

COLLECTION DROIT PUBLIC POSITIF
dirigée par Louis FAVOREU

Eduardo GARCIA DE ENTERRIA

**REVOLUTION FRANCAISE
ET
ADMINISTRATION CONTEMPORAINE**



 **ECONOMICA**

PRÉFACE

Au moment où l'édition de mon étude *Revolución francesa y Administración contemporánea* aux Editions "Les Cahiers Taurus" (n° 113, 1972) est en voie d'épuisement, cette même maison d'édition me suggère de la rééditer, avec un texte original, afin de réaliser un volume plus important, la collection des "Cahiers" ayant été abandonnée.

C'est à cette suggestion, ainsi qu'aux circonstances qui l'ont déterminée, qu'est due mon initiative de constituer ce livre en réunissant *Revolución francesa y Administración contemporánea* et trois articles que j'ai publiés en 1960 et 1961 sur la formation du système municipal français. Ces trois articles représentaient l'avant-garde d'une oeuvre plus étendue dont j'avais alors le projet et dont il est clair aujourd'hui que je ne l'achèverai jamais, oeuvre dans laquelle j'essayais de déterminer le type du système municipal français, sur le modèle duquel s'est constitué notre propre système au XIX^{ème} siècle (et encore aujourd'hui). Cette oeuvre prétendait expliquer notre système municipal, en s'efforçant de trouver dans cette explication une clef pour ses limitations et un objectif pour sa réforme, qui est certes toujours d'actualité.

La thèse finale de ce livre, resté inachevé en ce qui concerne le régime municipal espagnol, est soutenue au chapitre V de mon ouvrage sur *La Administración española* (Madrid, Ed. Alianza, 3^{ème} éd., 1972), qui porte le titre "Administration locale et administration périphérique de l'Etat : problèmes d'articulation".

Restent toutefois, avec peut-être une certaine valeur en eux-mêmes, les trois travaux que je reproduis aujourd'hui, et dans lesquels je m'efforce, pratiquement sans l'appui instrumental de la bibliographie française, dans une perspective dont je suis seul responsable, d'exprimer ce qu'a apporté la Révolution française au thème du régime local, en dessinant un nouveau modèle historique, appelé à bénéficier (et, dans l'immédiat, chez nous) d'un sort durable et transcendant.

Il semble dans ces conditions que les deux parties de l'ouvrage peuvent aspirer à une certaine unité thématique. Dans l'une et l'autre est étudiée

l'incidence de ce formidable événement que fut la Révolution française sur l'administration publique, au sens général de l'expression dans la première partie, et plus concrètement sur le système municipal dans la seconde partie.

J'ai été tenté pendant longtemps par les études d'histoire des idées, dans la mesure où elles s'expriment dans l'histoire institutionnelle, ce que les Allemands appellent la *Dogmengeschichte* ou histoire des dogmes juridiques. Je tiens cette occupation pour l'un des plaisirs intellectuels les plus raffinés et les plus gratifiants ; mais c'est un fait qu'en définitive ma spécialisation en tant que juriste de droit positif et non d'historien du droit a fini par avoir raison de cette inclination. Il en reste quelques travaux modestes, comme ceux que j'ai réunis dans ce livre et qui sont ordonnés autour de la Révolution française. On comprendra qu'il me soit agréable d'y revenir et d'éprouver quelque nostalgie pour un travail intellectuel que j'ai interrompu mais avec lequel je me sens spirituellement identifié.

Mai 1981

RÉV

L'

*

plus gran
de préc
contemp
chapitre
deuxième
hommag
son dépa
préparée
nuances
l'hospita
(sans do

Enterría

aise sur
remière
rtie.

s idées,
que les
idiques.
finés et
en tant
ison de
que j'ai
uise. On
ostalgie
ne sens

lai 1981

LIVRE I

RÉVOLUTION FRANÇAISE ET FORMATION DE L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE*

* *Note à l'édition de 1972* : "Cette étude faisait partie d'un travail de plus grande ampleur, que j'ai pu rédiger voici quinze ans, dans lequel j'essayais de préciser les bases de l'administration et du droit administratif contemporain. L'étude générale ne verra probablement jamais le jour, mais le chapitre qui constitue ce livre a eu plus de chance et en est aujourd'hui à sa deuxième publication. La première eut lieu dans les *Etudes* réunies en hommage au grand juriste qui fut D. Nicolás Pérez Serrano, à l'occasion de son départ à la retraite (1959). A partir de cette version, très peu diffusée, s'est préparée celle qui est publiée aujourd'hui, qui comporte seulement des nuances et des références nouvelles et qui s'en remet, bien que tardivement, à l'hospitalité qui lui a toujours été offerte dans cette prestigieuse collection (sans doute une faiblesse de l'amitié) par son directeur Jesús Aguirre".

I

LA RÉACTION CONTRE L'ÉTAT ABSOLU ET LE MYTHE D'UNE SOCIÉTÉ SE SUFFISANT A ELLE-MEME

Il est sans intérêt pour notre propos de faire, même de manière sommaire, l'histoire des sources qui alimentèrent la vigoureuse réaction contre l'État absolu, qui trouve son artisan historique dans la classe bourgeoise et qui reçoit son expression définitive dans la Révolution française (1). Dans ce vaste processus critique, il importe seulement de s'arrêter à ceux de ses éléments qui vont constituer le fond idéologique de la nouvelle conception politique et juridique que la Révolution a inaugurée. De manière un peu schématique, en fonction de la perspective imposée par l'objet particulier de notre recherche, nous pouvons axer ces éléments substantiels autour des principes suivants : le principe de légalité, l'idée de liberté ou de constitution d'un ordre social concurrentiel, et enfin la conception concrète de la structure et de la fonction de l'État.

1 - LA FORMULATION DU PRINCIPE DE LEGALITE. LEGALITE UNIVERSELLE ET LEGALITE SOCIALE. LE DOGME DE LA VOLONTE GENERALE ET L'IDEE DE LA LOI

La première de ces idées, le principe de légalité, constitue dès lors un instrument directement dirigé contre la structure politique de l'État absolu : en face du pouvoir personnel et arbitraire, l'idéal du gouvernement par et en vertu des lois (2). Mais son simple statut d'arbitre politique ne suffirait pas à

(1) Pour une étude générale de cette question, Taine, *Les origines de la France contemporaine*, tomes 1 et 2, Paris, Hachette ; Wahl, *Vorgeschichte der Französischen Revolution*, 2 vol., Tübingen, 1905-1907 ; Mornet, *Les origines intellectuelles de la Révolution française*, Paris, 2 vol., 1945-1946.

(2) "Ce que l'on exige d'abord -car c'est la première revendication de la conscience du droit-,

expliquer sa formidable efficacité ni l'incroyable dynamisme historique dont elle a fait preuve pendant toute la période du constitutionnalisme moderne et qui s'est incarné dans la conception (dans une certaine mesure déjà indépendante du sens initial de ce constitutionnalisme) que l'on appellera plus tard Etat de droit. Au fond, cette formulation de l'empire ou de la souveraineté de la Loi en tant qu'idéal politique n'est qu'une transposition de la théorie sociale du principe de légalité qui régit l'univers, auquel s'était attachée la pensée occidentale depuis la Renaissance et qui trouve son expression définitive dans la Physique de Newton et dans les Lumières (3). On connaît en effet la manière dont Montesquieu commence son grand ouvrage - qui sera l'un des ressorts les plus efficaces du nouveau mouvement - à partir justement de cette idée centrale, qui élimine toute équivoque quant au sens des lois dans la nature et dans la société : "Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ; et, dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois ; la Divinité a ses lois ; le monde

c'est que l'homme ne dépende pas de l'homme, mais seulement de la Loi impersonnelle ...C'est dans la souveraineté constante de la Loi s'exerçant sur tous sans exception qu'il semble d'abord qu'on puisse concilier l'idéal de l'unité de l'Etat et les revendications exigeant qu'aucun homme ne dépende d'un autre, et que tous les hommes soient égaux en droit. La Loi, dans sa stabilité, s'oppose à ce que la volonté particulière a de changeant, d'aléatoire. D'une part, l'arbitraire, le caprice, les sautes d'humeur du despotisme, de l'autre, la Loi stable contre les intérêts versatiles et contradictoires des particuliers. A la place de la domination de l'homme, on veut mettre celle de la Loi. L'homme libre ne peut obéir à un autre homme, il ne peut se soumettre qu'à la Loi. Il doit être complètement indépendant de toute puissance, sauf de celle de la Loi. Il n'y a devant la Loi aucune exception, aucun privilège. Tous doivent être égaux devant la Loi. Aucun homme ne doit dépendre d'un autre, mais tous sont également soumis à la Loi. Un tout collectif, uniquement réglé par la Loi excluant tout arbitraire personnel. C'est ainsi que se conçoit l'Etat. Chacun aura alors la conscience d'être libre, parce qu'il ne doit obéir à aucun homme et seulement à la Loi. Chacun aura alors la conscience d'être égal à tout autre homme, soumis à la Loi commune. Le Roi lui-même doit être soumis à la Loi et ne régner que par elle. La Loi est un être impersonnel qui, de par son caractère général, crée l'unité entre tous. Sans égard aux personnes, elle se maintient à travers tous les caprices, tous les intérêts particuliers. Indépendante des hommes, elle repose solidement en elle-même", B. Groethuysen, *Philosophie de la Révolution française*, Gonthier, Paris, 1956, p. 191-192. Sur les protestations généralisées contre l'arbitraire du gouvernement, dans les "cahiers de doléances" des Etats Généraux, Champion, *La France d'après les cahiers de 1789*, Paris, p. 71 et s.

- (3) V. Dilthey, "El sistema natural de la Ciencias del Espíritu en el siglo XVII", dans le volume *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, traduction de Eugenio Imaz, ed. México, 1947, p. 101 et s. ; Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, trad. México, 2e éd., 1950, p. 53 et s. ; B. Von Wiese, *La cultura de la Ilustración*, traduction de E. Tierno, Madrid, Civitas, 1954, *passim* ; Groethuysen, *Philosophie de la Révolution*, *op. cit.*, p. 225 et s.

matériel a ses bêtes ont leurs en arrive en to politique se ré ces lois nature

Cette ic rousseauiste conception m doctrine un m s'ériger tout l l'Etat (6). L l'homme, qui dans la com particuliers q souverain, ex mérite d'être organe du to

(4) *De l'Esprit d*

(5) "La loi, en terre ; et le où s'appliq littéralem Nemours (ordonnanc de ces lois Lorenz vor

(6) V. P. Ducl Paris 1932 Leroy, *La "Essai sur J.J. Cheva française c de la nouv de la loi e du Contra qu'on se raisonner Paris 1950*

(7) Tel est, or

(8) *Contrat so*

matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois ; les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois" (4). Sur la base de cette conception, on en arrive en toute rigueur à la thèse selon laquelle toute la fonction du pouvoir politique se résume à découvrir, proposer, sanctionner et finalement soutenir ces lois naturelles qui président à la vie sociale (5).

Cette idée essentielle trouve une articulation politique grâce au dogme rousseauiste de la volonté générale. Jusqu'alors vague aspiration, pure conception métaphysique, le principe de légalité devient par la vertu de cette doctrine un mécanisme politique précis. Sur la thèse de Rousseau, en effet, va s'ériger tout le concept moderne de la loi et son rôle nodal dans la théorie de l'Etat (6). L'unique possibilité de "rendre légitime" l'enchaînement de l'homme, qui est supposé être né libre (7), est que l'autorité publique siège dans la communauté toute entière, "le souverain n'étant formé que des particuliers qui le composent" (8). Sur le fondement du contrat social, le souverain exerce la volonté générale du corps collectif, et cette qualification mérite d'être défendue non seulement parce qu'une telle volonté agit comme organe du tout mais aussi, et de manière spécifique, en raison du caractère

(4) *De l'Esprit des lois*, Première partie, I, 1.

(5) "La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine", *L'Esprit des lois*, Première partie, I, 1, 3. Telle est, littéralement la définition reprise par *l'Encyclopédie*, V° "Loi". En particulier, Dupont de Nemours (*De l'origine et des progrès d'une Science nouvelle*, 1768, 8) affirme que "les ordonnances appelées positives ne doivent pas être autre chose que des actes déclaratoires de ces lois essentielles de l'ordre social" (cité par García Pelayo, "La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein", *Revista de estudios políticos*, n° 47, 1949, p. 49).

(6) V. P. Duclos, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée constituante de 1789*, Paris 1932, notamment p. 180 et s. ; Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Munich, 1932 ; M. Leroy, *La loi : essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris 1908 ; G. Burdeau, "Essai sur la notion de loi en droit français", in *Archives de philosophie du droit*, n° 9, 1939 ; J.J. Chevallier, "Jean-Jacques Rousseau ou l'absolutisme de la volonté générale", in *Revue française de science politique*, 1953, p. 5 et s. Rousseau lui-même a parfaitement conscience de la nouveauté de sa position pour la théorie de la loi : "ce sujet est tout neuf ; la définition de la loi est encore à faire", écrit-il dans le livre V de *Emile*. Et dans le chapitre VI du livre II du *Contrat social*, il reprend cette opinion : "Mais qu'est-ce que donc enfin qu'une loi ? Tant qu'on se contente de n'attacher à ce mot que des idées métaphysiques, on continuera de raisonner sans s'entendre". Cf. Derathé, *J. J. Rousseau et la science politique de son temps*, Paris 1950, p. 294 et s.

(7) Tel est, on le sait, le point de départ de sa recherche, *Contrat social*, livre I, chapitre I.

(8) *Contrat social*, livre 1, chapitre 6.

général de ses déterminations (9), ce qui permet justement de résoudre le problème de la légitimité (10). En effet, en obéissant à la volonté générale, je ne fais pas autre chose qu'obéir à moi-même, "suivre mon propre sentiment immergé dans le sentiment général, l'unique sentiment qui me fait entièrement libre" (11). La volonté générale se manifeste donc par des déterminations générales ; seule la loi générale est légitime (12) en tant qu'expression de la volonté générale et dans cette volonté générale s'incarnent, en tant que pouvoir souverain, toutes les fonctions publiques.

En toute rigueur, comme nous le verrons plus loin, les fonctions politiques peuvent se réduire à ce schéma élémentaire : lois générales et actes particuliers pris en application de ces dernières. La grande conception du principe de légalité en droit public, qui exige une loi préalable précédant, autorisant et fondant chacun des actes singuliers, trouve ici son authentique point d'ancrage.

(9) On ne trouve donc pas dans la conception rousseauiste la thèse qui a pris appui sur cette conception pour combattre justement l'idée de généralité de la loi, thèse défendue notamment par Barthélémy, Défense de quelques vieux principes. La loi et le règlement, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris 1929, p. 283 et s. et par Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris 1931, v. ci-après, note 12.

(10) V. Conde, "Sociología de la sociología, III. El teorema político de la concurrencia en Rousseau", *Revista de Estudios Políticos*, n° 68, 1953, p. 23-24 ; Groethuysen, *Philosophie de la Révolution française*, op. cit., p. 254 et s.. Les textes sont catégoriques : "L'objet de la loi doit être général ainsi que la volonté qui la dicte ; et c'est cette double universalité qui fait le caractère de la Loi", *Manuscrit de Genève*, 1, II, chap. 4, etc.

(11) Conde, op. cit., p. 26 ; le texte original dit : "chacun s'unissant à tous n'obéit pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant ... ; chacun se donnant à tous ne se donne à personne" (*Contrat social*, livre I, chap. VII).

(12) La loi, en effet, dit Rousseau, "considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme un individu ni une action particulière". Pour cette raison, concrètement, le souverain "n'est jamais en droit de charger un sujet plus qu'un autre, parce qu'alors, l'affaire devenant particulière, son pouvoir n'est plus compétent" (*Contrat social*, livre II, chap. IV). Ce principe est poussé si loin que l'on affirme que la condamnation d'un criminel, en tant qu'acte particulier, "est un droit qu'il (le souverain) peut conférer, sans pouvoir l'exercer lui-même" (*ibid.*, chap. V). Se dessine ainsi, comme on le soulignera plus tard, une division des fonctions : le souverain exprime sa volonté par des lois générales, les magistrats qui composent le gouvernement (pouvoirs exécutif et judiciaire) appliquent ces lois aux faits particuliers (*ibid.*, chap. I) (dans le même sens, Locke, comme on le verra ; v. le texte ci-après et la note 27). Il ne pouvait en être autrement eu égard à l'hypothèse métaphysique de la loi sur laquelle travaillait Rousseau comme tout le monde à son époque, et selon laquelle l'expression "loi particulière" ou "loi singulière" serait une *contradictio in adjectivum* (Groethuysen, *Philosophie ...*, op. cit., p. 255 et s.).

2 - LES LOIS CO CONCURRE

Il est impo
lois naturelles de
leur contenu, des
libre épanouissen
dans la constructi
and chief end...
under governmen
states" (14). Che
sans détour que l
qui se prépare av
citoyen". C'est en
constitution de P'

(13) *Of civil governm*.

(14) *Ibid.*, 123.

