

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

être considérées comme des illustrations de quelque principe directeur. Remarquez aussi que, d'après la véritable nature du *judge made law*, les recueils ont, dans la sphère du droit administratif, une importance égale à l'importance qu'ils possèdent dans chaque branche du droit anglais, sauf pour les rares hypothèses où une partie de notre droit anglais a été codifiée.

B.—L'évolution du droit administratif, au cours du XIX^e siècle, illustre de bien des manières l'histoire du droit anglais.

Le Conseil d'Etat a été transformé de corps exécutif en corps juridictionnel ou demi-juridictionnel par la séparation progressive entre ses fonctions juridictionnelles et ses fonctions exécutives, par le transfert de celles-là à des sections qui ont assumé de plus en plus distinctement les attributions de tribunaux; les « comités judiciaires », pour nous servir d'une expression anglaise, se bornaient au début à conseiller le Conseil d'Etat, c'est-à-dire le corps exécutif tout entier, quoiqu'il fut bientôt entendu que le Conseil, en règle générale, suivrait ou ratifierait la décision de ses comités judiciaires. Ceci rappelle à celui qui étudie le droit anglais, le fait que le développement de notre système judiciaire tout entier peut historiquement être considéré comme le transfert à des parties du Conseil du Roi des pouvoirs judiciaires exercés à l'origine par le Roi en son Conseil; et il est raisonnable de croire que les relations, plutôt mal définies, qui existaient entre le Conseil d'Etat dans son ensemble et le *Comité du contentieux* (1) peuvent expliquer à un étudiant l'exercice par le Conseil du Roi, pendant les anciennes périodes de l'histoire anglaise, de pouvoirs assez difficiles à distinguer, judiciaires et exécutifs; ceci explique aussi comment, par un procédé naturel, qui peut avoir excité très peu d'observations, les fonctions judiciaires du Conseil devinrent séparées de ses pouvoirs exécutifs et comment cette différenciation de fonctions donna naissance enfin à des tribunaux dont le rattachement à l'exécutif politique était purement historique. De plus, ce procédé de différenciation aidé, parfois, en France non moins qu'en Angleterre, par la législation, de même qu'il a, dans

(1) Voyez LAFERRIÈRE, *Op. cit.*, I, p. 236.

ces dernières années, changé le Conseil d'Etat en un véritable tribunal de droit administratif, a aussi créé en Angleterre, il n'y a pas plus d'un siècle, le Comité judiciaire du Conseil privé (*The judicial Committee of the Privy Council*) pour la solution régulière et judiciaire des appels des colonies à la Couronne en Conseil. Et, quoique la question soit secondaire, il n'est pas inutile de remarquer que, de même que les soi-disant jugements du Conseil d'Etat n'étaient pas, jusqu'en 1872, strictement des « jugements » mais en réalité des avis sur des questions de droit administratif donnés par le Conseil d'Etat au chef de l'Exécutif, et des avis qu'il n'était pas absolument tenu de suivre, de même les « jugements » du Conseil privé, même rendus par l'intermédiaire de son Comité judiciaire, si en réalité ils constituent des jugements, sont, dans la forme, un humble avis donné par le Conseil privé à la Couronne.

Cette forme, qui est aujourd'hui une simple survivance, nous ramène à une ancienne période de l'histoire constitutionnelle de l'Angleterre, où l'intervention du Conseil, c'est-à-dire de l'Exécutif, dans les fonctions judiciaires était une menace véritable pour cette suprématie de la loi qui a été la garantie de la liberté anglaise; de même, cette période est curieusement illustrée par les annales du droit administratif après la Restauration des Bourbons (1815-1830).

Les membres du Conseil d'Etat tenaient alors leurs fonctions de l'Exécutif à titre révocable. Ils étaient, dans une large mesure, un corps politique. Il n'existait, de plus, aucun Tribunal des conflits; le Conseil d'Etat était lui-même le tribunal des conflits, le corps qui déterminait la compétence respective des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, c'est-à-dire, en termes généraux, du Conseil lui-même. Le résultat était que le Conseil d'Etat employait ses pouvoirs à enlever des affaires à la décision des tribunaux judiciaires, et ceci, à une époque où les fonctionnaires du gouvernement étaient pleinement à l'abri, de par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, de toute responsabilité devant les tribunaux, à raison de leurs actes officiels faits en excès de leurs pouvoirs légaux. Néanmoins, le Conseil d'Etat, justement

