes très diverses : commandes, subventions plus ou moins déguisées, dégrèvements fiscaux, mais elle s'exerce surtout dans le domaine de la politique commerciale » (P. LEON, « L'industrialisation en France en tant que facteur de croissance économique, du début du XVIIIe siècle à nos jours », *Première conférence internationale d'histoire économique*, Paris, Mouton 1960, pp. 163-197, p. 182).

[1052] La lecture des publicistes montre qu'ils ont conscience de cette transformation du rôle de l'Etat : « Plus la doctrine du laisser faire perd du terrain, plus s'accroît le rôle de l'Etat et conséquemment l'activité législative. Dans notre démocratie, on est amené à demander de plus en plus à la loi aide et protection pour tous ceux qui se trouvent placés dans des conditions d'infériorité sociale (...) Les lois succèdent aux lois, c'est la fatalité de notre temps (...) L'activité législative a pour corollaire obligé une activité égale au pouvoir réglementaire » (E. RAIGA, *op. cit*., pp. 1-2) ; M. HAURIOU, *Précis*, pp. 24-25 : « De nos jours, l'Etat tend à intervenir par sa législation dans le monde du travail, à limiter la durée des heures de travail par exemple » ; L. DUGUIT, *Manuel*, p. 417: « De nos jours, le domaine de l'action étatique s'est largement accru ; on est arrivé à considérer comme entrant d'une manière certaine dans la mission obligatoire de l'Etat des attributions qu'autrefois on ne lui imposait point. Nul n'oserait par exemple prétendre aujourd'hui que l'enseignement, l'assistance publique et l'hygiène publique ne constituent pas des charges obligatoires pour l'Etat ». E. JUILLE, *op. cit*., p. 173 : « L'importance du règlement croît de jour en jour avec la tendance de l'Etat à s'immiscer dans tous les rapports et à intervenir dans les moindres détails de chaque matière ; le Parlement se trouve débordé et est incapable de suffire au prodigieux travail que lui impose cette furie législative, le pouvoir exécutif le décharge d'une partie de sa tâche ».

[1053] De là les reproches adressés par Hauriou au commissaire du gouvernement Blum dans l'affaire *Boussuge* (C.E. 29 novembre 1912 , *Recueil* 1128) à propos de la recevabilité de la tierce opposition contre un arrêt d'annulation : L. Blum « confesse que lorsque l'Administration prend une décision particulière, bien souvent, par cette décision, elle tranche un conflit entre deux particuliers et en réalité entre deux parties, et alors, il admettrait la tierce opposition contre annulant une décision exécutoire particulière, tandis qu'il ne l'admettrait pas contre un arrêt annulant un règlement. Voilà pour le coup une distinction insoutenable. Si l'on entrait dans la voie où M. le commissaire du gouvernement nous invite, si l'on se préoccupait du conflit des intérêts particuliers qui ont pu s'agiter autour d'une décision administrative, il n'y aurait aucune raison de s'arrêter devant les décisions réglementaires (...) Les dessous des décisions règlementaires ne sont pas plus exempts d'intérêts particuliers que les dessous des décisions administratives individuelles. Il faut prendre le parti de ne

La multiplication des tâches assumées par l'Etat s'accompagne en outre d'une très forte augmentation du nombre des fonctionnaires [1054] ce qui, là encore, enlève à la loi son rôle de garantie universelle et suffisante dès lors que le parlement se révèle incapable d'élaborer un statut acceptable par tous [1055]. Dans ces conditions, la réglementation de la fonction publique relève de l'exécutif, doctrine et jurisprudence essayant d'y introduire un peu d'ordre et de cohérence, à partir d'un principe qu'elles élaborent elles-mêmes : celui du service public et de sa nécessaire continuité. Le service public est ainsi le lieu où se reconstitue le mythe de l'intérêt général contre toute tentation de privatiser l'Etat ou de le réorganiser par le syndicalisme.

L'industrialisation a en effet cette autre conséquence de modifier profondément le tissu social par la reconstitution de groupes, là où la théorie libérale édifiée contre l'Ancien Régime ne voulait voir que des individus. C'est l'une des raisons pour lesquelles la théorie du contrat social fondée sur l'hypothèse d'un individu isolé dans l'état de nature apparaît désormais comme une chimère démodée. La sociologie montre qu'il faut partir de ce fait premier qu'est la société, non de l'individu. Mais les associations et surtout les syndicats semblent vouloir menacer l'ordre politique fondé sur l'individualisme et, partant, l'existence même de l'Etat, comme le laissent entendre anarchistes et collectivistes. Plutôt que de se réfugier dans une défense crispée d'un individualisme dépassé, les publicistes ont au contraire tenté de prendre en compte l'existence de ces groupes et de les réconcilier avec l'Etat. Le corporatisme de Ch. Benoist, s'il suscite des critiques, n'en est pas moins fort influent à l'époque [1056], l'idée de solidarité sociale s'avère, quant à elle, omniprésente. Si l'Etat légal devait protéger les droits naturels de l'individu, l'Etat de droit a surtout pour objectif d'introduire, grâce au droit, l'ordre et l'unité nécessaires

---

pas s'occuper de ces dessous, et ne s'attacher qu'à la façade des actes administratifs, qui est qu'ils sont faits dans l'intérêt général, et il faut maintenir énergiquement que cette préoccupation de l'intérêt général est dominante aussi bien dans les décisions particulières que dans les autres » (*Sirey*, 1914-3-33, pp. 34-35).

[1054] A. LEFAS estime à plus d'un million le nombre de fonctionnaires en 1912 (*L'Etat et les fonctionnaires*, p. 41) ; G. CAHEN « Les fonctionnaires et leurs groupements coopératifs » *Revue bleue* 1905, pp. 693-697, p. 694 : « à mesure que l'Etat prend conscience des nouveaux devoirs qui lui incombent, que ses fonctions se développent, augmente nécessairement le nombre de ceux qui le servent. L'évolution naturelle des institutions démocratiques tend naturellement à l'accroissement des fonctionnaires ».

[1055] « La discussion officiellement ouverte en 1903 par Louis Barthou exclut rapidement le droit de grève que récuse l'immense majorité de la fonction publique (...) A ceux qui ne voient de garantie contre l'arbitraire que dans le statut commun et que soutiennent les socialistes et une partie des radicaux, le pouvoir oppose petit à petit une fin de non-recevoir. La révocation en avril 1907 de postiers comme Quilci, d'instituteurs comme Nègre, manifeste une vigueur répressive pour laquelle Clémenceau obtient de la Chambre, non sans difficulté, un blanc-seing (14 mai 1907). Mais des trois projets de statut aucun n'arrive en séance publique et si les syndicats de fonctionnaires ne sont pas reconnus, aucun texte n'est adopté qui les interdise » (M. REBERIOUX, *op. cit*., p. 102).

[1056] Voir par exemple F. SAUVAIRE-JOURDAN, « Corporations et syndicats obligatoires », *R.D.P*. 1903, tome XIX, pp. 214-231. Pour une critique du point de vue défendu par Ch. Benoist, voir Ch. SEIGNOBOS, « Analyse du livre de Ch. Benoist, *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel* », *R.D.P*. 1898, tome IX, pp. 141-144.

dans le chaos que semble avoir engendré le mouvement social, de développer la solidarité sociale menacée par les conflits d'intérêts dont les députés se font les mandataires.

Produit de l'industrialisation dans sa finalité, l'Etat de droit ne l'est pas moins dans le discours qui le porte. L'industrialisation engendre en effet la spécialisation tant dans le domaine de la production matérielle que dans celui de lu production intellectuelle : « *la séparation capitaliste entre le producteur et le processus d'ensemble de la production, le morcellement du processus du travail en parties qui laissent de côté le caractère humain du travailleur, l'atomisation de la société en individus qui produisent droit devant eux sans plan et sans se concerter, etc., tout cela devait nécessairement avoir aussi une influence profonde sur la pensée, la science et la philosophie du capitalisme* » [1057].

Cette atomisation ainsi décrite par Lukàcs en 1920 devait conduire selon l'auteur à l'éclatement de la société et déboucher par conséquent sur une révolution par laquelle se serait manifesté l'échec historique de la bourgeoisie à rassembler dans une totalité cohérente les différents domaines partiels et cohérents en eux-mêmes qui la constituent. Au terme de ce processus d'atomisation, la bourgeoisie serait donc incapable de gérer rationnellement l'économie et la société. Une telle conception est sans doute erronée en ce qu'elle sous-estime la capacité de l'Etat à lutter contre les facteurs de désintégration et à ressaisir le corps social. La théorie de l'Etat de droit montre d'ailleurs pour partie cet effort tendant à donner plus de rationalité à l'exercice du pouvoir, voire à sa finalité ; la remise en cause des constructions propres à l'Etat légal manifeste la capacité de la doctrine à abandonner une théorie élaborée pour une société différente et moins atomisée.

La notation de Lukàcs a cependant pour intérêt de souligner les liens qui existent entre la réalité d'une époque et la pensée qu'elle produit. Et de ce point de vue, la doctrine publiciste illustre assez bien cette tendance à la spécialisation à la fois par la tentative de constituer le droit public comme science et par l'opposition radicale entretenue entre le politique et le juridique. Toute science pour sa formation est effectivement amenée à s'ériger en monde clos ayant sa propre cohérence et son autonomie. C'est là un effet de la spécialisation qui tend à constituer chaque domaine en un monde séparé et se traduit par une perte de compréhension de la totalité, autrement dit par une incapacité croissante à saisir les rapports qu'entretiennent des domaines apparemment différents [1058]. En même temps, la spécialisation produit un

[1057] G. LUKACS, *Histoire et conscience de classe*, Berlin, 1923, Paris, éd de Minuit, 1960, p. 47.

[1058] G. LUKACS, *ibidem*, p. 133 « La spécialisation dans l'accomplissement du travail tait disparaître toute image de la totalité (...) Plus une science moderne est évoluée, plus elle s'est donnée une vue méthodologique et claire d'elle-même, et plus elle doit tourner le dos aux problèmes ontologiques de sa sphère et les éliminer résolument du domaine de la conceptualisation qu'elle a forgé. Elle devient — et cela d'autant plus qu'elle est plus évoluée, plus scientifique — un système formellement clos de lois partielles spéciales pour lequel le monde qui se trouve en dehors de son domaine, et avec celui-ci, au premier rang même, la matière qu'il a pour tâche de connaître, son propre substrat concret de réalité, passe méthodologiquement ct fondamentalement pour insaisissable ».

discours qui est celui de chaque spécialité et se présente de ce fait comme universel : le discours de la compétence.

Nous avons vu que c'est précisément sur l'argument de la compétence que se fonde la majorité des critiques adressées aux parlementaires et à leurs électeurs. Et au-delà de la compétence, les publicistes recherchent l'efficacité du système : à les en croire, les affaires de l'Etat, pour être bien traitées, doivent l'être par ceux qui en sont « capables » (les techniciens) ; la limitation du pouvoir, pour être réelle, doit venir d'un système cohérent de règles et de contrôles en assurant la sanction : « *cette rationalisation et cet isolement des fonctions partielles ont cependant pour conséquence nécessaire que chacune d'entre elles devient autonome et a tendance à poursuivre son évolution de son propre chef et selon la logique de sa spécialité, indépendamment des autres fonctions partielles de la société (ou de cette partie à laquelle elle appartient dans la société). Et on comprend que cette division s'accroît avec la division croissante du travail, rationalisée de façon croissante. Car, plus elle se développe, plus se renforcent les intérêts professionnels, de caste, etc., des "spécialistes" qui deviennent les porteurs de telles tendances (...) Engels décrit ainsi ce processus dans la relation entre le droit et l'économie : "il en va semblablement avec le droit : avec la nécessité de la nouvelle division du travail qui crée des juristes professionnels, s'ouvre un nouveau secteur autonome qui, malgré toute sa dépendance générale à l'égard de la production et du commerce, possède quand même aussi une capacité particulière à réagir sur ces secteurs. Dans un Etat moderne, le droit ne doit pas seulement correspondre à la situation économique générale et être son expression, il doit être aussi une expression cohérente en elle-même, qui ne se bafoue pas elle-même par des contradictions internes"* » [1059].

Loin d'être simplement l'expression d'une situation économique générale, comme pourrait le laisser entendre ici Engels, le droit fait partie de cette réalité économique qu'il tend à réguler. La création et la réglementation des services publics, par exemple, montrent le rôle agissant du droit sur le monde économique. Ce rôle agissant explique d'ailleurs que Duguit n'attribue pas seulement au droit positif la tâche de transcrire en termes juridiques la règle préexistante de la solidarité sociale, mais qu'il en fasse aussi un instrument du développement de cette solidarité. Il permet également de comprendre que la doctrine en soit arrivée à doter le droit d'une vie propre et autonome jusque dans ses rapports avec l'Etat.

Par sa cohérence, l'ordre juridique tend à rationaliser l'exercice du pourvoir qui, en retour, ne doit pas remettre en cause cette cohérence en appliquant un droit qu'il ne respecterait pas lui-même. Cette recherche de l'efficacité et de la rationalité propre à la société industrielle aboutit chez les publicistes à déplacer la question du pouvoir du problème de son origine à celui de son efficience. L'Etat légal révolutionnaire recherchait avant tout la légitimité dans la source du pouvoir, s'agissant à l'époque pour le Tiers-Etat de justifier la conquête qu'il venait d'en faire.

[1059] G. LUKACS, *ibidem*, p. 132.

Un siècle plus tard, la théorie de l'Etat de droit se préoccupe davantage de l'exercice de ce même pouvoir par des gens « compétents » dans le respect de règles fixées à l'avance.

De l'Etat légal à l'Etat de droit, il y aurait donc rupture, discontinuité inférée par les changements sociaux.

Or, si rupture il y a, il nous semble que c'est plutôt avec un mythe devenu encombrant qu'avec une réalité. Car si l'Etat légal signifie le règne de la volonté générale, il est aussi mythique que cette volonté générale elle-même, dont la seule définition provoque tant de divergences. S'il signifie le règne de la loi formelle et du corps législatif, il ne rend compte que des apparences du régime de la Troisième République sans parvenir à le légitimer. Les parlementaires occupent certes le devant de la scène au point d'obnubiler les publicistes ; mais les décisions semblent avoir davantage été prises par les ministères et les bureaux, eux-mêmes soumis à l'influence de nombreux groupes de pression [1060]. Le mythe de l'Etat légal se résume alors à la fiction d'une loi souveraine votée péniblement par les représentants d'intérêts particuliers et contradictoires, tirant de leur élection au suffrage universel la prétention de tout régenter. Aussi le spectacle politique de la Troisième République est-il vécu par les publicistes comme le règne de l'anarchie qui manifesterait une sorte de retour à un état de nature chaotique et conflictuel. Substituer l'Etat de droit à l'Etat légal constitue dans ces conditions une tentative de remise en ordre opérée par le droit, et non plus par la loi dont s'est emparé le suffrage universel.

Si le mythe de l'Etat légal est abandonné, c'est parce qu'il est désormais incapable de justifier le maintien d'une organisation politique libérale. En 1789, le règne de la loi signifiait à la fois le refus de tout commandement particulier et arbitraire de l'exécutif (c'est-à-dire de la monarchie) et la suprématie politique de représentants de la collectivité nationale souveraine, origine du pouvoir. A partir de l'an III, la référence à l'Etat légal était censée fonder le régime représentatif et l'indépendance des gouvernants à l'égard des gouvernés sur la base d'une réinterprétation de la loi, expression d'une volonté générale par son objet et non plus par sa source. L'avènement du suffrage universel tend à faire du règne de la loi l'équivalent d'une souveraineté de parlementaires dépendants de leurs électeurs et risque de déboucher soit sur un régime de démocratie directe ou semi-directe, soit sur l'anarchie parlementaire dès lors que les députés se montrent incapables de formuler quelque volonté générale que ce soit. Investi par le mouvement démocratique, le mythe de l'Etat légal se retourne contre le libéralisme qui l'avait fait naître, sans pour autant correspondre exactement à l'idéal d'une démocratie qui fonctionnerait correctement.

C'est en ce sens que l'on peut voir dans l'abandon du mythe la volonté de maintenir la continuité avec la période antérieure. Si quelques constitutionnalistes se

[1060] Voir *supra*, Ière Partie, Titre II, Chapitre I, note 237.

réfèrent encore à l'idéal du régime anglais, c'est-à-dire d'un Etat légal libéral et fonctionnant, semble-t-il, sans heurt, la plupart des publicistes ont trop conscience des différences qui opposent la France et la Grande Bretagne pour prôner ce gouvernement de l'opinion. En construisant l'Etat de droit, ils tentent d'adapter le libéralisme aux conditions nouvelles dans lesquelles il doit fonctionner et de sauvegarder ce qui constitue à leurs yeux l'essentiel : la paix sociale et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Les éléments qui attestent de cette continuité sont en effet nombreux.

La loi, autrefois définie comme l'expression de la volonté commune raisonnable, et désormais considérée comme le résultat d'une foire d'empoigne entre des intérêts contradictoires, est ainsi remplacée par le droit, facteur d'unité et principe rationnel d'organisation. L'indépendance du parlementaire à l'égard des gouvernés était justifiée par l'incompétence des représentés à gérer les affaires de l'Etat ; c'est à présent le juge qui bénéficie de cette argumentation : compétent parce que technicien, indépendant parce que non élu.

Les contrôles politiques dont bénéficiaient les citoyens actifs par le vote et par l'intermédiaire du législateur sont devenus inefficaces avec l'augmentation de la puissance de l'Etat, et leur renforcement par la mise en place du droit de révocation des élus ou du mandat profiterait à l'ensemble beaucoup plus vaste et hétérogène du suffrage universel. L'Etat de droit tel que le conçoivent les publicistes tend à leur substituer des contrôles juridictionnels permettant notamment aux contribuables de sauvegarder leurs intérêts contre les décisions prises par les représentants du suffrage universel.

L'objectif poursuivi par l'Etat légal : la protection contre l'arbitraire, la préservation de la sûreté et des droits naturels de l'individu parmi lesquels figure en bonne place le droit de propriété, cet objectif est poursuivi dans l'Etat de droit dans la mesure où l'Etat s'engage à respecter les normes qu'il a édictées. Et cet engagement est d'autant plus important pour la sécurité du commerce juridique que les normes sont plus nombreuses et touchent de plus près l'activité économique de l'administré. Enfin, l'égalité de droits proclamée par la Révolution libérale, menacée par le développement du clientélisme, est réaffirmée dans le service public et prolongée par une égalité dans la soumission au droit de toutes les personnes juridiques. La limitation du pouvoir politique par le droit constitutionnel devient une limitation de l'Etat par le droit ; au constitutionnalisme de la fin du dix-huitième siècle, succède l'administrativisme du début du vingtième siècle.

Sauvegarde du libéralisme contre les risques de «despotisme démocratique», voire de collectivisme, cette doctrine de l'Etat de droit va plus loin que la philosophie politique des doctrinaires dont elle retrouve pourtant de nombreux accents.

Entre la souveraineté du droit et celle de la Raison substituée à la souveraineté nationale, entre la critique de l'incompétence parlementaire et le gouvernement des compétences cher à Guizot, la filiation peut s'établir facilement, ce

qu'atteste encore la dissociation opérée entre la source et le contenu du droit, dissociation qui n'est pas sans rappeler la théorie de la volonté générale adoptée au début du dix-neuvième siècle. Confrontés aux revendications socialistes, les publicistes sont en effet dans une situation assez analogue à celle où se trouvait Guizot avant 1848 quand il défendait le régime libéral classique contre la revendication républicaine d'une extension du suffrage. Enfin, le souvenir de la Commune peut avoir joué le même rôle de repoussoir de ces revendications que celui des Trois Glorieuses en 1830.

Mais on ne saurait tirer trop loin la comparaison sans méconnaître la modernité dont font preuve les publicistes de la Troisième République. La construction qu'ils ont édifiée est en effet plus subtile et plus adéquate que celle élaborée par Guizot avant eux. Au lieu de s'opposer à cette évolution, ils ont su au contraire prendre en compte les mutations de la société de leur temps jusqu'à proposer, pour les plus modernistes d'entre eux, la substitution d'un droit «socialiste» au droit individualiste et l'affaiblissement du droit de propriété pour en éviter le risque de ruine.

Cette modernité des publicistes de l'époque se confirme en aval lorsque l'on replace leur conception de l'Etat de droit dans le long terme et par comparaison avec l'évolution réelle de l'organisation politique et juridique. On s'aperçoit en effet que la revalorisation de l'exécutif contre le parlement, dont ils sont partisans, est devenue une réalité en France dès la première guerre mondiale et que cette évolution, poursuivie à travers le système des décrets-lois, s'est trouvée institutionnalisée par la Cinquième République. La place du juge dans l'organisation constitutionnelle s'est, elle aussi, affermie, mais les réticences déjà observées chez les publicistes à lui confier le contrôle de la constitutionnalité des lois ont subsisté en France où l'on a préféré instituer un organe spécifiquement chargé de ce contrôle mais qui, aujourd'hui, se juridictionnalise. Quant au rôle administratif du Conseil d'Etat, il n'a pas disparu, bien au contraire. Plus généralement, on peut estimer que le pouvoir des techniciens n'a pas cessé d'augmenter depuis que les publicistes de l'époque étudiée en ont fait l'apologie.