(15) Cette doctrine

L'Esprit des Loix

suite : la mise en

dont la constitu

exemplaire de

alimentèrent la

nous trouvons d

imperii is the ch

English constitut

dira, dans son é

droits naturels

sûreté et la résis

(16) Sur la formul

Sociología de la

Revista de Estuc

des nuances da

Gebiete des Gei

1929, p. 35 et

Capitalism, Soc

Kompromiss als

évident, par hy

oudre le
érale, je
entiment
me fait
par des
en tant
générale
es.

onctions
et actes
tion du
écédant,
entique

sur cette
éfendue
ement, in
xpression

encia en
ophie de
de la loi
ui fait le

ant qu'à
ionne à

straites,
raison,
, parce
social,
on d'un
r, sans
ra plus
les, les
ent ces
; v. le
othèse
oque,
tio in

2 - LES LOIS COMME LOIS DE LIBERTE. LE PRINCIPE DE CONCURRENCE COMME OPTIMUM DE L'ORDRE SOCIAL

Il est important dans ces conditions de noter immédiatement que ces lois naturelles de la société, dans la proposition et le soutien desquelles le pouvoir politique épuise sa fonction, sont de manière caractéristique, quant à leur contenu, des lois de liberté, des lois dont l'objet est de rendre possible le libre épanouissement des membres du groupe social. Cette idée est essentielle dans la construction de l'ensemble. Locke affirme expressément que "*the great and chief end... of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government*" (13) est "*the mutual preservation of their lives, liberties and states*" (14). Chez Montesquieu, l'idée peut être résumée par la paraphrase sans détour que la Révolution fit de sa doctrine (15) : le but de la Constitution qui se prépare avec tant de soin est "non la gloire de l'Etat, mais la liberté du citoyen". C'est en définitive la grande conception de ce que l'on a appelé la constitution de l'ordre concurrentiel (16), "l'inversion des hypothèses logiques

(13) *Of civil government*, 1.II, chap. IX, 124.

(14) *Ibid.*, 123.

(15) Cette doctrine est exprimée dans le chapitre V du livre XI de la première Partie (a), de *L'Esprit des Lois*, comme justification du principe de division des pouvoirs, exposé par la suite : la mise en opposition entre les Etats qui ont pour objet la "gloire" du Prince et ceux dont la constitution s'attache à rendre possible "la liberté politique" (ce qui serait le cas exemplaire de l'Angleterre) se trouve dans ce passage. Dans l'un des pamphlets qui alimentèrent la polémique entre le Roi et le Parlement, dans l'Angleterre du XVII^e siècle, nous trouvons déjà une formulation de ce contraste : "*in England salus populi, not majestas imperii is the chief object and end of government*" (cité par Gough, *Fundamental law in English constitutional History*, Oxford, 1955, p. 107). La Déclaration des droits de l'Homme dira, dans son article 2, que "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression" ; les citations pourraient être multipliées.

(16) Sur la formulation thématique de ce concept, v. Conde (autre étude déjà citée), in *Sociología de la sociología*, II, La Revolución (constitución del poder por concurrencia)", *Revista de Estudios Políticos*, n° 65, 1952, p. 15 et s. ; sur d'autres formulations, bien qu'avec des nuances dans leur portée systématique, v. Manheim, *Die Bedeutung des Konkurrenz in Gebiete des Geistigen in Verhandlungen des Deutschen Sociologentages in Zürich*, Tübingen, 1929, p. 35 et s. ; Knight, *Ethic of competition*, New York, 1935, p. 35 et s. ; Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2e éd., New York, 1946, chap. XXII ; Joehr, *Der Kompromiss als Problem der Gesellschafts, Wirtschafts und Staatsethik*, Tübingen, 1958. Il est évident, par hypothèse, que le concept de concurrence, dont la formulation originaire était

et anthropologiques de l'absolutisme : l'utilisation de la raison de chacun, laissée à elle-même, conduit à l'ordre" (17).

Sur le plan juridique, sur lequel nous nous plaçons maintenant, cette conception atteint avec Kant sa plus grande clarté ainsi que sa formulation la plus profonde. "Le salut de l'Etat, dit-il, *-salus rei publicae lex est-* ne doit pas être compris comme le bien des citoyens, et leur bonheur, puisque l'un et l'autre peuvent être plus faciles et désirables (comme l'affirme Rousseau) dans l'état de nature ou sous un gouvernement despotique ; par salut de l'Etat, il faut entendre cette situation de plus grande harmonie de la Constitution avec les principes du Droit auxquels la raison nous oblige à aspirer par un impératif catégorique" (18). Ces principes du Droit, qui en toute hypothèse déterminent la perfection d'un ordre collectif de convivialité, peuvent être réduits à leur tour au célèbre postulat selon lequel "une action est conforme au droit lorsque, en fonction d'elle-même ou de la maxime juridique à laquelle elle correspond, le libre arbitre de chacun peut être concilié avec la liberté de tous en vertu d'une Loi générale" (19). La fin dernière de l'Etat se concrétise donc dans le Droit et dans un Droit dont l'objet se borne à assurer la coexistence des libertés des sujets (20). Ces libertés (21), en se développant par elles-mêmes, en se faisant concurrence les unes et les autres, et en laissant seulement aux autorités le soin d'aménager leurs limites réciproques, assurent *de plano* l'ordre collectif optimal, la Constitution idéale. La liberté n'est pas seulement, selon cette conception, l'élément constitutif primaire de l'homme, elle est également, par ricochet - et c'est là l'essentiel dans la conception politique -, le statut suprême de la communauté (22). Le Droit, pour cette

économique, a été transposé au plan général de la société bourgeoise depuis ses premières et plus vigoureuses manifestations (Tocqueville, Von Stein, Marx, etc ...). V. en général l'importante étude de Hayek, *The Constitution of Liberty*, Londres, 1960.

(17) Conde, *op. cit.*, p. 29

(18) *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 49 (dans l'édition de *Metaphysik der Sitten*, de Vorlaender, Hambourg, 1954, p. 141).

(19) *Ibid.* introduction (dans l'édition précitée, p. 35) ; V. la version de González Vicén, dans le tome *Kant, Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid, Collection Civitas, 1954, p. 143 et s.

(20) Cf. mon article "Reflexiones sobre los estudios de Derecho", *Revista de Educación*, n° 5, 1952, p. 143 et s.

(21) "Le libre arbitre, -a dit Kant ailleurs- tel qu'il nous est présenté par la loi morale, nous le connaissons seulement comme propriété négative en nous-mêmes : comme la propriété de ne pas nous voir contraints de travailler sur la base d'un quelconque fondement sensible de détermination" (p. 30, dans l'édition citée).

(22) Groethuysen, *Philosophie de la Révolution*, *op. cit.*, p. 155 : "La liberté signifie, dans le sens juridique, que tous les actes qui proviennent du franc arbitre de l'homme ont un caractère de droit, sont les manifestations d'un droit et que, par contre, toute action provenant d'une

vaste constructi
liberté (23).

3 - LA STRUCTURE PUBLIC. L

La structure
base sont élém
Tribunaux et ur
présentant cette
de limite extéri
lois se réalise
suffit d'organis
libertés contrai
définitive, pour
un ordre "coact

contrainte n'é
l'expression, le
chacun agisse
que ce princip
autre. En vert
général du pri
vivre indépend
point de vue d
le moyen d'ass
(23) Cette concept
Citoyen de 17
l'exercice des
autres membra
déterminées q
que la liberté
Teoría de la C
Droit administ
loi doit se lir
déduit clairem
etc.

(24) V. une appr
schéma de la
cit., p. 144, C
reflexiones sot

chacun, vaste construction politique, est purement et simplement la garantie de la liberté (23).

3 - LA STRUCTURE DE L'ETAT : LOIS, TRIBUNAUX ET ORDRE PUBLIC. LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU

La structure et le contenu de l'Etat que postulent ces conceptions de base sont élémentaires et se résument en ce simple schéma ; des lois, des Tribunaux et un ordre public. L'Etat doit se limiter à édicter des lois générales présentant cette caractéristique, quant à leur contenu, de garantir et de servir de limite extérieure à la liberté. Eu égard à cet objectif, l'application de telles lois se réalise par l'action librement conduite des citoyens eux-mêmes et il suffit d'organiser un système de Tribunaux qui, en cas de conflit entre deux libertés contraires, décident comment il convient d'appliquer la Loi (24). En définitive, pour fortifier l'effectivité à la Loi et des jugements, l'Etat organise un ordre "coactif", un appareil policier limité à ce travail de soutien à la Loi et

contrainte n'est pas fondée en droit, n'est pas valable juridiquement. La liberté est l'expression, la conception juridique du libre arbitre de l'homme ... Le droit exige que chacun agisse selon son libre arbitre ; c'est un principe qui vaut pour tout homme ... Pour que ce principe soit respecté, il faut donc que chacun évite de transgresser le droit d'un autre. En vertu des limites imposées à la liberté de chaque particulier par le caractère général du principe de droit, son droit naturel ne s'étend pas plus loin. Les hommes doivent vivre indépendants les uns des autres, ne se lier que par des contrats réciproques valables du point de vue de droit, et respecter mutuellement leur liberté. L'Etat social ne doit être que le moyen d'assurer la liberté de chaque particulier".

(23) Cette conception est empruntée à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : "La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi". L'idée énoncée dans le dernier paragraphe est non seulement que la liberté est une "matière réservée" à la loi, selon l'interprétation courante (C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Trad. Ayala, Madrid, réimp. non datée, p. 170 et s. ; O. Mayer, *Le Droit administratif allemand*, éd. franç., I, Paris, 1903, p. 92 et s.) mais aussi et surtout que la loi doit se limiter à ce seul objet, ainsi qu'il ressort du texte de référence, idée que l'on déduit clairement de l'ensemble de l'article 6 de la Déclaration des droits jacobine de 1793, etc.

(24) V. une appréciation du processus comme forme topique de l'application du droit sur le schéma de la concurrence dans mon ouvrage *Reflexiones sobre los estudios de Derecho*, op. cit., p. 144, Cf. la réponse dont m'a honoré le processualiste Jaime Guasp : "Nuevas reflexiones sobre los estudios de Derecho", *Revista de Educación*, n° 8, 1953, p. 287 et s.

qui couronne la construction de l'ensemble (25). L'Etat offre donc un cadre purement formel dans lequel la société vit selon son propre dynamisme spontané, par la propre concurrence sans frein des libertés de ses membres.

Que ce soit précisément ce concept de l'Etat qui exprime la conception politique de ce grand mouvement, on peut l'inférer non seulement par déduction des principes qui le soutiennent - ce que nous avons fait -, mais aussi grâce à une analyse directe des sources significatives d'un tel concept. A cet égard, il convient d'étudier le principe de la division des pouvoirs qui, avant d'être une technique structurelle d'ordonnement des organes, offre une idée exacte du contenu de l'Etat au point de vue substantiel. Il est évident, bien que les constitutionnalistes qui ont le goût des constructions purement mécanicistes aient l'habitude de l'oublier, que la question : que divise-t-on ?, précède nécessairement le résultat de la division et conditionne rigoureusement toute sa signification.

Il n'y a guère d'intérêt pour nous à chercher en vain les antécédents plus ou moins bien identifiés de la doctrine de la division des pouvoirs (26). Nous nous bornerons à prendre en considération les deux formulations indiscutables, celle de Locke et celle de Montesquieu.

Locke établit une distinction précise entre trois pouvoirs qu'il appelle respectivement le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif. Le pouvoir législatif (*legislative power*) est pour Locke celui qui fait le Droit, mais il inclut parmi ses fonctions, outre celles qui caractérisent les fonctions authentiques du législatif de Montesquieu, d'autres qui, selon ce dernier auteur, seront regardées plus tard comme spécifiques du pouvoir judiciaire : "Whoever has the legislative or supreme power of any commonwealth is bound to govern by established standing laws, promulgated and know to the people, and not by extemporary decrees (27), by indifferent and upright judges, who

(25) Art. 12 de la Déclaration des Droits de 1789 : "La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité de ceux auxquels elle est confiée".

(26) V. pour tous, sur le thème, N. Pérez Serrano dans l'ouvrage collectif édité par l'Académie Royale des Sciences Morales et Politiques, *El principio de separación de poderes*, Madrid, 1951, p. 7 et s. ; C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 212 et s. ; Esmein-Nézard, *Eléments de droit constitutionnel*, I, 8e éd., Paris, 1927, p. 493 et s. ; Klimowsky, *Die englische Gewaltenteilungslehre bis zu Montesquieu*, Berlin, 1927.

(27) On retrouve dans cette distinction de Locke entre "*established standing laws*" et "*extemporary decrees*" le postulat de la généralité de la loi, auquel nous nous sommes déjà référé ci-avant (v. note 12, *supra*).

are to decide
britannique "ju
précisément l'
neutralité du ju
loi" comme le c

En seco
("executive pov
pouvoir législa
(29) ; "because
have a consta
attendance the
in being which
remain in force

Enfin le
paix et à la gu
peace, leagues
communities w
distingué du p
procéder à "th
all that are pa
management c
that it may rec

Si nous
caractérisation
réduit simplen
organisée de l
intérieur en
l'indépendance

(28) *Of civil Gover*

(29) *Ibid.*, 128 ; d

(30) 144.

(31) 146.

(32) On doit obse

mais droit int

dans le célèb

state or coun

citation de Lc

(33) 147.

onc un cadre
e dynamisme
membres.

la conception
ulement par
s fait -, mais
el concept. A
irs qui, avant
s, offre une
est évident,
as purement
divise-t'on ?,
conditionne

antécédents
pouvoirs (26).
ormulations

u'il appelle
ir fédératif.
it le Droit,
s fonctions
ce dernier
judiciaire :
th is bound
he people,
idges, who

omme et du
tage de tous

l'Académie
res, Madrid,
ein-Nézar,
ie englische

emporary
éré ci-avant

are to decide controverses by the law" (28). Ce n'est donc pas le principe britannique "judge makes law" qui est à la base de cette conception mais précisément l'idée contraire, comme on l'a vu dans ce texte, l'idée de neutralité du juge ("indifferent judges") "bouche qui prononce les paroles de la loi" comme le dira plus tard Montesquieu avec plus de distinction.

En second lieu, Locke considère comme relevant du pouvoir exécutif ("executive power") l'appui de la force ("remain in force") aux décisions du pouvoir législatif : "power to punish the crimes committed against that law" (29) ; "because the laws, dit l'auteur, that are at one and in a short time made, have a constant and lasting force and need a perpetual execution or an attendance therunto, therefore it is necessary there should be a power always in being which should see to the execution of the laws that are made and remain in force" (30).

Enfin le troisième pouvoir, *federative power*, a une fonction réduite à la paix et à la guerre, aux ligues et alliances : "contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth" (31). Ce pouvoir est soigneusement distingué du précédent : au pouvoir exécutif (executive power) il incombe de procéder à "the execution of the municipal laws (32) of the society itself upon all that are parts of it" ; au pouvoir fédératif, au contraire, appartient "the management of the security and interest of the public, without with all those that it may receive benefit or damage form" (33).

Si nous recomposons aujourd'hui dans son unité le tableau que cette caractérisation analytique nous propose, il est clair que l'Etat de Locke se réduit simplement à ceci : la Loi et les Tribunaux d'une part et la "coaction" organisée de l'autre, cette dernière servant quant à elle à imposer l'ordre intérieur en épaulant la Loi et les jugements aussi bien qu'à assurer l'indépendance extérieure contre les autres communautés.

(28) *Of civil Government*, II, 136, de manière explicite.

(29) *Ibid.*, 128 ; dans le même sens, v. 130 et 143 et s.

(30) 144.

(31) 146.

(32) On doit observer que l'expression anglaise "*municipal law*" ne signifie pas Droit municipal, mais droit interne, par opposition à Droit international ; ainsi la "*municipal law*" est définie dans le célèbre *Law Dictionary* de Osborn (4ème éd., Londres, 1954) comme "*the law of a state or country, as opposed to international law*" ; c'est ce qui résulte du contexte de la citation de Locke.

(33) 147.

Montesquieu reprend intégralement le schéma précédent, mais avec un nouvel ordonnancement. Dans le célèbre chapitre VI du livre IX de *L'Esprit des lois*, il distingue trois pouvoirs qu'il désigne précisément : "la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil". Il appellera ce dernier plus loin "la puissance de juger" et il n'est pas nécessaire ici d'en faire ressortir la fonction, pas plus que la fonction propre du pouvoir législatif, l'une et l'autre étant bien connues. Nous intéresse spécialement à ce stade la fonction que Montesquieu réserve au pouvoir appelé par antonomase "exécutif" ; le texte est clair : "Par la seconde puissance, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions". Il ne fait pas de doute que ce pouvoir se voit attribuer uniquement une fonction de relations et de défense extérieure ou internationale, avec l'unique exception d'établir la sûreté, qui, par son imprécision, peut recevoir également des applications d'ordre intérieur. Il est évident que Montesquieu a traduit par "pouvoir exécutif" l'ancien "pouvoir fédératif" de Locke. Ce l'est encore plus si nous nous souvenons du fait qui est mis en lumière dans la dénomination primitive de ce pouvoir : "puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens" et si nous gardons à l'esprit que le "droit des gens" avait pour Montesquieu la signification technique et précise de l'époque, à savoir le droit international, ainsi qu'il l'a expressément souligné dans un passage antérieur du même ouvrage (34).

