

nement des institutions anglaises et à croire, par exemple, que, étant donné les rapports qui existent entre le Chancelier et le Ministère, le Cabinet peut influer sur la solution d'un procès porté devant la Division de Chancellerie de la Haute Cour (1). Mais, tout en éprouvant l'hésitation de tous ceux qui étudient l'effet d'institutions étrangères, un observateur peut affirmer avec quelque assurance que le *Tribunal des Conflits* est un corps pour le moins autant administratif que judiciaire. Il s'ensuit que la compétence des tribunaux judiciaires, dans toutes les affaires intéressant des fonctionnaires, est déterminée par des personnes qui, si elles ne font pas effectivement partie de l'exécutif, sont influencées par des sympathies administratives et sont portées à considérer l'intérêt de l'Etat ou du gouvernement comme plus important que le respect strict des droits légaux des individus.

Que cette thèse soit correcte, c'est ce que l'on peut déduire de plusieurs considérations. Jusqu'à une date récente, c'est le Conseil d'Etat, corps certainement plus ou moins administratif, qui avait le dernier mot sur les questions de compétence. De plus, si forte était la tendance de la loi française en faveur de l'administration que, jusqu'en 1870, tous les agents du gouvernement possédaient une sorte d'immunité de juridiction vis-à-vis des tribunaux judiciaires, absolument

(1) La division de Chancellerie de la Haute Cour (*Chancery Division of the high court*) — qui forme l'une des trois divisions de la Haute Cour de justice, les deux autres étant la division du banc du Roi (*King's Bench Division*) et le *Probate, Divorce and admiralty Division* — se compose de cinq juges et est présidée par le Chancelier. Le Chancelier n'est pas seulement un juriste. C'est un homme politique. Non seulement il fait partie du ministère, mais encore il fait toujours partie du Cabinet; il appartient, comme les autres ministres, à un parti politique; c'est la faveur de la Chambre des communes qui le porte au pouvoir et qui l'en fait partir. On peut le comparer assez exactement au ministre de la Justice en France. Cpr. sur tous ces points, MAITLAND, *Justice and Police* (English Citizen Series), J. GASTON JÈZE.

incompatible avec toutes les notions anglaises d'égalité devant la loi.

Tocqueville a fait un exposé de la protection accordée aux fonctionnaires français dans un passage qui peut être considéré comme classique :

Exposé de
Tocqueville
sur l'article
75 de la Con-
stitution de
l'An VIII.

« En l'an VIII de la République française, il parut une « Constitution dont l'article 75 était ainsi conçu : « Les « agents du gouvernement, autres que les ministres, ne « peuvent être poursuivis, pour des faits relatifs à leurs « fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; « et, en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux or- « dinaires. »

« La Constitution de l'an VIII passa, mais non cet ar- « ticle qui resta après elle ; et on l'oppose, chaque jour en- « core, aux justes réclamations des citoyens.

« J'ai souvent essayé de faire comprendre le sens de cet « article 75 à des Américains ou à des Anglais, et il m'a « toujours été très difficile d'y parvenir.

« Ce qu'ils apercevaient d'abord, c'est que le Conseil « d'Etat, en France, étant un grand tribunal fixé au centre « du royaume, il y avait une sorte de tyrannie à renvoyer « préliminairement devant lui tous les plaignants.

« Mais quand je cherchais à leur faire comprendre que le « Conseil d'Etat n'était point un corps judiciaire, dans le « sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont « les membres dépendaient du roi ; de telle sorte que le roi, « après avoir souverainement commandé à l'un de ses ser- « viteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pou- « vait commander souverainement à un autre de ses ser- « viteurs, appelé conseiller d'Etat, d'empêcher qu'on ne fit « punir le premier ; quand je leur montrais le citoyen, lésé « par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui- « même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de « croire à de semblables énormités et m'accusaient de « mensonges ou d'ignorance.

« Il arrivait souvent, dans l'ancienne monarchie, que le

« Parlement décréait de prise de corps le fonctionnaire public qui se rendait coupable d'un délit, quelquefois l'autorité royale, intervenant, faisait annuler la procédure. Le despotisme se montrait alors à découvert, et, en obéissant, on ne se soumettait qu'à la force.