parce que, dans une large mesure, il subissait l'influence des idées juridiques, résista et avec succès contre l'exercice du pouvoir arbitraire inspiré par la réaction royaliste. Il maintint les ventes de biens nationaux faites entre 1789 et 1814 ; il repoussa toutes les tentatives faites pour annuler les décisions rendues par les autorités administratives pendant la période de la Révolution ou sous l'Empire. La Couronne, à cause, peut-on dire, de l'indépendance montrée par le Conseil d'Etat agissant comme corps juridictionnel, prit des mesures pour transporter la décision des conflits administratifs du Conseil ou de ses sections agissant comme tribunaux, aux conseillers agissant comme partie de l'Exécutif. Des ordonnances de 1814 et de 1817 donnèrent au Roi le droit de soustraire « toutes les affaires du contentieux de l'administration qui se lieraient à des vues d'intérêt général » à la juridiction du Conseil d'Etat et de les porter devant le Conseil des ministres ou, comme on l'appela, *le Conseil d'en Haut* ; l'effet général de ce droit et des autres dispositions que nous n'avons pas besoin de rappeler en détail, fut que les questions de droit administratif dans la solution desquelles le gouvernement était intéressé, furent en définitive tranchées non pas même par un corps quasi-judiciaire, mais par le Roi et par ses ministres agissant ostensiblement sous l'influence de considérations politiques (1). Personne ne s'étonnera que les Français aient redouté l'augmentation du pouvoir arbitraire ou que les libéraux français aient demandé, après 1830, l'abolition du droit administratif et des tribunaux administratifs. Ils éprouvaient, à l'égard de la juridiction du Conseil d'Etat, la crainte que ressentaient les Anglais des xvi^e et xvii^e siècles pour la juridiction du Conseil privé, qu'elle fût exercée par le Conseil Privé lui-même, par la Chambre étoilée ou même par la Cour de Chancellerie. Dans les deux pays, il y avait un danger sérieux que le règne de la prérogative ne se substituât à la suprématie de la loi.

La comparaison est, à bien des égards, instructive ; elle nous

(1) LAFERRIÈRE, *Op. cit.*, I, p. 226-234 ; et CORMENIN, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction* (1818).

fait voir de combien il s'en est fallu qu'en Angleterre poussât, à un certain moment, une sorte de droit administratif. Elle doit aussi nous faire voir que ce droit, s'il est administré dans un esprit judiciaire, a en lui-même des avantages. Elle nous montre aussi le danger inhérent à ce qu'il n'est pas strictement du droit, mais conserve, de son union étroite avec l'Exécutif, une forme de pouvoir arbitraire au-dessus de la loi régulière du pays, ou même en opposition avec elle. Il est certain qu'aux xvi^e et xvii^e siècles la juridiction du Conseil privé et même de la Chambre étoilée, dont le nom est resté odieux, procurait au public des avantages considérables. Il faut toujours se rappeler que les patriotes qui résistèrent à la tyrannie des Stuarts étaient fanatiques du *common law*, et s'ils avaient eu les moyens de le faire, ils auraient aboli la Cour de Chancellerie aussi bien que la Chambre étoilée. Le Chancelier, après tout, était, strictement, un serviteur de la Couronne tenant ses fonctions à la volonté du roi et certainement capable, sous prétexte d'appliquer la justice ou l'équité, de détruire la certitude non moins que le formalisme du *common law*. Dès lors, il y a un parallèle étroit entre la situation des puritains anglais ou des whigs qui, au xvii^e siècle, combattirent l'autorité arbitraire du Conseil, et la situation des libéraux français qui, sous la Restauration (1815-1830), résistèrent à l'autorité arbitraire du Conseil d'Etat et à l'extension du droit administratif. Dans les deux cas, les amis de la liberté triomphèrent. Ici, comme à d'autres égards, il existe une ressemblance marquée, bien que superficielle, entre la Révolution anglaise de 1688 et la Révolution française de 1830.