Ainsi, Montesquieu a ordonné en une nouvelle systématisation exactement les mêmes pouvoirs que Locke : le législatif, il l'a repris jusque dans l'appellation, mais en a détaché un pouvoir substantif, la fonction de juger (bien que "en quelque façon nulle") ; le pouvoir fédératif est devenu chez Montesquieu le pouvoir exécutif *stricto sensu*, lequel comprend également le pouvoir que Locke avait individualisé sous le même nom d'exécutif, réaménagement qui se vérifie aisément dans la mesure où les deux pouvoirs de Locke, le fédératif et l'exécutif, ont pour caractère commun -nous l'avons déjà noté- de consister en l'exercice de la "coaction" ("*the force of the society*") et par là-même ne peuvent guère, ainsi que Locke lui-même l'avait bien vu, être séparés en organes ou titulaires distincts (35). Mais ce qui en toute

(34) *L'Esprit des lois*, 1ère partie, I, 3 : "ces deux sortes d'états de guerre font établir les lois parmi les hommes. Considérés comme habitants d'une si grande planète qu'il est nécessaire qu'il y ait différents peuples, ils sont des lois dans le rapport que ces peuples ont entre eux ; et c'est le *Droit des Gens*". On observera que même les fonctions servant à décrire le pouvoir exécutif se réfèrent dans leur contenu au droit international dans ce même chapitre, lorsqu'il dit : "Ils (les Iroquois) envoient et reçoivent des ambassades ; ils connaissent des droits de la guerre et de la paix".

(35) Après avoir séparé sur le plan conceptuel ces deux pouvoirs, Locke en effet avait observé :

hypothèse re
et Tribunal
décisions de
l'indépendar

Nous
de Rousseau
exacerber ce
la loi comm
fonctions ét
cette derniè
comme simp
donc que le
le souverain
et du main

"they are al
mérite d'êt
avait été fc
executive a
are hardly
both of the
hands, or tl
separately,
would be aj
différenciat
Locke aux j
la politique
antecedent,
be left to t
good" (14
diffère esse
prudence <
extérieure,

(V sur ce p
(36) *Contrat so*
Etat régi p
prince n'adi
lois" (*ibid.*
construction
l'Assemblée

t, mais avec un IX de *L'Esprit* : "la puissance droit des gens il". Il appellera ssaire ici d'en uvoir législatif, it à ce stade la r antonomase : la paix ou la , prévient les er uniquement ationale, avec peut recevoir Montesquieu a Locke. Ce l'est mière dans la les choses qui e le "droit des e de l'époque, ligné dans un

ystématisation repris jusque a fonction de t devenu chez également le m d'exécutif, deux pouvoirs -nous l'avons of the society") avait bien vu, qui en toute

t établir les lois 'il est nécessaire s ont entre eux ; écrire le pouvoir hapitre, lorsqu'il des droits de la

t avait observé :

hypothèse reste intact est l'idée globale du contenu fonctionnel de l'Etat ; Loi et Tribunaux, d'une part, et force publique d'autre part, pour maintenir les décisions de la Loi et des Tribunaux en même temps que pour défendre l'indépendance extérieure.

Nous pouvons parvenir à la même conclusion en analysant la doctrine de Rousseau. Le dogmatisme de la volonté générale conduit cet auteur à exacerber ce qui, chez d'autres, était déjà clairement exprimé, l'affirmation de la loi comme pierre angulaire du système politique, de sorte que les autres fonctions étatiques puisent dans la loi, en tant que simple actualisation de cette dernière, toute leur substance. L'idée spécifique du Gouvernement comme simple exécutant des lois (générales) est ainsi explicitée : "Qu'est-ce donc que le gouvernement ? Un corps intermédiaire établi entre les sujets et le souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté, tant civile que politique" (36). Et, plus

"they are always almost united" (147). Le 148 est entièrement consacré à ce thème et il mérite d'être reproduit pour comprendre que la refonte des pouvoirs fédératif et exécutif avait été formulée par Locke lui-même qui l'offrit à Montesquieu : "Though, as I said, the executive and federative power of every community by really distinct in themselves, yet they are hardly to be separated and placed at the same time in the hands of distinct persons. For both of them requiring the force of the commonwealth in distinct and not subordinate hands, or that the executive and federative power should be placed in persons that might act separately, whereby the force of the public would be under different commands, which would be apt some time or other to cause disorder and ruin". Cela dit, il faut bien voir que la différenciation des deux pouvoirs, qui dans la pratique sont réunis, est sans doute due chez Locke aux particularités de l'Angleterre et au rôle déterminant que jouait déjà dans son pays la politique extérieure maritime. En effet, la fonction de l'exécutif peut être "directed by antecedent, standing positive laws", alors que le pouvoir fédératif, selon lui "must necessarily be left to the prudence and wisdom of those hands it is in, to be managed to the public good" (147) ; le texte est beau qui révèle aussi comment le nouveau pouvoir exécutif diffère essentiellement de l'Administration éclairée ou de l'Etat de police, où cette marge de prudence et de discrétion, que Locke reconnaît seulement en matière de politique extérieure, était précisément la règle et non une simple application de lois impersonnelles (V sur ce point, *infra*).

(36) *Contrat social*, I, III, chap. I ; il y a d'autres expressions : "J'appelle donc République tout Etat régi par des lois", chap. 6) ; "le cas de la dissolution de l'Etat peut arriver ... quand le prince n'administre plus l'Etat selon les lois ... ; le despote est celui qui se met au-dessus des lois" (*ibid.* chap. 10). C'est concrètement cette doctrine que l'on retrouve dans la construction révolutionnaire (v. P. Duclos, *La notion de Constitution dans l'oeuvre de l'Assemblée Constituante de 1789*, *op. cit.*, not. p. 178 et s.).

concrètement : "la puissance exécutive ... n'est que la force appliquée à la loi" (37).

Cette analyse pourrait être indéfiniment prolongée à propos des autres sources tout aussi significatives quant à l'origine du nouveau système de pensée (38), mais il semble que la recherche peut s'en tenir là, eu égard à la qualité des témoignages apportés et à leur parfait agencement avec les conclusions découlant des principes mêmes de cette conception politique.

(37) *Contrat Social*, I, III, chap. XV.

(38) Reprenons seulement les paroles de Mirabeau devant la Constituante : "deux pouvoirs sont nécessaires à l'existence et aux fonctions du corps politique, celui de vouloir et celui d'agir. Par le premier la société établit les règles qui doivent la conduire au but qu'elle se propose et qui est incontestablement le bien de tous. Par le second, ces règles s'exécutent et la force publique sert à faire triompher la société des obstacles que cette exécution pourrait rencontrer dans l'opposition des volontés individuelles" (cité par Duclos, *La notion de Constitution ...*, *op. cit.*, p. 61). La réduction du pouvoir exécutif au "soin de veiller au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique", au "soin de veiller à la sûreté extérieure du royaume, d'en maintenir les droits et les possessions" est constitutionnellement affirmée par l'article 1er du chapitre IV du titre III de la Constitution de 1791.

INADÉ

1 - GENE

L'i
coeur de
une admi
dernière
schéma "I
une part
important
compétiti
catalogué
l'Adminis

- (1) On peu
enthalt
weiter,
ist ; zu
präocci
nécesai
l'extéri
Wirksa
(2) C'est c
comba
handh:
Weltan
la "dé
Staatsl
Franka

appliquée à la

propos des autres
système de
à, eu égard à la
ement avec les
politique.

II

INADÉQUATION DE L'ADMINISTRATION A CE SCHÉMA DE L'ÉTAT ET DU DROIT ADMINISTRATIF

1 - GENERALITES

L'idée de l'Etat que nous venons d'exposer ne nous conduit pas au coeur de sa structure et ne donne pas à proprement parler une consistance à une administration telle que celle mise en place par l'Etat absolu dans sa dernière phase ou celle que nous connaissons bien aujourd'hui. Dans le schéma "loi, Tribunaux et ordre public", seul ce dernier élément se réfère à une part minimale de cette administration dont le complexe de fonctions le plus important est intégralement renvoyé, dans cette conception, au libre jeu de la compétition sociale (1). Dans l'univers des pouvoirs si soigneusement catalogués et caractérisés, on n'en trouve pas un qui soit comparable à l'Administration dans un régime administratif proprement dit (2).

(1) On peut en trouver une expression dans le célèbre apophtegme de Humboldt : "Der Staat enthalte sich aller Sorkfalt für der positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter, als zu threr Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist ; zu heinem andern Enawecke beschränke er ihre Freiheit" (l'Etat doit s'abstenir de toute préoccupation pour le bien-être effectif du citoyen et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection de ce dernier contre lui-même ou contre des ennemis de l'extérieur ; il ne doit limiter la liberté pour aucune autre finalité) (*in Ueber die Grenzen der Wirksamkeit des Staates*, éd. Pannwitz, Nuremberg, 1954, p. 59-60).

(2) C'est ce que confirme explicitement J.F. Stahl lorsque, en élaborant sa théorie de l'Etat, il combat la position topique de la pensée révolutionnaire ("dass der Staat, die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke", *in Rechts und Staatlehre auf Grundlage christlicher Weltanschauung*, II, Heidelberg, 1837, p. 137 (souligné par moi) ; Lorenz Von Stein dit de la "démocratie sociale" révolutionnaire : "sie kennt das zweite grosse Gebiet der Staatslebens, die Staatsverwaltung gar nicht" *in Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Tome I ; *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale*

ces pouvoirs sont
dir et celui d'agir.
qu'elle se propose
tutent et la force
exécution pourrait
s, *La notion de*
de veiller au
sûreté extérieure
llement affirmée

Il ne s'agit pas seulement, on le comprend, d'une question quantitative : ce n'est pas que l'idée libérale de l'Etat réduise au minimum le corps des fonctions administratives, en vertu du dogmatisme de l'abstention. Si on l'apprécie de cette manière, le coeur du problème, qui n'est pas un problème quantitatif mais précisément de substance, se réduit à quelque chose de simplement anecdotique. L'idée naturaliste de la "souveraineté de la loi", mise en relation avec la conception profonde que nous avons vue chez Rousseau (et surtout chez Kant) qui érige précisément la liberté privée comme contenu d'une telle Loi, fonde de manière plus rigoureuse ce contenu de l'Etat, réduit à définir et à soutenir le Droit, mais le Droit qui se réfère immédiatement à la liberté des sujets, entendu comme une *norma agendi* pour ces derniers, substantiellement généralisable. Dès lors, le droit administratif d'aujourd'hui, et depuis ses origines mêmes, ne résisterait pas au critère kantien, parce qu'il est justement, dans son fondement, dans ses dispositions et dans sa finalité, un droit exorbitant du droit des individus et par cela même privilégié, insusceptible de généralisation, comme l'imposait l'impératif catégorique. Ce n'est pas non plus, à l'instar des autres branches du droit public (le droit constitutionnel, le droit pénal, le droit processuel, y compris le droit international), un droit directement instrumental pour la liberté, mais au contraire un droit portant habilitation d'une suprématie générale sur la liberté, en vertu de fins substantielles ; c'est dire qu'il s'agit d'un droit rigoureusement transpersonnel. Il ne convient pas, par conséquent, d'immerger le Droit administratif au sein du Droit dont l'exécution est confiée au pouvoir dit exécutif. La loi dont la définition et le soutien épuisent la fonction de l'Etat est strictement la loi civile ou interpersonnelle, la seule qui soit proposée dans le cadre de la signification et de la définition du conditionnement réciproque des libertés. C'est cette loi qui, une fois promulguée, requiert à son service cet appareil étatique minimum : des Tribunaux et un ordre public. L'idée de l'Administration, de même que l'idée accessoire du Droit administratif, restent en marge de la conception politique que va mettre en oeuvre la Révolution.

2 - LA VERIFICATION DANS LE SYSTEME CONSTITUTIONNEL ANGLO-SAXON

La conclusion antérieure, obtenue sur le plan de la déduction, peut se vérifier intégralement et sans tarder à la lumière de l'expérience historique. On fait allusion au constitutionnalisme anglo-saxon, dans la réalité concrète

Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre, 1830, éd. Salomon, Munich, 1921 (reproduction photomécanique, 1959), p. 123 (extrait de l'original).

duquel, on le Locke- ou politiques que

Le sor risque d'un at des XVIIème centralisatrice corps au débu triomphe défin en Angleterre cités, des seig Couronne au Révolution G rapide d'un ca précoce révolu de ces facteurs ici.

Voilà d. émule américa de type conti strictement jur l'Europe et essentielle ; ell Dicey (5) me administratif', françaises (6), britannique, se ordre juridictic

- (3) V. sur les re concurrence, *Verfassungsgid*
 (4) Hauriou notai *Foreign Office constitutionnel*,
 (5) *Introduction to* édition de Wa axe de la Cons
 (6) En 1929 encore *and what is ca sharpest possibl*

Contes
antérieur
de DS



quantitative :
 le corps des
 ention. Si on
 un problème
 ue chose de
 e la loi", mise
 Rousseau (et
 me contenu
 l'Etat, réduit
 iatement à la
 ces derniers,
 Aujourd'hui,
 n, parce qu'il
 a finalité, un
 e privilégié,
 égorique. Ce
 lic (le droit
 ris le droit
 té, mais au
 ur la liberté,
 ureusement
 er le Droit
 pouvoir dit
 de l'Etat est
 osée dans le
 iproque des
 service cet
 . L'idée de
 atif, restent
 olution.

duquel, on le sait, s'incarnent (comme situation dans laquelle elles émergent -Locke- ou comme référence exemplaire -Montesquieu-) les doctrines politiques que nous venons d'analyser.

Le sort particulier du régime anglais est d'avoir fini par écarter le risque d'un absolutisme tel que celui qui se consolida sur le continent au cours des XVIIème et XVIIIème siècles. L'affrontement entre la Monarchie centralisatrice et les instances autonomes des villes et de la noblesse, qui prit corps au début de l'Age Moderne et dont sont issus sur le continent, avec le triomphe définitif de la Monarchie, les grands Etats-nations européens, trouva en Angleterre un aboutissement différent, en faveur des communes ou des cités, des seigneurs ou des lords, qui réussirent à prendre le dessus sur la Couronne au terme d'une longue lutte dont le point culminant fut la Révolution Glorieuse. Le développement de la bourgeoisie et l'apparition rapide d'un capitalisme entraîné par le gigantesque effet multiplicateur d'une précoce révolution industrielle (3), ont permis l'émergence tranquille, à partir de ces facteurs politiques, de la grande conception politique qui nous intéresse ici.

Voilà donc que la Constitution anglaise -et, avec quelques nuances, son émule américain- n'ont pas connu jusqu'à aujourd'hui un pouvoir administratif de type continental, aussi bien sur le plan politique (4) que sur le plan strictement juridique, c'est-à-dire un Droit administratif. Cette disparité entre l'Europe et le modèle constitutionnel britannique a été flagrante et essentielle ; elle reçut une formulation classique dans l'oeuvre de A.V. Dicey. Dicey (5) montra avec lucidité le contraste entre le système de "Droit administratif", ainsi spécifiquement appelé pour souligner ses racines françaises (6), et le principe de "rule of law", caractéristique de la Constitution britannique, selon lequel il n'existe qu'un seul droit dans le pays et un seul ordre juridictionnel pour le soutenir et l'appliquer ("*the ordinary law on the*

(3) V. sur les relations entre les facteurs économiques et la conception de l'ordre par la concurrence, les considérations de Seidel, *Industrialismus und Democratiae. Die Verfassungsgideale der Democratie une der Tendenzen des Industrialismus*, Berlin, 1954.

(4) Hauriou notait avec pertinence que "le Gouvernement de l'Angleterre a été avant tout le *Foreign Office*, le Conseil de l'Amirauté et le Service civil de l'Inde", *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd. Paris, 1929, p. 232 ; v. *supra*, note 35.

(5) *Introduction to the study of the law of the Constitution* (1885). La citation est tirée de la 9ème édition de Wade, Londres, 1952, p. 328 et s. V. l'exposé du principe de "rule of law" comme axe de la Constitution anglaise, v. p. 183 et s.

(6) En 1929 encore, Lord Hewart, fidèle disciple de Dicey affirmait : "*Between the Rule of Law and what is called "administrative law" (happily there is no English name for it), there is the sharpest possible contrast*" (souligné par moi), *The new Despotism*, Londres, 1929, p. 37.

EL

on, peut se
 historique.
 é concrète

Munich, 1921

land administered by the ordinary law courts"), sans que l'Administration et ses agents puissent prétendre être régis par un droit propre et échapper à l'empire de la loi générale et de la juridiction commune à tous les sujets de l'ordre juridique. A partir de la même réalité de base, qui inspira le mécanisme de la séparation des pouvoirs, et du même idéal politique de la liberté, proposé comme finalité de cette construction (7), voici que l'on arrive à un schéma structurel identique, celui de la Loi et des Tribunaux, schéma qui correspond en définitive à l'idée que s'efforce d'exprimer le principe de "rule of law", et que la Constitution anglaise a effectivement appliqué quelque temps de manière plus ou moins rigoureuse (8). En face, le "Droit administratif" est perçu comme un vestige dépassé de l'Ancien régime (9) et ses constructions essentielles comme une véritable négation du Droit, comme une traduction pure et simple de l'absolutisme gouvernemental.

DS cours hébergés de aucun Regret

1 - OBSERV

De n
par ce systè
donner na
conséquenc
explicable,
l'ensemble
comme sui
l'Etat nou
l'orthodoxi
avec les cir
permis et c
régime lui-
la Révoluti
à une certa
administra
d'une dissi
que les p
doctrines.
Etudions d

(7) On sait comment Jennings a établi que la thèse de Dicey était celle de l'idéologie *whig* : "In praise of Dicey", in *Public Administration*, 4ème éd., Londres, 1952.