L'Etat de droit correspond donc lui aussi à une conception particulière du pouvoir, contrairement à ce que pouvait avancer Carré de Malberg en 1920 qui l'opposait radicalement sur ce point à l'Etat légal. Nous avons vu d'une part qu'il n'y a pas véritablement rupture de l'Etat légal à l'Etat de droit, d'autre part que l'Etat de droit, tout en se présentant dans la doctrine publiciste comme une conception exclusivement juridique du pouvoir, n'en implique pas moins des choix politiques précis : lutter contre la souveraineté parlementaire, renforcer le pouvoir du juge et des techniciens, préserver l'Etat et la société des attaques du collectivisme. Même solidariste, la conception de l'Etat de droit reste profondément libérale, celle d'un libéralisme qui tente de s'adapter au mouvement démocratique né de l'industrialisation et qui, de ce fait, abandonne les positions adoptées au dix-huitième siècle. L'Etat légal avait été fondé par les libéraux pour un système libéral dont les

mécanismes se trouvent remis en cause tant par le suffrage universel que par les interventions de l'Etat ou le développement du fonctionnariat et du syndicalisme.

L'Etat de droit traduit dans le domaine juridique ces nouvelles données et organise la défense du régime contre la « démocratie à outrance ». Ses interventions plus nombreuses dans le champ économique et social, par l'intermédiaire du droit, expliquent désormais pourquoi l'on est passé d'une saisie de l'Etat comme pouvoir politique à sa représentation comme pouvoir juridique. C'est précisément ce rôle agissant que lui refusait le libéralisme classique au nom de la distinction nécessaire entre liberté autonomie et liberté-participation qui, selon Benjamin Constant, permettait de protéger l'individu de la toute puissance de l'Etat et de prévenir tout retour à la cité grecque. À la fin du dix-neuvième siècle, cette conception est déjà abandonnée ; d'abord parce que la liberté-participation, profitant désormais à tous les électeurs du suffrage universel, n'est plus une garantie de la liberté-autonomie dans la mesure où le suffrage universel réclame des prestations de plus en plus nombreuses de l'Etat, ensuite parce que le développement effectif des services publics manifeste l'élargissement de la sphère de l'Etat et que, dans ces conditions, seul le droit semble pouvoir, sinon le limiter, du moins le réguler, alors que le politique tendrait au contraire à l'étendre encore.

Ce n'est pas pour autant que l'on en revient à la conception de la cité grecque qui, d'après les publicistes, sacrifie comme Rousseau l'individu à la société. Si, dans la cité grecque telle qu'on se la représente sous la Troisième République, il y avait unité de la cité et de ses citoyens, cette symbiose s'opérait précisément grâce à la notion de citoyen, c'est-à-dire par une participation politique de l'individu aux décisions de la cité. Dans la théorie de l'Etat de droit en revanche, la réconciliation de l'individu et de l'Etat passe par le droit, c'est-à-dire un ensemble de normes applicables à tous, organisées rationnellement, et à l'édiction desquelles l'individu n'a qu'une part accessoire.

Cette opposition du politique et du juridique marque aussi les limites de la modernité des publicistes. S'ils l'opèrent, c'est en partie parce qu'ils voient dans le droit une protection, un garde-fou contre les aberrations et l'irrationalité du champ politique. La guerre de 1914 manifestera clairement cette irrationalité, mais elle montre en même temps comment l'Etat a su ressaisir le politique et lutter également sur ce terrain contre les doctrines qui le menaçaient. Le développement de la propagande, l'affinement ultérieur de ses techniques ont en effet permis d'encadrer l'opinion publique et d'en éviter les débordements. Les publicistes, on s'en souvient, souhaitaient éduquer et « organiser le suffrage universel » dont le fonctionnement leur paraissait trop anarchique et dangereux pour l'ordre social. Or il n'a pas été besoin de réformer le système électoral, l'« éducation » des masses , par le biais des moyens de communication qui se sont développés au vingtième siècle, a semble-t-il suffi.

Cette dévalorisation du politique explique en outre que les juristes aient largement surestimé le rôle du droit comme facteur d'ordre et comme garantie contre

l'arbitraire. Partis d'une étude juridique de l'Etat, ils ont eu tendance en effet à concevoir le monde comme dominé par le droit.

Mais de ce droit censé, selon nos auteurs, dominer le monde, on peut se demander s'il s'agit du droit comme norme, comme ensemble de normes ou comme discipline. Car entre l'étude de la norme et la norme elle-même, il y a de nombreuses confusions possibles. De quoi s'agit-il par exemple lorsque les publicistes estiment que le droit est une science plutôt qu'un art ? Parlent-ils de la discipline, de son objet, ou des deux à la fois ? S'il est souvent difficile de les distinguer, c'est en partie à cause du statut particulier du droit (comme ensemble de normes), en ce que l'ordre juridique, la règle de droit, sont à la fois des conceptions intellectuelles abstraites, des énoncés hiérarchisés, et des éléments qui ont un effet matériel direct, concret, dans la société où ils s'appliquent et qu'ils prétendent régir. Or l'étude de ces énoncés et de la manière dont ils s'appliquent tend à y introduire de l'ordre.

Le droit administratif fournit de ce point de vue un exemple intéressant puisque c'est essentiellement grâce à la doctrine que les règles du droit administratif se sont organisées comme ensemble cohérent, c'est-à-dire finalement comme ordre juridique partiel. Dans la mesure où l'organisation des normes, leur hiérarchie font partie du droit comme ensemble de normes, toute étude des normes qui vise à les décrire de façon rationnelle, à les classer, contribue à l'édiction du droit lui-même. De là sans doute ce rêve des publicistes de voir augmenter leur rôle dans l'Etat au point de devenir eux-mêmes des législateurs supérieurs aux parlementaires puisqu'en étudiant le droit, ils pensent faire oeuvre de science.

Au cours de la période envisagée ici, et notamment à partir de 1890, l'effort des publicistes français a consisté à organiser l'ensemble des règles de droit administratif dans un exposé cohérent, synthétique, et non simplement descriptif comme c'était plus ou moins le cas jusqu'alors. Dans ces conditions, leur conception de l'Etat de droit peut apparaître comme la volonté de plier le monde politique aux catégories de pensée élaborées pour leur discipline et de transformer ces catégories de pensée en normes régissant ce monde. « *Le droit implique limitation* », disait Hauriou, et l'analyse de l'Etat comme catégorie juridique équivaudrait dès lors à limiter réellement le pouvoir.

Dans la mesure où elle est liée à la modernisation du pouvoir et de son exercice, à l'Etat moderne, la théorie de l'Etat de droit se retrouve logiquement dans la plupart des pays européens touchés par l'industrialisation.

C'est le cas notamment de l'Allemagne où est née la théorie du *Rechtsstaat* dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle, au moment où apparaissent les partis sociaux-démocrates et où le droit de suffrage se développe. Si le régime politique allemand est fort éloigné à l'époque du système de l'Etat légal parlementaire, il n'en reste pas moins qu'il doit à la fois maintenir la récente unité du pays, endiguer la

menace socialiste [1061] engendrée par une industrialisation plus précoce qu'en France, faire face aux revendications de la bourgeoisie pour l'extension du parlementarisme, et gérer une bureaucratie déjà très développée. Contrairement à la France, l'Allemagne n'est donc pas touchée par l'anarchie parlementaire et l'instabilité ministérielle, mais elle connaît un développement beaucoup plus important du socialisme et doit moderniser un régime politique plus archaïque dans des conditions de plus grand développement économique qu'en France.

Les auteurs espagnols et italiens s'intéressent eux aussi à la théorie de l'Etat de droit, titi moins retrouve-t-on chez eux des éléments similaires à ceux que nous avons identifiés dans la doctrine française. Ainsi Orlando et Miceli font le même constat pour l'Italie que celui des publicistes en France. Tous deux dénoncent le mauvais fonctionnement du régime parlementaire qui serait dû notamment aux idées erronées sur la souveraineté (populaire) et sur la représentation (comme mandat)[1062]; tous deux opposent radicalement la politique et le droit [1063], la force du nombre et la justice [1064]. En 1895, Orlando en conclut à la nécessité de revenir à des théories jugées plus « saines » : la distinction du corps électoral et du souverain [1065], la qualification de la chambre élective comme simple organe parmi d'autres de l'Etat[1066], le principe du gouvernement des compétences [1067]. Douze ans plus tard, il analyse cette crise du parlementarisme comme le reflet d'une crise sociale, économique et intellectuelle qui touche l'Italie et l'ensemble de l'Europe, comme un effet des trop nombreuses divisions de la société civile, et ne voit de salut possible que dans la soumission de l'Etat au droit, correctif nécessaire aux aberrations de la politique. « *Au milieu des alternatives si troublées de la politique, plus la lutte est vive entre les classes sociales, entre les aspirations diverses que chacun entrevoit*

[1061] La sociale-démocratie allemande connaît à l'époque une phase d'expansion : de 312.000 électeurs en 1881, elle passe à 1.427.000 électeurs en 1890 (voir J. DROZ, *Le socialisme démocratique 1864-1960*, Paris, A. Colin, 1966, 2e éd., p. 39).

[1062] V.E. ORLANDO, « Du fondement juridique de la représentation », *R.D.P.* 1895, t. pp. 1-39 ; V. MICELI, « Les partis politiques dans leurs rapports avec le gouvernement de Cabinet ». *R.D.P.* 1895, t. IV, pp. 201-233.

[1063] V. MICELI, *loc. cit*., p. 202 « Les rapports entre les partis politiques et le Cabinet sont essentiellement dominés par les considérations politiques : ce sont eux qui ont le plus contribué à mettre toute cette science du droit constitutionnel dans la dépendance de la politique » ; V.E. ORLANDO, *loc. cit.,* p. 4 : « Ce qui fait sa grande force, c'est la simplicité grâce à laquelle une idée politique pénètre facilement dans la multitude et y acquiert l'autorité d'un dogme ».

[1064] V. MICELI, *loc. cit*., p. 207 : « Les majorités ne peuvent pas, en raison seulement de leur valeur numérique, transformer leur opinion et leur volonté en droit » ; V.E. ORLANDO, *loc cit*., p. 21 : « les électeurs « n'ont aucun droit propre qu'ils puissent transmettre à leurs élus ».

[1065] V.E. ORLANDO, *loc. cit*., p. 21 : « Le corps électoral, dans le droit public moderne, n'est pas le pouvoir souverain, n'est pas le dépositaire de la souveraineté de l'Etat (...) Le droit électoral découle de la Constitution de l'Etat, il n'est pas la source, mais bien le dérivé de la souveraineté ».

[1066] V.E. ORLANDO, *loc. cit*., p. 24 : « S'il est vrai que la volonté de l'Etat trouve sa plus haute expression dans le pouvoir législatif, il n'est pas douteux que, dans notre droit public, trois organes (les deux Chambres et le Chef de l'Etat) concourent à la formation de cette volonté ».

[1067] V.E. ORLANDO, *loc. cit*., p. 26 : « Un principe fondamental de la philosophie politique, qu'il convient de considérer comme un postulat, veut que le gouvernement de l'Etat appartienne aux plus capables » ; de même V. MICELI, *loc. cit*., p. 219 : « Un des défauts du régime parlementaire consiste dans l'insuffisance d'hommes capables de comprendre et de discuter, au sein des Chambres, avec compétence les intérêts toujours plus compliqués de l'Etat moderne ».

comme l'idéal rêvé de la mission du pays, plus le conflit devient ardent entre les différents groupes ethniques et les multiples confessions religieuses, plus il est nécessaire d'avoir solides et stables une limite et une garantie communes. Cette limite, c'est le droit, et cette garantie, c'est la justice » [1068].

Le droit doit donc, là encore, servir de garde-fou, voire de remède à la crise politique et surtout à la division du corps social. C'est à cette même conclusion [1069] que parvient Pedro Dorado, sorte de Duguit espagnol par l'analyse très matérialiste qu'il fait du droit. Critiquant l'assimilation de la loi à la justice [1070], il va cependant plus loin que ses contemporains dans la conception qu'il se fait de l'Etat idéal : « *Etat coopératif dont les fonctions ne sont pas la propriété, pour ainsi dire, du souverain, mais bien des services collectifs, et dont les organes et les fonctionnaires n'aient pas d'autre caractère que celui d'administrateurs d'intérêts généraux et communs, désignés, par suite, par la communauté et responsables devant elle* » [1071]. Cette administration des choses succédant au gouvernement des hommes n'est pas sans rappeler l'utopie saint-simonienne, et l'auteur reconnaît s'inspirer des théories de Sumner Maine et de Spencer.

Seuls les anglo-saxons semblent échapper à cette tentative de construire la théorie de l'Etat de droit. L'écho perçu en France des publicistes anglais montre cependant que certains sont prêts à remettre en cause les caractères de l'Etat légal et notamment la souveraineté illimitée du parlement. La théorie de Dicey, reprise en France par Deslandres, y contribue pour sa part en définissant la loi non seulement comme l'expression de l'opinion publique (qui est encore à l'époque celle du suffrage restreint), mais aussi comme celle de la justice [1072]. Mais l'absence de droit spécifique à l'administration les cantonne dans l'approfondissement des études politiques qui deviennent elles aussi une science et ce domaine est peu propice, on l'a vu, à l'édification d'une théorie juridique de l'Etat.

Théorie de l'Etat moderne, la doctrine de l'Etat de droit était logiquement promise à une grande fortune. La fréquente référence qui est faite à l'Etat de droit

---

[1068] V.E. ORLANDO, « Le régime parlementaire en Italie », *Congrès international de droit comparé*, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 357-377, p. 376 ; de même V. MICELI, *loc. cit.*. p. 201 : « Le gouvernement d'un Etat n'est pas seulement une institution politique, c'est aussi, et surtout, une institution juridique parce que son but principal est l'application du Droit. Un gouvernement qui ne poursuit pas cet objectif est voué à l'arbitraire et n'a pas de raison d'être ».

[1069] « Le législateur avisé, dont le rôle a de grandes ressemblances avec celui du dompteur, de l'orthopédiste, du tuteur, ne doit pas aspirer à autre chose qu'à établir entre les individus, par le moyen de la loi et de la contrainte, des liens de solidarité que ces derniers n'établiraient pas de leur propre initiative » (P. DORADO, « Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale », *R.D.P.* 1899, tome XII, pp. 1-51 et pp. 219-251, p. 229).

[1070] P. DORADO, *loc. cit.*, pp. 233-234 : « La lettre de la loi qui ne devrait être qu'un signe approximatif de la justice, devient la justice même, c'est-à-dire un symbole mystique (...) La justice tout entière n'est autre qu'un gigantesque symbole mystique, que la conséquence d'une douloureuse confusion entre le signe et la chose signifiée, confusion qui est la source de maux infinis ».

[1071] P. DORADO, *ibidem*, p. 251.

[1072] Voir M. DESLANDRES, « Etude sur le fondement de la loi », *R.D.P.* 1908, pp. 5-37.

dans les discours politiques contemporains l'atteste d'ailleurs et montre en même temps l'évolution subie par une conception qui se présentait initialement comme strictement juridique. Or cette évolution s'est faite dans deux directions opposées comme pouvait le laisser prévoir l'ambiguïté fondamentale d'une théorie critiquant l'Etat légal pour adapter le libéralisme au monde moderne, modernisant los conceptions juridiques tout en se défiant des innovations introduites par le suffrage universel. Aussi paradoxale que puisse paraître cette affirmation, on ne peut sous-estimer les voies de passage qui existent entre cette doctrine de l'Etat de droit fondée sur la défiance à l'égard de la politique et de la souveraineté parlementaire, et le corporatisme du gouvernement de Vichy dont J. Barthélemy a été le garde des Sceaux.

Les éléments qui ont conduit à l'avènement des régimes fascistes se retrouvent en effet dans la critique de l'Etat légal et dans l'idéal d'une société unie, pacifiée, et gouvernée par les « compétences ». La mise en cause des parlementaires et des politiciens, déjà faite par les boulangistes qui recrutaient leurs partisans aussi bien chez les radicaux et les blanquistes que chez les bonapartistes, est reprise, nous l'avons vu, par tous les publicistes de la période considérée. Les conceptions organicistes de la société propres au dix-neuvième et communes à Léon Duguit et Charles Benoist, engendrent une critique de l'individualisme et des idéaux abstraits de la Révolution française, qui peut alimenter l'apologie de la « vie nationale » et la volonté d'encadrer le suffrage universel. Les mutations de la société industrielle, avec les conflits qu'elles entraînent, produisent ainsi cette conjonction des progressistes et des réactionnaires, à la recherche d'une unité mythique transcendant toutes les divisions. Cette filiation possible, mais non inévitable, est encore confirmée par le cas de Carl Schmitt [1073], opposant lui aussi l'Etat légal et l'Etat de droit, et dont les théories furent revendiquées par les partisans du régime hitlérien. Fort heureusement, cette issue n'est pas la seule mais on ne saurait oublier que la critique de l'Etat légal qui fonde initialement la conception théorique de l'Etat de droit, pouvait finir par en justifier le renversement.

Dans la mesure cependant où la théorie de l'Etat de droit prétend préserver les valeurs libérales, les adapter au monde moderne, et non les supprimer ; dans la mesure aussi où elle a pour objectif de lutter contre l'irrationalité et le désordre du monde politique, elle s'oppose aux systèmes totalitaires mis en place entre les deux guerres. Surtout, la défaite du fascisme et du nazisme a largement contribué à partir de 1945 à revaloriser les aspects libéraux de cette conception désormais inséparable de la philosophie des droits de l'homme. C'est en partie pourquoi la théorie actuelle de l'Etat de droit réconcilie les deux domaines du politique et du juridique, alors qu'elle s'est construite, on l'a vu, sur leur opposition. L'orientation et l'encadrement de l'opinion dans des partis mieux structurés et des syndicats moins combatifs ont en effet permis de juguler le désordre et l'irruption des volontés du suffrage universel

[1073] V. CARL SCHMITT, *Légalité et légitimité*, éd. fr., Paris, LGDJ 1936.

dans un système initialement prévu pour un suffrage restreint. La maîtrise progressive du politique, qui semblait pratiquement impossible aux publicistes du début du vingtième siècle, explique la moindre défiance à l'égard du champ politique. Etat moderne, l'Etat de droit ne peut se passer des fondements politiques de la démocratie, au point que l'Etat de droit et la démocratie libérale sont aujourd'hui présentés comme synonymes.

La doctrine en arrive ainsi à concilier deux légitimités celle de la source du pouvoir et celle de son efficience, l'élection des gouvernants au suffrage universel et l'exercice du pouvoir dans le respect du droit. On peut dire qu'elle concilie finalement la doctrine juridique de l'Etat de droit et la doctrine politique du premier Etat légal à un moment où le fonctionnement du suffrage universel semble pouvoir être maîtrisé au point que le citoyen n'a plus guère autre chose que l'illusion de contrôler sa destinée. La seule menace qui paraisse subsister contre l'Etat de droit résulte du phénomène terroriste vécu comme une résurgence de l'irrationnel dans le monde politique moderne. Aussi la lutte contre le terrorisme est-elle souvent présentée comme une défense de l'Etat de droit, alors même qu'elle a parfois pour effet de le remettre en cause : érigé en valeur suprême dans les moments de crise, le maintien de l'ordre et de l'Etat est censé justifier les *Berufsverbote* en Allemagne, le sacrifice d'Aldo Moro en Italie et des restrictions nombreuses aux libertés.

Mais nous avons vu que l'existence de l'Etat fait partie de l'ordre juridique et que l'Etat qui respecte le droit est aussi un Etat qui se respecte lui-même. De là cette ambiguïté fondamentale de la notion : Etat qui protège les droits de l'homme (mais lesquels ?), ou Etat qui préserve sa propre existence en imposant l'ordre qui est établi, l'Etat de droit doit obéir à ces deux impératifs qui, en cas de crise, peuvent s'avérer contradictoires. Leur conciliation passe par la formation d'un consensus autour des valeurs à défendre, et ce consensus n'est jamais aussi fort que lorsqu'il est possible de désigner un ennemi radical, le terrorisme jouant ici le même rôle que le nazisme après la guerre. Cette ambiguïté explique enfin que tous les partis invoquent l'Etat de droit pour en tirer des conclusions souvent opposées et que la notion d'Etat de droit soit devenue une sorte de nébuleuse de légitimité. « *L'omniprésence actuelle du discours sur 1'Etat de droit tourne à l'auto-célébration de 1'Etat, ce qui devrait suffire à inquiéter le citoyen, quand bien même elle se ferait au nom des droits de l'homme* » [1074].

Construction tautologique, la théorie de l'Etat de droit en est ainsi réduite à désigner *le* système légitime, idéal de l'Etat que prétend se proposer d'atteindre l'Etat réel.

[1074] « On ne parle à tout instant d'"Etat de droit" que depuis le moment où l'Etat moderne dit démocratique a généralement cessé d'en être un : ce n'est pas par hasard que l'expression n'a été popularisée que peu après 1970, et d'abord justement en Italie », G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, éd. G. Lebovici, 1988, p. 79.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

On ne trouvera ici que les ouvrages et articles cités au cours de pages précédentes. Pour le reste, se reporter à la bibliographie (pages 372 et s.)

I – OUVRAGES

1/ OUVRAGES DE LA DOCTRINE PUBLICISTE 1879-1914

ANGLEYS (A.),

Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif par l'intervention de l'autorité judiciaire, Thèse Grenoble, Chambéry, Imprimerie F. Gentil, 1910, 187 p.