« Nous avons donc bien reculé du point où étaient arrivés nos pères ; car nous laissons faire, sous couleur de justice, et consacrer au nom de la loi, ce que la violence seule leur imposait (1). »

Son histoire
subéquente.

Les investigations auxquelles s'est livré par la suite notre auteur font douter si l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (1799) ne fait pas autre chose que reproduire, sous une forme étroite, un principe de l'ancien régime (2), ce principe, en tous cas, représente le sentiment permanent des gouvernements français quant à la protection due aux fonctionnaires. C'est ce qui donne à un article abrogé d'une Constitution oubliée, une curieuse importance théorique. Si l'on veut une preuve de la différence essentielle qui

(1) A. DE TOCQUEVILLE, *Démocratie en Amérique*, 2^e édit., p. 174 et s., *Œuvres complètes*, I, pp. 174-175.

(2) « Ce qui apparaît..... quand on étudie les paperasses administratives, c'est l'intervention continuelle du pouvoir administratif dans la sphère judiciaire. Les légistes administratifs nous disent sans cesse, que le plus grand vice du gouvernement intérieur de l'Ancien Régime était que les juges administraient. On pourrait se plaindre avec autant de raison de ce que les administrateurs jugeaient. La seule différence est que nous avons corrigé l'Ancien Régime sur le premier point et l'avons laissé imiter sur le second. J'avais en jusqu'ici la simplicité de croire que ce que nous appelons la justice administrative était une création de Napoléon. C'est du pur ancien régime conservé ; et le principe, que lors même qu'il s'agit de contrat, c'est-à-dire d'un engagement formel et régulièrement pris entre un particulier et l'Etat, c'est à l'Etat à juger la cause, cet axiome, inconnu chez la plupart des nations modernes, était tenu pour aussi sacré par un intendant de l'ancien régime, qu'il pourrait l'être de nos jours par le personnage qui ressemble le plus à celui-là, je veux dire un préfet. » — TOCQUEVILLE, *Œuvres complètes*, VI, pp. 221-222.

existe entre les idées françaises et les idées anglaises sur les rapports de l'individu avec l'Etat, on la trouvera dans le fait suivant : sous la Monarchie de Louis-Philippe, qui passait pour une copie de la Constitution anglaise, les fonctionnaires jouissaient d'une sorte d'immunité de juridiction qui n'a jamais existé en Angleterre et ne pourrait y être établie sans une révolution dans les sentiments du peuple anglais.

Il y a toutefois une chose plus étonnante encore pour un Anglais que l'existence de l'article 75, c'est la date et le mode de son abrogation. Il a survécu au Consulat, au Premier Empire, à la Restauration, à la Monarchie des Orléans, à la République de 1848 et au Second Empire ; il a été abrogé le 19 septembre 1870 par un gouvernement qui était arrivé au pouvoir grâce à une insurrection et dont la seule raison d'être était la nécessité absolue de protéger la nation contre l'invasion. Il est certainement étrange qu'un gouvernement provisoire, occupé de la défense de Paris, ait abrogé un principe fondamental du droit français. Il est non moins curieux que cette abrogation ait été, par la suite, considérée comme valable. Un observateur étranger ne peut se former une opinion certaine sur les motifs qui ont poussé des hommes accidentellement investis d'une autorité temporaire par une révolution à réaliser une innovation légale qui, en apparence au moins, modifie toute la situation des fonctionnaires français. Toutefois, il est permis de conjecturer que l'abrogation de l'article 75 ne fut si légèrement votée et si facilement acceptée que parce qu'elle effectuait un changement plus important en apparence qu'en réalité, et qu'après tout elle ne modifiait pas d'une façon bien sensible la situation des fonctionnaires français, ni le cours de l'administration française (1).

(1) On trouvera une confirmation de cette manière de voir dans AUCOC, *Droit administratif*, ss. 419, 426 ; — JACQUELIN, *les Principes dominants du contentieux administratif*, p. 427 ; — LAFERRIÈRE, *Juridict. admin.*, t. I,

Effet du droit administratif sur la situation du fonctionnaire français.

Nous pouvons maintenant comprendre en quoi l'existence d'un *droit administratif* affecte, dans son entier, la situation juridique des fonctionnaires français et la rend en tous points différente de celle des fonctionnaires anglais.