Le résultat toutefois, dira-t-on, fut, dans la question que nous examinons, tout à fait différent. Le Long Parlement détruisit, et détruisit pour toujours, l'autorité arbitraire de la Chambre étoilée et du Conseil, et ne souffrit pas qu'un système de tribunaux administratifs ou de droit administratif se développât en Angleterre. Les libéraux français, à l'expulsion des Bourbons, ne supprimèrent pas les tribunaux administratifs et ne donnèrent pas un coup de balai au droit administratif.

La différence est remarquable ; toutefois, celui qui, au-delà des mots, considère les faits, trouvera que, même ici, une différence

évidente cache un élément curieux de ressemblance fondamentale. La Chambre étoilée fut abolie ; la juridiction arbitraire du Conseil disparut, mais l'autorité judiciaire du Chancelier ne fut touchée ni par le Parlement ni par aucun des Parlements qui se réunirent chaque année après la Révolution de 1688.

Les raisons de cette différence ne sont pas difficiles à découvrir. Le droit administré par le Lord Chancelier, ou, en d'autres termes, l'Equité, avait à l'origine un élément arbitraire ou discrétionnaire, mais il procurait en fait de réels avantages à la nation et était considéré, à bien des égards, comme supérieur au *common law* administré par les douze juges.

Même avant 1660, de fins observateurs peuvent noter que, si les Chanceliers changeaient, l'Equité se développait en un système de droit déterminé. Sans doute, l'Equité, qui, à l'origine, signifie l'intervention discrétionnaire, pour ne pas dire arbitraire du Chancelier dans le but avoué et souvent réel d'assurer une justice substantielle entre les parties dans un cas déterminé, aurait pu être développée en vue de protéger et d'étendre la prérogative despotique de la Couronne. Mais tel ne fut pas le cours du développement ou de l'évolution que l'Equité suivit effectivement ; tout au moins à partir de l'époque de Lord Nottingham (1673), il fut évident que l'Equité se développait en système judiciaire pour l'application de principes qui, bien que différents, étaient aussi déterminés et même, en définitive, aussi rigides que les règles du *common law* (1). Le danger que présentait l'Equité de servir au despotisme fut écarté ; les hommes d'Etat anglais, dont la plupart étaient des juristes, étaient peu disposés à détruire un corps de droit qui, s'il était, dans un certain sens, anormal, produisait des réformes avantageuses.

L'attitude des Français au XIX^e siècle vis-à-vis du droit administratif ressemble beaucoup à l'attitude des Anglais du XVII^e siècle envers l'Equité. Le droit administratif a été l'objet de nombreuses critiques. Plus d'un publiciste de haute réputation en a de-

(1) Voyez CAMPBELL'S *Lives of the Chancellors*, 3^e édit., pp. 247-248.

mandé l'abolition ou a désiré le transfert aux tribunaux judiciaires de l'autorité exercée par les tribunaux administratifs ; mais les attaques dirigées contre le droit administratif ont été repoussées et la division entre la sphère des tribunaux judiciaires et celle des tribunaux administratifs a été maintenue. Il n'est pas non plus bien difficile de voir pourquoi il en a été ainsi. Si l'on a toléré l'existence du droit administratif, avec toutes ses particularités et avec ses tribunaux administratifs, c'est parce que le système, dans son ensemble, paraît aux Français plein d'avantages. Ses plus sévères adversaires considèrent qu'il a de grands mérites pratiques, et qu'il est conforme à l'esprit des institutions françaises (1). En même temps, sous l'influence plutôt des juristes que des hommes politiques, le droit administratif, pour autant qu'un critique anglais peut en juger, est en train de se dépouiller d'une grande partie de son caractère arbitraire, et, pendant plus de la dernière moitié de XIX^e siècle, s'est transformé en un système de droit plus ou moins déterminé, administré par des corps auxquels il manque, il est vrai, quelques-unes des qualités, telles que l'indépendance complète vis-à-vis de l'Exécutif, que les Anglais croient devoir appartenir à tous les tribunaux, mais qui sont certainement très loin d'être de simples parties du gouvernement exécutif. A celui qui, étudiant la législation comparée, garde les yeux fixés sur l'histoire judiciaire de l'Angleterre, il apparaîtra qu'il est tout au moins possible que le droit administratif devienne, en dernière analyse, sous l'influence des juristes et à la suite d'une évolution, aussi complètement une branche du droit de la France (même en employant le mot « droit » dans son sens le plus strict) que l'Equité est, depuis plus de deux siècles, devenue une branche reconnue du droit de l'Angleterre.