L'Année administrative

Année 1903 (tome 1), Année 1904 (tome 2), Paris, Giard et Brière, 1904, 664 p. et 1905, 715 p.

ARLET (L.),

De la responsabilité de l'Etat législateur, Thèse Bordeaux, Sarlat, 1914, 179 p .

AUCOC (L.),

- *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789*, Paris, Imprimerie Nationale, 1876, 435 p. - - *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod, 1878-1882, 3 vol. t. 1. 704 p.; t. 2, 745 p. ; t. III, 968 p.

BARTHELEMY (J.),

- *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Thèse Toulouse, Paris, Larose et Forcel, 1899, 204 p.

- *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, Paris, Giard et Brière, 1906, 762 p.

BATBIE (A.),

Traité théorique et pratique de droit public et administratif, lère éd. 1862-1868 ; Paris, Larose et Forcel, 2e éd. 1885-1894, 8 vol., t. I, 499 p. ; • t. II, 516 p. ; t. III, 530 p. ; t. IV, 646 p. ; t. V, 672 p. ; t. VI, 702 p. ; t. VII, 712 p. ; t. VIII, 637 p.

BENOIST (CH.),

- *De l'organisation du suffrage universel. La crise de l'Etat moderne*, Paris, F. Didot, 1895, 70 p., 2e éd. 1898.

- *La réforme parlementaire*, Paris, Plon, 1902, 297 p.

BERTHELEMY (H.),
Traité élémentaire de droit administratif, lère éd. 1901 ; Paris, Rousseau, 2e éd. 1902, 942 p.; 5e éd. 1908, 982 p.; 7c éd. 1913, 996 p.

BESSON (A),

Essai sur la représentation proportionnelle de la majorité et des minorités, Thèse Dijon, 1897, 376 p.

BEUDANT (R.),

Le droit individuel et l'Etat, Paris, Rousseau, 1891, 288 p.

BLOCK (M.),

Dictionnaire de l'administration française, Paris, Berger-Levrault, 5e éd. par Maguero, 1905-1907, 2 vol., t. I, A à E, 1388 p.; t. II, F à Z, p. 1389 à p. 2715.

BOUCHET (H.),

La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures, Thèse Dijon, 1908, 180 p.

BRIOT (G.),

Du mandat législatif en France, Thèse Paris, Rousseau, 1905, 141 p.

CAHEN (G.),

Le gouvernement législateur, la loi et le règlement, Thèse Paris, Rousseau,1903, 426p.

CARRE DE MALBERG (R.),

Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1920-1922, 2 vol. ; réédition CNRS 1962, 837 et 638 p.

CARRIER (M.),

Du principe de la séparation de l'Administration active et de la juridiction administrative, Thèse Lyon, Mougin-Rusand, Waltener et Cie, 1900, 173 p.

CHARAU (H.),

Essai sur l'évolution du système représentatif, Thèse Dijon, 1909, 340p.

CHARDON (H.),

- *L'administration de la France, Les fonctionnaires*, Paris, Perrin, 1908, 435 p.

- *Le pouvoir administratif*, lère éd. 1910, Paris, Perrin, 1912, 2e éd., 480 p.

CHARDON (J.L.),

La réforme électorale en France, Thèse Paris, Rousseau, 1910, 329 p.

CHARREYRON (P.),

Du recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, Thèse Paris, Dcrenne, 1885, 189 p.

COURCELLE-SENEUIL (J.G.),

Préparation à l'étude du droit, Paris, Guillaumin, 1887, 489 p.

COUTANT (P.),

Le vote obligatoire, Thèse Paris, Chevalier Marescq, 1898, 246 p.

DANDURAND (P.),

Le mandat impératif, Thèse Bordeaux, 1896, 180 p.

DARESTE (R.),

La justice administrative en France, Paris, Larose, 2e éd. 1898. 680 p.

DAUPHINOT (G.),

Des actes de gouvernement, Thèse Nancy, Impr. Nancéienne, 1898, 172 p.

DESPAX (R.),

De la responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires, Thèse Lille, Paris, Giard et Brière, 1909, 140 p.

DUCROCQ (H.),

Cours de droit administratif, Paris, Thorin, 5e éd. 1877. 2 vol., 702 p. et 736 p. ; 7e éd. 1897-1905, 7 vol., t. I, 540 p. ; t. II, 654 p. ; t. III, 848 p. ; t. IV, 594 p. ; t. V, 604 p. ; t. VI, 698 p. ; t. VII, 176 p .

DUGUIT (L.),

L'Etat, le droit objectif et la loi positive, Paris, Fontemoing, 1901, 623 p.

L'Etat, les gouvernants et les agents, Paris, Fontemoing, 1903, 774 p.

Manuel de droit public, tome I : *droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1907, 1140 p. ; 4e éd. 1923, 607 p.

Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, Paris. Alcan. 1908, 154 p.

Traité de droit constitutionnel, Paris, Fontemoing, 191.1, 2 vol., t. 1, 570 p. ; t. Il, 558 p.

Les transformations du droit public, Paris, A. Colin, 1913, 285 p.

EICHTAL (E. D'),

Souveraineté du peuple et gouvernement, Paris, Alcan, 1895, 264 p.

ESMEIN (A.),

Eléments de droit constitutionnel français et comparé, lere éd. 1896, Paris, Larose, 2e éd. 1899, 760 p. ; 5e éd. 1909, 1154 p.

FRANÇOIS (CH.),

La représentation des intérêts dans les corps élus, Thèse Lyon, 1899, 363 p.

GAUTHIER (A.),

- *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires*, Paris, Lahure, 1879, 434 p. In» (A.),

- *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, Paris, Lahure, 1880, 452 p.

GRACH (H.),

De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'Administration, Thèse Paris, Sirey, 1912, 158 p.

GRIVELLE, (P.),

De la distinction des actes d'autorité et des actes de gestion, Thèse Paris, Pedone, 1901, 132 p.

HAURIOU (M.),

- *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Larose et Forcel, 2e éd. 1893, 759 p. ; 6e éd. 1907, 915 p. ; 9e éd. 1919, 1099 p.

- *Principes de droit public*, Paris, Larose, 1910, 734 p.

- *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, 1912, 156 p.

- *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris, Sirey, 1929, 3 vol., 743, 764 et 846 p.

HAVET (L.),

L'idée de la loi, Paris, Ollendorf, 1900, 16 p.

HELIE (F.A.),

Les Constitutions de la France, Paris, Marescq, 1880, 1467 p.

JACQUELIN (R.),

- *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, étude d'histoire, de législation comparée et de critique, Thèse Paris, Giard, 1891, 508 p.

- *Les principes dominants du contentieux administratif*; Paris, Giard et Brière, 1899, 348 p.

JELLINEK (G.),

L'Etat moderne et son droit, lère Partie, Théorie générale de l'Etat, livres I et II, éd. fr., trad. G. Fardis, Paris, Giard et Brière, 1911, 576 p.

JEZE (G.),

Les principes généraux du droit administratif, Paris, lère éd. Berger-Levrault, 1904, 167 p. ; 2e éd. Giard, 1914, 543 p.

JUILLE (E.),

Le domaine du règlement présidentiel, Thèse Lille, Paris, Rousseau, 1905, 174 p.

KOCH (C.),

Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif, Thèse Nancy, 1905, 120 p.

LABAND (P.),

Le droit public de l'empire allemand, éd. fr., Paris, Giard et Brière, 1900-1904, 6 vol., t. I, 540 p. ; t. II, 714 p. ; t. III, 437 p. ; t. IV, 413 p. ; t. V, 588 p. ; t. VI, 510 p.

LAFERRIERE (E.),

Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, lère éd. 1887-1888, Paris, Berger-Levrault, 2e éd. 1896, 2 vol., 724 p. et 709 p.

LARCHER (E.),

Etude de droit constitutionnel. L'initiative parlementaire en France, Paris, Rousseau, 1896, 320 p.

LEBOURGEOIS (A.),

De la séparation des pouvoirs, Thèse Paris, 1884, 313 p.

LECOURTOIS (M.),

Des actes de gouvernement, Thèse Poitiers, Biais et Roy, 1899, 268 p.

LEFAS (A.),

L'Etat et les fonctionnaires, Paris, Giard et Brière, 1913, 397 p.

LEFEBVRE (CH.),

Etude sur les lois constitutionnelles de 1875, Paris, Marescq, 1882, 251 p .

LEROY (M.),

- *Les transformations de la puissance publique, les syndicats de fonctionnaires*, Paris, Giard et Brière, 1907, 286 p.

- *La loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, Giard et Brière, 1908, 353 p.

LONNE (J.),

Les actes de gouvernement, Thèse Paris, H. Jouve, 1898, 164 p.

MESTRE (A.),

Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Paris, Rousseau, 1899, 360 p.

MICHOUD (L.),

- *Des actes de gouvernement*, Paris, Larose et Forcel, Extrait des Annales de l'Enseignement Supérieur de Grenoble, 1889, 71 p.

- *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906-1909, 2 vol., 484 p. et 548 p.

- *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris, LGDJ, 1913, 115 p.

MOREAU (F.),

- *Le règlement administratif Etude théorique et pratique de droit public français*, Paris, Fontemoing, 1902, 524 p.

- *Pour le régime parlementaire*, Paris, Fontemoing, 1903, 360 p.

- *Manuel de droit public*, tome II : droit administratif, Paris, Fontemoing, 1909, 1268 p.

NAVILLE (E.),

Questionnaire pour l'étude de la représentation proportionnelle, Genève, Kündig, 1900, 45p.

NEZARD (H.),

- *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris, Larose, 1901, 770 p.

- *Les principes généraux du droit disciplinaire*, Paris, Rousseau. 1903, 427 p .

- *Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1910, 91 p.

- *Eléments de droit public*, Paris, Juven et Rousseau, lère éd. 1911, 302 p.

PIERRE (E.),

Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Paris, Librairies Imprimeries Réunies, 1893, 1230 p.

PUJOL (E.),

Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté, Thèse Toulouse, 1911, 124 p.

RAIGA (E.),

Le pouvoir réglementaire du Président de la République, Thèse, Paris, Larose, 1900, 236p.

RENAULT (J.),

Des actes discrétionnaires, Thèse Paris, Pédone, 1899, 132 p.

SAINT-GIRONS (A. DE),

- *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, LGDJ, 1881, 584 p.

- *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Larose et Forcel, 1884, 609 p.

SARIPOLOS (N.),

La démocratie et l'élection proportionnelle, Thèse Paris, Rousseau, 1899, 960 p.

SIGNOREL (J.),

Etude de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif, Paris, Rousseau, 1896, 472 p.

SIMONET (J.B.),

Traité élémentaire de droit public et administratif, Paris, Pichon, 1885, 933 p.

SOURDAT (A.),

Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages et intérêts, en dehors des contrats, Paris, Marchai et Billard, 5e éd. en collaboration avec L. Sourdat, 1902, 2 vol., 856 et 930 p.

SOURDOIS(J.),

Du fondement, de l'étendue, de l'évolution de la responsabilité de l'Etat, agissant dans l'exercice de la puissance publique, Thèse Bordeaux, 1908, 177 p.

TARDE (G.),

Les transformations du pouvoir, Paris, Alcan, 1899, 266 p.

TIRARD (P.),

De la responsabilité de la puissance publique, essai d'une théorie générale, Thèse Paris, Rousseau, 1906, 262 p.

TOURNYOL DU CLOS (J.),

Essai sur le recours pour excès de pouvoir, Thèse Bordeaux, Imp. Commerciale et Industrielle, 1905, 135 p.

VALEGEAS (J.),

Du pouvoir réglementaire en droit français, Thèse Bordeaux, Cadoret, 1892, 115 p.

VAREILLES-SOMMIERES,

Les principes fondamentaux du droit, Paris. Pichon, 1889, 491 p .

2/ AUTRES OUVRAGES

ARNAUD (A.J.),

Les juristes face à la société du dix-neuvième siècle à nos jours, Paris, PUF, 1975, 228 p.

AULARD (A.),

Etudes et leçons, lère série, Paris, Alcan, 1893, 301 p.

AZEMA (J.P.) et WINOCK (M.),

Naissance et mort de la Troisième République, Paris, Calman-Lévy, 1970, 381 p.

BACOT (G.),

Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale, Paris, éd. du CNRS, 1985, 200 p.

BARANTE (M. DE),

La vie politique de Royer-Collard, Paris, Didier, 1861, 2 vol., 515 et 547 p.

BLANCPAIN (F.),

La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, Thèse Paris II, 1979, 310 f.

BONALD (L. DE),

Théorie du pouvoir politique et religieux, 1796, Paris, UGE 10/18, 1966, 340 p.

BURDEAU (G.),

Le libéralisme, Paris, Seuil, Coll. Points, 1979, 296 p.

CHARLES (C.),

Les hauts fonctionnaires en France au XIXe siècle, Paris, Gallimard, Collection "Archives", 1980, 268 p.

CHAUVEAU (A.),

Principes de compétence et de juridiction administratives, Paris, Cotillon-Durand, 1841-1844, 3 vol., 440, 460 et 578 p.

CHEVALLIER (J.J.),

Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, Paris, Dalloz, 5e éd., 1977, 846 p.

C.N.R.S.,

Le Conseil d'Etat : son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974, Paris, CNRS, 1974, 1012 p.

DEBORD (G.),

Commentaires sur la société du spectacle, Paris, éd. G. Lebovici, 1988, 97 p.

DROZ (J.),

Le socialisme démocratique 1864-1960, Paris, A. Colin, 2e éd. 1966, 360 p .

DUFOUR (G.),

Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence, Paris, Cotillon, 2e éd. 1854-1857, 7 vol., t. I, 666 p. ; t. II, 726 p. ; t. III, 712 p. ; t. IV, 699 p. ; t. V, 694 p. ; t. VI, 677 p. et t. VII, 603 p.

FOUCART (E.V.),

Eléments de droit public et administratif, Paris, Videcocq, 3e éd. 1843, 3 vol., 788, 776 et 486 p. (et un appendice de 324 p.).

GABEL (J.),

La fausse conscience, Paris, éd. de Minuit, 1962, 273 p.

GAUDEMET (Y.H.),

Les juristes et la vie politique de la Troisième République, Paris, PUF, série Sciences Politiques, n° 21, 1970, 120 p.

GERARD (A.),

La révolution française, mythes et interprétations 1789-1970, Paris, Flammarion, Questions d'histoire, 1970, 140 p.

GIRARDET (R.),

Le nationalisme français, *anthologie 1871-1914*, Paris, Seuil, 1983, 275 p

GODECHOT (J.),

La pensée révolutionnaire 1780-1799, Paris, A. Colin, 1964, 400 p.

GUIZOT (F.),

Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps, Paris M. Lévy, 2e éd. 1872-1873, 8 vol., t. I, 483 p. ; t. II, 521 p. ; t. III, 607 p. ; t. IV, 582 p. ; t. V, 521 p. ; t. VI, 532 p. ; t. VII, 546 p. ; t. VIII, 634 p.

GUIZOT (F.),

Histoire de la civilisation en Europe, suivie de : *Philosophie politique : de la souveraineté,* Paris, Hachette, 1985, 396 p.

KELSEN (H.),

Théorie pure du droit, lère éd., trad. fr. H. Thévenaz, Neuchâtel, éd. de la Baconnière, 1953, 205 p.

KOJEVE (A.),

Esquisse d'une phénoménologie du droit : essai provisoire, Paris, Gallimard, Bibliothèque des Idées, 1981, 588 p.

LA BOETIE (E. DE),

Le discours de la servitude volontaire, lère éd., 1574, Paris, ed. Payot, 1978, 307 p., pp. 103-164.

LUKACS (G.),

Histoire et conscience de classe, Berlin, 1923, Paris, ed. de Minuit, 1960, 417 p.

MACHELON (J.P.),

La République contre les libertés ?, Paris, FNSP, 1976, 461 p.

MACHIAVEL, (N.),

Le Prince et autres textes, Paris, Gallimard Folio, 1980, 473 p. (Le Prince, 146 p.)

MAYEUR (J.M.),

- *Les débuts de la Troisième République 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973, 254. p.

- *La vie politique sous la Troisième République 1870-1940*, Paris, Seuil, 1984, 445 p.

MESNARD (P.),

L'essor de la philosophie politique au XVIe siècle, Paris, Vrin, 3e éd., 1969, 711 p. (lère éd. 1936).

NIETZSCHE (F.),

Par-delà le bien et le mal, 1886, Paris, ed. Aubier-Montaigne, coll. bilingue, 1951, 418 p.

PISIER-KOUCHNER (E.),

Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit, Thèse Paris, 1970, LGDJ 1972, 317 p.

REBERIOUX (M.),

La République radicale ? 1898-1914, Paris, Seuil, 1975, 254 p.

Cardinal de RETZ,

Mémoires, Œuvres complètes, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1808 p.

SANGUINETTI (G.F.) (alias CENSOR) –

Véridique rapport sur les dernières chances de sauver le capitalisme en Italie, éd. fr., Paris, Champ-Libre, 1976, 163 p.

SCHMITT (C.),

Légalité - Légitimité, éd. fr., Paris, LGDJ, 1936, 102 p.

SEXBY (E.),

Tuer n'est pas assassiner, lère éd. 1657, ed. Champ-Libre, 1980, 65 p.

SFEZ (L.),

Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français, Paris, LGDJ, 1966, 520 p.

STERNHELL, (Z.),

La droite révolutionnaire, Paris, Seuil, 1978, 442 p.

TARDIEU (A.),

L'heure de la décision, Paris, Flammarion, 1934, 286 p.

TOCQUEVILLE (A. DE),

Correspondance avec P. Royer-Collard et avec J. Ampère, Paris, Gallimard, Oeuvres complètes, tome XI, 1970, 464 p.

TROPER (M.),

La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, LGDJ, 1973, 251p.

TURPIN (D.),

De la démocratie représentative, Thèse Paris XIII, 1978, 2 vol., 335 et 446 p.

II - ARTICLES

I/ ARTICLES ET NOTES DE LA DOCTRINE PUBLICISTE 1879-1914

ANSELME (P.),

Du respect de la légalité en cas de péril national, *RCLJ* 1910, pp. 529- 539 .

ARTUR (E.),

Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, *R.D.P*. 1900, tome XIII, pp. 214-246 et pp. 470-496 ; *R.D.P*. 1900, tome XIV, pp. 34-64, 236-280 et 436-505 ; *R.D.P*. 1902. tome XVII, pp. 78-97, 234-274 et 439-472 ; *R.D.P*. 1903, tome XX, pp. 415-502.

AUCOC (L.),

Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'Etat dans la rédaction de ces règlements, *RCLJ* 1872, pp. 75-84.

BARBIER (G.),

La loi du 28 juillet 1894 ayant pour objet de réprimer les menées anarchistes, *R.D.P*. 1894, tome II, pp. 444-467.

BARTHELEMY (J.),

- Notes parlementaires : à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'Etat à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative, *R.D.P.* 1907, pp. 92-101.

- Notes parlementaires : De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application, *R.D.P.* 1907, pp. 295-311. I

- Notes parlementaires : De la dérogation aux lois par le pouvoir législatif, *R.D.P.* 1907, pp. 472-480.

- Analyse du livre de L. Duguit, Droit constitutionnel 1907, *R.D.P*. 1908, pp. 152-163.

- De l'interprétation des lois par le législateur, *R.D.P*. 1908, pp. 456-500.

- La distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires sous la Monarchie de Juillet, *R.D.P*. 1909, pp. 5-47.

- Les tendances de la législation sur l'organisation administrative depuis un quart de siècle, *R.D.P*. 1909, pp. 1M-155.

- A propos de l'exercice du droit de grâce, R.D.P. 1909, pp. 537- 5 68 .

- Analyse du livre de J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1910, *R.D.P.* 1910, pp. 596-600.

-Sur l'interprétation des lois par le Parlement, *R.D.P.* 1911, pp. 129-163.

- L'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée en droit public, *R.D.P.* 1912, pp. 505-540.

- Les résistances du sénat, *R.D.P*. 1913, pp. 371-410.

- L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents, *R.D.P.* 1914, pp. 491-548.

- Le droit public en temps de guerre, *R.D.P.* 1915, pp. 134-162, 310-359, 545-575.

BAZILLE C.),

Du pouvoir réglementaire, *RGA* 1881, pp. 271-283.

BENOIST (CH.),

- La réforme parlementaire, *Revue des deux Mondes*, 1902, n° 5, pp. 827-849.

- Parlements et parlementarisme, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 292-313.

BERTHELEMY (H.),

- Le pouvoir réglementaire du Président de la République, *R.P.P.*1898, pp. 5-15 et pp. 322-335.

- Analyse du livre de R. Dareste, *La justice administrative en France*, 2e éd. 1898, *R.D.P.* 1900, t. XIII, pp. 545-549.

- De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative, *R.D.P*. 1904, pp. 209-227.

- Le fondement de l'autorité politique, *R.D.P*. 1915, pp. 663-682.

BERTHELEMY (H.) et JEZE (G.),

Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier la constitutionnalité des lois à l'occasion des procès portés devant eux, *R.D.P.* 1912, pp. 138-156.

BONNARD (R.),

- Analyse du livre de J. Barthélemy, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes*, *R.D.P*. 1907, pp. 596-601.

