

La genèse du droit administratif

6. N'importe quel juriste français trouvera de nos jours tout à fait naturel que soient secrétées, en parallèle du droit privé, des règles différentes, adaptées aux activités de l'Administration et dépendantes d'un système autonome que l'on nomme « droit administratif ». Il faut dire que l'incrustation dans le paysage juridique d'une telle dualité est sous-tendue par des justifications solides.

D'une part, il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit privé – ce droit des rapports entre les particuliers – ne contient tout simplement aucune règle susceptible de répondre aux besoins de l'Administration et aux missions qu'il lui appartient d'accomplir (exemple : ne font pas partie des préoccupations des particuliers l'organisation interne des institutions publiques, les modalités d'élection de ceux qui siègent au sein des collectivités territoriales etc.). De la même manière, l'exécution des lois ou le maintien de l'ordre public sont des problèmes que ne se posent pas les personnes privées ordinaires.

D'autre part, le droit privé régit bien souvent des situations analogues à celles que rencontre l'Administration (exemple : engager sa responsabilité juridique, établir des relations de travail, livrer une prestation etc.) mais selon une logique qui ne met en balance que des intérêts particuliers. Or, l'Administration a en principe pour unique objectif de satisfaire l'intérêt général. Elle doit par conséquent pouvoir disposer de prérogatives exorbitantes qui lui permettent de toujours faire prévaloir cet intérêt, quitte à nouer des rapports inégalitaires avec les administrés ou ses partenaires. Il lui faut aussi pouvoir s'appuyer sur un contingent de travailleurs dévoués, ayant accepté de faire carrière dans l'Administration, que l'on appelle « fonctionnaires ». Il importe par ailleurs de soumettre l'Administration à de nombreuses sujétions que n'ont pas à connaître les personnes privées ordinaires : outre le fait que les réponses apportées aux besoins collectifs doivent nécessairement respecter

certains principes (continuité, égalité, mutabilité du service public), il lui faut aussi veiller à ce que ses partenaires contractuels soient choisis selon des règles garantissant une sélection impartiale. Ces multiples paramètres confortent, à l'évidence, l'existence d'un droit *fondamentalement original et adapté* aux spécificités de l'action administrative.

7. Gardons tout de même à l'esprit que l'essence du droit est tout sauf naturelle : ces arguments, aussi convaincants soient-ils, n'en restent pas moins présidés par des convictions plus ou moins conscientes d'ordre politique. Et ces convictions sont elles-mêmes conditionnées par un héritage historique dont les plus grands réformateurs eux-mêmes auraient bien du mal à se débarrasser. Si le développement d'un appareil administratif au service de l'État n'est pas, loin s'en faut, propre à la France, le phénomène y a pris une tournure inédite ayant rendu audible bien plus qu'ailleurs l'argumentaire rappelé ci-dessus. Plus poussée dans l'hexagone que dans la plupart des pays occidentaux, la centralisation du pouvoir entamée à la fin du Moyen Âge a en effet produit un terreau favorable à la croissance des activités administratives et à leur infiltration dans le tissu social.

Profitant, si l'on peut dire, d'un vaste mouvement de canalisation du pouvoir par application du *modèle de l'État de droit* (chapitre 1), le droit administratif s'est peu à peu imposé en France comme un moyen efficace pour dompter une administration à la taille conséquente et faire du bien commun son unique préoccupation. Il participe en cela de la consolidation du modèle (chapitre 2).

La canalisation du pouvoir par l'État de droit

8. Le juriste autrichien *Hans Kelsen* (1934) considérait à propos de l'État qu'il était une autre façon de désigner l'*ordre juridique* : cet ordre conditionne la production des normes et donc aussi celles qui font exister l'État ; celui-ci en retour est le garant du respect de cet ordre qu'il rend donc possible. Il y a en somme confusion entre l'ordre juridique et l'État qui n'en serait que la personnification.

