

chés de s'immiscer dans l'action de l'Exécutif et de ses agents, semblent à un Anglais, accoutumé à un système dans lequel les Cours de justice fixent les limites de leur propre compétence, être à peu près la même chose que la remise à la discrétion de l'Exécutif de toutes les questions dans lesquelles l'autorité de l'Etat est intéressée. C'est là une idée erronée ; mais elle est le résultat d'une circonstance que l'on peut appeler accidentelle. La nature et la véritable existence du *droit administratif* ont été révélées pour la première fois à beaucoup d'Anglais, à coup sûr à l'auteur de ces lignes, par les écrits d'Alexis de Tocqueville, dont les œuvres ont exercé sur l'Angleterre du XIX<sup>e</sup> siècle une influence presque aussi grande que celle exercée par les ouvrages de Montesquieu sur l'Angleterre du XVIII<sup>e</sup> siècle. Tocqueville, il est vrai, de son propre aveu, connaissait mal ou pas du tout le fonctionnement effectif du *droit administratif* de son époque (1). Sans doute, à la fin de sa vie, il accrut ses connaissances, mais il considérait la matière, non comme jurisconsulte praticien, mais comme historien de l'*Ancien Régime* et même comme un historien l'eût étudiée à ce point de vue tout spécial, car l'*Ancien régime et la Révolution* avaient pour objet d'établir la doctrine que les institutions de la France moderne sont, à bien des égards, dans leur esprit, les mêmes que les institutions de l'ancienne Monarchie. Et Tocqueville, poussé par le désir de soutenir une vue de l'histoire — qui, de son temps, passait pour un paradoxe, mais qui, grâce surtout à ses travaux, est devenue aujourd'hui une vérité généralement admise, — exagère l'analogie qui existe entre la France de la Révolution, de l'Empire et de la République, et la France de l'Ancien Régime. Nulle part, cette tendance n'est plus évidente que dans son exposé du droit administratif. Il montre que les idées sur lesquelles repose le droit administratif avaient été acceptées par les jurisconsultes et par les hommes d'Etat français, bien avant 1789 ; il note le caractère arbitraire du droit administratif sous la Monarchie ; non seulement il insiste sur les rapports étroits qui, sous l'Ancien Régime, existaient entre l'ac-

(1) TOCQUEVILLE, *Oeuvres complètes*, t. VII, p. 66.

tion de l'Exécutif et l'administration de la justice, mais encore il les déplore ; et, à coup sûr, il laisse entendre que le droit administratif du XIX<sup>e</sup> siècle était aussi étroitement lié à l'exercice du pouvoir arbitraire que l'était le droit administratif du XVII<sup>e</sup> ou du XVIII<sup>e</sup> siècle. « Nous avons, il est vrai, chassé la justice de la « sphère administrative où l'Ancien Régime l'avait laissée s'in- « troduire fort indûment ; mais dans le même temps, comme « on le sait, le gouvernement s'introduisait sans cesse dans la « sphère naturelle de la justice, et nous l'y avons laissé, comme « si la confusion des pouvoirs n'était pas aussi dangereuse de « ce côté que de l'autre, et même pire ; car l'intervention de « la justice dans l'administration ne nuit qu'aux affaires, tandis « que l'intervention de l'administration dans la justice déprave « les hommes et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires et serviles (1). »

Dans ce passage, Tocqueville ne laisse pas soupçonner que le caractère du droit administratif avait subi une modification quelconque. Qui peut s'étonner que des jurisconsultes anglais n'aient point aperçu que, pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, l'exercice arbitraire de la prérogative a, par une remarquable méthode de législation juridictionnelle, été transformé, en quelque sorte, en un système de droit déterminé ?