- Chronique administrative, *R.D.P*. 1907, pp. 481-509.

- Chronique constitutionnelle, *R.D.P*. 1911, pp. 712-730.

- De la responsabilité des fonctionnaires devant le Parlement, *R.D.P.* 1912, pp. 73-94.

BOUCHARD (J.M.),

Chronique du mouvement législatif, *R.D.P*. 1910, pp. 132-135.

BOUTMY (E.),

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek, *Annales des Sciences Politiques* 1902, pp. 414-443.

BOUVIER (E.) et JEZE (G.),

La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances, *RCLJ* 1897, pp. 381-393, 427-451 et 528-540.

BREMOND,

Des actes de gouvernement, *R.D.P*. 1896, t. V, pp. 23-75.

BRISSAUD (J.),

Analyse du livre de J. Signorel, *Etude de législation comparée sur le referendum législatif et les autres formes de participation directe des citoyens à l'exercice du pouvoir législatif*, 1896, *R.D.P.* 1896, t. VI, pp. 355-359.

Bulletin de la société d'études législatives

- Séance du 16 mai 1906 : Les syndicats de fonctionnaires, Bulletin de la société d'études législatives 1906, pp. 816- 861 .

- Séance du 5 février 1914: le projet de statut des fonctionnaires, Bulletin de la société d'études législatives 1914-1917, lère partie, pp. 121-188.

CAHEN (G.),

Les fonctionnaires et leurs groupements coopératifs, *Revue Bleue* 1905, pp. 693-697.

CHAVEGRIN (E.),

- Note sous Paris 4-1-1911, Douai 17-5-1911, Tb Nancy 18-3-1910, Cahors 13-7-1910, Rodez 9-2-1911, *Sirey* 1912-2-1.

- Note sous Cass. civ. 4 mars 1913, Cardinal Lucon, *Sirey* 1913-1-345.

CILLEULS (A. DES),

De la délégation des pouvoirs publics, *R.D.P*. 1910, pp. 458- 4 67 .

COLLET (P.),

Examen doctrinal de la jurisprudence du Conseil d'Etat, *RCLJ* 1876, pp. 225-240.

COMBOTHECRA (X.S.),

- L'Etat en tant qu'organisme, *R.D.P*. 1896 (V), pp. 279-288.

- La représentation proportionnelle à Genève, *R.D.P.* 1902, tome XVII, pp. 50-77.

DEJEAMME (J.),

Du pouvoir réglementaire, *RGA* 1892, pp. 257-286, et *RGA* 1893, pp. 14 6-1 71.

DEJEAN (E.),

- Chronique politique, *R.D.P*. 1895, tome III, pp. 322-341.

- Chronique politique, *R.D.P*. 1896, tome V, pp. 480-493.

DELPECH (J.),

- Chronique constitutionnelle, *R.D.P*. 1904, pp. 333-361.

- A propos du mode d'élection du président de la Chambre des députés, *R.D.P*. 1906, pp. 5-26.

- Chronique constitutionnelle de France : quelques remarques de droit comparé sur les moyens d'assurer en pratique l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir, *R.D.P*. 1907, pp. 67-91.

- De la provocation par les ministres du culte à la résistance et à l'insurrection contre les lois, *R.D.P*. 1907, pp. 272-294.

- Analyse et compte rendu du livre de Ch. Benoist : Pour la réforme électorale, 1908, *R.D.P.* 1908, pp. 775-776.

- Analyse du livre de G de Lamarzelle, Les rapports du Chef de l'Etat et du peuple depuis la Révolution, *R.D.P*. 1909, p. 780.

- La notion de parti et le party government, *R.D.P*. 1910, pp. 534-570.

DEMARTIAL (G.),

De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires, *R.D.P.* 1907, pp. 1-23.

DESLANDRES (M.),

- Etude sur le fondement de la loi, *R.D.P*. 1908, pp. 5-37.

- La crise de la science politique, *R.D.P.* 1900, tome XIII, pp. 1-49, pp. 214-246 et pp. 470-496 ; *R.D.P*. 1901, tome XV, pp. 394-427 ; *R.D.P*. 1901, tome XVI, pp. 45-95 et pp. 402-451.

DORADO (P.),

Fonction de la loi et de l'autorité dans l'évolution sociale, *R.D.P*. 1899, tome XII, pp. 1-51 et pp. 219-251.

DUGUIT (L.),

- La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, *Revue d'économie politique* 1893, pp. 99-132 et pp. 567-615.

- L'élection des sénateurs, *R.P.P*. 1895, tome V, pp. 300-323 et pp. 451-475.

- L'acte administratif et l'acte juridictionnel, *R.D.P*. 1906, pp. 413-471.

- De la situation des particuliers à l'égard des services publics, *R.D.P*. 1907, pp. 411-439.

- Note sommaire sur le fonctionnement du régime parlementaire en France depuis 1875, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, tome 2, pp. 313-325.

- De la responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi, *R.D.P*. 1910, pp. 637-666.

- La non-rétroactivité des lois et l'interprétation des lois, *R.D.P*. 1910, pp. 764-776.

ESMEIN (A.),

Deux formes de gouvernement, *R.D.P*. 1894, tome I, pp. 15-41.

FERNEUIL (TH.),

- La réforme parlementaire par la révision du règlement de la Chambre, *R.P.P*. 1894, tome I, pp. 18-26.

- La crise de la souveraineté nationale et du suffrage universel, *R.P.P.* 1896, pp. 489-511.

- La question des pouvoirs présidentiels dans la Constitution de 1875, *R.P.P.* 1905, tome XLIV, pp. 234-254.

GUILLOIS (A.),

Analyse de notes de jurisprudence, *R.D.P.* 1911, pp. 511-524.

HAURIOU (M.),

- Note sous CE Wottling, 29 avril 1892, *Sirey* 1894-3-33.

- Note sous CE Bied-Charreton, 10 février 1893, et sous CE Poisson, 10 mars 1893, *Sirey* 1894-3-129.

- Note sous CE Gugel, 30 juin 1893, *Sirey* 1895-3-41. L

- Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique, *R.D.P*. 1896, tome VI, pp. 51-65.

- Note sous CE Cames, 21 juin 1895, *Sirey* 1897-3-33.

- Article « Droit administratif », *Répertoire Bequet*, 1897, t. XVI, pp. 1-28.

- Philosophie du droit et science sociale, *R.D.P*. 1899, t. XII, pp. 462-476.

- Note sous CE Ville d'Avignon, 8 décembre 1899, et CE Adda, 15 décembre 1899, *Sirey* 1900-3-73.

- Note sous CE Merlin, 29 juin 1900, *Sirey* 1900-3-65.

- Note sous CE Héritiers Boucher d'Argis et Syndicat des propriétés immobilières de la Ville de Paris, 9 mars 1900, *Sirey* 1901-3-1.

- Note sous CE Maugras, 16 novembre 1900, *Sirey* 1901-3-57.

- Note sous CE Casanova, Canazzi et autres, 29 mars 1901, *Sirey* 1901- 3-73 .

- Note sous CE Grazietti, 31 janvier 1902, *Sirey* 1903-3-113.

- Note sous CE Lot et Molinier, 11 décembre 1903, et CE Savary, 18 décembre 1904, *Sirey* 1904-3-113.

- Note sous CE Le Berre, 29 mai 1903, Villenave, 11 décembre 1903 et Nivaggioni, 15 juillet 1904, *Sirey* 1904-3-121.

- Note sous CE Tomaso Greco, 10 février 1905, *Sirey* 1905-3-113.

- Note sous CE Cies de chemins de fer de l'Est, du Midi, du Nord, du PLM, de l'Orléans et de l'Ouest, 6 décembre 1907, *Sirey* 1908-3-1 et La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 t. 1, pp. 16-30.

- Note sous CE Dame de Romagère, 31 janvier 1908, *Sirey* 1908-3-153.

- Note sous CE Daraux, 26 juin 1908, *Sirey* 1909-3-129.

- Note sous CE Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du Ministère des Colonies, 11 décembre 1908, *Sirey* 1909-3-17. –

- Note sous CE Winkell et Rosier, 7 août 1909, *Sirey* 1909-3-145.

- Note sous CE Fabrègues, 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, *Sirey* 1911-3-121.

- Note sous CE Blanc, Argaing, Bézie, 31 mars 1911, *Sirey* 1912-3- 129 .

- Note sous CE Ambrosini, 10 mai 1912, *Sirey* 1912-3-161.

- Note sous CE Tichit, ler mars 1912, *Sirey* 1913-3-137.

- Note sous CE Blot, 26 janvier 1912, *Sirey* 1913-3-17.

- Note sous CE Empis, 16 juin 1910, et CE Mouton, 10 novembre 1911, *Sirey* 1913-3-33.

- Note sous CE Boussuge, 29 novembre 1912, *Sirey* 1914-3-33.

- Note sous CE Turgot, 13 décembre 1912, *Sirey* 1914-3-49.

HAURIOU (M.), et MESTRE (A.),

Analyse du livre de L. Duguit, L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, *R.D.P.* 1902, t. XVII, pp. 346-366.

HEBRARD DE VILLENEUVE,

Article « Règlements d'administration publique », *Répertoire du droit administratif Bequet*, Paris, Dupont, tome XXIII, 1906, pp. 52-63.

JACQUELIN (R.),

- Les cent jours et le régime parlementaire, *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 193-220.

- L'évolution de la procédure administrative, *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 373-447 et tome XX, pp. 5-22.

JAEGERSCMMIDT,

Conclusions sur CE Ville d'Avignon, 8 décembre 1899, *Sirey* 1900-3-73

JELLINEK (G.),

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 385-400.

JEZE (G.),

- Le règlement administratif, R.G.A. 1902, II, pp. 5-22.

- Notes de jurisprudence judiciaire (note sous Cass. crim. Ronnux et autres, 23 octobre 1903), *R.D.P.* 1904, pp. 111-118.

- Note sous CE Babin, 4 mai 1906, *R.D.P*. 1906, pp. 678-684.

- Note sous CE Humblot, 5 juillet 1907, *R.D.P.* 1907, pp. 440-453.

- Notes de jurisprudence administrative : note sous CE Compagnie des Chemins de fer de l'Est, du Midi, du Nord, du PLM, de l'Orléans et de l'Ouest, 6 décembre 1907, *R.D.P.* 1908, pp. 38-56.

- L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux, *R.D.P*. 1909, pp. 667-695.

- Note sous CE Winkell et Rosier, 7 août 1909, conséquences d'une grève de fonctionnaires sur leur condition juridique, *R.D.P.* 1909, pp. 494-505.

- De la responsabilité des patrimoines administratifs (note sous CE Lefebvre, 5 février 1909), *R.D.P.* 1910, pp. 72-89.

- Indépendance des pouvoirs publics dans la fixation des dépenses publiques, *R.D.P.* 1910, pp. 3-45.

- Un recul de la théorie des actes de gouvernement (note sous TC Rouzier, 25 mars 1911), *R.D.P.* 1911, pp. 663-684.

- Analyse du livre de L. Duguit, Traité de droit constitutionnel et du livre de M. Hauriou, Les idées de M. Duguit, *R.D.P.* 1912, pp. 180-183.

- Analyse du livre de L. Duguit, Les transformations du droit privé, 1912, *R.D.P.* 1912, pp. 810-814.

- Le pouvoir de conclure les traités internationaux et les traités secrets, *R.D.P.* 1912, pp. 313-329.

- Le rôle du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir, *R.D.P.* 1912, pp. 266-294.

- Limitations au pouvoir du ministre d'arrêter la liste des candidats admis à prendre part à un concours en vue d'une fonction publique (note sous CE Abbé Bouteyre, 10 mai 1912), *R.D.P*. 1912, pp. 453-470.

- Contribution à la théorie de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité des lois (note sous CE Roiron, 15 novembre 1912), *R.D.P*. 1913, pp. 61-71.

- Chronique constitutionnelle : la présidence de la République, *R.D.P.* 1913, pp. 113-127.

- De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel, *R.D.P.* 1913, pp. 437-502.

- Du retrait des actes juridiques, *R.D.P.* 1913, pp. 225-293.

- Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques, *R.D.P.* 1913, pp. 294-331.

- Notes de jurisprudence administrative :communication préalable du dossier aux fonctionnaires publics qui sont l'objet d'une mesure disciplinaire (note sous CE Bourbon, 29 novembre 1912), *R.D.P*. 1913, pp. 95-97.

- Notes de jurisprudence administrative : les associations de fonctionnaires et la défense en justice de leurs intérêts de carrière, *R.D.P.* 1913, pp. 532- 537 .

- Notes de jurisprudence judiciaire : les associations de fonctionnaires et la défense en justice de leurs intérêts de carrière (Cass. civ. Cardinal Luçon, 4 mars 1913), *R.D.P.* 1913, pp. 537-543.

- Valeur juridique des déclarations des droits et des garanties des droits (note sous CE Roubeau, 9 mai 1913), *R.D.P*. 1913, pp. 685-688.

- Caractère de censure doctrinale des arrêts d'annulation d'un acte administratif irrégulier (note SOUS CE Lhuillier, 12 juin 1914), *R.D.P.* 1914, pp. 595-599.

- De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité (note sous TC Provost et Cornu, 2 mai 1914), *R.D.P.* 1914, pp. 569-583).

- De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux, *R.D.P*. 1914, pp. 311-332.

- Définition des fonctionnaires publics (note sous CE Petit, 14 novembre L913), *R.D.P.* 1914, pp. 153-183.

- Note sous CE Abbé Hardel, 12 juin 1914 : De la responsabilité des patrimoines administratifs à raison du préjudice causé par l'exécution de mesures administratives prises en violation d'une décision des tribunaux judiciaires, *R.D.P.* 1914, pp. 583-595.

- Légalité des Décrets-Lois de guerre (note sous CE Verrier, 30 juillet 1915), R.D.P. 1915, pp. 479-490.

- J. G. - Analyse et compte rendu du livre de H. Chardon, L'administration de la France, *R.D.P.* 1908, pp. 350-354.

LAFFITTE (P.),

- La vraie Constitution de 1875, *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 86-96.

- Le Referendum, *Revue Bleue*, novembre 1897, 4e série, tome VIII, pp. 673-674.

LARNAUDE (F.),

- Analyse du livre de Arthur Desjardins, *De la liberté politique dans l'Etat moderne*, Paris 1894, *R.D.P.* 1894, tome I, pp. 151-156.

- Notre programme, *R.D.P.* 1894, tome I, pp. 1-14.

- Etude sur les garanties judiciaires qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif, *BSLC* 1902, pp. 175-229.

- Analyse du livre de L. Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. II, 1909, *R.D.P.* 1910, pp. 381-391.

LE FUR (L.),

- Analyse du livre de A. Pillet, Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu'ils font naître, *R.D.P.* 1900, tome XIV, pp. 150-154.

- La souveraineté et le droit , *R.D.P.* 1908, pp. 389-422.

LEVAVASSEUR DE PRECOURT (O.),

Note sous CE Commune de Fagnières, 21 novembre 1890, *R.G.A.* 1890, tome 39, pp. 433-436.

MARCERE,

La Constitution et la Constituante, *R.P.P.* 1899, tome XIX, pp. 225-243.

MARIE (J.),

- Bibliographie : Traité théorique et pratique de la compétence administrative par M. Brémond, *RCLJ* 1894, pp. 666-673.

- De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière contentieuse, *R.D.P.* 1901, t. XVI, pp. 265-296 et pp. 476-529.

MERIGNHAC (A.),

Note sous TC Rouzier, 25 mars 1911, *Dalloz* 1912-3-1.

MESTRE (A.),

Analyse et compte rendu du livre de F. Moreau, *R.D.P.* 1904, pp. 623-647.

MICELI (V.),

Les partis politiques dans leurs rapports avec le gouvernement de cabinet, *R.D.P.* 1895, t. IV, pp. 201-233.

MICHON (L.),

- L'initiative parlementaire en France depuis 1789*, R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 71-118 et pp. 231-279.

- L'initiative parlementaire en matière financière, *R.D.P*. 1898, tome X, pp. 193-219.

MICHOUD (L.),

- De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, *R.D.P.* 1895, t. III, pp. 401-429 et R.D.P. 1895, t. IV, pp. 1-31.

- Note sous Cour d'appel d'Alger, Département de Constantine contre l'Etat, 5 mars 1894, *Sirey* 1896-2-89.

- La notion de personnalité morale, *R.D.P.* 1899, t. XI, pp. 1-32 et pp. 193-228.

- Analyse du livre du marquis de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*, 1902, *R.D.P*. 1903, t. XX, pp. 339-357.

- Raymond Saleilles et le droit public, *R.D.P.* 1912, pp. 369-378.

MOREAU (F.),

- De la notion de souveraineté, *RCLJ* 1892, pp. 336-352.

- Chronique constitutionnelle et parlementaire, *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 292-321.

- Revue des périodiques, *R.D.P.* 1898, tome X, pp. 167-171.

- L'initiative parlementaire, *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 251-296.

- Chronique constitutionnelle, *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 324-348 et pp. 469-515.

- Chronique constitutionnelle et parlementaire, *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 92-112.

- Régime parlementaire et principe représentatif, *Congrès international de droit comparé*, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 223-274.

- Le fonctionnement pratique de la nullité de plein droit établie par les articles 63, 65 et 67 de la loi du 5 avril 1884, *R.D.P*. 1912, pp. 649-717.

MULLER (D.),

- De la vérification des pouvoirs des députés, *R.D.P.* 1898, tome IX, pp. 415-455.

- Le système électoral de l'avenir : la représentation régionale, *R.D.P.* 1903, tome XX, pp. 409-414.

NEZARD (H.),

- Compte rendu de deux livres : P. Binet, *L'initiative populaire en Suisse*, Paris, 1905, et Th. Curti, Le referendum, Paris, 1905, *R.D.P.* 1906, pp. 583-594.

- Le contrôle juridictionnel des règlements d'administration publique, *R.G.A.* 1909, III, pp. 129-152 et R.G.A. 1910, I, pp. 5-20.

ORLANDO (V.E.),

- Du fondement juridique de la représentation politique, *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 1-39.

- Le régime parlementaire en Italie, *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 357-377.

PHILIPPE (M.),

Le Conseil d'Etat et ses tendances actuelles, *R.D.P.* 1906, pp. 79-89.

PICHAT,

Conclusions sur CE Lafage, 8 mars 1912, *Sirey* 1913-3-7.

PICOT (G.),

Allocution prononcée à la séance du 13 décembre 1899, *BSLC* 1900, pp. 70-79.

R.D.P.,

- Les groupes à la Chambre des députés, *R.D.P.* 1894, tome I, pp. 193-195.

- La société d'études législatives, *R.D.P.* 1902, tome XVII, p.562.

- Chronique législative, *R.D.P.* 1912, pp. 579-589.

Répertoire Dalloz,

- Article « Compétence administrative », *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1848, tome X, pp. 430- 55 6.

- Article « Règlements administratifs et de police », *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris 1858, t. 39 pp. 2-28.

- Article « Règlements administratifs et de police », *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, supplément publié sous la direction de G. Griolet et de Ch. Verge, tome 15, Paris, 1895, pp. 288-301.

ROLLAND (L.),

- Chronique administrative, *R.D.P*. 1907, pp. 251-266.

- Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire, *R.D.P*. 1909, pp. 723-745.

- Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics, *R.D.P*. 1910, pp. 116-131.

- La grève des agents d'un service public concédé, *R.D.P*. 1910, pp. 504-524.

- La réaction contre les abus du favoritisme, R.D.P. 1911, pp. 571-600.

- Le Conseil d'Etat et les règlements d'administration publique, R.D.P. 1911, pp. 380-398.

- La responsabilité des communes en cas de troubles et d'émeutes, R.D.P. 1913, pp. 350-370.

- Les traitements des 733. membres du Conseil d'Etat, R.D.P. 1913, pp. 727- 733.

- L'administration locale et la guerre, R.D.P. 1915, pp. 104-133, 266-309 et 500-544.

- Les grèves en temps de guerre, R.D.P. 1917, pp. 161-184.

ROMIEU (J.),

- Conclusions sur CE Cames, 21 juin 1895, Recueil pp. 509-514.

- Conclusions sur TC 2 décembre 1902, Société Immobilière de Saint-Just c. Préfet du Rhône, *Recueil* pp. 713-724 et *Sirey* 1904-3-17.

- Conclusions sur CE Rabin, 4 mai 1906, *Recueil*, pp. 362-365.

ROUSSEL (C.),

De la responsabilité pécuniaire des ministres, *R.D.P.* 1897, t. VII, pp. 385-416.

SALEILLES (R.),

- La représentation proportionnelle, *R.D.P.* 1898, tome IX, pp. 215-234 et pp. 385-414.

- Compte rendu critique du livre de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle, Revue historique de droit français et étranger,* 1899, pp. 591-604.

- Rapport d'ensemble résumant les rapports divers présentés au Congrès sur la question du parlementarisme, *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris, du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ, 1905, tome I, pp. 69-113.

SAUVAIRE-JOURDAN (F.),

Corporations et syndicats obligatoires, *R.D.P*. 1903, tome XIX, pp. 214-231.

SCELLE (G.),

A propos de la crise actuelle de la représentation politique, *R.D.P.* 1911, pp. 525-557.

SEIGNOBOS (CH.),

Analyse du livre de Ch. Benoist, La crise de l'Etat moderne, Paris 1897, *R.D.P.* 1898, tome IX, pp. 141-144.