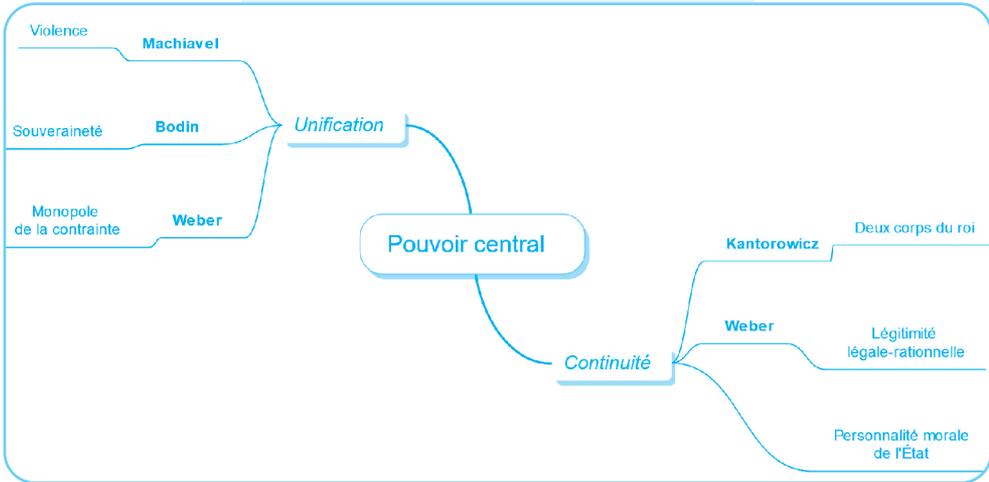
Une telle vision est réductrice. L'État est la mise en forme d'un pouvoir qui s'appuie d'abord et avant tout sur des ressorts sociaux (Section 1). Ce qui explique que l'État soit en perpétuel changement et qu'il ait la capacité de traverser les régimes politiques qui se succèdent sans repartir de zéro chaque fois. Ainsi, l'État monarchique de l'Ancien Régime n'est pas l'État démocratique issu de la Révolution, mais c'est toujours l'État français. Pour autant, la règle de droit est indispensable pour faire la *médiation* entre le pouvoir de l'État et les hommes qui l'exercent. Tout en se diffusant dans les rouages étatiques, la norme juridique évolue avec le temps, se complexifie : elle n'est plus simplement un instrument d'intervention du pouvoir ; elle lui impose aussi un cadre à respecter (Section 2).

Section 1. Du pouvoir à l'État

9. La construction de l'État est le résultat de l'ascension d'un *pouvoir central*. Le phénomène est directement lié à l'emprise croissante de la Royauté sur la société. L'ascension se nourrit des avancées permises par le système féodal (en termes de justice et de finances) mais aussi de ses limites (morcellement du pouvoir, indifférence des patrimoines publics et privés, dépendance du pouvoir à l'égard de l'allégeance personnelle). L'État moderne se caractérise

ainsi par un double travail d'unification de la société (§ 1) et d'inscription du pouvoir dans le temps (§ 2).

Trame des développements à suivre (n° 10-13)



§ 1. Unification

10. Il faut d'abord revenir à *Machiavel* (1513) qui dans son analyse du pouvoir avait su rompre le premier avec l'imaginaire théologique de l'époque. Il portait de l'idée que le pouvoir des gouvernants ne devait pas être conçu comme un instrument au service de la transcendance divine ou des principes moraux. Il résulte en réalité des rapports de force entre individus, rapports de force par lesquels les gouvernants s'érigent au dessus des autres hommes et conservent leur rang grâce à une bonne maîtrise de la *violence*.

Un peu plus tard, *Bodin* (1576) dressait le constat d'un nouveau genre de pouvoir qu'il tentait de caractériser à partir de la notion de *souveraineté*. Elle lui sert à décrire les attributs du Prince et, d'une manière plus générale, de l'État. Est souverain celui : dont la puissance ne procède de personne ; qui a autorité absolue sur ses magistrats comme sur ses sujets (pouvoir de donner des ordres et d'édicter des actes unilatéraux) ; dont les décisions ne peuvent être remises en cause.