(8) Nous n'abordons pas le thème, controversé dans la doctrine anglaise, du caractère purement idéologique ou non du schéma proposé par Dicey ; il est évident en toute hypothèse qu'il a réussi à exprimer une réelle disparité du système britannique et du système continental, bien que sa formulation ait été sans doute absolutiste à l'excès. V. sur ces problèmes, pour tous, l'ouvrage célèbre de Robson, *Justice and Administrative Law*, 1951, et celui, plus récent, de Schwartz, *French Administrative Law and the Common law World*, New York, 1954.

(9) Dicey, *op. cit.*, p. 369 et s.

ation et ses
r à l'empire
de l'ordre
nisme de la
é, proposé
un schéma
correspond
of law", et
temps de
istratif" est
nstructions
traduction

III

LA DISSIDENCE RÉVOLUTIONNAIRE

1 - OBSERVATIONS GÉNÉRALES

De manière paradoxale, la Révolution française elle-même, entraînée par ce système de pensée et disposée à le mettre en oeuvre historiquement, va donner naissance à la puissante Administration contemporaine et, en conséquence, au Droit administratif. Cette curieuse singularité est aisément explicable, encore que cela n'ait jamais été fait, à notre connaissance, pour l'ensemble de ses aspects. Pour synthétiser, le processus peut s'expliquer comme suit : les révolutionnaires, au moment de donner sa configuration à l'Etat nouveau, suivent une interprétation clairement dissidente de l'orthodoxie doctrinale qu'ils représentaient ; cette interprétation, combinée avec les circonstances historiques de la Révolution et des temps ultérieurs, a permis et déterminé le renforcement d'une Administration telle que l'Ancien régime lui-même n'en avait pas connu, mais les dogmes juridico-politiques de la Révolution ont joué alors non pour empêcher ce fait mais pour le soumettre à une certaine discipline ; et cette discipline a été précisément celle du Droit administratif. Le Droit administratif, en définitive, nous paraît être le prix d'une dissidence, le tribut payé par la Révolution pour compenser la distance que les pouvoirs révolutionnaires eux-mêmes prirent avec leur propre doctrine. C'est davantage, en ce sens, un sous-produit, qu'un produit direct. Etudions de manière analytique ce processus singulier.

zie whig : "In

re purement
thèse qu'il a
inental, bien
s, pour tous,
is récent, de
54.

2 - L'INTERPRETATION DE LA DIVISION DES POUVOIRS COMME IMMUNITÉ DE L'EXECUTIF - A L'EGARD DE LA JUSTICE : LES ANCIENS PARLEMENTS ET LA FORMULE DE LA SEPARATION - A L'EGARD DU LEGISLATIF : LE POUVOIR REGLEMENTAIRE GENERAL

Une raison circonstancielle a fait qu'en France, l'interprétation du principe de la division des pouvoirs ne s'est pas trouvée, depuis les origines mêmes du constitutionnalisme, en harmonie avec les critères orthodoxes qu'imposaient ses sources propres et authentiques -et qu'au contraire, en affirmant l'idée hétérodoxe de la liberté de l'exécutif par rapport aux autres pouvoirs (et, particulièrement, par rapport au pouvoir judiciaire), se sont instituées, depuis le commencement de la Révolution, les bases de ce qui deviendra plus tard le régime administratif proprement dit. Cette raison déterminante est déjà fermement établie : c'est, concrètement, la méfiance que les révolutionnaires ont éprouvée envers les Parlements judiciaires, ainsi que Tocqueville l'avait noté avec lucidité pour la première fois (1) (2) - et non

- (1) Pour toute cette partie de notre étude, l'oeuvre d'Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, une des grandes oeuvres historiographiques de tous les temps et dont les critères centraux reposent sur des perspectives administratives, est essentielle. On peut consulter en général sur l'auteur et sa doctrine : H. Göring, *Tocqueville und die Demokratie*, Munich et Berlin 1928 ; Ortega y Gasset, "Tocqueville y su tiempo", in *Meditación de Europa*, Madrid 1960 ; M. Meyer, *Der Begriff der Freiheit im Denken Alexis de Tocqueville*, Zurich, 1955 ; la thèse de doctorat encore inédite de J.F. Fueyo, *Alexis de Tocqueville y la estructura de la sociedad democrática* ; Carl Schmitt "Historiographia in Nuce : Alexis de Tocqueville" in *Ex captivitate Salus*, Cologne, 1950, p. 25 et s. (où il affirme catégoriquement : "Seit langem ist Alexis de Tocqueville für mich der grösste Historiker des 19. Jahrhunderts", p. 27) ; l'ouvrage collectif, *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959*, Paris 1960 ; Herr, *Tocqueville and the Old Regime*, Princeton, 1962 ; Lively, *The social and political thought of A. de Tocqueville*, Oxford, 1962 ; Díez del Corral, *La mentalidad política de Tocqueville*, Madrid, 1965. Toutes nos citations seront faites à partir de l'édition nationale des *Oeuvres complètes* actuellement en cours sous la direction de J.P. Mayer, Gallimard, Paris. L'ouvrage intitulé *L'Ancien Régime et la Révolution* constitue le tome II de la série (1952) ; en annexe à cet ouvrage, mais en volume séparé, a été publiée pour la première fois une collection de *Fragments et notes inédites sur la Révolution* qui constitue une source incomparable de faits et d'observations à partir desquels Tocqueville pensait continuer son oeuvre ; nous citerons ce volume *L'Ancien Régime, II*. Une introduction de G. Lefebvre figure au Tome I et en appendice est publiée une *Histoire de l'influence de l'Ancien Régime*, due à Mayer, qui contient des données intéressantes.
- (2) V. aussi, à une date plus récente, Esmein, "La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante", in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 1911, p. 3 et s. ; Julien

une quelc
constituaie
judiciaire n
enregistrem
application
avant leur e
médiation c
orientée ve
représentaie

Dès l
thèse de Mo
1748, en rec
doctrine de
Parlement d
fondamentau
pouvoir judic
Montesquieu
puissance de
l'exécutrice"

Laferrière,
administrati
1935, p. 430

(3) Sur le thème
siècle, Paris,
XVIIIème si
l'absolutisme
Carré, *La fin*

(4) Bickart, *op.*
notamment à
de la France
des Lois ser
arguments d
Carcassonne,
Paris, 1927.

(5) *L'Esprit des L*
l'autonomisat
ne figurait j
l'intention de
visiblement j
ainsi que le
Annales histor

OMME
CE : LES
RATION
NTAIRE

prétation du
s les origines
s orthodoxes
contraire, en
ort aux autres
aire), se sont
ses de ce qui
Cette raison
t, la méfiance
diciaires, ainsi
1) (2) - et non

une quelconque conception générale et abstraite. Ces Parlements constituaient des chasses gardées pour la noblesse et, outre leur pouvoir judiciaire nominal, ils exerçaient (grâce à leur pouvoir d'enregistrement - enregistrement des dispositions prises par le Roi comme condition de leur application - et de remontrance - sorte de veto à l'égard de ces dispositions, avant leur enregistrement -, en ce qui concerne les Ordonnances royales) une médiation effective du pouvoir du Roi absolu, médiation normalement orientée vers le maintien de la situation privilégiée de l'ordre qu'ils représentaient (3).

Dès lors, voilà que les Parlements avaient tenté de se prévaloir de la thèse de Montesquieu, immédiatement après la publication de son ouvrage en 1748, en redoublant d'efforts dans leur travail de résistance au Roi (4). La doctrine de Montesquieu, lui-même ancien conseiller et président du Parlement de Bordeaux, pouvait en effet leur être favorable sur trois points fondamentaux. En premier lieu, bien évidemment, l'idée de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui consacrait l'autonomie des Parlements en face du Roi. Montesquieu était explicite sur ce point : "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice" (5). Mais, en second lieu, la force de l'argument se trouvait

'Ancien Régime et
emps et dont les
entielle. On peut
ad die Demokratie,
tación de Europa,
xqueville, Zurich,
ille y la estructura
de Tocqueville" in
ent : "Seit langem
, p. 27) ; l'ouvrage
Herr, Tocqueville
thought of A. de
xqueville, Madrid,
Oeuvres complètes
L'ouvrage intitulé
; en annexe à cet
une collection de
nparable de faits et
; nous citerons ce
au Tome I et en
due à Mayer, qui

ministrative devant
p. 3 et s. ; Julien

Laferrière, "Les raisons de la proclamation de la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires par l'Assemblée Constituante", in *Mélanges Negulesco*, Paris, 1935, p. 430 et s.

- (3) Sur le thème, v. Bickart, *Les Parlements et la notion de souveraineté nationale au XVIIIème siècle*, Paris, 1932 ; Egret, *Le Parlement et les affaires publiques dans la deuxième moitié du XVIIIème siècle*, 2 vol., Grenoble-Paris, 1942 ; Olivier-Martin, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIème siècle*, Les Cours de droit, éd. ronéo, Paris 1950 ; Carré, *La fin des Parlements*, Paris, 1912.
- (4) Bickart, *op. cit.*, p. 88 et s., notamment p. 101 et s. ; Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 101 et s. ; notamment à partir de la page 108, avec de nombreuses données ; Godechot (*Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris 1951) affirme carrément (p. 8) que "L'Esprit des Lois sera jusqu'en 1789 la véritable Bible des Parlements qui y puiseront tous les arguments dont ils essaieront d'étayer leurs remontrances" ; v. aussi l'étude générale de Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIIIème siècle*, Paris, 1927.
- (5) *L'Esprit des Lois*, 1ère Partie, a, I, XI, chap. 6. On a pu facilement observer que la raison de l'autonomisation de la "puissance de juger" en tant que véritable pouvoir en substance, qui ne figurait pas, nous l'avons vu, chez Locke et pas davantage chez Bolingbroke, est l'intention de Montesquieu de l'attribuer à la noblesse, aux vieux Parlements, ce en quoi a visiblement joué sa condition de noble et de parlementaire. V. ci-après et Godechot, *loc. cit.*, ainsi que le compte rendu critique d'A. Mathiez sur l'ouvrage précité de Carcassonne, in *Annales historiques de la Révolution Française*, 1927, p. 509 et s.

encore amplifiée par le point de vue de l'auteur quant à la forme idéale du gouvernement, qui, pour Montesquieu, était à n'en pas douter la monarchie modérée. La clef de cette modération est l'existence de "pouvoirs intermédiaires". "Les pouvoirs intermédiaires, subordonnés et dépendants constituent la nature du gouvernement monarchique, c'est-à-dire de celui où un seul gouverne par des lois fondamentales" (6); et l'auteur ajoute : "le pouvoir intermédiaire subordonné le plus naturel est celui de la noblesse". Dans ce passage capital, lorsqu'il développe cette thèse, Montesquieu justifie de la manière la plus catégorique sur le plan des principes (celui auquel se situe son oeuvre) le rôle des Parlements et, plus précisément, des Parlements de composition nobiliaire, avec leurs pouvoirs concrets d'enregistrement et de remontrance; il combat en effet ceux "qui avaient imaginé, dans quelques Etats en Europe, d'abolir toutes les justices des seigneurs" et il recourt expressément, pour justifier ce système, au principe des contrepoids comme garantie de la liberté, en définitive, à la vieille idée de la Constitution mixte.

Mais cette conception puise sa vigueur -et c'est le troisième point- dans la doctrine du "dépôt des lois", qui vient consacrer, au sens strict de l'expression, un véritable "gouvernement des juges". "Il ne suffit pas qu'il y ait, dans une monarchie, des rangs intermédiaires; il faut encore un dépôt des lois. Ce dépôt ne peut être que dans les corps politiques qui annoncent les lois lorsqu'elles sont faites et les rappellent lorsqu'on les oublie" (7) ... Le Conseil du Prince n'est pas un dépôt convenable. Il est par sa nature le dépôt de la volonté momentanée du Prince qui exécute, et non pas le dépôt des lois fondamentales. De plus, le Conseil du monarque change sans cesse; il n'est point permanent ... Dans les Etats despotiques, où il n'y a point de lois fondamentales, il n'y a pas non plus de dépôt de lois" (8).

Comme on le voit, cette conception va au-delà de celle de la simple séparation des pouvoirs, dès lors qu'elle assigne aux juges, entendus comme "corps politiques", la défense de la Constitution ou des lois fondamentales du pays contre le législateur lui-même, la fonction de gardiens et de défenseurs du dépôt sacré des lois, en face de la "volonté momentanée du Prince" (9). En

(6) *L'Esprit des lois*, 1, II, chap. 4. On sait que le terme "dépendants", qui atténue la vigueur du concept, a été imposé par l'intervention de la censure: Prélôt, "Montesquieu et les formes de gouvernement", dans l'ouvrage collectif *Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des Lois, 1748-1948*, Paris 1952, p. 126, en note.

(7) On observera qu'il y a là une allusion expresse aux techniques de l'"enregistrement" et des "remontrances" utilisées par les Parlements, ainsi qu'on l'a déjà noté.

(8) *L'Esprit des Lois*, *eod. loc.*; sur des antécédents possibles de cette doctrine, v. Bickart, *op. cit.*, p. 87 et s.

(9) Sur l'utilisation de l'idée de "dépôt des lois" par les Parlements dans leurs "remontrances" au

1771, le
rigoureux
rois dans
Rouen et
droit de c
1771, plus

Les
résistance
par Necke
par Tocqu
les Parlem
coup qu'il
effet, la F
cette exp
ouverteme
authentiqu

Les
division de
le risque
noblesse, i

Roi, Bick
des corp
intermédi
"remontr
clairemen
gouverner
sous lui d
l'exécution
Parlement
subordonn
l'exercice

(10) Olivier-M

(11) Bickart, p

(12) Bickart, p
même de r

(13) Comme
Généraux

(14) *L'Ancien*
sur ces pos
l'égalité civ.

orme idéale du
r la monarchie
de "pouvoirs
et dépendants
ire de celui où
r ajoute : "le
= la noblesse".
:squieu justifie
elui auquel se
les Parlements
strement et de
dans quelques
et il recourt
poids comme
tion mixte.

ne point- dans
ens strict de
pas qu'il y ait,
un dépôt des
oncent les lois
... Le Conseil
e dépôt de la
épôt des lois
esse ; il n'est
point de lois

de la simple
ndus comme
amentales du
le défenseurs
ince" (9). En

le la vigueur du
u et les formes
Esprit des Lois,

trement" et des

, v. Bickart, *op.*

montrances" au

1771, le Parlement de Bretagne le dit au Roi dans les termes les plus rigoureux : "les corps dépositaires des lois arrêtent la volonté momentanée des rois dans les monarchies parfaites" (10). Les Parlements, dit déjà celui de Rouen en 1756, exercent "un acte de concours avec le législateur" (11), "un droit de concourir avec le souverain à la formation de la loi", comme le dira en 1771, plus ouvertement encore, le Parlement de Toulouse (12).

Les Parlements poussèrent à l'extrême leur résistance à la fin du règne, résistance qui devint agressive à l'occasion des réformes financières lancées par Necker. La crise définitive éclata en 1787 (13). Le résultat en fut résumé par Tocqueville sous la forme d'un simple épigraphe de chapitre : "Comment les Parlements, au moment où ils se croyaient les maîtres, découvrirent tout à coup qu'ils n'étaient plus rien" (14). De cette crise est sortie directement, en effet, la Révolution bourgeoise. Voilà comment les révolutionnaires ont vu cette expérience décisive des Parlements, qui s'est présentée aussi ouvertement, on a essayé de le mettre en relief, comme une interprétation authentique de la doctrine de la division des pouvoirs de Montesquieu.

Les révolutionnaires ont décidé pour cette raison que l'idée de la division des pouvoirs devait être agencée d'une manière telle qu'elle écarterait le risque notoire aussi bien d'une suprématie politique de l'ordre de la noblesse, identifiée en fait dans leur pensée aux Parlements judiciaires, que

Roi, Bickart, *op. cit.*, p. 89 et s.; Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 31 et s. ; v. également la doctrine des corps intermédiaires ; les Parlements sont "le seul Corps qui reste aujourd'hui intermédiaire entre le Monarque et le sujet" dira le Parlement de Bordeaux dans une "remontrance" de 1771 (Bickart, p. 79). Déjà, en 1756, le Parlement de Paris, paraphrasant clairement Montesquieu, avait invoqué, en s'adressant au Roi, "cette sage économie du gouvernement monarchique... où le souverain ... veut bien se lier lui-même en établissant sous lui des puissances secondaires qui ...sont chargées du dépôt des lois et d'en maintenir l'exécution" (Bickart, p. 101). C'est peut-être encore plus clair dans cette "remontrance" du Parlement de Rouen en 1771 : dans le gouvernement monarchique, "des pouvoirs subordonnés et dépendants, mais nécessairement liés à la constitution de l'Etat, tempèrent l'exercice du pouvoir absolu" (*ibid.*, p. 104). On pourrait multiplier les citations.

(10) Olivier-Martin, p. 37.

(11) Bickart, p. 202.

(12) Bickart, p. 215. Le Parlement conclut qu'il a le "droit d'examiner, de discuter, de modifier et même de refuser" les lois nouvelles.

(13) Comme on le sait, c'est dans les Parlements qu'est née l'idée de convoquer les Etats Généraux (Bickart, p. 248) ; v. une vivante relation dans Olivier-Martin, p. 112 et s.