TARDIEU,

- Conclusions sur CE Association professionnelle des employés civils de l'Administration centrale du ministère des Colonies, 11 décembre 1908, *Sirey* 1909-3-17.

- Conclusions sur CE Winkell, 7 août 1909, *Sirey* 1909-3-145.

TCHERNOFF (J.J.),

Montesquieu et Rousseau, *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 477-514 et *R.D.P.* 1903, tome XX, pp. 49-97.

TEISSIER (G.),

- Conclusions sur CE Le Berre, 29 mai 1903, *Recueil*, pp. 414-419.

- Article « Responsabilité », *Répertoire Bequet*, 1906, pp. 103-197.

VILLEY (E.),

La souveraineté nationale, son fondement, sa nature et ses limites, *R.D.P.* 1904, pp. 5-26.

WAHL,

Note sous CA Douai, 11 novembre 1901, *Sirey* 1901-1-289.

ZEDYX,

Chronique politique, *R.D.P*. 1899, tome XI, pp. 493-508.

2/ AUTRES ARTICLES

ALBRECHT (A.),

Rechtsstaat, *Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft*, Verlag Herder, Freiburg, 1961, vol. 6, pp. 685-705.

Annales d'Histoire des Facultés de Droit

La question du sectionnement de l'agrégation des Facultés de droit, *AHFD* 1984, n° 1, pp. 97-119 et pp. 132- 134 .

BACOT (G.),

La représentation politique : le tournant de la Monarchie de Juillet, *Droits* 1987, n° 6, pp. 69-78.

BLECKMANN (A.),

L'Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, *Pouvoirs* n° 22, septembre 1982, pp. 5-27.

BOING (G.),

Article « Stahl », *Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft*, Verlag Herder, Freiburg, 1961, vol. 7, pp. 645-647.

CHEVALLIER (J.),

Les fondements idéologiques du droit administratif français, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Variations autour de l'idéologie d'intérêt général*, PUF, 2 vol., 1978-1979, t. II, pp. 3-57.

CLAVREUL (C.),

Sieyès et la genèse de la représentation moderne, *Droits* 1987, n° 6, pp. 45-56.

HIPPEL (E. VON),

Article « von Mohl », *Staatslexikon Recht-Wirtschaft-Gesellschaft*, Verlag Herder, Freiburg, 1961, vol. 5, pp. 804-805.

IMBERT (J.),

Passé, présent et avenir du doctorat en droit en France, *Annales d'Histoire des Facultés de Droit*, 1984, n° 1, pp. 11-33.

JEAUME (L.),

Légitimité et représentation sous la Révolution : l'impact du jacobinisme, *Droits* 1987, n° 6, pp. 57-67.

LEON (P.),

L'industrialisation en France en tant que facteur de croissance économique, du début du XVIIIe siècle à nos jours, EPHE, *lère conférence internationale d'histoire économique*, Paris, Mouton, 1960, 593 p., pp. 163-197.

MARTIN (X.),

L'individualisme libéral en France autour de 1800. Essai de spectroscopie, *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, 1987, n° 4, pp. 87144.

REGLADE (M.),

Théorie générale du droit dans l'oeuvre de Léon Duguit, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, pp. 21-67.

REMY (P.),

- Eloge de l'exégèse, *Droits*, 1985, n° 1, pp. 115-123.

- Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au dix-neuvième siècle, *Annales d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, pp. 91-105.

TURPIN (D.),

Représentation et démocratie, *Droits*, 1987, n° 6, pp. 79-90.

WRIGHT (V.),

L'épuration du Conseil d'Etat, juillet 1879, *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1972, n° 4, pp. 621-653.

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES

1/ OUVRAGES DE LA DOCTRINE PUBLICISTE 1879-1914

BALACHOWSKY-PETIT (S.),

La loi et l'ordonnance dans les Etats qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, Thèse Paris, Rousseau, 1901, 234 p.

BARTHELEMY (J.),

- *L'introduction du régime parlementaire en France sous Louis XVIII et Charles X*, Paris, Giard et Brière, 1904, 323 p.

- *L'organisation du suffrage et l'expérience belge : suffrage censitaire, capacitaire, universel, suffrage plural, vote obligatoire, sincérité des opérations électorales, scrutin de liste, scrutin uninominal, représentation des intérêts, représentation proportionnelle*, Paris, Giard et Brière, 1912, 768 p.

- *Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, Paris, Alcan, 1915, 271 p.

- *Démocratie et politique étrangère. La démocratie et la diplomatie. La démocratie et la guerre. La démocratie des Nations*, Paris, Alcan, 1917, 531 p .

- *Le problème de la compétence dans la démocratie*, Paris, Alcan, 1918, 266 p.

- *Le gouvernement de la France. Tableau des institutions politiques, administratives et judiciaires de la France contemporaine*, Paris, Payot et Cie, 1919, 251 p.

BENOIST (CH.),

- *Sophismes politiques de ce temps*, Paris, Perrin, 1893, 265 p.

- *La politique*, Paris, Léon Chailley, 1894, 266 p.

- *La crise de l'Etat moderne. L'organisation du travail*, Paris, Plon, 1905-1914, 2 vol., 493 p. et 3'74. p.

BERTHELEMY (H.),

Préface au livre de Otto Mayer, Le droit administratif allemand, Paris, 1903-1905, (4 vol., 318 p., 317 p., 323 p. et 405 p.), XXIII p.

BLANCHE (A.),

Dictionnaire général d'Administration, Paris, 1849, Imprimeries et Librairies administratives de p. Dupont, 1627 p. ; 1904, édition refondue par M. de Mouy, 2 vol., 1024 et 1958 p.

BLOCK (M.),

Petit dictionnaire politique et social, Paris, Perrin, 1896, 800 p.

BLUNTSCHLI (J.),

Théorie générale de l'Etat, éd. française, traduction Riedmatten, Paris, Guillaumin, 2e éd., 1881, 492 p.

BONNEFOY-SIBOUR (A.),

Le pouvoir législatif aux colonies. Essai historique sur le droit de légiférer en matière coloniale, Thèse Montpellier-Dijon, 1908, 299 p.

BOUCARD (M.) et JEZE (G.),

Eléments de la science des finances et de la législation financière française, Paris, Giard et Brière, 1902, 2e éd., 2 vol., 1391 p.

BOUCHARD (J.M.)

Des limites du contentieux administratif, étude historique et critique sur l'évolution du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, Paris, Rousseau, 1905, 142 p.

BOUTMY (E.),

Etudes de droit constitutionnel. France, Angleterre, Etats-Unis, Paris, A Colin, 2eme éd. 1895, 347 p.

BRULLE (R.),

De la responsabilité de l'Etat à raison des actes législatifs, Thèse Bordeaux, Cadoret, 1914, 106 p.

CAMPAGNOLE (E.),

De la représentation proportionnelle dans un gouvernement représentatif, Thèse Toulouse, Chauvin et Fils, 1885, 207 p.

COURCELLE-SENEUIL (J.G.),

La doctrine du droit naturel, Paris, Guillaumin, 1891, 22 p.

CRUET (J.),

La vie du droit et l'impuissance des lois, Paris, Flammarion, 1908, 344 p.

CUCHE (P.),

Etude sur le pouvoir et les actes d'administration, Thèse Caen, Rousseau, 1891, 147 p.

DARESTE (P.),

Les voies de recours contre les actes de la puissance publique, Paris, Challamel, 1914, 702p.

DUGUIT (L.),

- *Jean-Jacques Rousseau, Kant et Hegel*, Paris, Giard et Brière, 1918, 94 p.

- *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 2e éd., 1920, 206 p.

EBREN (H.),

Théorie du détournement de pouvoir, Thèse Lyon-Valence, Ducros, 1901, 140 p.

ESMEIN (A.),

- Préface au livre de A Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, Giard et Brière, 1902, 788 p., Préface : XXXVIII p.

- *La jurisprudence et la doctrine*, Paris, Sirey, 1902, 15 p.

HAURIOU (M.),

- *Cours de science sociale. La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, 432 p.

- *Leçons sur le mouvement social* (données à Toulouse en 1898), Paris, Larose, 1899, 176p.

- *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Paris, Larose et Forcel, 1899, 95 p.

IHERING (R. VON),

L'évolution du droit (Der Zweck im Recht), éd. fr., trad. Meulenaere, Paris, Marescq, 1901, 400 p.

JEZE (G.),

- *I*ntroduction au livre de A Hamilton, J. Jay et J. Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, Giard et Brière, 1902, 788 p., pp. XXXVIII à LV.

- *Cours élémentaire de science des finances et de législation financière* française, Paris, Giard et Brière, 1909, 988 p.

- *Cours de droit public* (Licence) professé à la Faculté de Droit de Paris pendant le ler semestre 1913 -1914, Paris, Giard et Brière, 1914, pp. 241-, 544, livre Il : La notion de service public.

LAVELEYE (E. DE),

Le gouvernement dans la démocratie, Paris, Alcan, 1891, 2 vol., 387 p. et 472 p.

LE ROUX (P.),

Essai sur la notion de responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique et notamment dans l'exercice du pouvoir législatif, Thèse Paris, LGDJ, 1909, 120 p.

LEROY (M.),

- *L'esprit de la législation napoléonienne, esquisse d'une étude critique*, Thèse Nancy, Crépin-Leblond, 1898, 258 p.

- *Pour gouverner*, Paris, Grasset, 1918, 348 p.

LEROY-BEAULIEU (P.),

L'Etat moderne et ses fonctions, Paris, Guillaumin, 1890, 463 p.

MARIE (L.),

- *Eléments de droit administratif à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Paris, Larose et Forcel, 1890, 651 p.

- *Le droit positif et la juridiction administrative*, Paris, Marescq, 1903, 2 vol., 633 p. et 751p.

MATER (A.),

De la dissolution des assemblées parlementaires, Paris, Alcan, 1898, 281 p.

MAYER (O.),

Le droit administratif allemand, Préface de H. Berthélemy, XII p., éd. fr., Paris, Giard et Brière, 1903-1905, 4 vol., t. I, 1903, 318 p.

MICHON (L.),

Des enquêtes parlementaires, Thèse Paris, Rousseau, 1890, 175 p.

MICHOUD (L.),

De la gestion d'affaires appliquée aux services publics, Paris, Larose et Forcel, 1893, 71 p.

ROTHE (T.),

Traité de droit naturel théorique et appliqué, Paris, Larose et Forcel, 6 vol., 1885-1912, t. I: Droit naturel public, 730 p.

TARDE (G.),

Les transformations du droit, Paris, Alcan, 1893, 299 p.

WALCH (E.),

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'Assemblée Constituante, Thèse Paris, J. Jouve, 1903, 240 p.

II - AUTRES OUVRAGES

BONNECASE (J.),

La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels, Bordeaux, Delmas, 1933, 2 vol., 632 p. et 315 p .

BRIMO (A.),

Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, Paris, Pédone, 1978, 574 p.

BURDEAU (G.),

Traité de science politique, Paris, 3e éd., LGDJ, 1980-1984, 6 tomes, 8 vol., t. I, 483 p. et 385 p.: t. II, 733 p.; t. III, 464 p. et 375 p.; t. IV, 648 p.; t. V, 608 p. ; t, VI, 810 p.

CAHEN-PEREIRA (C.),

Grandeur et décadence de l'idée de souveraineté dans la science juridique. Contribution à l'histoire de la philosophie du droit, Thèse Toulouse, 1941, 420 p.

CARRE DE MALBERG (R.),

La loi, expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875, Paris, Sirey, 1931, 228 p.

CASSIRER (E.),

La philosophie des lumières, éd. fr., Paris, Fayard, 1966, 2e éd., 1986, 450 p.

CHARLIER (R.E.),

L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences, Paris, Economica, 1984, 456 p.

CHEVALLIER (J.),

L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, Thèse Paris, LGDJ, 1970, 319 p.

COLAS (D.),

L'Etat de droit. Travaux de la mission sur la modernisation de l'Etat, Paris, PUF, 1987, 272p.

Dictionnaire biographique illustré du Calvados et de la Manche, Paris, Flammarion, Wagner, 2e éd., sans date, 1216 p.

Dictionnaire de biographie française, sous la direction de J. Balteau, M. Barroux et M. Prévost, Paris, Letouzey et Ané, 1933-1978, 14 volumes (A-F).

Dictionnaire National des Contemporains, sous la direction de C.E. Curinier, Paris, Office général d'édition, 5 volumes, sans date.

DUHAMEL (O.), CHATELET (F.), P1SIER (E.),

Dictionnaire des oeuvres politiques, Paris, PUF, 1986, 904 p.

FROMONT (M.) et RIEG (A.),

Introduction au droit allemand, tome II: Droit public -Droit pénal, Paris, Cujas, 1984, 428p.

GATULLE (J.),

Du rôle effectif du Chef de l'Etat sous la Troisième République, Thèse Paris, 1959, 450 p.

GLEIZAL (J.J.),

Le droit politique de l'Etat. Essai sur la production historique du droit administratif, Paris, PUF, 1980, 175 p.

GUIZOT (F.),

Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France, Paris, Maradan. 1816, 80 p.

HALBECQ (M.),

L'Etat, *son autorité, son pouvoir (1880-1962*), Paris, LGDJ, 1965, 652 p .

LEGENDRE (P.),

Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris, PUF, Thémis, 1968, 580 p.

LOCHAK (D.),

Le rôle politique du juge administratif français, Thèse Paris, 1970, LGDJ, 1972, 351 p.

MESTRE (A.),

Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration (études sur le recours pour excès de pouvoir), Thèse Toulouse I, 1972, Paris, LGDJ, 1974, 313 p.

MESTRE (J.L.),

Introduction historique au droit administratif français, Paris, PUF, 1985, 294 p.

NAIL (H.),

L'idée de l'Etat chez les précurseurs de l'école sociologique française, Thèse Paris, Montchrestien, 1936, 274 p.

NOYER (B.),

Essai sur la contribution du doyen Bonnard au Droit public français. Etude d'une étape de la participation de l'Ecole de Bordeaux à la construction de l'Etat de droit, Thèse Bordeaux, 1984, 540 p.

NZOUANKEU (J.M.),

La notion d'acte réglementaire en droit français, Thèse Paris II, 1976, 668 p.

PEWEI S.S. Lui,

De l'élargissement du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat en France, Thèse Paris, 1934, Domat-Montchrestien, 105 p.

POISOT (M.),

L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, Thèse Paris, Sirey, 1941, 120 p.

PORTALIS (J.),

Examen critique de quelques théories sur les limites de la souveraineté interne de l'Etat, Thèse Montpellier-Nice, 1927, 84 p.

QUERMONNE (J.L.),

L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en Droit public français, Thèse Caen, 1952, 287 f.

RICHER (L.),

Les droits de l'homme et du citoyen, Paris, Economica, 1982, 406 p.

ROUSSET (M.),

L'idée de puissance publique en Droit administratif, Thèse Grenoble, 1959, Dalloz 1960, 272 p.

TEISSEIRE,

Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. Etude de droit civil, Thèse Aix-Paris, A. Rousseau, 1901, 333 p.

THUILLIER (G.),

Bureaucratie et bureaucrates en France au XIXe siècle, Genève, Droz, 1980, 670 p.

TURPIN (D.),

Contentieux constitutionnel, Paris, PUF, 1986, 346 p.

ZELDIN (TH.),

Histoire des passions françaises 1848-1945, tome IV : Colère et politique, éd. Recherches, 1979, 483 p.

ARTICLES

1/ ARTICLES DE LA DOCTRINE PUBLICISTE 1879-1914

ALTAMIRA (R.),

Analyse du livre de A. Posada, *Traité de droit administratif suivant les théories philosophiques et la législation positive*, Madrid, 1897-1898, R.D.P. 1898, t. IX, pp. 354-359.

APPLETON (J.),

- Analyse du livre de H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1901, R.D.P. 1901, t. XVI, pp. 554-557.

- Analyse du livre de H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., 1905, R.D.P. 1905, pp. 661-664.

AUCOC (L.),

- Note sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours contre les actes de gouvernement, *RCLJ* 1883, pp. 266-271.

- Bibliographie : Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, par E. Laferrière, *RCLJ* 1887, pp. 57-64 et RCLJ 1898, pp. 690-701.

- Bibliographie : La justice administrative en France, par R. Dareste, 2e éd. 1898, *RCLJ* 1898, pp. 518-524.

BARCKHAUSEN (H.),

Leçon d'ouverture du cours de droit administratif à la Faculté de Droit de Bordeaux (3 novembre 1884), *RCLJ* 1885, pp. 31-47.

BARRILEAU (G.),

Analyse et compte rendu du livre de Th. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, 7e éd., R.D.P. 1897 (t. VII) pp. 527-533. R.D.P. 1898 (t. IX) pp. 541-547, R.D.P. 1899 (t. XII) pp. 153-158, R.D.P. 1901 (t. XV) pp. 523-530.

BARTHELEMY (J.),

- Les théories royalistes dans la doctrine allemande contemporaine. Sur les rapports du Roi et des Chambres dans les Monarchies particulières de l'Empire, *R.D.P.* 1905, pp. 717-758.

- Le pouvoir exécutif dans la Constitution française, Revue des idées 1905, n° 2, pp 235-239.

- La résistance aux actes de l'autorité publique, *R.D.P.* 1907, pp. 311-320.

- Analyse du livre de A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 5e éd. 1909, *R.D.P.* 1910, pp. 182-192.

- Analyse du livre de G. Jèze*, Les principes généraux du droit administratif*, 1914, *R.D.P.* 1915, pp. 214-219.

BASDEVANT (J.),

Analyse du livre de J. Barthélemy, *L'organisation du suffrage et l'expérience belge*, Paris 1912, *R.D.P*. 1912, pp. 817-824.

BATBIE (A.),

Notice sur Faustin-Hélie, *RCLJ* 1886, pp. 235-260.

BENOIST (Ch.),

Le suffrage universel et l'évolution des partis politiques, *Revue des deux Mondes*, 1904, (2), tome 20, pp. 520-542.

BERNEY (J.),

La société suisse des juristes et l'unification du droit, *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 548-554.

BERTHELEMY (H.),

Note sous Tribunal d'Ilfov (Bucarest), 2 février 1912, *Sirey* 1912-4-9

BEUDANT (R.),

L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales, *R.D.P*. 1896, tome V, pp. 434-456.

BONNARD (R.),

- Chronique administrative*, R.D.P*. 1907, pp. 733-737.

- Analyse du livre de L. Duguit, Manuel de droit constitutionnel, 1911, *R.D.P.* 1911, pp. 399-402.

- Chronique de droit constitutionnel, *R.D.P.* 1911, pp. 325-334.

BREMOND,

- De la juridiction des ministres, *RCLJ* 1886, pp. 261-272.

- Jurisprudence administrative. Examen doctrinal, *RCLJ* 1894, pp. 321- 339

BRUNET (R.),

Chronique du mouvement législatif : recevabilité du recours pour excès de pouvoir, *R.D.P*. 1914, p. 209.

COMBOTHECRA (X.S.),

La conception de la souveraineté, *R.D.P*. 1897, t. VIII, pp. 241-283.

DEJEAN (E.),

- Chronique politique, *R.D.P*. 1894, t. I, pp. 115-125, pp. 322-333 et pp. 532-546.

- Chronique politique, *R.D.P.* 1894, t. II, pp. 304-315.

- Chronique politique (avril-septembre 1895), *R.D.P.* 1895, t. IV, pp. 290-304.

- Chronique politique (octobre 1895-février 1896), *R.D.P.* 1896, t. V, pp. 121-132.

DELPECH (J.),

- Analyse du livre de A Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 2e éd., 1899, *R.D.P.* 1899, t. XII, pp. 534-541.

- Chronique constitutionnelle, *R.D.P.* 1904, pp. 119-142.

- Analyse du livre de M. Hauriou, *Principes de droit public*, 1910*, R.D.P.* 1910, pp. 808-818.

- Analyse du livre de L. Michoud, *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* 1913, *R.D.P*. 1914, pp. 727-730.

DEMARTIAL (G.),

Esquisse d'une loi sur l'état des fonctionnaires, *R.D.P.* 1907, pp. 228-235.

DESPAGNET (F.),

Du rôle du Conseil d'Etat dans la naturalisation d'après la loi du 22 juillet 1893, *R.D.P*. 1894, tome I, pp. 101-114.

Dictionnaire de l'Administration française

Article « Responsabilité », *Dictionnaire de l'administration français*e sous la direction de M. Block, Paris, Berger-Levrault, 5e éd. par Maguero, 1905, tome II, pp. 2303-2305.

DUGUIT (L.),

- Le sénat et la responsabilité politique du ministère, *R.D.P.*1896, t. V, pp. 426-433.

- Analyse du livre de N. Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, 1899, *R.D.P.* 1899, tome XII, pp. 526-534.

DUPRIEZ (L.),

La représentation proportionnelle en Belgique*, R.D.P*. 1900, tome XIV, pp. 385-435.

ERRERA (P.),

Le procès Sacheverell et le droit à la résistance, *R.D.P*. 1898, t. X, pp. 433-450.

ESMEIN (A.),

- De la délégation du pouvoir législatif, *R.P.P*. 1894, tome I, pp. 200-224.

- Le droit comparé et l'enseignement du droit, *Congrès International de droit comparé* tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ 1905, tome ler, pp. 445-454.