Les annales du droit administratif pendant le XIX^e siècle éclairent un point de l'histoire ancienne du droit anglais qui excite quelque doute ou quelque surprise dans l'esprit de l'étudiant, à savoir la rapidité avec laquelle la simple existence et le fonction-

(1) V. JACQUELIN, *La juridiction administrative*.

nement des Cours de justice peut créer ou étendre un système de droit. Quiconque lit l'*History of English law* de Pollock et Maitland peut être bien surpris de la rapidité avec laquelle le droit de la Cour du roi est devenu le droit général, le *common law* du pays. Cette révolution juridique semble avoir été le résultat naturel de l'exercice rigoureux des fonctions judiciaires par un tribunal de grande autorité. Et nous ne pouvons pas considérer comme certain que le résultat obtenu ait été mûrement réfléchi. Ce peut, surtout, avoir été l'effet le plus inattendu des deux causes suivantes : La première, c'est la tendance, toujours manifestée par des juges capables, de rattacher la décision de cas particuliers à des principes généraux et de se laisser guider par les précédents ; — la seconde, c'est la tendance des tribunaux inférieurs de suivre la direction donnée par une Cour de grand pouvoir et de haute dignité. Ici, en résumé, nous avons l'une des mille illustrations d'un principe développé dans le livre de M. Tarde, *Lois de l'imitation*, que l'esprit d'imitation inné dans l'humanité explique la propagation, d'abord dans un pays, ensuite dans le monde civilisé, d'une institution, ou d'une habitude à laquelle le succès ou toute autre circonstance a donné du prestige. On peut dire encore, toutefois, que la création, sous l'influence judiciaire, d'un système de droit est une œuvre qui exige, pour son accomplissement, un laps considérable de temps, et que l'influence de la Cour du Roi en Angleterre dans le modellement du droit entier de l'Angleterre, agit avec une rapidité incroyable. Il est certainement vrai que la période qui s'écoule depuis la conquête normande jusqu'à l'avènement d'Edouard I^{er} (1066-1272) est une période d'environ deux siècles et que, en 1272, les fondements du droit anglais étaient fermement posés, tandis que, si nous faisons remonter l'organisation de notre système judiciaire à l'avènement de Henry II (1154), nous pouvons dire qu'une grande révolution juridique fut réalisée en un siècle environ.

C'est à ce point de vue que l'histoire du *droit administratif* vient au secours de celui qui étudie le droit comparé. Nous trouvons que le développement du droit anglais et de notre système judiciaire a été rapide. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de

s'étonner beaucoup de la rapidité du développement des principes juridiques et de la procédure juridique, à une époque où l'influence morale ou le prestige de tribunaux puissants était sans doute beaucoup plus grande que durant les derniers stades du progrès humain. En tout cas, il est certain, et le fait est très instructif, que, dans les conditions de la civilisation moderne, un corps entier de règles et de maximes juridiques et un système complet de procédure quasi-judiciaire ont poussé en France en moins d'un siècle. L'expression « poussé » est employée ici volontairement ; le développement du droit administratif entre 1800 et 1900 ressemble à un développement naturel. Il est aussi vrai de dire de cette branche du droit français que de la Constitution anglaise, « qu'elle n'a pas été faite, mais qu'elle a poussé ».

FIN DE L'APPENDICE



1190000915

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACES. 1

INTRODUCTION

Caractère véritable du droit constitutionnel 1

PREMIÈRE PARTIE

La souveraineté du Parlement

CHAP. I. — Caractère de la souveraineté parlementaire. 33
II. — Le Parlement et les corps législatifs non-souverains. 78
III. — Souveraineté parlementaire et fédéralisme. 122

DEUXIÈME PARTIE

Le règne de la loi.

V. — Le règne de la loi : son caractère et ses applica-
tions générales. 163
VI. — Le droit à la liberté individuelle. 184
VII. — Le droit à la liberté de discussion 211
VIII. — Le droit de réunion publique 239
IX. — La loi martiale. 246
X. — L'armée 256
XI. — Le Revenu 270
XII. — La responsabilité des ministres 282
XIII. — Le règne de la loi en Angleterre comparé avec le
droit administratif en France 285
XIV. — Rapport entre la souveraineté parlementaire et le
règne de la loi 311

500

03 III