Certains philosophes ont tenté de conférer à ce pouvoir émergent une sorte d'assise rationnelle. *Hobbes* (1651) revisitait ainsi la doctrine contractualiste (théorie du contrat social) en fondant l'État sur le *principe sécuritaire* : dans un temps ancien, les individus évoluaient dans un « état de nature » où règne la loi du plus fort sur le faible (d'où l'expression fameuse : « *l'homme est un loup pour l'homme* ») ; pour s'extirper de la crainte permanente, ils auraient

consenti à remettre leur destinée entre les mains du monarque, garant de l'ordre, autorisé à user de la force chaque fois que nécessaire.

11. D'une certaine manière, les travaux de *Max Weber* (1917) parachèveront plusieurs siècles de réflexion sur l'État. L'auteur a su mettre en évidence le lien entre la construction du pouvoir étatique et la *monopolisation de la contrainte* par un groupe de gouvernants : l'État, dit-il, est « *le groupe politique qui revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime* ». Aucune violence physique autre que celle exercée par l'État ne saurait être considérée comme légitime et demeurer sans punition. Cette exclusivité engendre la neutralisation des tensions au sein de la société puisque toute tentative de lutte est contrariée par la menace d'une sanction. L'histoire de l'Ancien Régime regorge d'exemples de cet effort de centralisation de la contrainte qui ne s'est pas faite en un jour. Mais l'un des moments les plus édifiants est sans doute l'arrestation sur ordre de Philippe le Bel des membres de l'ordre des Templiers le vendredi 13 octobre 1307 et l'anéantissement de l'influence papale du temps de Boniface VIII peu après.

Pour être efficace, cet État doit pouvoir se reposer sur une organisation ramifiée, une *bureaucratie* opérationnelle capable de relayer la volonté des gouvernants. Cet appareil hiérarchisé n'est autre que l'administration étatique. D'une part, elle est alimentée par les ressources de la société sur tous les plans : financier par le prélèvement de l'impôt, humain par le recrutement d'agents publics, matériel par la constitution d'un patrimoine qui lui est propre. D'autre part, elle est dotée de prérogatives qui découlent directement du monopole de la contrainte : elle édicte des règles qui s'imposent aux individus (actes unilatéraux) ; elle peut user de la force matérielle si besoin. Ces *prérogatives de puissance publique* traduisent et consacrent l'inégalité entre l'État et ceux qu'il administre.

12. Le concept de *Nation* développé au cours de la Révolution mettra un point final à l'effort d'unification de la société entrepris sous l'Ancien Régime tout en donnant à l'État les moyens d'en sortir plus fort : en évitant au collectif de se fissurer, l'État placé au service de la Nation légitime d'autant plus son incrustation dans le social.

§ 2. Continuité

13. L'ascension du pouvoir central s'accompagne de mécanismes à même d'assurer sa propre reproduction, la perpétuation de son propre modèle politique. Ces mécanismes reposent sur la *dissociation* progressive des États et de ceux qui occupent la place de gouvernants.

Sous l'Ancien Régime, la dissociation est imparfaite bien qu'elle prenne appui sur une véritable construction dogmatique, celle des « deux corps du

roi ». *Ernst Kantorowicz* (1957) a montré comment les théoriciens de la fin du Moyen Âge avaient conceptualisé la différenciation du corps naturel et personnel du roi du *corps politique* et immortel qu'il transmettait à son successeur. Cette théorie est porteuse, pour le pouvoir, d'un nouveau rapport au temps : un temps universel fondé sur l'idée de continuité. Le mécanisme n'en reste pas moins très dépendant de la personne du roi qui est la source en même temps que le réceptacle d'un pouvoir qu'il tient de Dieu (théorie de la monarchie de droit divin).

Avec la Révolution, la souveraineté est transférée au peuple ; il devient la source de tout pouvoir. Les principes démocratiques érigent ainsi les gouvernants en *représentants*. Ils exercent le pouvoir en raison d'un titre et dans les limites fixées par les textes juridiques – en premier lieu la Constitution. Leur légitimité n'est donc plus « de tradition » ou « charismatique », pour reprendre la terminologie de *Max Weber*. On est passé à un mécanisme de légitimité « légale-rationnelle » : les gouvernants s'effacent derrière l'État comme incarnation du collectif ; la dépersonnalisation est totale ce qui permet à l'institution de perdurer au-delà des hommes.