Ici, nous rencontrons le fait qui explique l'erreur de Tocqueville, s'il y a erreur, aussi bien que les fausses notions des légistes anglais. Le droit administratif d'aujourd'hui est une chose très différente du droit administratif de 1800 ou même de 1850. Dès lors, les anciennes autorités, comme Vivien, quelle que soit leur réputation, ne peuvent être consultées, comme l'auteur de ce livre l'avait fait, pour faire une peinture exacte du fonctionnement du droit administratif à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. L'étudiant qui se fie absolument à leurs exposés est tout à fait dans la situation d'un lecteur qui chercherait à se faire une idée exacte du droit anglais moderne d'après la première édition des *Commentaries* de Stephen, publiés en 1845. Ce livre lui apprendrait bien

(1) TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, 7<sup>e</sup> édit., p. 18.



des choses qui sont encore vraies aujourd'hui, mais il acquerrait une vue erronée de la condition présente du droit anglais. Eh bien ! le droit administratif de 1901 est aussi différent du droit administratif de 1800 ou de 1850 que le droit actuel de l'Angleterre est différent du droit anglais du commencement ou du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. En outre, le changement, quoique de la plus haute importance, a été progressif ; il s'est produit à un degré très élevé depuis que Tocqueville écrivait, et il a été peu remarqué, même par les Français, sauf par les jurisconsultes versés dans le droit administratif. Pour le récit détaillé de la transformation du droit administratif, il faut consulter les ouvrages de Laferrière ou de Hauriou. Tout ce que l'on peut essayer ici de faire, c'est de noter la nature et le cours d'un changement très remarquable et de montrer la mesure dans laquelle ce changement frappe un critique anglais.

L'évolution du droit administratif pendant le XIX<sup>e</sup> siècle a passé par les phases suivantes :

Un premier effet, effet permanent, de la Révolution française fut la réalisation par l'Exécutif d'un but poursuivi et qui n'avait jamais été atteint complètement par la monarchie de l'ancien régime, à savoir l'exclusion des tribunaux judiciaires de toute imixtion dans l'action de l'administration (1). Les gouvernements révolutionnaires qui se succédèrent ne créèrent pas de tribunaux administratifs ; dès lors, toute question qui s'élevait entre un particulier et l'Exécutif ou ses agents était laissée à la décision de l'Exécutif : le pouvoir discrétionnaire du gouvernement n'était restreint que par sa propre loyauté ou par des raisons d'utilité. Tout était arbitraire ; il n'y avait aucun droit administratif véritable. D'après la plupart des Français, le droit administratif doit son origine à la Constitution consulaire de l'an VIII (1800), créée par Bonaparte après le coup d'Etat du 18 brumaire (2).

Une des principales créations de la Constitution consulaire de 1800 fut le Conseil d'Etat. Au Conseil fut donnée la décision

(1) LAFERRIÈRE, *Op. cit.*, t. I, p. 10, 180-183.

(2) HAURIOU, *Op. cit.*, 3<sup>e</sup> édit., p. 243 à 247.

de toutes les questions administratives. Il faut cependant noter avec soin que le Conseil d'Etat était soumis à l'autorité de Napoléon, chef de l'Exécutif, soit comme premier consul, soit comme empereur, et qu'il n'y avait pas de division entre ses fonctions en tant que gouvernement ou ministère et ses fonctions en tant que tribunal administratif. Sous le Premier Empire, les ministres, comme membres du Conseil d'Etat, agissaient comme juges relativement aux questions de droit administratif dans lesquelles ils étaient intéressés. Ajoutez à ceci qu'en vertu du fameux article 75 de la Constitution de l'an VIII (1), aucun fonctionnaire du gouvernement ne pouvait, sans l'autorisation du Conseil d'Etat, être traduit devant un tribunal judiciaire pour un acte accompli dans l'exercice de ses fonctions officielles. Cette disposition constitutionnelle doit être rapprochée de l'art. 114 du Code pénal qui, encore aujourd'hui, protège les fonctionnaires contre les conséquences pénales des atteintes portées à la liberté des citoyens si l'acte critiqué a été accompli sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique. En 1800, en résumé, les instances administratives n'étaient guère séparées des autres affaires gouvernementales. En outre, non seulement le Conseil d'Etat avait beaucoup plus le caractère d'un corps gouvernemental que d'un corps judiciaire, mais encore il n'avait pas le droit, même quand il agissait juridictionnellement, de faire autre chose que de conseiller le chef de l'Exécutif ; ce n'est qu'en 1872 que les décisions du Conseil d'Etat dans les instances administratives ont acquis la force de jugements véritables. Jusqu'à cette date, l'Exécutif n'était pas tenu de ramener à effet les décisions du Conseil, et, en fait, il s'est parfois écoulé des années avant que l'Exécutif exécutât les jugements, ou ne réalisât l'avis du Conseil.