(14) *L'Ancien Régime*, I, p. 92. On doit noter que l'on insistait, dans les "cahiers" de la noblesse, sur ces positions et qu'on en réclamait même le renforcement ; v. Garaud, *La Révolution et l'égalité civile*, Paris, 1953, p. 94.

d'une mise en condition par les juges des possibilités de modelage révolutionnaire qui s'offraient au pouvoir central une fois celui-ci entre leurs mains. Sièyès fait constamment allusion en effet dans *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* aux "abus du pouvoir judiciaire, si fréquents et si redoutables en tout lieu où les peuples ne sont pas jugés par leurs égaux", au "projet insensé de consacrer à la fin du XVIIIème siècle les abominables restes du féodalisme"; "une nouvelle et intolérable aristocratie a réussi à se glisser", ajoute-t-il (15). Sièyès s'attaque même directement à l'autorité de Montesquieu : "cette aristocratie féodale ...qui ne cesse d'inspirer des vaines terreurs pour se conserver une grande importance, qui cache sa nullité pour le bien sous le nom de "corps intermédiaires" et sa puissance pour le mal sous l'autorité imposante de l'aristocrate Montesquieu" (16). Voilà donc justifiée la dissidence formelle, l'hétérodoxie expresse qui, pour l'interprétation du principe de la division des pouvoirs, va l'emporter sur celle de son propre auteur. L'aristocrate Montesquieu, le baron de la Brède et de Montesquieu, l'ancien Président du Parlement de Bordeaux, est exécré par les révolutionnaires au moment même où ils s'apprêtent à adopter son schéma central de Constitution (17), ce que l'on passe volontiers sous silence dans les

(15) On doit dire que nombre de ces concepts et particulièrement l'imputation selon laquelle les Parlements prétendaient mettre en place un régime aristocratique, venaient du Roi lui-même : "si la pluralité de mes cours forçait ma volonté, la monarchie ne serait plus qu'une aristocratie de magistrats, aussi contraire aux droits et aux intérêts de la Nation qu'à ceux de la souveraineté", répondait le Monarque en 1788 aux requêtes des Parlements (Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 125). Tocqueville commente ainsi ce texte : "Le Roi, en les appelant aristocrates, avait trouvé le côté sensible de la nation", et, rappelant que de la même Cour étaient sortis des libellés qui tentaient de mobiliser l'opinion en ce sens, il ajoute : "Tentative prématurée, mais bien digne d'être considérée, que cette union de la démocratie et du pouvoir absolu pour détruire les privilèges et l'aristocratie au profit du despotisme. Tentative si souvent et heureusement renouvelée depuis..." (*L'Ancien Régime*, II, p. 85). Au surplus l'imputation de sectarisme, au profit de leur classe, faite à l'attitude politique des Parlements est communément acceptée : Bickart, *op. cit.*, p. 279 ; v. *La France économique au XVIIIe siècle*, Paris 1925, p. 96, et de manière générale tous les auteurs cités *supra*, note 50.

(16) La citation est faite à partir de la référence à l'une des premières éditions de *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?* par Tocqueville, *L'Ancien Régime*, II, p. 144.

(17) Parmi les papiers inédits de Tocqueville figure une riche collection des pamphlets qui inondèrent le pays à la fin de l'Ancien Régime et où Montesquieu est fréquemment attaqué ; v. dans *L'Ancien Régime*, II, les références à Rabaud-Saint-Etienne, p. 160 ; Pétion, p. 168 ; ce dernier, selon la paraphrase de Tocqueville, impute à Montesquieu les préjugés de sa naissance et de sa classe qui le font écrire en gentilhomme et en Président du Parlement ; le premier critique avec acrimonie la doctrine des corps intermédiaires et Tocqueville observe qu'à partir des derniers mois de 1788, un combat à outrance est déclenché contre

présentations

D'autre de la manière sur la base d'aurait impliqué administratif impossibilité. été non seulement différence de été possible et risque fut spé pouvoir centr la loi de sépa reconnaissant comme contr Parlements ; droits de la N la reconnaiss pour régénér pour résister magistrature base, la volon entre leurs n explicite.

Tout c pouvoirs com la doctrine d

Montesquieu
D'autres do
séparation d
par ailleurs
peu plus tar
109, 233, etc
auteur, si nu
Philosophie
libéralisme d
(18) *Op. cit.*, p. 9
(19) Cité par To
(20) V. l'étude
Mélanges Ca

de môdelage
-ci entre leurs
e que le Tiers
tables en tout
jet insensé de
féodalisme";
oute-t-il (15).
quieu : "cette
eurs pour se
bien sous le
ous l'autorité
justifiée la
prétation du
e son propre
Montesquieu,
cré par les
r son schéma
ence dans les

elon laquelle les
ent du Roi lui-
rait plus qu'une
ion qu'à ceux de
ments (Olivier-
en les appelant
la même Cour
oute : "Tentative
émocratie et du
du despotisme.
e, II, p. 85). Au
le politique des
nce économique
urs cités *supra*,

le *Qu'est-ce que*
s pamphlets qui
nment attaqué ;
Pétion, p. 168 ;
préjugés de sa
Parlement ; le
ueville observe
clenché contre

présentations habituelles.

D'autre part, l'expérience impressionnante des Parlements avait révélé de la manière la plus claire que la structure du pouvoir qu'ils revendiquaient sur la base de la prédominance du pouvoir judiciaire n'était pas viable ; elle aurait impliqué, selon Tocqueville lui-même, intimement hostile au pouvoir administratif qui avait inévitablement surgi de cette séparation, une impossibilité absolue de gouverner ; l'action de ces corps, affirme-t-il, aurait été non seulement puissante mais absolument irrésistible puisque, à la différence de ce que l'on aurait pu faire avec une grande assemblée, il n'aurait été possible ni de les réduire, ni de les dominer, ni de les dissoudre (18). Ce risque fut spécialement mis en avant par les révolutionnaires une fois que le pouvoir central fut entre leurs mains. Le rapport de l'Assemblée d'où est issue la loi de séparation à laquelle on fera allusion plus loin, fait une concession en reconnaissant la doctrine de Montesquieu sur la fonction des Parlements comme contrepoids au pouvoir : "La Nation n'a pas oublié ce que l'on doit aux Parlements ; eux seuls ont résisté à la tyrannie ; eux seuls ont défendu les droits de la Nation". Mais c'est pour ajouter immédiatement : "On leur doit de la reconnaissance mais ce n'est pas de reconnaissance qu'on peut s'occuper pour régénérer un empire... Notre magistrature était justement constituée pour résister au despotisme, mais il n'existera plus désormais. Cette forme de magistrature n'est donc plus nécessaire" (19). Ce texte est décisif et, sur cette base, la volonté des révolutionnaires de libérer le pouvoir central, une fois entre leurs mains, des contraintes du pouvoir judiciaire ne peut être plus explicite.

Tout ceci a provoqué une interprétation singulière de la division des pouvoirs comme "séparation" des pouvoirs, qui est contraire non seulement à la doctrine de Montesquieu (20) mais aussi à la réalité de la Constitution

Montesquieu. On trouvera d'autres références dans Duclos, *op. cit.*, p. 71-72, en note. D'autres données sur les nobles qui utilisaient cet auteur figurent dans Seignobos, La séparation des pouvoirs, in *Etudes de politique et d'histoire*, Paris, 1934, p. 189 et 204. C'est par ailleurs un fait connu que le recours à l'autorité de Montesquieu par les doctrinaires, un peu plus tard (Diez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, 2ème éd., Madrid, 1956, pp. 90, 109, 233, etc...) ainsi que, de manière plus générale, le contraste notoire entre l'esprit de cet auteur, si nuancé, et l'absolutisme révolutionnaire (sur lequel en dernier lieu : Groethuysen, *Philosophie de la Révolution française*, *op. cit.*, p. 55 et s., avec comme épigraphe : "Le libéralisme de *L'Esprit des Lois* et la liberté telle que l'entend la Révolution").

(18) *Op. cit.*, p. 90-91.

(19) Cité par Tocqueville, *op. cit.*, p. 217.

(20) V. l'étude très fine d'Eisenmann, "L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs", in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris 1933, p. 163 et s., qui commence ainsi : "Séparation des

anglaise elle-même (21) (comme de la Constitution américaine) (22) d'où le principe était originaire. Cette séparation signifiait qu'il devenait possible, avant tout, de faire émerger un pouvoir administratif puissant et autonome. C'était l'exécutif en effet qui était le bénéficiaire direct du système, celui-ci impliquant une garantie de ce pouvoir dans ses relations avec les deux autres pouvoirs. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, cette garantie s'est affirmée absolue ; telle est en définitive l'idée essentielle du système, la séparation totale de la justice et de l'administration, l'immunité juridictionnelle de l'exécutif, alors que le seul postulat du principe de la division des pouvoirs était l'indépendance du judiciaire (23). La célèbre loi de l'Assemblée Constituante des 16-24 août 1790 a énoncé en effet -et ceci est la base du régime administratif (24)- que "les fonctions judiciaires sont et demeurent

pouvoirs et *Esprit des Lois* sont pour la quasi-unanimité, sinon l'unanimité, des constitutionnalistes, deux termes indissolublement liés, qui s'évoquent irrésistiblement l'un l'autre : la séparation des pouvoirs, c'est la doctrine constitutionnelle de *L'Esprit des Lois* ; *L'Esprit des lois*, c'est la première théorie de la séparation des pouvoirs.... Pour répandue qu'elle soit aujourd'hui, cette façon de comprendre et de présenter les idées constitutionnelles de *L'Esprit des Lois* est erronée... Que l'on se reporte à l'esquisse de la Constitution du chapitre VI du Livre IX, on n'y trouvera ni séparation fonctionnelle ni séparation matérielle des autorités étatiques". Si cette conclusion de l'analyse du chapitre VI du Livre XI de *L'Esprit des Lois* est si catégorique, elle pourrait être confortée encore si l'on se réfère aux passages que nous avons cités ci-avant sur le rôle central de la magistrature : à partir de ces derniers textes et sans aucun doute, l'idée de la "séparation" entendue comme cantonnement strict des pouvoirs, chacun disposant d'un plein monopole sur une fonction déterminée, est une interprétation radicalement fautive.

- (21) Selon les conclusions de Dicey, qui se voit même obligé d'utiliser l'expression française de "séparation des pouvoirs" pour faire allusion au système (*Introduction, op. cit.*, p. 337-339) ; l'expression, toutefois, s'est généralisée plus tard comme synonyme de "division des pouvoirs" (v. la note précédente).
- (22) V. Uhler, *Review of administrative acts. A comparative study of the Doctrine of the Separation of Powers and Judicial review in France and the United States*, Chicago, 1942 ; Schwartz, *French Administrative law and the Common-Law World, op. cit.*, p. 6 et s. (*infra*, note 71).
- (23) Dicey, *op. cit.*, p. 337.
- (24) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12ème éd., Paris 1933, p. 3 et *infra*, texte. Tel est de ce fait le point cardinal qui sépare le régime administratif du système anglo-saxon. V. Schwartz, *op. cit.*, *eod. loc.* : "In France, as in the common-law world, the separation of powers forms a corner-stone of constitutionalism. The doctrine there has, however, received an interpretation wholly unlike that to which the common lawyer is accustomed. Anglo-American Constitutional history is a record of attempts by legislature and courts to restrain excesses by the executive branch. French constitutional theory, on the other hand, has been influenced by the memory of constant obstruction of the executive branch by the Parliaments... Rightly or wrongly, it was felt that they had unduly opposed efforts toward necessary administrative reforms in order to

séparées des
forfaiture trou
administratifs
fonctions". Le
garantie péna
l'administrati
chapitre V, ar
son sceau défi

Mais l'
entre le lég
réglementaire
à trouver sa
conséquent d
propre au pou
des régleme
de l'exécutif
même (25) e
Constitution r
les lois et fi
L'ampleur de
cette mission
voie ouverte
lors à l'idée
rigoureuseme
démontre le
impose précis

conserve their
the common-

In France a li

(25) Titre II, Cha
provisoire, m
rappeler l'ex
Esmein-Néza

(26) V. Schwartz
Study of the l
qui explique
général et au
dispositions
administratif
potestad regla

ne) (22) d'où le
venait possible,
nt et autonome.
ystème, celui-ci
: les deux autres
tie s'est affirmée
e, la séparation
idictionnelle de
on des pouvoirs
de l'Assemblée
i est la base du
t et demeurent

l'unanimité, des
résistiblement l'un
: *L'Esprit des Lois* ;
s.... Pour répandue
ésenter les idées
orte à l'esquisse de
on fonctionnelle ni
lyse du chapitre VI
ortée encore si l'on
: la magistrature : à
l'entendue comme
le sur une fonction

ession française de
p. cit., p. 337-339) ;
de "division des

re of the Separation
o, 1942 ; Schwartz,
infra, note 71).

texte. Tel est de ce
saxon. V. Schwartz,
: of powers forms a
d an interpretation
ican Constitutional
es by the executive
d by the memory of
wrongly, it was felt
eforms in order to

séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions". Le Code pénal de 1791 va jusqu'à conférer à ce principe une garantie pénale en qualifiant de délit l'immixtion des juges dans l'action de l'administration. Le système fut repris par la Constitution de 1791 (Titre III, chapitre V, art. 3) et à partir de là par les Constitutions postérieures, recevant son sceau définitif dans la Constitution napoléonienne de l'an VIII.

Mais l'idée de séparation va également être posée comme postulat entre le législatif et l'exécutif pour servir de fondement au pouvoir réglementaire de ce dernier, rien de moins. Le système, on le sait, commence à trouver sa justification dans le concept d'exécution des lois, et par conséquent dans la théorie du règlement d'exécution ; cette fonction étant propre au pouvoir exécutif implique en effet qu'il soit autonome pour édicter des règlements de ce type. C'est en ces termes que le pouvoir réglementaire de l'exécutif a été reconnu initialement dans la Constitution de 1791 elle-même (25) encore qu'il n'ait trouvé sa consécration définitive que dans la Constitution napoléonienne de l'an VIII (art. 44) : "Le gouvernement propose les lois et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution". L'ampleur de la formule "assurer leur exécution" et surtout le rattachement de cette mission non à une loi concrète mais au bloc entier de la légalité, est la voie ouverte au règlement autonome. L'autonomie de l'exécutif conduit dès lors à l'idée d'un pouvoir réglementaire général qui lui est inhérent, idée rigoureusement contraire au principe de la division des pouvoirs, comme le démontre le constitutionnalisme anglo-saxon qui, au nom de ce principe, impose précisément au législatif le monopole de la création des normes (26), y

conserve their own privileges and prerogatives... In the Anglo-American world, the struggle of the common-law courts with the executive led to the supremacy of the courts over the executive. In France a like conflict has led to the opposite result".

- (25) Titre II, Chapitre IV, Section I, art. 6 : "Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformément aux lois pour en ordonner ou rappeler l'exécution". Le terme "proclamation" est emprunté sans doute au modèle anglais : Esmein-Nézard, *op. cit.*, II, p. 77.
- (26) V. Schwartz, *op. cit.*, p. 89 et s. ; et surtout Sieghart, *Government by decree. A comparative Study of the History of the Ordinance in English and French Law*, Londres, 1950, *passim*. Ce qui explique qu'il n'existe ni en Angleterre ni aux Etats-Unis un pouvoir réglementaire général et autonome de l'exécutif, mais seulement une "législation déléguée" en vertu de dispositions expresses votées par les chambres. V. également de Schwartz, *Le droit administratif américain*, Paris, 1952, p. 51 et s., ainsi que mon ouvrage *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 53 et s.

compris, on le sait, en ce qui concerne les Règlements locaux (*Local or Private Acts*) (27).

3 - LE RENFORCEMENT DU POUVOIR ADMINISTRATIF COMME CONSEQUENCE DE LA NOUVELLE STRUCTURE SOCIALE : LA THESE DE TOCQUEVILLE

Dans tout ce courant de renforcement de l'exécutif, en dehors des raisons des circonstances qui ont pu jouer, ainsi qu'on l'a rappelé, c'est l'idée même de Révolution qui a été le moteur principal. Pour la première fois dans l'histoire des révolutions, on ne prétendait pas changer la politique ou les titulaires du pouvoir, ni même la structure de celui-ci. La Grande Révolution, avec ses grands dogmes, postulait avant tout une nouvelle structure sociale. Dès lors, cette tâche gigantesque ne pouvait être réalisée avec de simples déclarations générales ni même par la seule promulgation de nouvelles lois. Il fallait composer un pouvoir étendu, capable d'assumer cette mission dont l'ampleur débordait toute la tradition de l'Etat - et ce pouvoir devait être avant tout un pouvoir gouvernemental actif, constant, général, toutes notations qui, nécessairement, faisaient pencher la balance du côté de l'administration.

A moment donné on a pu croire que ce pouvoir exacerbé devait être simplement circonstanciel, se limiter à assurer la phase transitoire du passage de l'ancien au nouveau régime, à prendre en charge la tâche de démantèlement des structures de l'ancien système (tant dans l'ordre intérieur que dans l'ordre extérieur, compte tenu des besoins militaires), après quoi l'ordre naturel d'une société concurrentielle et libre s'imposerait et se défendrait de lui-même. Telle est, en résumé, cela est bien connu, la doctrine jacobine du "gouvernement révolutionnaire", parfaitement transparente jusqu'au point culminant de la "Terreur" (28). La force du mythe dissimulait

(27) Allen, *Law in the making*, 5ème éd., Oxford, 1951, p. 505 et s. ; Jennings, *Parliament*, Cambridge, 1948, p. 433 et s. ; H. Finer, *English local Government*, 4ème éd., Londres, 1950, p. 192 et s. ; pour les Etats-Unis où cette fonction appartient aux Congrès particuliers de chaque Etat, Graves, *American States Government*, 4ème éd., Boston, p. 285 et s.