La reconnaissance juridique de la *personnalité morale* de l'État constituera l'ultime étape de ce phénomène d'émancipation.

Section 2. Du droit dans l'État

14. La règle de droit est indispensable à l'État pour répartir les tâches en son sein (organiser sa bureaucratie) tout autant que formaliser ses commandements (diriger la société). Mais à mesure que l'État moderne poursuit sa construction, la norme se veut aussi instrument de limitation. Si les prémices de cette dialectique sont palpables sous l'Ancien Régime (§ 1), sa systématisation n'a véritablement commencé qu'à partir de la Révolution (§ 2). C'est ainsi qu'un nouveau modèle de gouvernement s'est peu à peu imposé : celui de l'État de droit.

§ 1. Prémices

15. Sur le plan idéologique, la doctrine contractualiste a fortement contribué à modifier les perceptions. À la suite de *Hobbes*, deux autres penseurs en particulier ont repris le double postulat de l'état de nature et du contrat social mais en soulignant cette fois-ci la nécessité d'un pouvoir conditionné. Pour *Locke* (1690), les sujets ont cédé au monarque le pouvoir de garantir l'ordre et de punir les transgressions ; mais celui-ci doit en contrepartie respecter *les libertés et la propriété* des individus. Si la majorité (contrepois du monarque) considère que le pacte n'a pas été respecté – qu'il est rompu –, alors la révolte est possible.

Quant à *Rousseau* (1762), il conçoit le pacte comme la cession par chaque individu de ses droits au bénéfice de la communauté. Leur aliénation est rendue acceptable par le fait que chacun participe en contrepartie à l'élaboration de la *volonté générale*. Les individus doivent pouvoir se réunir en assemblée afin d'en déterminer le contenu. L'État n'est alors que le mode d'expression de cette volonté, celle-ci trouvant dans la Loi sa traduction formelle. En cela, les gouvernants n'ont d'autre rôle que d'œuvrer à la réalisation de cette volonté. Le monarque lui-même est cantonné à un rôle d'exécutant qu'il ne peut dépasser, sous peine d'être renversé.

16. C'est dans ce contexte idéologique que l'exercice du pouvoir a progressivement pris en compte la situation des administrés. Déjà au Moyen-Âge, en matière de réquisitions et d'expropriations imposées par le seigneur à des fins militaires ou civiles, il n'était pas rare que des textes prévoient la nécessité d'un *dédommagement*. Lors de l'utilisation des moulins ou des fours construits et monopolisés par les seigneurs, les sujets devaient certes s'acquitter d'une redevance dont le pouvoir profitait largement. Mais les textes prévoyaient bien souvent l'obligation pour le seigneur de conserver ces équipements dans un bon état et de ne pas se livrer à des *discriminations* – certains y voient la préfiguration du régime du service public.

Avec l'avènement du pouvoir monarchique et l'émancipation des municipalités qui récupèrent les prérogatives seigneuriales, la dynamique en faveur des administrés s'est perpétuée. Les garanties ont pu même être fixées dans divers édits, ordonnances ou arrêts du Conseil du roi. Il est difficile de ne pas évoquer l'*édit de Moulins* de 1566 qui distingue le patrimoine privé du monarque du patrimoine public de la Couronne rendu inaliénable ; il s'agit par cette interdiction de principe de préserver l'usage collectif de certains biens (exemple : les forêts domaniales).

§ 2. Systématisation

17. Le concept d'État de droit trouve son origine dans la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle (celle-ci parle de *Rechtsstaat*). Il s'est par la suite exporté dans de nombreux pays européens – dont la France – qui l'ont transposé, mis en pratique et systématisé en fonction de leurs propres traditions juridiques.