FOURNIER (M.),

Notre programme, *R.P.P*. 894, tome I, pp. 1-6.

GENY (F.),

Bibliographie : Etudes de droit public par L. Duguit, *RCLJ* 1901, pp. 502-510.

GIRAULT (A.),

Chronique coloniale, *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 485-506.

GLASSON (E.),

La justice en Angleterre et en France, *R.D.P.* 1895, tome III, pp. 40-68

GRIVAZ (F.),

Chronique administrative : Le décret du ler mars 1901 sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer, *R.D.P.*1901, tome XVI, pp. 525- 536 .

HAURIOU (M.),

- Note sous CE Chemins de fer du Midi contre Salles, 20 février 1891, *Sirey* 18933-18.

- La crise de la science sociale, *R.D.P.* 1894, I, pp. 294-321.

- Les épiphénomènes de l'évolution du pouvoir, *R.D.P.* 1895, t. IV, pp. 286-289.

- Introduction à l'étude du droit administratif français, *R.G.A.* 1902, tome III, pp. 385-402.

- Le développement de la jurisprudence administrative depuis 1870, *BSLC* 1922, pp. 236-246.

JEZE (G.),

- Observations critiques sur les décisions dites souveraines des conseils généraux, *R.G.A.* 1897, tome I, pp. 129-146.

- Analyse du livre de L. Duguit, Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat, 1908, *R.D.P.* 1909, pp. 188-195.

- Comparaison entre les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat touchant à la notion d'excès de pouvoir, *R.D.P.* 1910, pp. 69-71.

- Essai d'une théorie sur le fonctionnement des services publics, *R.D.P.*1912, pp. 26-50.

- Note sous Cass. civ. Commune d'Eyguières, 26 février 1912 : signification de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire, *R.D.P.* 1912, pp. 470-472.

- Note sous CE de la Guérinière, 28 juillet 1911 Sanctions des irrégularités entachant les actes juridiques accomplis par les agents administratifs, *R.D.P.* 1912, pp. 718-724.

- Influence de l'absence de publication sur la validité d'un règlement, *R.D.P.* 1913, pp. 678-684.

- Note sous CE Société des Granits porphyroides des Vosges 31 juillet 1912, *R.D.P.* 1914, pp. 145-153.

- La suppression d'un service public et les conséquences de cette suppression, *R.D.P.* 1914, pp. 332-371.

- Une loi inexistante, *R.D.P.* 1915, pp. 576-581.

- L'Exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs,

. 1917, pp. 5-13

LANSARD (J.),

Compte rendu d'un article de Th. Ferneuil : « La question des pouvoirs présidentiels dans la Constitution de 1875 », *R.D.P*. 1906, pp. 164-166.

LARNAUDE (F.),

- Analyse du livre de N.M, Korkounof, *Cours de théorie générale du droit*, éd. française 1903, *R.D.P*. 1903, tome XX, pp. 148-154.

- La séparation des pouvoirs et la justice en France et aux Etats-Unis, *Revue des idées* 1905, t. 2, pp. 333-341.

- Législation comparée et droit public, *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ, t. I, 1905, pp. 364-380.

- Analyse du livre de L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français* t. I, 1906 *R.D.P*.1906, pp. 576-583.

LAFERRIERE (E.),

Origine et développement historique du recours pour excès de pouvoir, *RCLJ* 1876, pp. 303-327.

LEVAVASSEUR DE PRECOURT (O.),

- Conclusions sur CE Vandelet et Faraut, 18 décembre 1891, *Recueil* 1891, pp. 764-769.

- Conclusions sur CE Thubé-Lourmand, 10 février 1893, *Recueil*, pp. 113-117.

LOUIS (P.),

Le rôle historique du parlementarisme, *Revue Bleue* 1910, pp. 660-663.

MARANS (R. DE),

Analyse du livre de H. Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, 1901*, R.D.P.* 1904, pp. 402-407.

MATER (A.),

Note sur les thèses de droit, *L'année administrative 1904*, pp. 461-467.

MESTRE (A.),

- Analyse du livre de J. Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, *R .D .P* 1899, tome XI, pp. 354-360.

- La notion de personnalité morale chez Rousseau, *R.D.P*.1902, t. XVIII, pp. 447-468.

- L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919, *BSLC* 1922, pp. 247-261.

MICHOUD (L.),

De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents, *R.D.P.* 1897, tome VII, pp. 41-84.

MOREAU (F.),

- Le pouvoir ministériel, *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 85-105.

- Chronique constitutionnelle et parlementaire, *R.D.P.* 1897, tome VII, pp. 225-274 et pp. 459-483 ; *R.D.P.* 1898, tome IX, pp. 58-114 ; *R.D.P.* 1899, tome XI, pp. 444-492.

- Analyse du livre de Ch. François, *La représentation des intérêts dans les corps élus*, 1899, R.D.P. 1900, tome XIII, pp. 553-559.

- Analyse du livre de M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 1900, *R.D.P.* 1901, tome XVI pp. 557-561.

- Analyse du livre de A. Todd, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, éd. française 1900, *R.D.P*. 1901, tome XVI, p. 554.

- Analyse du livre de H. Masson, *De l'obstruction parlementaire. Etude de droit politique et d'histoire politique*, 1902, *R.D.P*.1902, tome XVIII, p. 170.

- Le règlement administratif, *R.G.A.* 1902, tome II, pp. 257-266.

- Les caractères de la nullité de plein droit édictée par les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884, *R.D.P.* 1912, pp. 231-265.

MOREL (A.),

Analyse du livre de F. Moreau, *Manuel de droit public français, droit administratif*, 1er fascicule, *R.D.P*. 1908, pp. 781 -782 .

NAVILLE (E.),

- La démocratie, les systèmes électoraux et la représentation proportionnelle, *R.P.P*. 1896, tome IX, pp. 481-502.

- Les objections à la représentation proportionnelle, *R.D.P*. 1897, tome XII, pp. 43-58.

NEZARD (H.),

- L'évolution du suffrage universel en Prusse et dans l'empire allemand, *R.D.P.* 1904, pp. 734 -779.

- Une conception nouvelle du droit public, *R.G.A.* 1912, tome II, pp. 129-152.

PERREAU (E.H.),

Du contrôle hiérarchique en matière administrative, *R.D.P*. 1897, tome VII, pp. 439-458, et R.D.P. 1898, tome VIII, pp. 62-90.

PILOTY (R.),

Max von Seydel, *R.D.P*. 1902, tome XVIII, pp. 374-378.

PRESSENSE (F. DE),

La République et la crise du libéralisme, *Revue des deux Mondes* 1897, pp. 765-804 .

R.D.P.,

- Les lois contre les anarchistes, *R.D.P.* 1894, tome II, pp. 187-190.

- La réorganisation des études juridiques en France et le nouveau doctorat ès sciences politiques et économiques, *R.D.P*. 1895, tome III, pp. 576-582.

- Les grèves en France en 1900. Extrait des publications de l'Office du Travail, *R.D.P.* 1901, tome XV, pp. 553-554.

- La conciliation et l'arbitrage en France pendant l'année 1900. Extrait des publications de l'Office du Travail, *R.D.P*. 1901, tome XV, pp. 554-556.

Répertoire général alphabétique du droit français

- Article « Acte administratif », *Répertoire général alphabétique du droit français*, sous la direction de Fuzier-Herman, Paris, Larose et Forcel, tome I, 1886, pp. 457-486.

- Article « Acte administratif », *Répertoire général alphabétique du droit français*, supplément tome I, Paris Larose et Forcel, 1911, pp. 117-120.

- Article « Fonctionnaire public », *Répertoire général alphabétique du droit français*, sous la direction de Fuzier-Herman, Paris, Larose, tome XXII, 1901, pp. 804-835.

- Article « Règlement de police ou municipal », *Répertoire général alphabétique du droit français*, tome XXXII, 1903, pp. 519-605.

REVILLON (A.),

L'indemnité parlementaire et la réduction du nombre des députés, *R.D.P.* 1907, pp. 124-125.

ROLLAND (L.),

- Analyse du livre de H. Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, 6e éd. 1910, *R.D.P.* 1910, pp. 615-618.

- La réaction contre les abus du favoritisme, *R.D.P.* 1912, pp. 493-500.

- Note sous Cass. civ. Cardinal Luçon, 4 mars 1913*, Dalloz* 1913-1-321

- La loi du 16 avril 1914 sur la responsabilité des communes en cas de troubles, *R.D.P.* 1914, pp. 639-655.

ROMIEU (J.),

Conclusions sur TC Montlaur, 24 décembre 1904, *Recueil,* pp. 889- 891 .

SIMON (J.),

Le régime parlementaire en 1894, *R.P.P.* 1894, tome I, pp. 7-17.

TARBOURIECH (E.),

Du Conseil d'Etat comme organe législatif, *R.D.P*. 1894, tome II, pp. 262-285.

TARDIEU,

Conclusions sur CE Compagnies de l'Est, du Midi, du Nord, du PLM, de l'Orléans et de l'Ouest 6 décembre 1907 *Recueil* pp. 913-919.

TESSIER (G.),

Conclusions sur TC Feutry, 29 février 1908, *Recueil*, pp. 208-218.

TURGEON (CH.),

Une définition de l'Etat et de sa souveraineté, *R.D.P*. 1899, tome XI, pp. 72-81.

VERNES (M.),

La représentation proportionnelle, ses progrès, ses résultats, dans les différents pays, *Congrès international de droit comparé* tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900, Paris, LGDJ, tome 2, 1907, pp. 385-403.

VILLEY (E.),

- Le droit naturel et l'économie politique, *Revue d'économie politique*, 1887, pp. 124-138.

- Les droits de la femme, *R.D.P.* 1896, tome VI, pp. 32-50.

WALRAS (L.),

L'Etat et les chemins de fer, R.D.P. 1897, tome VII, pp. 417-436, et R .D .P.1897, tome VIII, pp. 42-61.

ZEDYX,

- Chronique politique, *R.D.P*. 1897, tome VIII, pp. 122-147 ;

- Chronique politique, *R.D.P*. 1898, tome IX, pp. 287-334 ;

- Chronique politique, *R.D.P*. 1898, tome X, pp. 119-139 ;

- Chronique politique, *R.D.P.* 1900, tome XIV, pp. 528-553 ;

- Chronique politique, *R.D.P*. 1901, tome XVI, pp. 166-177 ;

- Chronique politique, *R.D.P.* 1902, tome XVII, pp. 116-127 ;

- Chronique politique, *R.D.P.* 1902, tome XVIII, pp. 516-539 ;

- Chronique politique, *R.D.P.* 1903, tome XIX, pp. 291-308.

2/ AUTRES ARTICLES

Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique

Rapport de P.E. Gaudemet sur la création d'une section administrative et politique dans les Facultés de droit, 1er juin 1878, *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, pp. 153-164.

BERTRAND (L.),

Edouard Laferrière, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1956, pp. 145-155.

BLANCPAIN (F.),

Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif, *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, n° 4, pp. 733-741.

BONNARD (R.),

- Léon Duguit, ses oeuvres, sa doctrine, *R.D.P.* 1929, pp. 5-51.

- La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, *Mélanges carré de Malberg*, 1933, pp. 3-29.

BURDEAU (G.),

- Essai sur l'évolution de la notion de loi en Droit français, *Archives de philosophie du droit*, 1939, n° 1-2, pp. 7-55.

- Article « Légalité », *Encyclopedia Universalis*, vol. X, pp. 1069-1071.

CHEVALLIER (J.),

- Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général, Variations autour de l'idéologie d'intérêt général, *Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie*, PUF, 1978-1979, 2 vol., tome I, pp. 11-45.

- L'Etat de droit, *R.D.P.* 1988, pp. 313-380.

CHEVALLIER (J.J.),

La pensée politique des doctrinaires de la Restauration, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1964, pp. 13-29.

COMBACAU (J.),

Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse, *Mélanges offerts à Paul Reuter, Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 181-204.

DUPIRE (P.),

Etude sur la notion de représentation : La double séance et la chose publique, *Variations autour de l'idéologie d'intérêt général*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1978-1979, 2 vol. tome II, pp, 59-90.

FOURNIER (J.),

Maurice Hauriou, arrêtiste, *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1957, pp. 155-166.

GAUDEMET (P.M.),

Réflexions sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Grandeur et misères d'un principe, *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 337-346.

GOYARD (P.),

L'antinomie du principe d'action d'office et du principe de non-coercition, *Archives de philosophie du droit*, 1974, tome XIX, pp. 373-404.

JEZE (G.),

L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, n° spécial 1932, pp. 135-151.

KARADJE-ISKROW (N.),

La personne juridique publique, *R.D.P.* 1934, pp. 406-441.

LASKI (H.),

La conception de l'Etat de Léon Duguit, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, n° spécial, pp. 121-134.

LAVIGNE (P.),

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.

LEGENDRE (P.),

Histoire de la pensée administrative française, *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1966, tome I, pp. 5-140.

LEISNER (W.),

L'Etat de droit : une contradiction ?, *Mélanges en hommage à Ch. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 65-79.

LEPOINTE (G.),

L'évolution de la responsabilité administrative dans la France du dix-neuvième siècle, *Revue historique de droit français et étranger*, 1959, n° 2, pp. 214-219.

NIZARD (L.),

A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales, *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 91- 98

RAYNAUD (P.),

- Léon Duguit et le droit naturel, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 4, pp. 169-180.

- Des droits de l'homme à l'Etat de droit, *Droits,* 1985, n° 2, pp. 61-73.

REMY (P.),

La Thémis et le droit naturel, *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 4, pp. 145-160.

RIVERO (J.),

- Hauriou et l'avènement de la notion de service public, *Mélanges offerts à A. Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 461-471.

- Sanction juridictionnelle et règle de droit, *Etudes juridiques offertes à Louis Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 457-469.

SCHRAM (G.),

Ideology and Politics : The Rechtsstaat idea in West Germany, *The Journal of Politics*, vol. 33, 1971, pp. 133-157.

VIDAL (R.),

Batbie et les débuts de l'organisation scientifique du droit administratif, *R.D.P.* 1950, pp. 804-819.

VIGNAUX (G.),

Argumentation et discours de la norme, *Langages*, n° 53, mars 1979, pp. 67-85.

WALINE (M.),

- Positivisme philosophique, juridique et sociologique, *Mélanges Carré de Malberg*, pp. 519-534 .

- Observations sur la gradation des normes juridiques, établie par M. Carré de Malberg, *R.D.P.* 1934, pp. 521-570.

Tableau synoptique

Evénements politiques et sociaux	Publications	Jurisprudence
1879 Elections sénatoriales (5 janvier) • Démission de Mac Mahon, Election de Grévy (30 janvier) • Ministère Waddington (4 février) • Message du Pdt Grévy (7 février) • Révision constitutionnelle, Retour des chambres à Paris (21 juin) • Congrès socialiste (Marseille, 20 octobre) • Ministère Freycinet (28 décembre)	Aucoc (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. II, 2e éd. Bluntschli (J.), *La politique* (éd. fr.) Gautier (A.), *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires* Fondation de la *RGA*	CE Minarié, 26/12/1879
1880 Loi sur le Conseil supérieur de l'Instruction publique (27 février) • Loi sur la collation des grades et la liberté de l'enseignement supérieur (18 mars) • Décrets contre les congrégations non autorisées (29 mars) • Exécution des décrets (juin) • Amnistie des Communards (juillet) • Loi supprimant l'obligation du repos dominical (12 juillet) • lère célébration de la fête nationale (14 juillet) • Ministère Ferry (25 septembre) • Loi sur l'enseignement secondaire pour jeunes filles (21 décembre)	Faustin-Hélie, *Les constitutions de la France* Gautier (A.), *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*	CE Brousse, 30/07/1980 TC Marquigny et autres, 04/11/1880

1881 Protectorat en Tunisie (12 mai) • Loi sur la gratuité de l'enseignement primaire (16 juin) • Loi sur les réunions publiques (30 juin) • Loi sur la presse (29 juillet) • Elections législatives (21 août-4 septembre) • Ministère Gambetta (nov. 1881-janv. 1882)	Bluntschli (J.), *Le droit public général*, (2e éd. fr.) Saint-Girons (A. de), *Essai sur la séparation des pouvoirs...*	CE Desvoyes, 25/02/1881 CE Lanciaux, 11/03/1881 CE Bougard, 24/06/1881
1882 • Krach de l'Union générale (janvier) • Renan (E.), Conférence à la Sorbonne : « Qu'est-ce qu'une nation ? » • Ministère Freycinet (janv.-juillet) • Loi sur l'enseignement obligatoire et laïc (28 mars) • Ministère Duclerc (août 1882-janv. 1883) • Congrès de St-Etienne (scission guesdistes / possibilistes) (septembre). • Mort de Gambetta (31 décembre) • Création de la Ligue des Patriotes (mai)	Aucoc (L.), *Conférence sur l'administration et le droit administratif*, 3e vol. (2e éd.) Lefebvre (Ch.), *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875* Création de la thèse de droit public	TC de Divonne et du Roure, 20/05/1882 CE Larbaud, 23/06/1882
1883 • Ministère Fallières (janv.-fév.) • 2e Ministère Ferry (fév. 1883-mars 1885) • Ratification par la Chambre des conventions avec les Cies de chemins de fer (juillet) • Protectorat sur l'Annam (août) • Mort du Comte de Chambord (24 août)	Berthélemy (H.), Duguit (L.), Hauriou (M.), Michoud (L.) reçus au concours de l'agrégation	CE Archevêque de Sens, 29/06/1883 CE Raveneau, 03/08/1883

1884 • Loi sur les syndicats professionnels (21 mars) • Loi municipale (5 avril) • Loi sur le divorce (27 juillet) • Révision constitutionnelle (14 août)	Le Bourgeois (A.), *De la séparation des pouvoirs* (thèse) Saint-Girons (A. de), *Manuel de droit constitutionnel* Mort de Faustin-Hélie	CE Rabourdin, 25/07/1884 CE Anaclet, 08/08/1884 CE Puech, 12/12/1884
1885 • Droits protecteurs sur les blés (28 mars) • Ministère Brisson (avril) • Elections législatives au scrutin de liste (4-18 octobre) • Déroulède, Pdt de la Ligue des Patriotes (mars)	Batbie (A.), *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*; (2e éd.) Charreyron (F.), *Du recours pour excès de pouvoir...* (thèse) Simonet (J.B.), *Traité élémentaire de droit public et administratif*	CE Croppi et autres, 20/11/1885
1886 • 3e Ministère Freycinet avec Boulanger, Ministre de la guerre (janvier) • Grève de Decazeville (janvier) • Loi interdisant aux chefs des familles ayant régné sur la France de séjourner en France (22 juin) • Ministère Goblet (décembre) • Publication de La France juive, d'E. Drumont		CE Fontenaud, 02/04/1886 CE Mériat, Argellier et autres, 09/04/1886
1887 • Affaire Schnaebelé (avril) • Ministère Rouvier sans Boulanger (mai) • Scandale des décorations, démission de Grévy, élection de Sadi Carnot (décembre) • ler ministère Tirard	Courcelle-Seneuil (J.G.), *Préparation à l'étude du droit* Laferrière (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I Mort de A. Batbie	CE Syndicat professionnel des propriétaires des bains de Paris et du département de la Seine, 25/03/1887 CE Société de l'Harmonie du commerce de St-Germain-en-Laye, 01/04/1887 CE Princes d'Orléans et

		Murat, 20/05/1887
1888 • Boulanger mis en non activité (mars) • Ministère Floquet (avril) • Boulanger élu député du Nord (avril) • 1er emprunt russe (décembre)	Laferrière (E.), *Traité...*, t. 2	CE Soeurs hospitalières de l'Hôtel-Dieu de Paris (23/11/1888)
1889 • Boulanger élu à Paris (janvier) • Rétablissement du scrutin d'arrondissement (février) • 2e ministère Tirard • fuite de Boulanger en Belgique (avril) • Loi militaire de 3 ans (15 juillet) • Elections législatives (sept.-oct.)	Michoud (L.), *Les actes de gouvernement*	CE Cadot, 13/12/1889
1890 • 4e ministère Freycinet (mars) • Congrès de Châtellerault (scission allemaniste)	Marie (J.), *Eléments de droit administratif*	TC Vincent, 15/02/1890
1891 • Incidents de Fourmies (mai) • Encyclique Rerum Novarum (mai)	Beudant (R.), *Le droit individuel et l'Etat* Jacquelin (R.), *La juridiction administrative dans le droit constitutionnel* (thèse) Deslandres (M.), agrégé	CE Puissant, 27/02/1891 TC Lagrave, 11/07/1891 CE Société générale des téléphones, 24/07/1891 CE Vandelet et Faraut, 18/12/1891 CE Compagnie du gaz de St-Etienne, 26/12/1891