(28) La Convention décréta, on le sait que "le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix". Robespierre interprétait ainsi la formule "gouvernement révolutionnaire" : "Le but du gouvernement constitutionnel est de conserver la République, celui du gouvernement est de la fonder. La révolution est la guerre de la liberté contre ses ennemis ; la constitution est le régime de la liberté victorieuse et paisible". V. Mautouchet, *Le gouvernement révolutionnaire (10 août 1792-18 brumaire an VI)*, Paris 1912 ; J.J. Chevallier, *Histoire des institutions politiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris 1952, p.

un fait déci
Révolution a
universel, tel
premier à
établirent av
Révolution r
dans un pass
société et re
serait de dél
ordre ; non t
juger que so
que ce n'étai

S'être
libérales, lo
pensaient rig
Tocqueville (

84 ; Godec
contempora
275 et s.

(29) *L'Ancien R*
épigraphe :
de détruire

(30) Il faut che
autre grand
également
deux premi
exactement
l'influence
le thème es

(31) Lorsque l'
l'interféren
son style et
prononcées
de Napolé
comme dai
(*Les origini*
despote, aq
volonté un
civile..., seu
le travail a
maître exig

ux (Local or Private

**IF COMME
SOCIALE : LA**

itif, en dehors des
rappelé, c'est l'idée
première fois dans
la politique ou les
Grande Révolution,
e structure sociale.
e avec de simples
le nouvelles lois. Il
cette mission dont
ir devait être avant
utes notations qui,
ministration.

acerbé devait être
histoire du passage
rge la tâche de
is l'ordre intérieur
aires), après quoi
'imposerait et se
connu, la doctrine
ent transparente
mythe dissimulait

Jennings, *Parliament*,
ne éd., Londres, 1950,
ongrès particuliers de
. 285 et s.
ire de la France est
rmule "gouvernement
server la République,
e la liberté contre ses
ible". V. Mautouchet,
T), Paris 1912; J.J.
s jours, Paris 1952, p.

un fait décisif, que la nouvelle structure sociale mise en place par la Révolution allait impliquer inexorablement un pouvoir administratif fort et universel, tel que l'Ancien Régime n'en avait pas connu. Tocqueville fut le premier à discerner cette nécessaire relation, que les révolutionnaires établirent aveuglément sans parvenir à saisir son sens caché : "Quand on vit la Révolution renverser à la fois toutes les institutions et tous les usages -dit-il dans un passage capital-, qui avaient jusque là maintenu une hiérarchie dans la société et retenu les hommes dans la règle, on put croire que son résultat serait de détruire, non seulement un ordre particulier de société mais tout ordre ; non tel gouvernement, mais la puissance sociale elle-même ; et l'on put juger que son naturel était essentiellement anarchique. Et pourtant j'ose dire que ce n'était encore là qu'une apparence" (29).

S'être rendu compte de ce fait capital, au zénith même des idées libérales, lorsque l'opinion publique et les clercs, dans leur ensemble, pensaient rigoureusement le contraire, est un des grands titres de gloire de Tocqueville (30) (31). Selon lui, le fait de la concentration du pouvoir comme

84 ; Godechot, *Les institutions...*, op. cit., p. 255 et s. ; Taine, *Les origines de la France contemporaine*, op. cit., tomes V-VIII ; Von Stein *Gesichte des sozialen Bewegung*, op. cit., p. 275 et s.

(29) *L'Ancien Régime*, I, p. 85 ; ce passage fait partie du chapitre II du Livre I, qui porte comme épigraphe : "Que l'objet fondamental et final de la Révolution n'était pas, comme on l'a cru, de détruire le pouvoir religieux et d'énervier le pouvoir politique".

(30) Il faut chercher de préférence le développement thématique de cette assertion dans son autre grand ouvrage *De la démocratie en Amérique*, publié entre 1835 et 1840. Nous le citons également dans l'édition des *Oeuvres complètes*, dirigée par J.P. Mayer, dont elle forme les deux premiers volumes (1951), avec une introduction de Laski ; la partie finale de l'ouvrage, exactement la 4ème partie du Tome II (p. 293 et s.), traite en effet systématiquement "De l'influence qu'exercent les idées et les sentiments démocratiques sur la société politique" et le thème est développé tout au long de huit chapitres.

(31) Lorsque l'on a réussi, déjà tardivement, à voir ce fait, on l'a généralement interprété par l'interférence personnelle de Napoléon (v. ci-après), en fonction de son talent militaire, de son style et des besoins de guerre de son Empire. En faveur de cette interprétation se sont prononcées aussi bien la droite que la gauche. Ainsi, pour la première, Taine : toute l'oeuvre de Napoléon est "l'oeuvre de l'égoïsme servi par le génie : dans sa bâtisse européenne comme dans sa bâtisse française, l'égoïsme souverain a introduit un vice de construction" (*Les origines...*, op. cit., IX, p. 142). "C'est un corps social organisé par un despote et pour un despote, approprié au service d'un seul homme ; excellent pour agir sous l'impulsion d'une volonté unique et d'une intelligence supérieure ; ... adapté à la vie militaire et non à la vie civile..., seul capable de porter le poids du nouveau régime et de fournir, quinze ans de suite, le travail accablant, l'obéissance conquérante, l'effort surhumain, meurtrier, insensé, que son maître exige de lui" (*ibid.*, p. 212). Un témoignage de gauche, de la tradition jacobine comme

conséquence de la nouvelle structure sociale établie par la Révolution "ne sort point du caprice de l'esprit humain mais elle est une condition naturelle de l'état actuel des hommes" (32). Schématiquement, les causes déterminantes de ce phénomène peuvent être ainsi ordonnées :

de la tradition marxiste postérieure, figure aujourd'hui dans Godechot, *Les institutions...*, 2ème éd., 1968, p. 763 : "On ne niera point que la guerre ait requis des atténuations aux libertés de presse et de réunion, au libéralisme économique. Obligeait-elle réellement - à cette époque surtout- à tailler toutes les institutions sur le modèle militaire, à faire place à la police dans toutes administrations ? Ce qui est paradoxal, c'est que des conquêtes de l'Empereur en vue de quoi ces institutions avaient été construites, la France n'a rien gardé, tandis qu'au contraire les institutions administratives ont survécu au Grand Empire, quasi-inchangées, ont duré plus d'un siècle et se survivent encore en partie aujourd'hui. Elles ont donné à la France cette armature administrative rigide qui la distingue tant des autres grandes puissances durant le XIXème siècle, et cette centralisation outrancière, dont elle a tant de mal à se défaire. Quoi d'étonnant d'ailleurs à cela ? Les institutions ne sont que les cadres dans lesquels se débattent les hommes : elles sont le produit de la lutte des classes. La bourgeoisie victorieuse des ordres privilégiés en 1789, mais menacée par le quatrième état dès 1793, se devait de construire les institutions nécessaires à sa défense ? Napoléon l'a satisfaite... C'est pour cette raison, aussi, qu'elles ne sont pas effondrées lors du désastre de 1814".

Il est naturellement difficile d'expliquer toute une étape de l'histoire à partir du caprice d'un homme, fût-il reconnu génial. La prophétie de Taine sur l'écroulement final du système centralisateur (*ibid.*, p. 142) non seulement ne s'est pas réalisée mais, autant qu'on puisse l'entrevoir, ne paraît pas réalisable. Beaucoup plus perspicace a été la prédiction bien connue de Tocqueville : "Je pense que dans les siècles démocratiques qui vont s'ouvrir... les libertés locales seront toujours un produit de l'art. La centralisation sera le gouvernement naturel" (*De la démocratie*, II, p. 303). Quant à l'interprétation marxiste de la centralisation en tant que moyen de défense de la bourgeoisie contre le "quatrième Etat", la réalité contemporaine ne paraît pas la justifier davantage, que ce soit dans les pays socialistes ou socialisants occidentaux ou même dans les régimes communistes, les uns et les autres ayant renforcé et non relâché l'ensemble des ressorts du pouvoir (*cf.* sur le "centralisme démocratique", Studenikin, Wlassow et Jewtichijew, *Sowjetisches Verwaltungsrecht*, Berlin, 1954, publication du Ministère de la Justice de l'U.R.S.S., p. 94 et s., et l'excellente étude de Churchward, "*Continuity and Change in Soviet Local Government*", dans la revue *Soviet Studies*, IX, 1958, p. 258 et s.). Il est également établi qu'Engels lui-même considérait l'empire napoléonien comme une situation d'équilibre entre les classes et non comme une situation de domination d'une classe sur l'autre (*apud* Heller, *Staatslehre*, Leyde, 1934, p. 172). L'unique explication satisfaisante est celle que proposait Tocqueville et que nous analysons ci-après dans le texte. On peut toutefois trouver un antécédent de cette interprétation chez Royer-Collard, qui avait dit en 1822 : "De la société en poussière est sortie la centralisation" (cité par Göring, *Tocqueville und die Demokratie*, *op. cit.*, p. 65).

(32) *De la démocratie*, II, p. 299.

a) En fondée sur les ce n'est pas pour réunir administratio peuple qui n liberté, ainsi habitudes de d'attraction r naître l'état centre ; ils s'y d'un coup les reprend cons attiré et engl qui étaient a d'ordres, de éparpillées di pouvoir sembl cette puissan ruines que la

Cette (35) plutôt à

(33) *Ibid.*, p. 304

(34) *L'Ancien* l'aristocrati du gouvern court vers le été arrachés n'ont point mais se son 311, etc...

(35) Hauriou, *P la France administrat dirigeantes Taine. Son l'Ancien Ré, 343-244*, n nous l'avon l'on observ

olution "ne sort
on naturelle de
terminantes de

, Les institutions...,
s atténuations aux
elle réellement -à
e, à faire place à la
des conquêtes de
nce n'a rien gardé,
nd Empire, quasi-
ourd'hui. Elles ont
e tant des autres
nière, dont elle a
ns ne sont que les
tte des classes. La
le quatrième état
e ? Napoléon l'a
ors du désastre de

ir du caprice d'un
final du système
tant qu'on puisse
a prédiction bien
vont s'ouvrir... les
le gouvernement
: la centralisation
Etat", la réalité
ays socialistes ou
t les autres ayant
le "centralisme
ingsrecht, Berlin,
cellente étude de
: la revue *Soviet*
même considérait
non comme une
, Leyde, 1934, p.
ille et que nous
cédent de cette
en poussière est
. cit., p. 65).

a) En premier lieu, conséquence de l'égalité, la vieille structure sociale fondée sur les classes privilégiées et les pouvoirs intermédiaires disparaît, mais ce n'est pas pour entraîner la disparition de tout pouvoir : c'est au contraire pour réunir tous les anciens pouvoirs disparates au sein d'une seule administration centralisée : "Quand l'égalité vient à se développer chez un peuple qui n'a jamais connu ou qui ne connaît plus depuis longtemps la liberté, ainsi que cela se voit sur le continent de l'Europe, les anciennes habitudes de la nation arrivant à se combiner subitement et par une sorte d'attraction naturelle avec les habitudes et les doctrines nouvelles que fait naître l'état social, tous les pouvoirs semblent accourir d'eux-mêmes vers le centre ; ils s'y accumulent avec une rapidité surprenante, et l'Etat atteint tout d'un coup les extrêmes limites de sa force" (33). L'idée lui est chère et il la reprend constamment : "vous apercevrez un pouvoir central immense qui a attiré et englouti dans son unité toutes les parcelles d'autorité et d'influence qui étaient auparavant dispersées dans une foule de pouvoirs secondaires, d'ordres, de classes, de professions, de familles et d'individus, et comme éparpillées dans tout le corps social. On n'avait pas vu dans dans le monde un pouvoir semblable depuis la chute de l'empire romain. La Révolution a créé cette puissance nouvelle, ou plutôt celle-ci est sortie comme d'elle-même des ruines que la Révolution a faites" (34).

Cette idée a été reçue a notre époque par Hauriou, mais, semble-t-il (35) plutôt à travers Taine qu'à travers Tocqueville. Hauriou lui confère une

(33) *Ibid.*, p. 304, c'est nous qui soulignons.

(34) *L'Ancien Régime*, I, p. 85, Autres citations ; "... substituent des fonctionnaires à l'aristocratie, aux franchises locales l'uniformité des règles, à la diversité des pouvoirs l'unité du gouvernement", *ibid.*, p. 86. "Quand un peuple a détruit dans son sein l'aristocratie, il court vers la centralisation comme de lui-même", *ibid.*, p. 129. "Tous ces droits divers qui ont été arrachés successivement de notre temps à des classes, à des corporations, à des hommes, n'ont point servi à élever sur une base plus démocratique de nouveaux pouvoirs secondaires, mais se sont concentrés de toutes parts dans les mains du souverain", *De la démocratie*, II, p. 311, etc...

(35) Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2ème éd., Paris, 1929, p. 724 : "Dans *Les origines de la France contemporaine*, Taine a remarqué fort justement que les institutions administratives de l'an VIII avaient remplacé les cadres sociaux constitués par les classes dirigeantes de l'ancien régime". Taine se faisait là l'écho de Tocqueville (v. Giraud, *Essai sur Taine. Son oeuvre et son influence*, Paris 1932, et l'étude de Mayer, *Histoire de l'influence de l'Ancien Régime*, *op. cit.*, qui constitue un appendice à l'édition de ce dernier ouvrage, I, pp. 343-244), mais son interprétation différait essentiellement de celle de Tocqueville ainsi que nous l'avons montré : *supra*, note 78. Qu'Hauriou ait ignoré Tocqueville paraît probable si l'on observe que l'idée centrale de *L'Ancien Régime*, selon laquelle la centralisation était en

forme plus élégante : "Les prérogatives comme privilèges ont été bannies des relations sociales par la Révolution mais elles ne l'ont pas été des relations politiques ; au contraire elles ont été concentrées aux mains du Gouvernement et de l'Administration... L'Administration publique a succédé aux classes privilégiées de l'ancien régime dans le rôle d'hommes d'affaires du public que jadis ces classes avaient plus ou moins bien rempli ; elle a hérité par là-même de leurs prérogatives..." (36). Indépendamment de l'observation générale, qui

train d'être réalisée par le Roi, devenant ainsi une des causes principales de la Révolution, est attribuée parfois à Taine lui-même, parfois à Sainte-Beuve et à des écrivains secondaires (v. dans le même *Précis*, p. 723, en note). On peut véritablement déplorer que la rencontre de ces deux grandes personnalités, Tocqueville et Hauriou, ne se soit pas réalisée et l'on perçoit l'énorme bénéfice qu'en aurait tiré le dernier si l'on note seulement l'inclination qu'il éprouvait, nous l'avons vu, pour les grandes intuitions du premier. Cette méconnaissance est une preuve de premier ordre de l'éclipse inexplicable subie par Tocqueville, en raison probablement de son opposition à toutes les idées dominantes de son temps.

- (36) Préface à la 5ème édition du *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris 1943, pp. VII-VIII. Bien que cette édition ait été préparée par André Hauriou, celui-ci fait observer, dans la Préface elle-même, qu'a été maintenue "la substance doctrinale que le grand *Précis de droit administratif* du doyen Maurice Hauriou, les formules ont seulement été simplifiées", ce qui explique que l'oeuvre ait été publiée et la Préface signée par les deux Hauriou, le père et le fils. Maurice Hauriou insiste sur l'idée exposée au texte à maintes reprises. Dans la 12ème édition du *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 75, il écrit : la centralisation "est devenue aussi une condition d'existence du régime démocratique ; une grande nation ne peut pas vivre sans cadres sociaux ; une fois détruits les cadres qu'avaient fournis les régimes aristocratiques, et puisque dans une atmosphère d'égalité absolue ils ne pouvaient pas se reconstituer, il fallait les remplacer par des cadres administratifs ; mais pour ce faire, il fallait que la centralisation pénétrât tout le pays par une hiérarchie possédant des représentants. Ce fut un trait de génie de Napoléon 1er d'avoir compris en l'an VIII que l'aristocratie de l'ancien régime ne pouvait être remplacée que par celle des préfets et sous-préfets aux costumes chamarrés. Cette nécessité subsiste plus que jamais. Les masses démocratiques ont besoin d'être encadrées. Elles le sont par l'administration et par les partis politiques ; et c'est encore une raison de maintenir la centralisation car on ne saurait laisser le champ libre aux seules organisations des partis politiques". Si Hauriou, en effet ne connaissait pas Tocqueville, la similitude de ce paragraphe avec le texte de Tocqueville qui évoque la substitution du noble par le fonctionnaire (*supra*, note 81) est incroyable. Dans le Préambule de la Constitution de 1791, cette substitution est assurément explicite : "Il n'y a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinction d'ordres, ni régime féodal, ni justices patrimoniales, ni aucun des titres, dénominations et prérogatives qui en dériveraient, ni aucun ordre de chevalerie, ni aucune chevalerie, ni aucune des corporations ou décorations pour lesquelles on exigeait des preuves de noblesse ou qui supposaient des distinctions de naissance, ni aucune autre supériorité que celle des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions". Le texte est vraiment beau et corrobore avec la plus grande

n'est pas disc
l'assertion se v
de l'état-civil, l
les fondations
administratifs-

force la thèse
(37) V. sur ces ex
Sur le registre
España, II, I,
religieuses de l
civil, Paris 19
services publi
s. ; XI, p. 605
Consulat et d
Imbert, *Le dr*
entre ces servi
la Constitution
articles 21 et
l'enseignemen
matière, obse
tous les bien
l'abolition mêm
masse considé
sera constamr
173). M. E. Le
1947, p. 322 et
public", d'"in
ecclésiastiques
des personnes
charité et d'in
sessions de l'A
bien de cette
c'est pour les
des dépôts et
nation... ; elle
utilité et pour
avaient été fai
rachat ou de l
à un autre, b
"services publi
ait donné ain
également en

s ont été bannies des pas été des relations ins du Gouvernement succédé aux classes affaires du public que a hérité par là-même rvation générale, qui

n'est pas discutable, on peut trouver des exemples concrets dans lesquels l'assertion se vérifie dans toutes ses possibilités d'adaptation; ainsi le registre de l'état-civil, la bienfaisance, l'éducation, jusque là assurés par l'Eglise et par les fondations seigneuriales et qui, plus tard, se constitueront en services administratifs-types (37).

force la thèse que nous exposons.