Les employés du gouvernement qui, notons-le, forment en France une fraction beaucoup plus nombreuse et plus importante de la population que les agents civils de la Couronne en Angleterre, occupent en France une situation à certains égards semblable à celle des soldats anglais. Pour les infractions à la discipline professionnelle, ils peuvent, nous pouvons l'affirmer sans crainte, être promptement punis d'une façon ou d'une autre. Mais si, comme les soldats anglais, ils sont soumis à une discipline professionnelle, ils ont ce qu'en Angleterre les soldats eux-mêmes ne possèdent pas : une protection très large contre les poursuites légales pour dommages causés aux simples citoyens. La partie lésée par un fonctionnaire doit, à coup sûr, s'adresser non pas aux juges judiciaires du pays, mais à un tribunal administratif. C'est devant ce corps que l'on examinera surtout la question de savoir non pas si le plaignant a subi un préjudice, mais si le défendeur, par exemple un agent de police, a agi dans l'exercice de ses fonctions et en obéissant de *bonne foi* aux ordres de ses supérieurs (1). Si telle a été la conduite du défendeur nous pouvons affirmer presque avec certitude que le défendeur sera acquitté même si sa conduite contient, à proprement parler,

livre III, chap. VII. Toutefois, l'admission qu'implique l'abrogation de l'article 73, du principe général que les fonctionnaires sont, au moins en apparence, responsables de leurs actes illégaux de la même façon que les simples particuliers, marque, disent des autorités compétentes, un changement important dans l'opinion publique de la France ; c'est un des signes de la tendance à envisager avec méfiance le pouvoir de l'Etat.

(1) Il y a là une erreur. C'est le tribunal judiciaire qui sera saisi de l'action. Sur conflit, ce sera le *Tribunal des conflits* qui dira s'il y a *faute lourde* (et responsabilité devant les tribunaux judiciaires) ou *faute de service* (et irresponsabilité de l'agent. GASTON JÈZE).

une infraction à la loi. Ceci et ceci seulement nous permet de comprendre les efforts constants et couronnés de succès qu'a faits l'administration française pour soustraire à la connaissance des tribunaux judiciaires la longue liste d'actions intentées contre les fonctionnaires par les membres des « congrégations religieuses non autorisées » dissoutes en vertu des fameux décrets du 29 mars 1880 (1). Nous pouvons de plus en tirer la conclusion générale que, dans le système français, aucun agent du gouvernement ne peut être rendu civilement responsable de sa conduite s'il exécute sans malveillance ni corruption les ordres de ses supérieurs. Il échappe à la juridiction des tribunaux judiciaires parce que l'acte qu'il a accompli est administratif ; il est à l'abri d'une condamnation administrative parce qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions administratives.

Il faut ajouter à ceci une autre considération dont, pour plus de clarté, je n'ai pas encore parlé. Le droit français semble reconnaître une classe indéterminée d'*actes de gouvernement*, c'est-à-dire d'actes accomplis par le gouvernement en matière de police, de haute politique, de sûreté publique, etc. ; les actes de cette catégorie ne tombent sous le contrôle ni des tribunaux administratifs ni des tribunaux judiciaires. Il semble, par exemple, que, dans les questions d'extradition concernant des individus qui ne sont pas citoyens français, le gouvernement peut agir librement et discrétionnairement, et qu'un étranger menacé d'expulsion ou expulsé du territoire français par ordre du gouvernement ne peut obtenir protection ou réparation d'aucun tribunal français ; le pouvoir exécutif possède, d'après le droit public français, des « prérogatives » — aucun autre mot n'exprime aussi bien cette idée — prérogatives qui sont en dehors et au-dessus de la loi du pays plutôt qu'elles n'y sont opposées.

Un étranger ne peut pas dire avec certitude quelles sont

(1) Voyez DALLOZ, 1880, III, p. 421 ; *ibid.*, 1881, III, pp. 81-91 ; *ibid.*, 1881, II, pp. 32-33 ; *ibid.*, 1883, II, p. 212 ; *ibid.*, 1880, IV, p. 23.