1892 • Tarif douanier (janvier) • Congrès de la Fédération des Bourses du Travail à Saint-Etienne (février) • Ministère Loubet (février) • Convention militaire franco-russe (juillet) • Interpellation sur l'affaire de Panama (novembre) • Ministère Ribot (décembre)	Valegeas (J.), *Du pouvoir réglementaire en droit français* (thèse)	CE Frères de Saint-Joseph, 22/01/1892
1893 • Création de la droite républicaine (mars) • Ministère Ch. Dupuy (avril) • Loi sur l'assistance médicale gratuite (15 juillet) • Elections législatives (août-sept.) • Ministère Casimir Périer (décembre)	Hauriou (M.), *Précis de droit administratif*, 2e éd. Pierre (E.), *Traité de droit politique, électoral et parlementaire* Aulard (A.), *Etudes et leçons*, lère série	CE Bied-Charreton, 10/02/1893 CE Thubé-Lourmand, 10/02/1893 CE SommeletICommune de Rolampont, 05/05/1893 CE Gugel, 30/06/1893
1894 • 2e Ministère Ch. Dupuy (mai) • Assassinat du Pdt Sadi Carnot, élection de Casimir Périer (juin) • Lois contre les anarchistes (1 7-27 juillet) • Principe de la grève générale adopté au congrès de Nantes (septembre) • Condamnation de Dreyfus (décembre)	Fondation de la *R.D.P.*	CE Consorts Pin, 05/01/1894 Cour d'Alger, Département de Constantine, 05/03/1894 CE Compagnie genevoise de l' industrie du gaz, 11/05/1894

1895 • Félix Faure élu Pdt de la République (janvier) • Ministère Ribot (janvier) •Grève de Carmaux (juillet) • Congrès constitutif de la CGT (Limoges) (septembre) •Protectorat sur Madagascar (octobre) • Ministère Léon Bourgeois (novembre)	Benoist (Ch.), *De l'organisation du suffrage universel. La crise de l'Etat moderne* (1ère éd.) d'Eichtal (E.) , *Souveraineté du peuple et gouvernement*	CE Cames, 21/06/1895
1896 • Ministère Méline (avril) • Congrès ouvrier chrétien à Reims (mai) • Loi relative à la constitution des universités (10 juillet)	Dandurand (P.), *Le mandat impératif* (thèse) Esmein (A.), *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (lère éd.) Laferrière (E.), *Traité*., (2ème éd.) Larcher (E.), *L' initiative parlementaire en France* Signorel (J.), *Etude de législation comparée sur le référendum* Création de l'agrégation de droit public	CE Carville, 22/05/1896
1897 • Congrès démocrate chrétien (Lyon) (décembre) • Barrès (M.), Les déracinés	Besson (A.), *Essai sur la représentation proportionnelle* (thèse) Ducrocq (Th.), *Cours de droit administratif;* t. I, 7c éd.	
1898 E. Zola, « J'accuse » (janvier) •Loi sur les accidents du travail (9 avril) • Elections législatives (mai) • Loi sur les sociétés de secours mutuel (ler août) • Echec de la grève générale des cheminots (octobre) • Affaire de Fachoda (oct.-nov.) • Ministère Dupuy	Coutant (P.), *Le vote obligatoire* (thèse) Dareste (R.), *La justice administrative en France* (2e éd.) Dauphinot (G.), *Des actes de gouvernement* (thèse) Lonné (J.), *Les actes de gouvernement* (thèse)	CE Nonhalier, 18/03/1898

1899 • Loubet, élu Président de la République (février) • Tentative de coup d'Etat de Déroulède (février) • Ministère Waldeck-Rousseau (juin) • Procès de Dreyfus à Rennes (août-sept.)	Barthélemy (J.), *Essai d' une théorie des droits subjectifs...* (thèse) Jacquelin (R.), *Principes dominants du contentieux administratif* Lecourtois (M.), *Des actes de gouvernement* (thèse) Mestre (A.), *Les personnes morales...* Renault (J.), *Des actes discrétionnaires* (thèse) Saripolos (N.), *La démocratie et l' élection proportionnelle* (thèse) Tarde (G.), *Les transformations du pouvoir*	CE Lepreux, 13/01/1899 CE Joly, 03/02/1899 CE Viaud, 24/02/1899 TC Canal de Gignac, 09/12/1899
1900 • Exposition universelle • Elections municipales (mai) • Grève de Châlons-sur-Saône (juin) • Loi du 17 juillet 1900 sur le silence de 1' administration • Congrès socialiste de Wagram (septembre) • Jaurés, L'histoire socialiste de la Révolution française (ler fascicule)	Carrier (M.), *Du principe de la séparation de l'administration active et de la juridiction administrative* (thèse) Laband (P.), *Le droit public de l'Empire allemand*, éd. fr., t. I Raiga (E.), *Le pouvoir réglementaire du Président de la République* (thèse) Congrès international de droit comparé, Paris (juillet-août)	CE Héritiers Boucher d' Argis, 09/03/1900 CE Merlin, 29/06/1900 CE Syndicat agricole d'Herblay, 29/06/1900 CE Maugras, 16/11/1900 CE Trotin et autres, 21/12/1900

1901 • Fin de la grève de Montceau-les-Mines (mai) • Fondation de l'Alliance démocratique (mai) • Fondation du parti radical et radical-socialiste (juin) • Loi sur les associations (ler juillet) • Fondation de l'Action libérale populaire	Berthélemy (H.), *Traité élémentaire de droit administratif* (lere éd.) Duguit (L.), *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* Mort de E. Laferrière	CE Casanova, 29/03/1901

1902 • Formation du parti socialiste français (mars) • Elections législatives (avril-mai) • Ministère Combes (juin) • Congrès de la CGT (Montpellier) (septembre) • Création du Parti socialiste de France (septembre)	Moreau (F.), *Le règlement administratif* (thèse)	CE Compagnie du gaz de Déville-lez-Rouen, 10/01/1902 CE Grazietti, 31/01/1902 CE Maire de Néris-les-Bains, 07/06/1902 TC Sté immobilière de Saint-Just, 02/12/1902
1903 • Régie directe du gaz à Paris (3 juillet) • Campagne ouvrière contre les bureaux de placement (octobre)	Cahen (G.), *Le Gouvernement législateur* Duguit (L.), *L'Etat, les gouvernants et les agents* Moreau (F.), *Pour le régime parlementaire* Nézard (H.), *Les principes généraux du droit disciplinaire* L'année administrative 1903	CE Terrier, 06/02/1903 CE Consorts Olivier-Zimmermann, 27/02/1903 CE Le Berre, 29/05/1903 CE Chabot, 07/08/1903 CE Commune de Gorre, 11/12/1903 CE Lot et Molinier, 11/12/1903
1904 • Fondation de la Fédération nationale des jaunes de France (janvier) • Grève des ouvriers agricoles de l'Hérault et de l'Aude (janvier) • Loi interdisant l'enseignement à tous les congréganistes (autorisés ou non) (5 juillet) • Rupture des relations diplomatiques avec le Vatican (30 juillet) • ler Congrès du syndicalisme chrétien (décembre)	Jèze (G.), *Les principes généraux du droit administratif* L'année administrative 1904	CE Savary, 18/03/1904

1905 • Ministère Rouvier (janvier) • Fondation de la SFIO (Congrès du Globe) (avril) • Loi sur la communication des notes aux fonctionnaires (22 avril, art. 65) • Chute de Delcassé (juin) • lère fédération des syndicats d'instituteurs (juillet) • Loi sur l'assistance obligatoire (14 juillet) • Loi sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat (9 décembre)	Block (M.), *Dictionnaire de l' administration française*, t. I (5e éd.) Briot (G.), *Du mandat législatif en France (*thèse) Juille (E.), *Le domaine du règlement présidentiel* (thèse) Koch (C.), *Les origines françaises de la prohibition du mandat impératif* (thèse) Tournyol du Clos (J.), *Essai sur le recours pour excès de pouvoir* (thèse)	CE Compagnie générale des Omnibus contre Ville de Paris, 03/02/1905 CE Tomaso Gréco, 10/02/1905
1906 • Fallières élu Président de la République (17 janvier) • Ministère Sarrien (mars) • Repos hebdomadaire obligatoire de 24 h (juillet) • Ministère Clémenceau (octobre) • Rachat du Chemin de Fer de l'Ouest (décembre)	Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale*, t. I Tirard (P.), *De la responsabilité de la puissance publique...*	CE Babin, 04/05/1906 CE Lacourte, 22/06/1906 CE Denis et Rage-Roblot, 30/11/1906 CE Syndicat des propriétaires du quartier Croix de Seguey Tivoli, 21/12/1906 CE Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, 28/12/1906
1907 • 1ère grève des ouvriers électriciens de Paris (mars) • Conflit entre le gouvernement et les fonctionnaires syndicalistes (avril-mai) • « Révolte des gueux » au Languedoc (juin) • Loi sur la protection du salaire féminin (3 juillet)	Barthélemy (J.), *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes* Duguit (L.), *Manuel de droit public*, t. I, Droit constitutionnel Leroy (M.), *Les transformations de la puissance publique. Les syndicats de fonctionnaires*	CE Deplanque/Ville de Nouzon, 31/05/1907 CE Humblot, 05/07/1907 CE Compagnies des Chemins de fer de l'Est, du Midi..., 06/12/1907

1908 • Elections municipales (mai) • Arrestation des secrétaires de la CGT (ler août)	Bouchet (H.), *La conception de la représentation dans la Constitution de 1875 et ses déviations postérieures* (thèse) Chardon (H.), *L'administration de la France. Les fonctionnaires* Duguit (L.), *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l' Etat* Leroy(M.), *La loi...* Sourdois (J.), *Du fondement... de la responsabilité de l'Etat*	CE Dame de Romagère, 31/01/1908 TC Feutry, 29/02/1908 TC Morizot, 02/06/1908 CE Daraux, 26/06/1908 CE Association professionnelle des employés civils du Ministère des colonies, 11/12/1908 CE Election de Bouilh-Pereuilh, 16/12/1908
1909 • Grève des postiers (mars) • Ministère Briand (juillet) • La Chambre rejette la représentation proportionnelle (octobre)	Charau (H.), *Essai sur l'évolution du système représentatif* (thèse) Despax (R.), *De la responsabilité de l'Etat en matière d' actes législatifs et réglementaires* (thèse) Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale*, 2e vol. Moreau (F.), *Manuel de droit administratif*	CE Monteux/Ministre des colonies, 07/05/1909 CE Winkell et Rosier, 07/08/1909 CE Zeilabadine, 19/11/1909
1910 • Loi sur les retraites ouvrières et paysannes (5 avril) • Elections législatives (avril-mai) • Grève générale des cheminots (octobre) • 2e Ministère Briand (novembre)	Angleys (A.), *Des garanties contre l'arbitraire du pouvoir législatif* (thèse) Chardon (H.), *Le pouvoir administratif* ; Chardon (J.L.), *La réforme électorale en France* (thèse) Hauriou (M.), *Principes de droit public* Nézard (H.), *Le contrôle juridictionnel des RAP* Mort de Léon Aucoc	CE Thérond, 04/03/1910 CE Compagnie générale française des tramways, 11/03/1910 CE Empis, 16/06/1910 CE Fabrègues, 22/07/1910

1911 • Ministère Monis (mars) •Manifestations des vignerons de l'Aube (avril) • Ministère Caillaux (juin) • Convention franco-allemande (Maroc, Congo) (4 novembre)	Duguit (L.), *Traité de droit constitutionnel* Nézard (H.), *Eléments de droit public* Pujol (E.*), Essai critique sur l'idée de la délégation de la souveraineté, thèse* Mort de R. Dareste	CE Anguet, 03/02/1911 TC Rouzier, 25/03/1911 CE Blanc, Argaing et Bézie, 31/03/1911
1912 • Ministère Poincaré (janvier) • Traité de protectorat avec le Maroc (30 mars) • Deschanel élu Président de la Chambre	Grach (H.), *De la limite des pouvoirs des tribunaux administratifs sur les actes de l'administration* (thèse) Hauriou (M.), *La souveraineté nationale* D'Eichtal (E.), Directeur de l'Ecole libre des sciences politiques	CE Dame Marguerite Durand, 26/01/1912 CE De Montlivault, 16/02/1912 CE Tichit, 01/03/1912 CE Lafage, 08/03/1912 CE Ambrosini, 10/05/1912 CE Abbé Bouteyre, 10/05/1912 CE Société des granits prophyroïdes des Vosges, 31/07/1912 CE Roiron, 15/11/1912 CE Boussuge, 29/11/1912 CE Bourbon, 29/11/1912
1913 • Poincaré élu Président de la République (17 janvier) • 3e ministère Briand (janvier) • Ministère Barthou (mars) • Etat de siège en Tunisie (septembre) • Ministère Doumergue (décembre)	Duguit (L.), *Les transformations du droit public* Lefas (A.), *L'Etat et les fonctionnaires* Michoud (L.), *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l' administration*	Cass. civ. Cardinal Luçon, 04/03/1913 CE Roubeau, 09/05/1913 CE Petit, 14/11/1913 CE Larose, 21/11/1913

.

1914 • Création de la Fédération des gauches (janvier) • Elections législatives (mars) • Ministère Ribot (juin) • Ministère Viviani (juin) • Attentat de Sarajevo (28 juin) • Vote de l'impôt sur le revenu (15 juillet) • Assassinat de Jaurès (31 juillet) • Mobilisation générale (ler août) puis déclaration de guerre de l'Allemagne à la France (3 août)	Arlet (L.), *De la responsabilité de l'Etat législateur*, thèse Jèze (G.), *Principes généraux du droit administratif*, 2e éd	CE Laroche, 27/03/1914 CE Gomel, 04/04/1914 TC Provost et Cornu, 02/05/1914 CE Abbé Hardel, 12/06/1914 CE Lhuillier, 12/06/1914

Index des auteurs cités, contemporains de la période étudiée

Angleys (A.) : docteur en droit, Grenoble, 1910 - 236, 237, 267, 312

Anselme (P.) : 83, 140

Arlet (L.) : docteur en droit, Bordeaux, 1914 - 268, 279, 350

Artur (E.) : 1852-1921, agrégé en 1880, professeur à la faculté de droit de Poitiers, Lille, puis Rennes (/1893), président du Conseil d'administration de l'Ouest-Eclair - 202, 213, 277, 282, 290, 291, 299, 304, 311, 359

Aucoc (L.) : 1828-1910, conseiller d'Etat, professeur à l'Ecole des Ponts et Chaussées - 3, 23, 67, 141, 144, 150, 152, 153, 156, 149, 156, 164, 199, 204, 220, 228, 249, 265, 285, 297, 298, 299, 315, 350, 359, 378, 385, 388, 389

Barbier (G.) : 173, 179, 359

Barthélemy (J.) : 1874-1945, docteur en droit 1899, agrégé 1906, professeur à Montpellier puis à Paris, élu député en 1919, Garde des Sceaux 1941 - 4, 24, 45, 47, 49, 58, 66, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 94, 112, 114, 116, 117, 125, 127, 131, 132, 134, 136, 138, 139, 140, 141, 142, 145, 151, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 169, 173, 179, 180, 181, 182, 186, 188, 202, 205, 206, 207, 229, 225, 229, 236, 237, 238, 241, 262, 263, 265, 267, 269, 270, 276, 277, 280, 284, 291, 296, 301, 303, 312, 317, 329, 333, 348, 350, 359, 361, 372, 379, 382, 394, 396

Batbie (A.) : 1828-1887, docteur en droit 1850, professeur de droit à Rennes, Dijon, Toulouse puis Paris (1857), membre de la Commission des Trente (1874), sénateur (1876), chef de la droite monarchiste - 3, 23, 26, 76, 126, 138, 144, 152, 156, 171, 172, 189, 199, 203, 204, 205, 211, 314, 350, 379, 387, 390

Bazille (C.) : 1854-1900, docteur en droit, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (/1882), député de la gauche radicale (1892-1900) - 143, 145, 152, 360

Benoist (Ch.) : 1861-1936, professeur à l'école libre des sciences politiques (1895), élu député (1902-1919), inscrit au groupe de l'Union républicaine, ambassadeur aux Pays-Bas (1919-1924) – 41, 42, 74, 92, 93, 94, 95, 100, 103, 104, 113, 119, 120, 121, 123, 126, 127, 156, 236, 338, 346, 350, 360, 362, 369, 372, 379, 393

Berthélemy (H.) : 1857-1943, agrégé en 1882, professeur de droit à Lyon, puis à Paris - 4, 24, 25, 45, 53, 55, 56, 57, 66, 68, 70, 76, 78, 79, 81, 84, 85, 102, 103, 131, 138, 139, 142, 144, 149, 154, 155, 161, 164, 173, 179, 181, 197, 198, 199, 208, 213, 215, 217, 218, 223, 224,225, 236, 237, 243, 244, 253, 254, 257, 258, 259, 260, 269, 276, 277, 278, 283, 306, 314, 315, 316, 323, 324, 351, 360, 372, 375, 378, 379, 384, 389, 394

Besson (A.) docteur en droit, Dijon 1897 - 24, 40, 47, 117, 119, 351, 393.

Bonnard (R.) : 1881-1844, docteur en droit (1903). agrégé (1909), professeur à la Faculté de droit de Rennes, puis Bordeaux (/1922) - 24, 71, 141, 161, 163, 237, 253, 255, 260, 361, 377, 379, 385

Bouchard (J.M.) 237, 238, 329, 361, 373

Bouchet (H.) : avocat, docteur en droit, Dijon 1908 - 24, 40, 46, 47, 66, 95, 96, 105, 161, 162, 176, 178, 351, 397

Bouvier (E.) : 95, 97, 124, 125, 144, 167, 361

Brémond : professeur de droit administratif à Montpellier - 223, 224, 246, 252, 361, 367, 379

Briot (G.) docteur en droit, Paris 1905 – 105, 351, 396

Brissaud (J.) : 176, 177, 178, 361

Cahen (G.) : né en 1875, avocat à la Cour d'appel de Paris, diplômé de l'Ecole libre des sciences politiques, auditeur au Conseil d'Etat, docteur en droit, Paris 1903 - 58, 78, 86, 111, 130, 131, 135, 137, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 151, 152, 153, 154, 160, 163, 165, 167, 185, 214, 215, 216, 219, 227, 228, 236, 238, 261, 300, 321, 324, 338, 351, 361, 395

Carré de Malberg (R.) : 1861-1935, agrégé en 1890, professeur à la faculté de droit de Caen, Nancy puis Strasbourg – 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 18, 33, 36, 37, 40, 41, 43, 45, 54, 58, 61, 68, 85, 92, 108, 125, 146, 147, 232, 233, 279, 280, 281, 282, 313, 318, 319, 320, 321, 335, 343, 351, 356, 376, 385, 387

Carrier (M.) : docteur en droit, Lyon 1900 - 292, 299, 351, 394

Charau (H.) docteur en droit, Lyon 1909 - 24, 40, 41, 43, 46, 49, 50, 54, 59, 60, 176, 351, 397

Chardon (H.) : 1861-1939, auditeur au Conseil d'Etat (1890), puis maître des requêtes (1894). conseiller d'Etat (1910), président du Conseil de réseau des Chemins de Fer de l'Etat (1913-1937) – 180, 256, 290, 295, 300, 312, 318, 351, 397

Chardon (J.L.) : docteur en droit, Paris 1910 – 117, 351

Charreyron (P.) docteur en droit, Paris 1885 - 204, 213, 224, 351, 390

Chauveau (A.) : 141, 149, 199, 356

Cilleuls (A. des) : 144, 152, 161, 361

Combothécra (X.S.) : né en Grèce (1859), privat-docent de l'Université de Genève - 55, 118, 362, 380

Courcelle-Seneuil (J.G.) : 1813-1892, professeur d'économie politique au Chili (1852-1862), collaborateur de journaux et revues économiques, membre du Conseil d'Etat (/1879) - 61, 119, 138, 314, 328, 351, 373

Coutant (P.): docteur en droit, Bordeaux 1896 - 47, 109, 352, 393

Dandurand (P.) : docteur en droit, Bordeaux 1896 – 176, 352, 393

Dareste (R.) : 1824-1911, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (1851). vice-président du Tribunal des conflits - 198, 199, 220, 228, 249, 352, 360, 373, 378, 393, 398

Dauphinot (G.) : docteur en droit, Nancy 1898 – 226, 252, 393

Dejeamme (J.) : 141, 143, 152, 362

Dejean (E.) : 1859-1913, agrégé d'histoire, député des Landes (1893-1898), professeur d'histoire à Paris, chef de cabinet de G. Leygues (1899-1902), directeur des Archives nationales (/1902) - 97, 179, 315, 362, 380

Delpech (J.) : 99, 105, 107, 113, 117, 127, 156, 169, 173, 177, 208, 235, 293, 362, 380

Demartial (G.) : 253, 362, 380

Deslandres (M.) : né en 1862, agrégé en 1891, professeur de droit constitutionnel à Dijon (/1896) - 24, 25, 46, 71, 80, 81, 102, 105, 112, 164, 179, 182, 303, 347, 362, 391

Despax (R.): docteur en droit, Lille 1909 - 235, 267, 268, 269, 270, 271, 352, 397

Ducrocq (Th.) : 1829-1913, avocat, professeur à l'Université de Poitiers (1857-1884) puis à Paris – 3, 13, 23, 24, 40, 47, 56, 67, 110, 119, 134, 138, 139, 144, 165, 172, 173, 199, 220, 268, 276, 283, 352, 378, 393