- (37) V. sur ces exemples les observations de Tocqueville dans *De la démocratie*, II, pp. 311-312. Sur le registre civil (art. 7 du Titre II de la Constitution de 1791, De Castro, *Derecho civil de España*, II, I, Madrid, 1952, p. 557 et s. et les auteurs cités; Mathiez, *Les conséquences religieuses de la journée du 10 août 1792 : la déportation des prêtres et la sécularisation de l'état civil*, Paris 1911; Godechot, p. 208 et s. Sur l'énorme construction napoléonienne des services publics d'enseignement et de bienfaisance, Taine, *Les origines...*, op. cit., X, p. 64 et s.; XI, p. 605 et s., 635 et s.; Chevallier, *Histoire...*, op. cit., p. 156 et s.; Madelin, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, Tome XI, *La Nation sous l'Empereur*, Paris, 1948, p. 246 et s.; Imbert, *Le droit hospitalier de la Révolution et de l'Empire*, Paris, 1954. Le rapport direct entre ces services publics et la destruction de l'ancien système est reconnu dans le Titre I de la Constitution de 1791, les articles 23 et 24 du projet jacobin de Déclaration des droits, les articles 21 et 22 de la Déclaration des droits de 1793 et enfin, en ce qui concerne l'enseignement, par le Titre X de la Constitution de l'an III. Necker, grande autorité en la matière, observe expressément, à propos du nouveau Budget, que "la réunion à l'Etat de tous les biens du clergé, la destruction du patronage des anciens seigneurs de Terre, l'abolition même des jurandes sont autant de circonstances qui enlèveront aux pauvres une masse considérable de secours, ainsi un remplacement quelconque de la part du Trésor public sera constamment nécessaire" (in *Sur l'Administration de M. Necker*, par lui-même, 1791, p. 173). M. E. Leroy, *Histoire des idées sociales en France*, I, *De Montesquieu à Robespierre*, Paris 1947, p. 322 et s., a souligné avec exactitude la relation directe entre les concepts de "service public", d'"intérêt public", de "fonction publique" et la nationalisation des biens ecclésiastiques; ces biens provenaient en majorité des dons et legs qui avaient été faits par des personnes charitables dans le but primordial que l'Eglise puisse assurer ses services de charité et d'instruction; le Constituant Barnave dira par exemple, lors l'une des premières sessions de l'Assemblée: "Le clergé existe pour la nation et tout ce qu'il possède est pour le bien de cette nation. Ce n'est pas pour les individus du clergé que ces biens ont été donnés, c'est pour les pauvres, les hôpitaux, les établissements publics; ces fondations ne sont que des dépôts et le clergé n'est que le dispensateur...; les fondations sont données à la nation...; elle peut donc retirer de ses mains ces biens qui n'ont été affectés que pour son utilité et pour divers usages publics"; Mirabeau allait confirmer que de tels dons et legs avaient été faits en vue d'une "dépense publique"; on déduira de tout cela, à l'occasion du rachat ou de la nationalisation de ces biens, que l'Etat substituait un système de financement à un autre, bien qu'en assumant ces vieux services de l'Eglise et en les transformant en "services publics" sécularisés ou laïcs, il en ait altéré pour l'essentiel la signification et qu'il ait donné ainsi une physionomie entièrement nouvelle à l'ordre social et politique V. également en ce sens Belin, *L'idée d'utilité sociale et la Révolution française*, II, Paris, 1939, p.

incipales de la Révolution, des écrivains secondaires à explorer que la rencontre soit pas réalisée et l'on élement l'inclination qu'il Cette méconnaissance est : Tocqueville, en raison n temps. *zif*, Paris 1943, pp. VII- lui-ci fait observer, dans : que le grand *Précis de ment été simplifiées*", ce deux Hauriou, le père et reprises. Dans la 12ème tralisation "est devenue ide nation ne peut pas nt fournis les régimes ils ne pouvaient pas se mais pour ce faire, il rarchie possédant des mpris en l'an VIII que ille des préfets et sous- ie jamais. Les masses tration et par les partis ar on ne saurait laisser Hauriou, en effet ne xte de Tocqueville qui est incroyable. Dans le ent explicite: "Il n'y a n d'ordres, ni régime et prérogatives qui en et des corporations ou qui supposaient des ionnaires publics dans e avec la plus grande

b) La substitution de la structure de l'Administration centralisée à celle des pouvoirs secondaires s'est imposée précisément par la dialectique même de l'idée d'égalité sociale que la Révolution a réussi à faire triompher ; l'égalité, en effet, ne s'accomode pas des pouvoirs secondaires, d'abord parce qu'elle nie la possibilité de privilèges de classe ou de personnes, ensuite et quand bien même de telles prérogatives seraient attribuées à des corporations impersonnelles, parce qu'il en découlerait des discriminations entre ceux qui sont membres de ces corporations et ceux qui ne le sont pas, ou entre ceux qui relèvent de telle corporation et ceux qui relèvent de telle autre ; le principe d'égalité comme élément constitutif de la société implique rigoureusement une concentration du pouvoir, une centralisation de toutes les inégalités au niveau supérieur de l'Etat (38). "Cette haine immortelle et de plus en plus allumée, qui anime les peuples démocratiques contre les moindres privilèges, favorise singulièrement la concentration graduelle de tous les droits politiques dans les mains du seul représentant de l'Etat. Le souverain, étant nécessairement et sans contestation au-dessus de tous les citoyens, n'excite l'envie d'aucun d'eux, et chacun croit enlever à ses égaux toutes les prérogatives qu'il lui concède" (39). Mais ce ne sont pas seulement les mécanismes psychologiques qui imposent la concentration du pouvoir au sein d'une société égalitaire; il y aussi les besoins internes eux-mêmes de cette société : "Il résulte de la constitution même des nations démocratiques et de leurs besoins que, chez elles, le pouvoir du souverain doit être plus uniforme, plus centralisé, plus étendu, plus pénétrant, plus agissant qu'ailleurs" (40).

Le développement de cette assertion est de grande portée et nous entraînerait très loin. Tocqueville multiplie les raisons : l'incapacité de l'homme moyen qui caractérise les sociétés démocratiques, son ignorance, sa naïveté, sa négligence et sa détresse, le talent des nouveaux titulaires du pouvoir, le contrepois nécessaire d'une structure d'ordre à l'égoïsme, dans une société par principe atomistique, etc., etc. Tocqueville, conclut en

34 et s.

(38) Le dogme de la volonté générale corroborait absolument cette conclusion : "Il importe, donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société particulière dans l'Etat et que chaque citoyen n'opine que d'après lui. Telle fut l'unique et sublime institution du grand Licurgue" (Rousseau, *Du contrat social*, I, 1, chap. III). Sur l'application du principe par les révolutionnaires par la suppression des corps intermédiaires, Taine, *Les origines...*, op. cit., III, p. 266 et s. ; v. p. 150 et s. ; VII, p. 130 et s. ; Garaud, *La Révolution et l'égalité civile*, op. cit., p. 121 et s. ; Olivier-Martin, *L'organisation corporative de la France d'ancien régime*, Paris 1938, p. 510 et s., notamment p. 541 et s.

(39) *De la démocratie*, II, p. 302.

(40) *Ibid.*, pp. 328-329.

affirma
alimen
jamais
par les
au mili
ses dés
soutien
vu dan
qui ait
second
d'assuj
qui soi
L'idée
(43). "
n'aperç
plus l'a
son livr
d'une 1

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

la p
lign
l'his
Toc
déjà
cap
Toc
erro
à fa
péri
ces
renl
mer
salu
coe
surj
vivr
dén
Réj

on centralisée à celle
la dialectique même
à faire triompher ;
aires, d'abord parce
ersonnes, ensuite et
s à des corporations
tions entre ceux qui
as, ou entre ceux qui
e autre ; le principe
que rigoureusement
tes les inégalités au
et de plus en plus
moindres privilèges,
les droits politiques
e souverain, étant
es citoyens, n'excite
s égaux toutes les
pas seulement les
n du pouvoir au sein
eux-mêmes de cette
démocratiques et de
t être plus uniforme,
ju'ailleurs" (40).

nde portée et nous
as : l'incapacité de
es, son ignorance, sa
ouveaux titulaires du
re à l'égoïsme, dans
queville, conclut en

conclusion : "Il importe,
pas de société particulière
fut l'unique et sublime
hap. III). Sur l'application
intermédiaires, Taine, *Les*
Garaud, *La Révolution et*
corporative de la France

affirmant que, paradoxalement, le pouvoir créé par la Révolution, entraîné et alimenté par le seul principe d'égalité, est un pouvoir comme l'Histoire n'en a jamais connu, un despotisme qui "jamais n'avait été conçu avant notre temps par les rois d'Europe" (41). L'Etat devient un "être immense, qui seul s'élève au milieu de l'abaissement universel. C'est vers lui que ses besoins et surtout ses désirs le ramènent sans cesse et c'est lui qu'il finit par envisager comme le soutien unique et nécessaire de la faiblesse individuelle" (42). "On n'a jamais vu dans les siècles passés, dit-il ailleurs, de souverain si absolu et si puissant qui ait entrepris d'administrer par lui-même, et sans le secours de pouvoirs secondaires, toutes les parties d'un grand empire ; il n'y en a point qui ait tenté d'assujettir indistinctement tous ses sujets aux détails d'une règle uniforme, ni qui soit descendu à côté de chacun d'eux pour le régenter et le conduire. L'idée d'une pareille entreprise ne s'était jamais présentée à l'esprit humain..." (43). "Je remonte de siècle en siècle jusqu'à l'antiquité la plus reculée ; je n'aperçois rien qui ressemble à ce qui est sous mes yeux. Le passé n'éclairant plus l'avenir, l'esprit marche au milieu des ténèbres" (44). Il a justement écrit son livre pour cela, pour voir comment brider un phénomène aussi nouveau et d'une telle transcendance (45). Or cette énorme concentration de pouvoir se

(41) *Ibid.*, p. 299.

(42) *Ibid.*, p. 301.

(43) *Ibid.*, p. 322.

(44) *Ibid.*, p. 326.

(45) *Ibid.*, p. 300, 335. Fueyo, dans sa thèse précitée (pp. 191-192) observe avec justesse que "De la première à la dernière ligne, l'oeuvre de Tocqueville appartient par sa nature même à la lignée des historiens - un Burckhardt, un Spengler, un Toynbee- pour laquelle l'analyse de l'histoire sert seulement de stimulant et d'aiguillon pour une vision du futur. Cet avenir que Tocqueville s'efforce de découvrir est celui de la société démocratique, laquelle se trouve déjà solidement établie quant à ses fondations mais qui est appelée à un développement capable d'engendrer de nouvelles formes de vie humaine, les formes de vie, comme Tocqueville aimait à le dire, des siècles démocratiques qui vont s'ouvrir". Il serait par ailleurs erroné de confondre, comme on l'a fait, Tocqueville avec un réactionnaire qui se complairait à faire de l'avenir une peinture sommaire et grossière. "J'ai voulu exposer au grand jour les périls que l'égalité fait courir à l'indépendance humaine, parce que je crois fermement que ces périls sont les plus formidables aussi bien que les moins prévus de tous ceux que renferme l'avenir. Mais je ne les crois pas insurmontables" ajoute-t-il avec un courage mental lucide, pour continuer un peu plus loin : "Ayons donc de l'avenir cette crainte salutaire qui fait veiller et combattre et non cette sorte de terreur molle et oisive qui abat les coeurs et les énerve" (*De la Démocratie*, II, p. 335). Cette acceptation de l'avenir est au surplus parfaitement concrète et se réfère à la situation politique même qu'il est appelé à vivre ; rien de plus expressif à cet égard que le Prologue de la XIIème édition de *De la démocratie*, écrit à une date clef, 1848, lorsque l'on venait de proclamer la IIème République ; v. dans cette édition, pp. XLII-XLIV. Ainsi est justifiée la célèbre et heureuse

fait précisément au profit d'une administration. Tocqueville parle même de despotisme administratif (46). Le nouveau pouvoir est, pour les citoyens, un "pouvoir immense et tutélaire qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux... (47). Il travaille volontiers à leur bonheur, mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie..." (48). C'est là exactement l'administration publique, providentielle et créatrice (49).

c) Mais il y a au surplus une action réciproque entre l'Administration et l'égalité. Si celle-ci impose l'apparition de celle-là, l'administration puissante et centralisée détermine à son tour l'extension et le perfectionnement de l'égalité. "Toute puissance centrale... aime l'égalité et la favorise" dit Tocqueville (50). Ce qui sera justement le thème central de son grand livre *L'Ancien Régime et la Révolution*. C'est le processus de centralisation réalisé par l'ancien régime qui a créé l'égalité sociale d'où naquit justement la Révolution. Derrière les idéologies, ce processus a été, en définitive, le grand moteur révolutionnaire ; le titre de l'un des chapitres de l'ouvrage l'exprime d'une formule imagée : "Comment une grande révolution administrative avait précédé la révolution politique" (51). La Révolution n'a pas été une rupture radicale, comme on le prétend, mais elle "est sortie d'elle-même de ce qui la précède" (52), et concrètement de ce processus de centralisation qu'a rendu possible, qu'a promu directement l'égalité. Dès lors, en consacrant l'égalité comme formule sociale unique, la centralisation administrative non seulement se poursuit, mais elle se renforce, comme on l'a vu ; c'est elle seule qui est source d'égalité de sorte que la tendance égalitariste doit immanquablement se servir de cet instrument.

appréciation que Royer-Collard sut exprimer sur Tocqueville : "Un aristocrate qui accepta la défaite", idée développée par C. Schmitt, *Historiographia in Nuce*, précité. Sur le Ministère de Tocqueville sous Louis-Napoléon, v. la référence, note 106, *infra*.

(46) *Ibid.*, p. 325, 326, etc.

(47) *Ibid.*, p. 324.

(48) *Ibid.*, p. 313, 314, 315.

(49) *Ibid.*, p. 299.

(50) *Ibid.*, p. 302.

(51) *L'Ancien Régime*, I, p.236. Ce livre, publié en 1856, bénéficie, en conséquence, des intuitions centrales de l'ouvrage précédent ; la relation intime entre les deux se décèle si l'on note que, déjà en 1836, lorsqu'il achevait de publier *De la Démocratie*, il avançait dans l'article "Etat social et politique de la France avant et depuis 1789" qu'il publiera dans une revue anglaise, les thèses qu'il développera plus tard dans *L'Ancien Régime* ; on trouvera cet article dans la même édition de *L'Ancien Régime* que nous venons d'utiliser, pp. 31-67.

(52) *Ibid.*, p. 244.

C
allègue
Révoluti
règnes c
année
révolutio
internes
forme d
entièren
de ses t
autre de
"transfoi

U
uniquen
ranger
compris
Napoléon
extensio
étendu,
l'empire

(53) *L'An*
de ch
partie
favor
sans
qu'un
du pe
seule
Miral
(54) Kos
(55) V. l
ouvri
l'Adr
désor
Régir

Ille parle même de
sur les citoyens, un
leur jouissance et de
nt et doux... (47). Il
que agent et le seul
esoins, facilite leurs
rie..." (48). C'est là
trice (49).

L'Administration et
ustration puissante
rfectionnement de
: la favorise" dit
de son grand livre
ntralisation réalisé
quit justement la
définitive, le grand
'ouvrage l'exprime
dministrative avait
is été une rupture
même de ce qui la
isation qu'a rendu
onocérant l'égalité,
ive non seulement
elle seule qui est
mmanquablement

4 - NAPOLEON ET LA FORMATION DE L'ADMINISTRATION CONTEMPORAINE

Ce processus s'est réalisé rigoureusement ainsi. Le même Tocqueville allègue le précieux témoignage de Mirabeau qui, avant même que la Révolution n'eût fêté son premier anniversaire, écrivait au Roi : "Plusieurs règnes d'un gouvernement absolu n'auraient pas fait autant que cette seule année de révolution pour l'autorité royale" (53). Les perturbations révolutionnaires, les guerres extérieures, les luttes de factions, les désordres internes ont occulté un temps cette profonde réalité. Napoléon lui conféra sa forme définitive et la rendit évidente pour toujours. De ses mains sortit, entièrement formée, la puissante administration que la Révolution, en dépit de ses bases théoriques abstraites, postulait par elle-même. Plus qu'en tout autre domaine, c'est ici que l'on peut dire en toute justice de cet homme qu'il "transformait le tourbillon révolutionnaire en un mécanisme régulier".