Effet du droit administratif sur la situation des juges.

les limites précises qu'assigne à la compétence des tribunaux judiciaires le système du droit administratif combiné avec l'autorité attribuée en France à l'Exécutif dans les questions intéressant l'Etat. Toutefois, comme nous l'avons vu dans beaucoup de cas, ces limites sont très restreintes ; elles sont certainement suffisantes pour empêcher les juges judiciaires de prononcer des condamnations pour préjudice causé à de simples citoyens par des fonctionnaires, lorsqu'il ne s'agit pas d'un véritable crime (1). Ces restrictions apportées à l'autorité des tribunaux judiciaires doivent, tout au moins aux yeux d'un Anglais, diminuer l'influence morale du corps judiciaire tout entier et enlever à la justice française cette dignité que les Cours d'Angleterre ont tirée de leur droit incontestable d'intervenir, — d'une façon indirecte il vrai, mais néanmoins effective, — dans les questions intéressant l'Etat. La condamnation des mandats généraux — condamnation qui, semble-t-il, quel que soit l'état de la législation française sur les arrestations, ne pourrait être aujourd'hui prononcée par aucun tribunal de France, — contribua, au XVIII^e siècle, autant à accroître la réputation des Cours anglaises qu'à protéger la liberté des sujets. Les juges anglais conserveraient difficilement le respect que leur valent leurs traditions, si les jugements, même ceux de la Chambre des Lords, pouvaient être infirmés par quelque corps administratif, sous prétexte qu'ils portent atteinte à la prérogative de la Couronne ou aux pouvoirs discrétionnaires du Ministère. La séparation des pouvoirs, telle qu'elle est comprise en France, signifie, semble-t-il à un Anglais, l'impossibilité pour les tribunaux judiciaires d'intervenir dans les conflits avec l'exécutif. Quoiqu'il en soit, elle équivaut à coup sûr à faire échapper les fonctionnaires aux responsabilités des simples citoyens.

Comparons un instant la position des agents de

(1) C'est une erreur. Les tribunaux judiciaires peuvent prononcer des condamnations, dès qu'il y a faute lourde. — GASTON JÉZE).

la Couronne en Angleterre avec celle des fonctionnaires français sous le régime du *droit administratif*.

Chez les Anglais modernes, les doctrines politiques qui ont créé en France le système du *droit administratif* sont presque inconnues. Le droit anglais ne porte, en effet, que très peu de traces de cette idée qu'en cas de litige entre l'Etat ou, comme on dirait en Angleterre, entre la Couronne ou ses agents et les simples particuliers, les intérêts du gouvernement doivent être préférés à un degré quelconque, et que les actes de ses agents réclament une protection spéciale (1). Les lois anglaises, en outre, ne contiennent aucune trace du principe de la « séparation des pouvoirs » au sens que lui donnent les Français. Les Cours de *common law* ont constamment gêné l'action de l'exécutif, et, par l'emploi du *writ d'Habeas Corpus* et d'autres moyens, elles exercent en fait une surveillance étroite sur les actes de la Couronne et de ses agents.

Par suite, dans l'Angleterre moderne, les agents civils de la Couronne ne sont pas, même en ce qui touche leurs devoirs professionnels, soumis à une sorte particulière de droits, ni justiciables de tribunaux spéciaux. Ce sont des individus, employés et payés pour travailler pour le compte du gouvernement ; ils ne constituent rien de semblable à ce que les étrangers appellent une « hiérarchie officielle ».

Cette absence de tribunaux spéciaux est, à certains points de vue, un désavantage. Il arrive fréquemment que de graves violations de leur devoir, commises par des fonction-

(1) Il y a une faible trace d'un principe de ce genre dans l'existence de la procédure par *petition of right* et dans les avantages d'action (*notice of action statute*) qui, en vertu de nombreux *Acts of Parliament*, sont accordés aux « agents de police » et autres fonctionnaires « agissant en exécution » de quelque pouvoir statutaire. La mesure dans laquelle ces avantages même restreints empêchent souvent les actions contre les fonctionnaires subordonnés nous donne une légère idée de la manière dont les procès civils doivent être restreints en France, à raison de l'incompétence des tribunaux judiciaires vis-à-vis de tout acte administratif.

Comparaison avec la situation des serviteurs de la Couronne en Angleterre.