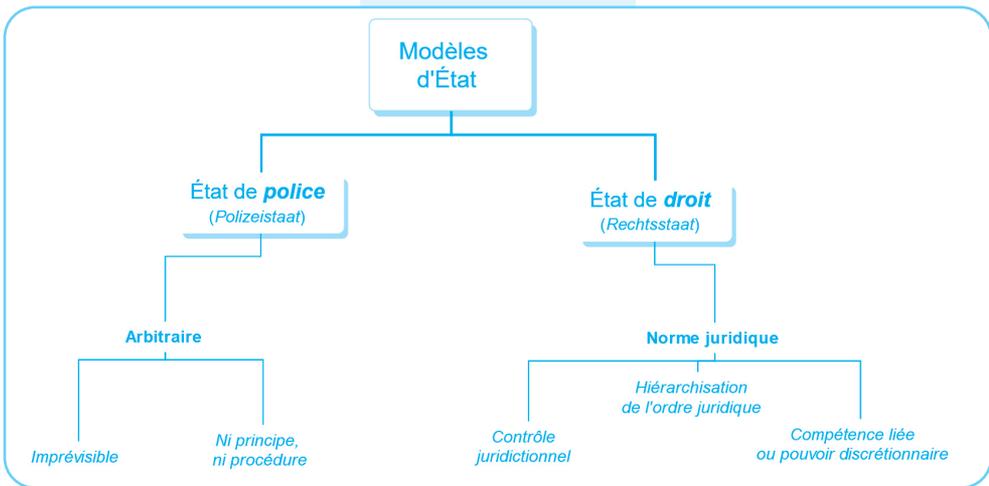
Le modèle est construit par opposition à l'État de police (*Polizeistaat*). Ce dernier renvoie à l'hypothèse dans laquelle les pouvoirs publics interviennent de façon imprévisible, en l'absence de procédure claire ou de principes prédéfinis et, généralement, selon le bon vouloir des gouvernants. Pour le dire d'un mot, c'est le règne de l'*arbitraire*. Les lettres de cachet constituent un bon exemple des pratiques alors en vigueur. L'État de droit correspond à l'inverse au mode de gouvernement dans lequel la règle juridique prescrit les interventions possibles ainsi que les conditions dans lesquelles elles doivent être

réalisées et habilite les autorités « compétentes » pour les mener – on dit qu’elles ont la *compétence*. En somme, aucun pouvoir contraignant ne saurait être exercé en dehors de la norme de droit.

La mise en place d’un tel système repose sur la *hiérarchisation de l’ordre juridique*, celle-ci rejaillissant sur les différents organes constitutifs de l’État. Pour simplifier : l’Administration se doit d’agir selon les cadres fixés par le Parlement dans la Loi (l’Administration est ainsi soumise au principe de légalité) ; le législateur lui-même ne peut s’exonérer des principes et procédures contenus dans la norme suprême qu’est la Constitution. Bien sûr, l’efficacité de l’État de droit dépend en grande partie de l’existence de juridictions capables de garantir la primauté des normes supérieures.

18. Si l’État de droit vise à éliminer l’arbitraire en plaçant autant que faire se peut le décideur en situation de « compétence liée », il faut cependant souligner que dans de nombreux cas, une marge de manœuvre lui est laissée plus ou moins sciemment. On parle alors de « pouvoir discrétionnaire » qui se différencie de l’arbitraire en ce qu’il est nécessairement prévu et organisé par les textes – cela signifie que l’Administration doit pouvoir justifier sa décision au regard d’un texte qui l’habilite à agir ou à ne pas agir.

Pour résumer (n° 17-18)



19. Dès lors que l’État est lui-même à l’origine des normes en cause et puisque leur respect ne dépend au fond que de sa bonne volonté, on peut se demander si le modèle n’aurait pas quelque chose de purement artificiel ? Les juristes allemands évoquent un *principe d’auto-limitation* pour expliquer le phénomène. Ce principe peut sembler tout aussi factice mais il renvoie sans doute à des paramètres bien réels : la nécessité pour les pouvoirs publics de montrer l’exemple ; les tensions sociales qu’engendreraient d’importantes fissurations du modèle.