Dufour (G.) : 141, 149, 220, 357

Duguit (L.) 1859-1928, agrégé en 1882, professeur à l'Université de Caen, puis Bordeaux (1886-1928) – 1, 4, 13, 14, 24, 25, 40, 42, 46, 53, 56, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 84, 85, 92, 94, 95, 97, 98, 101, 103, 106, 108, 109, 110, 112, 114, 117, 118, 120, 12(126, 127, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 145, 146, 150, 155, 156, 157, 158, 163, 167 , 168, 169, 170, 172, 173, 174, 176, 178, 180, 181, 183, 184, 186, 188, 197, 198, 200, 205, 207, 213, 217, 219, 223, 225, 229, 231, 232, 235, 236, 240, 242, 244, 246, 251, 255, 261, 262, 263, 267, 268, 270, 277, 279, 280, 281, 300, 304, 306, 308, 309, 312, 313, 314, 315, 316, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 337, 340, 347, 348, 352, 358, 360, 362, 364, 365, 371, 374, 379, 381, 385, 386, 387, 389, 394, 395, 396, 397, 398

Eichtal (E. d') : 1854-1936, vice président de la Compagnie des Chemins de Fer du Midi, directeur de l'Ecole libre des sciences politiques (1912) où il a créé une section de préparation aux affaires - 39, 46, 47, 97, 98, 104, 105, 106, 107, 113, 114, 115, 117, 119, 121, 335, 352, 393, 398

Esmein (A.): 1848-1913, agrégé en 1875, professeur à l'Université de Douai puis de Paris (/1879). titulaire de la chaire d'histoire du droit public (/1898), professeur à l'école des Hautes Etudes (/1886) et à l'Ecole libre des sciences politiques (/1904), membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique (/1896) – 22, 24, 40, 44. 44, 46, 47, 50, 51, 53, 54, 64, 68, 71, 76, 83, 95, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 117, 119, 124, 126, 127, 130, 131, 133, 138, 139, 144, 146, 154, 156, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 172, 173, 176, 177, 180, 183, 217, 229, 230, 231, 232, 235, 237, 259, 275, 276, 278, 289, 301, 304, 312, 352, 363, 374, 379, 380, 393

Ferneuil (Th.) : 43, 96, 100, 101, 104, 105, 113, 114, 115, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 156, 363, 382

François (Ch.) : 120, 352, 383

Gautier (A.) : né en 1844, professeur de droit administratif à la faculté de droit d'Aix-en-Provence - 2, 76, 126, 130, 140, 150, 152, 165, 166, 170, 172, 199, 204, 223, 232, 297, 315, 388

Grach (H.) : docteur en droit, Paris 1912 – 210, 224, 276, 292, 352, 398

Grivelle (P.) : docteur en droit, Paris 1901 – 253, 353

Guillois (A.) : 135, 363

Hauriou (M.) : 1856-1929, agrégé en 1882, professeur d'histoire du droit (1882-1888), puis de droit administratif à Toulouse -1, 3, 4, 13, 24, 25, 41, 42, 50, 54, 64, 67, 70, 71, 74, 78, 80, 82, 126, 131, 134, 138, 139, 143, 146, 155, 166, 170, 172, 173, 176, 178, 180, 184,

185, 196, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 217, 218, 221, 222, 225, 226, 231, 233, 234, 236, 237, 241, 242, 245, 249, 250, 251, 256, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 267, 276, 277, 278, 281, 284, 286, 287, 293, 296, 297, 313, 314, 315, 317 , 318, 319, 320, 324, 325, 326, 332, 337, 345, 353, 359, 363, 364, 365, 374, 380, 381, 383, 386, 387, 389, 392, 397, 398

Hébrard de Villeneuve : 150, 152, 156, 215, 299, 364

Hélie (F.A.) : 1799-1884, chef de bureau au ministère de la justice (1837-1848), conseiller à la Cour de cassation (/1849), vice président du Conseil d'Etat (/1879), spécialiste de droit criminel – 23, 43, 80, 126, 166, 172, 176, 232, 353, 379, 388, 390

Jacquelin (R.) : né en 1865, docteur en droit, Paris 1891, agrégé en 1893, professeur à la faculté de droit de Lille, puis de Paris, membre de la société de législation comparée (/1922) – 94, 127, 197, 198, 199, 202, 221, 231, 277, 278, 283, 289, 292, 299, 353, 364, 391, 394

Jèze (G.) : 1869-1953, professeur de droit, conseiller de divers gouvernements étrangers, représentant du Négus à la S.D.N. (1935-1938) - 4, 24, 66, 76, 78, 81, 82, 95, 97, 124, 125, 132, 135, 140, 143, 144, 145, 146, 149, 150, 151, 154, 155, 157, 158, 161, 163, 167, 169, 170, 173, 174, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 196, 197, 198, 208, 210, 212, 213, 216, 217, 219, 222, 223, 225, 228, 229, 233, 236, 237, 241, 242, 246, 254, 256, 260, 263, 264, 266, 267, 269, 277, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 293, 296, 297, 303, 305, 306, 308, 312, 316, 353, 360, 361, 364, 373, 374, 379, 381, 386, 395, 399

Juille (E.) : docteur en droit, Lille 1905 – 4, 143, 147, 337, 353

Koch (C.) : docteur en droit, Nancy 1905 - 40, 65, 353, 396

Laferrière (E.) : 1841-1901, avocat, maître des requêtes au Conseil d'Etat (/1870), vice-président du Conseil d'Etat (/1886), chargé d'un cours à la faculté de droit de Paris (/1883), gouverneur général d'Algérie (1898), procureur général à la Cour de cassation - 3, 24, 67, 140, 143, 144, 152, 197, 198, 203, 207, 208, 209, 212, 213, 218, 220, 221, 243, 246, 247, 249, 269, 281, 305, 353, 378, 382, 385, 390, 391, 393, 394

Laffitte (P.) : 161, 177

Larcher (F,.) : 97, 124, 354, 393

Larnaude (F.) : membre de la société générale des prisons et de la société de législation comparée, professeur à la faculté de droit de Paris - 86, 117, 121, 126, 171, 185, 229, 230, 232, 235, 237, 249, 250, 257, 259, 260, 304, 305, 320, 331, 366, 382

Lecourtois (M.) : docteur en droit, Poitiers 1899, avocat à la Cour d'appel de Poitiers - 220, 221, 222, 354, 394

Lefas (A.) : chargé de cours à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, membre de la Fédération républicaine, député d'Ille et Vilaine - 53, 180, 253, 260, 261, 338, 354, 398

Lefebvre (Ch.) : professeur à la faculté de droit de Paris – 92, 123, 126, 134,138, 140, 156, 354, 365

Leroy-Beaulieu (A.) : 70, 375

Leroy (M.) : docteur en droit, Nancy 1898 - 25, 97, 133, 254, 255, 354, 374, 396, 397

Le Bourgeois (A.) : docteur en droit, Paris 1884 - 94, 126, 156, 157, 164, 167, 176, 276, 354

Levavasseur de Précourt (O.) : Commissaire du gouvernement – 297, 366, 382

Le Fur (L.) : professeur à la faculté de droit de Caen, puis de Strasbourg - 53, 66, 69, 72, 73, 80, 333, 366

Lonne (J.) : docteur en droit, Paris 1898 – 224, 312, 354, 393

Marcère (G. de) : Né en 1828, lauréat de la Faculté de droit de Caen, magistrat (/1853), membre de la Commission des Trente, député (1876-1883), ministre de l'Intérieur (1876, 1877-1879), sénateur (/1883), président du Centre Gauche -100, 123, 126, 127, 367

Marie (L.) : 201, 202, 203, 241, 246, 252, 285, 293, 367,375, 391

Mater (A.) : 197, 304, 375, 382

Mestre (A.) : docteur en droit, Paris 1899 - 58, 67, 103, 131, 138, 146, 150, 169, 172, 232, 313, 354, 364, 367, 377, 382, 394

Michon (L.) : né en 1864, avocat, docteur en droit, Paris 1890 - 97, 124, 125, 126, 367, 375

Michoud (L.) : né en 1855, agrégé en 1883, professeur de droit administratif à la Faculté de Grenoble (/1888) - 56, 57, 58, 73, 80, 86, 173, 185, 201, 212, 213, 218, 223, 224, 225, 234, 243, 246, 247, 248, 249, 267, 287, 295, 331, 354, 366, 367, 375, 380, 382, 389, 391, 396, 397, 398

Moreau (F.) : né en 1859, agrégé 1885, professeur à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence (/1894) – 40, 41, 44, 45, 46, 47, 49, 66, 69, 70, 72, 76, 78, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 103, 105, 106, 107, 110, 113, 115, 120, 123, 125, 126, 127, 130, 131, 133, 135, 136, 138, 141, 143, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 156, 157, 161, 163, 164, 166, 167, 169, 172, 176, 179, 184, 185, 186, 187, 208, 210, 211, 215, 216, 217, 227, 228, 232, 236, 244, 245, 266, 268, 270, 284, 299, 300, 303, 308, 312, 313, 329, 331, 354, 367, 382, 383, 395, 397

Müller (D.) : docteur en droit - 107, 121, 126, 368

Naville (E.) : 113, 119, 354, 383

Nézard (H.) : docteur en droit, Paris 1901, professeur à la Faculté de droit de Caen - 4, 66, 68, 71, 78, 127, 128, 130, 135, 141, 142, 145, 150, 154, 156, 161, 172, 173, 176, 177, 178, 181, 182, 183, 185, 215, 219, 253, 354, 368, 382, 383, 395, 397, 398

Philippe (M.) : 299, 368

Pierre (E.) : Secrétaire général de la présidence de la chambre des députés - 40, 61, 123, 124, 126, 172, 355, 392

Pujol (E.) : docteur en droit, Toulouse 1911 – 40, 41, 42, 57, 61, 64, 74, 75, 355, 398

Raiga (E.) : docteur en droit, Paris 1900 – 130, 131, 132, 135, 140, 143, 145, 150, 152, 170, 208, 216, 217, 230, 299, 337, 355, 394

Renault (J.) : docteur en droit, Paris 1899 – 200, 220, 223, 355, 394

Rolland (L.) : professeur à la Faculté de droit de Paris - 24, 125, 132, 140, 158, 166, 180, 185, 186, 245, 251, 253, 255, 256, 257, 261, 266, 290, 292, 300, 301, 331, 368, 384

Romieu (J.) : Commissaire du Gouvernement - 142, 247, 249, 250, 284, 296, 297, 369, 384

Saint-Girons (A. de) : 25, 76, 80, 81, 93, 114, 117, 119, 126, 130, 131, 140, 150, 152, 156, 163, 154, 185, 229, 300, 304, 355, 389, 390

Saleilles (R.) : né en 1855, agrégé en 1884, professeur à la faculté de droit de Grenoble (1884), Dijon (1892-1895, cours d'histoire du droit), puis de Paris (/1895, cours de droit criminel) - 41, 43, 46, 94, 95, 100, 103, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 117, 118, 119, 287, 367, 369

Saripolos (N.) : docteur en droit, Paris 1899 - 58, 68, 70, 72, 73, 83, 100, 106, 107, 108, 115, 117, 118, 134, 355, 369, 380, 394

Scelle (G.) : 105, 119, 120, 369

Seignobos (Ch.) : 93, 126, 338, 369

Signorel (J.) : 176, 177, 355, 361, 393

Simonet (J.B.) : chef de bureau à la préfecture de la Seine - 40, 71, 76, 355, 390

Sourdois (J.) : docteur en droit, Bordeaux 1908 - 268, 270, 355, 397

Tarde (G.) : 1843-1904, juge d'instruction (1875-1894), codirecteur de Archives d'anthropologie criminelle (/1893) - 53, 121, 355, 375, 394

Tardieu : Commissaire du Gouvernement – 178, 207, 256, 258, 271, 359, 369, 384

Tchernoff (J.J.) : avocat à la Cour d'appel de Paris, docteur en droit - 46, 165, 370

Teissier (G.) : Commissaire du Gouvernement – 214, 221, 224, 239, 244, 245, 246, 249, 252, 266, 267, 269, 295, 370

Tirard (P.) : auditeur au Conseil d'Etat, docteur en droit, Paris 1906 - 56, 66, 70, 77, 78, 239, 248, 249, 251, 355, 390, 391, 396

Tournyol du Clos (J.) : docteur en droit, Bordeaux 1905 - 198, 208, 210, 212, 213, 356, 396

Valegeas (J.) : docteur en droit, Bordeaux 1892 -130, 131, 132, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 146, 149, 154, 170, 176, 210, 217, 226, 299, 356

Vareilles-Sommières : 56, 57, 80, 367

Villey (E.) : né en 1848, professeur d'économie politique à la faculté de droit de Caen, doyen de la faculté de droit de Caen - 50, 63, 66, 70, 72, 73, 370, 385

Zedyx : 98, 179, 370, 385

Table des matières

Préface

Introduction générale

I - La naissance d' un concept : l'Etat de droit 4
II - Les questions ouvertes par le concept d'Etat de droit 11
III - La notion d'Etat de droit, lieu de rencontre pour la doctrine publiciste française 22

PREMIÈRE PARTIE
LA DOCTRINE FACE À L'ÉTAT LÉGAL

TITRE I
L'ÉVOLUTION DES IDÉES SUR LA SOUVERAINETÉ

Chapitre I - Le titulaire de la souveraineté 39

Section 1 - La nation opposée au peuple 39

§ 1. - Des collectivités essentiellement différentes 40
A — L'émergence d'une nouvelle définition de la nation 40
B — Les arguments de la distinction 41
C — L'opposition de deux théories de la souveraineté 45

§ 2. - Deux modes d'exercice du pouvoir 47
A — L'héritage des doctrinaires 48
B — L'enjeu : l'indépendance des gouvernants 49
C — Les nouvelles données de la Troisième République 5 0

Section 2 - De la nation souveraine à l'Etat souverain 51

§ 1. - L'identification nation/Etat 52
A — L'évolution de la notion d'Etat 52
B — Etat et nation : deux aspects d'un même objet 53

§ 2. - Les implications de la théorie de l'Etat souverain 55
A — La transformation du mode de légitimation 55
B — La relativisation du rôle des assemblées et des citoyens 58

Chapitre II - L'étendue de la souveraineté 61

Section 1 : La critique du concept de souveraineté 62
§ 1. - Le contenu de la critique 62
§ 2. - L'influence de Duguit 66

Section 2 : L'évolution vers une théorie de la souveraineté limitée 68
§ 1. - Les facteurs de l'évolution vers une souveraineté limitée 69
§ 2. - L'étendue de la souveraineté et la notion d'Etat légal 72

Chapitre III -La légitimation du pouvoir des gouvernants 75

Section 1 : La légitimation par le but poursuivi 77
§ 1. - Le renouvellement des doctrines téléologiques 77
§ 2. - La renaissance du droit naturel 80

Section 2 : La théorie de l'autolimitation 82
§ 1 - Le contenu de la théorie 82
§ 2. - Son influence en France 84

TITRE II
LA CRITIQUE DE L'OMNIPOTENCE PARLEMENTAIRE 89

Chapitre I - La crise du régime représentatif 91

Section 1 - La crise du parlementarisme 92
§ 1. - La déviation du régime parlementaire en régime d'assemblées 92
A — Le discours critique des publicistes 92
B — Discours et réalité 95
§ 2. - La critique du personnel parlementaire 96
A — Les arguments de la doctrine 97
B — Les raisons de la critique 99

Section 2 - La crise de la représentation 101

§ 1. - Les ambiguïtés de la conception classique de la représentation 101

§ 2. - La représentation faussée par la démocratisation du suffrage 103

A — Les effets du suffrage universel 104
B — Le renouvellement de la théorie de l'électorat 108

§ 3. - La tyrannie de la majorité, la souveraineté du nombre 112

Section 3 - Les réformes proposées 116

§ 1. - La réforme électorale 116
A — La représentation proportionnelle 116
B — Les autres propositions de réforme 120

§ 2. - La diminution des prérogatives du Parlement 123
A — L'initiative législative 123
B — Les autres attributions d'un Parlement 126

Chapitre II - La revalorisation de l'exécutif 129

Section 1 - Les arguments 130

§ 1, L'argument de l'efficacité 130

§ 2. - L'argument de la démocratisation 132

§ 3. - L'argument implicite 134

Section 2- L'élargissement de la mission de l'exécutif 137

§ 1. - Evolutions et résistances 137

§ 2. - Le droit positif et son interprétation 139
A — L'interprétation doctrinale 139
B — L'évolution jurisprudentielle 142

§ 3. - Les définitions du règlement 143
A — Les théories en présence au début du siècle 143
B — L'évolution des définitions 146

Section 3 -Les relations exécutif-Parlement 148

§ 1. - L'existence (?) d'un domaine par nature législatif 148

§ 2. - Les règlements d'administration publique 151

§ 3. - Le rôle du Président de la République 155

Chapitre 3 -Des garanties politiques aux contrôles juridiques 159

Section 1 - Les limites des garanties politiques 160

§ 1. - L'insuffisance des garanties traditionnelles 160
A — La Constitution 160
B — La séparation des pouvoirs 162
C — La loi 165

§ 2. - L'inadaptation des contrôles 169
A — Le contrôle politique exercé par le parlement 169
B — Droits naturels et libertés publiques 170

Section 2 - Les dangers d' une extension des garanties politiques 175

§ 1. - Les limites de la remise en cause de l'Etat légal 175
A — Les institutions : le refus de la démocratie directe 176
B — Sur le plan politique : la défense des valeurs libérales 178

§ 2. - L'opposition du juridique et du politique 181
A — Les dangers du contrôle de constitutionnalité des lois 182
B — Le discours de la compétence 183

DEUXIÈME PARTIE
LA CONSÉCRATION DOCTRINALE DU DROIT 191

TITRE I
L'EFFICACITÉ RETROUVÉE : LES MÉCANISMES JURIDIQUES 195

Chapitre I - La censure des gouvernants par l'annulation de leurs actes 186

Section 1 - Les contrôles sur l'administration 196

§ 1. - La nature du recours pour excès de pouvoir 197
A — Le recours pour excès de pouvoir : recours administratif ou juridictionnel ? 197
1 / Le REP, recours administratif 197
2 / Le REP, recours contentieux. 200
B — Le recours pour excès de pouvoir : recours subjectif ou objectif 9 202
1 / La recevabilité du recours 203
2 / Les pouvoirs du juge 210

§ 2. - Les actes soumis au recours pour excès de pouvoir 213
A — Le problème des règlements d'administration publique 214
1 / Les problèmes posés par la théorie de la délégation 215
2 / RAP et décrets coloniaux. 218
B — Le cas des actes de gouvernement 219
1 / Le premier courant 220
2 / La remise en cause des actes de gouvernement 223

§ 3. - L'exception d'illégalité 226

Section 2 - Les contrôles sur le législateur 228

§ 1. - Les empêchements d'ordre constitutionnel 230
A — Le principe de séparation des pouvoirs 230
B — L'absence de normes de référence suffisantes 231

§ 2. - Les difficultés politiques 234
A — Le contenu de ces difficultés 235
B — Leur impact 236

Chapitre Il -La mise en jeu de la responsabilité de l'Etat 239

Section 1 - Le développement du recours de plein contentieux 240

§ 1. - La place du recours de plein contentieux 240

§ 2. - Le développement de la responsabilité administrative 242

A — L'abandon de la théorie de l'irresponsabilité 243
B — Les théories de la responsabilité 246
1 / La phase d'expansion 247
2 / Les limites 250

Section 2 - Faute personnelle et faute de service 252

§ 1. - Les relations Etat / fonctionnaires 253

A — Le fonctionnaire : un travailleur différent des autres 253

B — Le fonctionnaire : un simple administré 257

§ 2. - L'extension des garanties données aux justiciables 262

Section 3 - La responsabilité de l'Etat législateur 265

§ 1. - Les cas de responsabilité : l'Etat honnête-homme 265

§ 2. - Le maintien du principe d'irresponsabilité 268

TITRE II
LA SOUVERAINETE DU DROIT 273

Chapitre I - L'apologie du juge et du juriste 274

Section 1 - L'apologie du juge 274

§ 1. - La fonction juridictionnelle 275
A — Fonction juridictionnelle et fonction exécutive 275
B — La nature de la fonction juridictionnelle 279

§ 2. - La mission du juge 282
A — La protection des administrés et de leurs libertés 282
B — La protection de l'ordre juridique et de l'ordre social 285

§ 3. - Les garanties offertes par le juge 288
A — La compétence 288
B — L'indépendance 291

Section 2 - La résurgence d' une utopie, le gouvernement des juristes 294

§ 1 - Du contrôle juridictionnel à la tentation du gouvernement des juges 294
A — Le Conseil d'Etat, censeur des gouvernants 294
B — L'extension des attributions administratives du Conseil d'Etat 297

§ 2. - La mission civilisatrice des juristes 302
A — Le rôle du juriste dans l'Etat de droit 302
B — La finalité assignée à l'Etat de droit 306

Chapitre II - L'Etat lié par le droit 310

Section 1 - Les contenus du droit 310

§ 1. - Le droit comme norme 311

A — Le droit comme norme supérieure 311

B — Le droit comme norme de l'Etat 313

§ 2. - Le droit comme ordre juridique 316

A — Les éléments de l'ordre 316

B — L'ordre juridique comme ordre logique 319

Section 2 - Les rapports de l Etat et du droit 322

§ 1. - La soumission de l'Etat au droit 322

A — Les techniques de soumission de l'Etat au droit 323
B — L'effectivité de l'obligation 327
§ 2. - L'Etat légitimé par le droit 328
A — Du citoyen à l'administré 329
B — La clôture du système 333

Conclusion 335

Références bibliographiques 350
Bibliographie 372
Tableau synoptique 388
Index 400
Table des matières 406