De plus, ce Conseil d'Etat était lui-même le tribunal des conflits ; comme il pouvait déterminer si une question donnée concernait ou non une matière administrative, il avait, en fait, le pouvoir de décider si une question en litige tombait ou non sous la compétence des tribunaux judiciaires. L'état de choses qui existait alors

(1) Voyez *supra*, p. 297 et s.



en France présentait quelque analogie avec ce qu'aurait été la condition des affaires en Angleterre, s'il n'y avait aucune distinction entre le Cabinet, comme partie du Conseil privé, et le Comité judiciaire du Conseil privé ; si le Cabinet, en sa qualité de Comité judiciaire, tranchait toutes les questions qui s'élèvent entre le gouvernement d'une part et les particuliers de l'autre, et s'il se décidait d'après des considérations d'intérêt public ou d'utilité politique. Il est facile de comprendre combien strictement s'appliqueraient à une pareille confusion ou combinaison des fonctions exécutives et judiciaires, les réflexions de Tocqueville sur les dangers produits par l'immixtion du gouvernement dans la justice. Le point le plus frappant dans l'histoire du droit administratif français, c'est que, des arrangements qui furent créés pour favoriser l'exercice de la prérogative arbitraire, est sorti un système de droits reconnus et de procédure juridictionnelle se rapprochant beaucoup de l'administration de la justice d'après les règles établies du droit.

Cette évolution du droit administratif depuis 1800 est divisée par quelques auteurs en trois périodes (1).

1° *La période d'élaboration secrète* (1800-1818). — Pendant cette période, le Conseil d'Etat, au moyen de précédents de jurisprudence, créa un corps de maximes d'après lesquelles, en fait, le Conseil d'Etat agissait lorsqu'il tranchait des litiges administratifs.

2° *La période de divulgation* (1818-1860). — Pendant ces quarante deux années, plusieurs réformes furent réalisées en partie par la législation, mais en bien plus grande partie par ce qu'en Angleterre nous appellerions le *judge-made law* (droit fait par les juges). Les fonctions juridictionnelles du Conseil devinrent plus ou moins séparées des fonctions administratives. Le contentieux administratif fut, en pratique, attribué à une section spéciale qui statuait, et ce qui est d'égale importance, ce contentieux fut jugé par un corps qui agissait à la façon d'un tribunal, laissait plaider des avocats, écoutait leurs arguments,

(1) Voyez HAURIOU, *Op. cit.*, 3<sup>e</sup> édit., p. 243-268.

et rendait des jugements. En outre, ces décisions furent l'objet de rapports, elles attirèrent beaucoup l'attention du public et furent, selon une méthode bien connue des jurisconsultes anglais, modelées en un système de droit. En résumé, les jugements du Conseil acquirent la force de précédents. Les révolutions politiques de la France, qui ont été beaucoup trop remarquées, alors que le développement ininterrompu des institutions administratives a reçu trop peu d'attention, retardèrent quelquefois ou gênèrent l'évolution continue du droit administratif, ils ne l'arrêtèrent jamais ; même sous le second Empire, cette branche de la jurisprudence française se constitua de plus en plus en système.

3° *La période d'organisation* (1860 à 1900). — Pendant les quarante dernières années du XIX<sup>e</sup> siècle, marquées comme elles l'ont été en France par le passage de l'Empire à la République, par l'invasion allemande et par la guerre civile, le développement du droit administratif a manifesté une régularité singulière et tranquille. Les innovations soudaines ont été rares et ont produit peu d'effet. L'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII semble une mesure révolutionnaire, mais le changement qu'il a réalisé a été faible. Les tribunaux administratifs, comme aussi la Cour de cassation, ont, selon la méthode des corps juridictionnels, interprété une loi d'une grande portée, de manière à en amoindrir son importance. En même temps, la loi du 24 mai 1872 a donné une forme définitive au système des tribunaux administratifs et a conféré aux décisions du Conseil d'Etat, en matière administrative, la force de jugements, et ce qui même est de plus grande importance, a créé un Tribunal des conflits qui se compose en partie de membres élus par la Cour de Cassation et pris dans son sein (les Anglais se rappelleront que la Cour de Cassation en France est le tribunal judiciaire le plus élevé), et en partie de membres élus par le Conseil d'Etat et pris dans son sein. Les juges et les conseillers d'Etat sont en nombre égal, mais le ministre de la justice donne, par sa présence, la prépondérance à l'élément administratif sur l'élément judiciaire dans le Tribunal des conflits.

S'il examine ces changements dans leur ensemble, un critique anglais peut se croire en mesure d'en tirer, avec quelque



confiance, une ou deux conclusions. Les tribunaux administratifs, dira-t-il, peuvent n'avoir encore qu'un caractère demi-judiciaire, leurs membres peuvent être influencés par des idées tirées plutôt de leur expérience du droit administratif que de leurs habitudes de juges. Le droit administratif peut donc, même aujourd'hui, renfermer un élément de pouvoir discrétionnaire arbitraire qui est étranger aux idées juridiques anglaises ; mais malgré tout, l'autorité arbitraire de l'Exécutif, telle qu'elle existait en 1800, a pris fin, pour toutes les matières que comprend la compétence des tribunaux administratifs. Le droit administratif, bien qu'appliqué par des corps qui, strictement, ne sont pas des tribunaux, bien qu'il ne puisse peut-être pas lui-même être appelé du droit dans le sens que donnent les Anglais à cette expression, se rapproche beaucoup du droit ; il est tout à fait différent des maximes du pouvoir arbitraire.

## NOTE X

## COMPARAISON ENTRE LE DÉVELOPPEMENT DU « DROIT ADMINISTRATIF » ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT ANGLAIS

A. — *Le droit administratif*, qui, par son contenu, ne ressemble à aucune branche du droit anglais, présente, dans son mode de formation, la plus grande analogie avec le droit de l'Angleterre.

Le droit administratif est, comme le *common law*, un corps de *case-law* (droit jurisprudentiel), de *judge-made law* (droit fait par les juges). On ne le trouvera dans aucun code, il repose sur les précédents, et les juristes français sont portés à croire qu'il ne peut pas être codifié, tout comme les juristes anglais soutiennent que le droit anglais ne doit point être codifié (1).

La signification réelle d'une opinion qui ne peut être défendue d'après des motifs de pure logique, est que les partisans du droit

(1) Voyez LAFERRIÈRE, *Op. cit.*, I, *Introduction*, p. 12.

administratif en France, de même que les partisans du *common law* en Angleterre, savent que le système qu'ils admirent est le produit d'une législation judiciaire et craignent que la codification puisse limiter, ce qui est probable, l'autorité essentiellement législative des tribunaux administratifs en France, ou des tribunaux judiciaires en Angleterre. De plus, la prépondérance qui, dans tout traité sur le *droit administratif*, est donnée au *contentieux administratif*, rappelle l'importance donnée dans les livres de droit anglais aux matières de procédure. Dans les deux cas, la raison est la même : les juristes français et les juristes anglais examinent chacun un système de droit qui repose sur des précédents.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer que le droit administratif de la France, justement parce qu'il est un *case-law* basé sur des précédents créés ou sanctionnés par les tribunaux, a, comme le droit de l'Angleterre, été profondément influencé par les auteurs de livres, de textes et de commentaires. Il y a diverses branches du droit anglais qui ont été réduites en un petit nombre de principes logiques par les livres d'écrivains bien connus. Stephen a fait de la plaidoirie, qui n'était qu'un ensemble de règles tirées surtout de l'expérience des praticiens, un système cohérent et logique ; le droit international privé, tel qu'il est compris aujourd'hui en Angleterre, s'est développé sous l'influence d'abord de l'ouvrage de Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, et ensuite, à une date plus rapprochée, du livre de M. Westlake, *Private International Law* ; l'autorité exercée dans chaque branche du droit anglais par ces éminents auteurs et par d'autres a, en France, été exercée, dans le domaine du droit administratif, par des écrivains et des professeurs tels que Cormenin, Macarel, Vivien, Laferrière et Hauriou. Ce n'est point là un accident. Partout où les tribunaux ont le droit de faire la loi, les auteurs de recueils auront aussi de l'influence. Les juges ou les membres d'un tribunal sont grandement touchés par des considérations de logique juridique. Ils pensent, et avec raison, plus au contenu de la loi qu'à son opportunité ; ils prêteront toujours leur attention à un auteur qui montre qu'une foule de décisions isolées peuvent