Un grand romaniste, Koschaker, a pu dire de Napoléon en se référant uniquement à sa participation au Code civil qui porte son nom : "On peut ranger Napoléon parmi les grands législateurs de l'histoire du monde, y compris aux côtés de l'Empereur Justinien. L'empire juridique créé par Napoléon surpasse de loin, autant par la population qu'il contient que par son extension territoriale, celui qu'a créé Justinien" (54). Ce jugement peut être étendu, et plus justement encore, à sa grande création administrative, dont l'empire dépasse encore celui que le Code civil s'était constitué (55).

- (53) *L'Ancien Régime*, I, p. 85. Le texte de Mirabeau est ainsi rédigé : "Comparez le nouvel état de choses avec l'ancien régime ; c'est là que naissent les consolations et les espérances. Une partie des actes de l'Assemblée nationale, et c'est la plus considérable, est évidemment favorable au gouvernement monarchique. N'est-ce donc rien que d'être sans Parlements, sans pays d'états, sans corps de clergé, de privilégiés, de noblesse ? L'idée de ne former qu'une seule classe de citoyens aurait plu à Richelieu : cette surface égale facilite l'exercice du pouvoir. Plusieurs règnes d'un gouvernement absolu n'auraient pas fait autant que cette seule année de Révolution pour l'autorité royale". C'était là une certitude exprimée par Mirabeau qui, à plusieurs reprises, s'y arrêta ; v. Duclos, *La notion de Constitution*, pp. 58-59.
- (54) Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, 2è. éd. Munich et Berlin, 1953, pp. 136-137.
- (55) V. le *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat*, Paris, 1952, *passim* et mon commentaire de cet ouvrage in *Revista de administración pública* n° 10, 1953, p. 319. Sur cet aspect de l'Administration se réalise pleinement la phrase de Tocqueville : "Cet homme qui va désormais remplir à lui seul l'immense théâtre que la Révolution a ouvert...", *L'Ancien Régime*, II, p. 305.

stocrate qui accepta la
scité. Sur le Ministère

quence, des intuitions
écèle si l'on note que,
ait dans l'article "Etat
is une revue anglaise,
era cet article dans la

Napoléon sut donner à la France un système administratif qui est en passe de devenir définitif. L'observation selon laquelle, à côté d'une Constitution politique, la France a une Constitution administrative, qui s'est maintenue sans altération depuis Napoléon, rendant ainsi superficiels ses incessants changements, est une observation pertinente qui révèle l'une des clefs de la vie de ce pays. C'est encore Tocqueville qui fut le premier à la formuler, bien qu'ensuite elle soit devenue topique : "Nous avons vu nous-même en France, depuis 89, plusieurs révolutions qui ont changé de fond en comble toute la structure du gouvernement (56). La plupart ont été très soudaines et se sont accomplies par la force, en violation ouverte des lois existantes. Néanmoins, le désordre qu'elles ont fait naître n'a jamais été ni long ni général ; à peine ont-elles été ressenties par la plus grande partie de la nation, quelquefois à peine aperçues. *C'est que, depuis 89, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques.* On changeait la personne du prince ou les formes du pouvoir central mais le cours journalier des affaires n'était ni interrompu ni troublé" (57). Cette constitution administrative permanente a été précisément celle de Napoléon : "Perfection de la machine administrative bâtie par Bonaparte, écrit-il dans une des notes inédites préparées pour la poursuite de son oeuvre, prouvée par la facilité qu'elle a de fonctionner presque sans moteur, ce qui a été démontré par les révolutions qui ont eu lieu depuis, ou de fonctionner dans les mains infirmes de coquins médiocres, comme ceux qui nous gouvernent aujourd'hui (58) presque aussi bien qu'elle pourrait le faire sous l'impulsion des plus grands esprits ; elle produit son oeuvre, indépendamment de la valeur de l'ouvrier. Jamais ce phénomène ne s'est produit d'une façon plus évidente qu'en ce moment et le gouvernement n'a paru plus à portée du premier venu qui arrive à saisir la manivelle qui fait tourner la machine" (59). La citation est longue mais expressive. Depuis lors l'idée a été constamment reprise. C'est pourquoi la célèbre phrase de Roederer sur Napoléon, "ayant plus gouverné en trois ans que les rois en un siècle" ne nous paraît pas aujourd'hui relever de l'hyperbole (60).

(56) Ceci a été écrit en 1840. Depuis lors, beaucoup d'autres se sont succédées, et lorsqu'elles n'ont pas été des révolutions ouvertes, elles se sont traduites jusqu'à aujourd'hui par une constante instabilité gouvernementale ; l'affirmation est donc toujours valable.

(57) *L'Ancien Régime*, I, pp. 242-243.

(58) *L'Ancien Régime*, II, p. 317.

(59) Il se réfère au Second Empire. Cf. sur la rupture de Tocqueville avec Napoléon III, dont il avait été le Ministre des Affaires Etrangères pendant la brève période de sa Présidence, rupture encouragée par les projets grossièrement impériaux de Louis-Napoléon, v. Göring, *op. cit.*, p. 192 et s.

(60) Cité par Pierre-Henry, *Histoire des Préfets*, Paris, 1950, p. 54. Fouché avait déjà noté, en bon

Ces
structure
désordre
territoriale
maintenue
Pierre ang
le fonction
sa grande
avait com
dans la pr
dans sa fo
(63).

Il a
lors insp
première
les homm
vous que
dessus de
l'établisse

connaiss
247-248)
(61) V., out
Provinci
Velázqu
plus gre
l'Admin
Local C
France,
valable.
régimen
2, Madr
(62) V. out
Conseil
Gap, 19
(63) V. les
son ouv
Haussh
Revolu
zum Be
(64) Pierre-

C'est lui qui acheva définitivement la centralisation, en lui fournissant la structure d'airain des préfets et des sous-préfets, en corrigeant le vaste désordre qu'avaient provoqué les tentatives révolutionnaires d'organisation territoriale et en établissant la nouvelle configuration du régime local qui s'est maintenue pour l'essentiel jusqu'à nos jours (61). C'est encore lui qui posa la pierre angulaire de l'autonomie juridique de l'Administration, qui permettait le fonctionnement du système de la séparation des pouvoirs, déjà décrit, avec sa grande création, le Conseil d'Etat (62). Le système ministériel moderne, qui avait commencé à se décanter, à partir de la tradition de l'Ancien Régime, dans la première phase de la Révolution, est sorti également de ses mains dans sa forme définitive que tous les pays sans exception imiteront par la suite (63).

Il a inculqué une sorte de mystique administrative qui a toujours depuis lors inspiré l'administration française. Ainsi, lors de la nomination de la première promotion de préfets et de sous-préfets, il leur dit : "Ne soyez jamais les hommes de la Révolution mais les hommes du gouvernement. Rappelez-vous que vous êtes au dessus des intrigues, comme le gouvernement est au dessus des factions, et faites que la France date son bonheur de l'établissement des préfetures" (64). Pour ce faire, il ordonna de manière

connaisseur, que les Bourbons se sont couchés dans le lit de Napoléon (cité par Taine, pp. 247-248).

(61) V., outre l'ouvrage précédemment cité (note 60), le livre de Chapman, *The Prefects and Provincial France*, Londres 1955 (trad. espagnole de E. García de Enterría et A.L. Velázquez, 1959), qui est aujourd'hui le plus complet sur ce thème et celui qui contient le plus grand nombre de références, Godechot, *Les Institutions...*, *op. cit.*, p. 508 et s. Sur l'Administration Locale, v. l'ouvrage d'ensemble du même Chapman, *Introduction to French Local Government*, Londres 1953 ; Ponteil, *Napoléon 1er et l'organisation autoritaire de la France*, Paris, 1956. L'exposé qu'en fait Taine (*Les origines...* X, p. 201 et s.) reste toujours valable. V. en particulier sur la construction napoléonienne mon étude "La configuración del régimen municipal francés de la Revolución", in *Estudios en homenaje a L. Jordana de Pozas*, 2, Madrid, 1961 (aujourd'hui dans la seconde partie de cet ouvrage).

(62) V. outre le *Livre jubilaire* déjà cité, les remarquables études de Ch. Durand, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, Paris 1949, et *Le fonctionnement du Conseil d'Etat napoléonien*, Gap, 1954.

(63) V. les excellentes études de Hintze, "Die Entstehung der modernen Staatsministerien" dans son ouvrage *Gesammelte Abhandlungen, I, Staat und Verfassung*, Leipzig, p. 265 et s., et de Haussherr, "Die Entstehung der modernen Staatsministerien in der Französischen Revolution", dans son ouvrage *Verwaltungseinheit und Ressorttrennung vom Ende des 17. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1954, p. 174 et s.

(64) Pierre-Henry, *op. cit.*, p. 25. On trouvera un excellent tableau des conditions de travail des

exemplaire les carrières civiles, qu'il conçut comme des occasions offertes aux meilleurs (65). Toute une technique administrative commença alors à se développer à partir de cette trouvaille géniale (bien que tributaire des idées de Sieyès, elle semble être sortie du cercle des proches de Napoléon) qui consiste à conformer les organes administratifs aux fonctions formelles qu'ils sont appelés à remplir en distinguant à cet effet d'une part les organes actifs, lesquels doivent être de type individuel et monocratique, et qui sont structurés précisément par la technique de la hiérarchie linéaire, et d'autre part les organes consultatifs et délibérants, de composition collégiale, qui sont placés aux côtés de la "ligne active" ou l'assistent sur ordre et la complètent, mais sans affecter sa prévalence : "délibérer est le fait de plusieurs, administrer est le fait d'un seul". Cette technique" (66) "ensemble merveilleux de simplicité" (67) dont Tocqueville devait dire qu'elle était la "seule grande découverte" de la Révolution en matière administrative (68), est la clef de voûte de

fonctionnaires napoléoniens dans Madelin, *Histoire...*, op. cit., XI, p. 47 et s. ; Thuillier, "La vie des bureaux sous le Premier Empire", *La Revue Administrative*, 65, 1958, p. 472 et s.

- (65) Un des chapitres les plus vivants et les plus suggestifs de Taine est précisément celui où il traite de ce thème in *Les Origines...* X, p. 131-201. Que cette conception se soit intégrée dans l'idée moderne d'administration comme liée à la fonction primaire de structuration sociale qu'elle remplit, peut se vérifier en comparant Jordana de Pozas, "El problema de los fines de la actividad administrativa", in *Revista de Administración pública*, n° 4, 1951, pp. 23-25 ; Wheare, *The Civil Service in the Constitution*, Londres 1954, pp. 21-26.
- (66) Sur la signification de ce principe célèbre, ses origines et sa valeur au point de vue organisationnel, v. mon ouvrage, *La Administración española*, Madrid, 3ème éd., 1972, p. 41 et s., 70 et s. et 112 et s.
- (67) Monnet, *Histoire de l'Administration provinciale, départementale et communale*, Paris 1885, p. 305.
- (68) Tocqueville, *L'Ancien Régime*, I, pp. 237-238 : "Sous l'ancienne monarchie, on n'avait jamais connu que deux façons d'administrer : dans les lieux où l'administration était confiée à un seul homme, celui-ci agissait sans le concours d'aucune assemblée ; là où il existait des assemblées, comme dans les pays d'état ou dans les villes, la puissance exécutive n'était confiée à personne en particulier ; l'assemblée non seulement gouvernait et surveillait l'administration, mais administrait par elle-même ou par des commissions temporaires qu'elle nommait. Comme on ne connaissait que ces deux manières d'agir, dès qu'on abandonna l'une, on adopta l'autre. Il est assez étrange que dans le sein d'une société si éclairée, et où l'administration jouait déjà un si grand rôle, on ne se fût jamais avisé de réunir les deux systèmes et de distinguer, sans les disjoindre, le pouvoir qui doit exécuter de celui qui doit surveiller et prescrire. Cette idée, qui paraît si simple, ne vient point ; elle n'a été trouvée que dans ce siècle. C'est pour ainsi dire la seule grande découverte en matière d'administration publique qui nous soit propre". V. dans le même sens un autre texte in *L'Ancien Régime*, II, pp. 421-422. Que ce soit là "la seule" découverte administrative de la nouvelle administration est une erreur de Tocqueville, trop attaché à sa thèse centrale sur la

l'ordon
système
admini
les étai
est dev
(70), c
marqu
procur
de tout
le con

n'était
(71), d
Nous
d'enser

conti

(69) V. s
phasi
figur
collég

(70) La
Gove
sa "c
trouv
il ava
n'exis

(71) Les
lieu t
(N. d
Madr
l'opir
"Imp
de l'e
Quest
hymn
Staat
politi
juriste
tentat
op. ci

l'ordonnement de la nouvelle administration, grâce à laquelle fut délogé le système de la synarchie ou des conseils qui régnait dans l'ancienne administration, système au surplus lié à des situations politiques fondées sur les états et déjà inacceptables (69). L'agent individuel ou monocratique, qui est devenu le principal instrument du processus de bureaucratisation de l'Etat (70), commence alors de manière systématique à se présenter comme une marque décisive de l'administration contemporaine. La satisfaction que procure cette parfaite machine de commandement et la signification générale de tout le système, qui pour nous est établie, finissent par donner au principe de centralisation un caractère mythique.

Il existe un beau livre intitulé *De la centralisation*, signé par Timon, qui n'était autre que Cormenin, l'un des fondateurs de la science administrative (71), dans lequel on trouve une apologie systématique de ce grand principe. Nous nous référons à cet exposé vivant pour présenter le panorama d'ensemble de la nouvelle Administration.

continuité administrative de l'Ancien Régime.

- (69) V. surtout mon ouvrage précité, *La Administración española*, p. 107 et s. Dans l'ultime phase de l'absolutisme était déjà apparue la technique de l'organe monocratique, avec la figure du "commissaire" (*ibid.*, p. 109 et s.), mais elle coexista et se superposa à la technique collégiale sans l'évincer à proprement parler (*ibid.*, p. 111).
- (70) *La Administración española*, *op. cit.*, p. 111 et s.; B. Chapman (*The profession of Government*, Londres, 1959, p. 26) croit voir dans cette grande création napoléonienne, avec sa "chaîne de commandement clairement établie", un trait de sa formation militaire. On trouve une vision indépassable du nouveau monde des bureaucrates, de l'originalité duquel il avait parfaitement conscience ("autrefois, sous la monarchie, les armées bureaucratiques n'existaient point"), dans le roman de Balzac, *Les employés*. V. aussi *supra*, note 64.
- (71) Les citations sont tirées de la 2e édition de l'ouvrage de Timon (Paris, 1842, p. 44 et s.). Il y a lieu toutefois de reproduire ci-après la note de E. García de Enterría dans la version espagnole (N. du T.) : "La citation est faite à partir de la traduction espagnole par D.R.S. et F.C., Madrid, 1843 ; à cette traduction les auteurs ont ajouté "un appendice sur les obstacles que l'opinion et les lois opposent en Espagne au principe de la centralisation". Elle est éditée par "Imprenta, calle Torrijos, 7". Les exemplaires de cette édition sont rares. La première partie de l'ouvrage, mais non sa totalité, a été incluse par l'auteur dans l'introduction à ses *Questions de droit administratif*, 3e éd., 1837. Von Mohl voit justement dans ce livre "un hymne dithyrambique à la centralisation" in *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, 1858, p. 302. Sur Cormenin, v. Lacharrière, *Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif français*, Paris 1941 ; P. Bastid, *Un juriste pamphlétaire, Cormenin, précurseur et constituant de 1848*, Paris, 1948 ; Soudet, *Une tentative plus que centenaire de systématisation des principes juridictionnels du Conseil d'Etat*, *op. cit.*, p. 245 et s."

L'instruction primaire, dit Timon, est l'un des premiers agents de la centralisation : "Qu'on se figure les écoles villageoises s'élevant de tous côtés, parmi les marais de la Sologne et les gorges des montagnes de l'Auvergne, sur les landes de la Bretagne et dans les campagnes industrielles de l'Alsace ; qu'on se figure les instituteurs substituant partout à la corruption et aux signes rudes et grossiers du patois local, les règles simples et correctes de notre langue française... (72).

"L'Armée n'a plus de régiments de Picardie, d'Artois, de Normandie, de Champagne ni de gardes-du-corps, ni même de vieille ou de jeune garde. Les régiments ne sont plus distingués que par leur arme et par leur chiffre dans cette arme. Il n'y a plus de privilèges militaires d'origine, d'Etat ou de Cité. Riches, pauvres, nobles, roturiers, bourgeois, manants, tous placent la main dans l'urne et le sort amène leurs billets et désigne les soldats. Tous passent dépouillés et mis dans l'état de nature, sous les yeux des inspecteurs. Mêmes causes d'exemption pour tous, mêmes exercices au camp, même lit au bivouac, même instruction, mêmes peines, mêmes récompenses, mêmes pensions, mêmes conditions d'avancement, même temps de service, même départ pour l'armée et même retour au foyer (73).

"La Légion d'Honneur qui n'a que le même ruban pour tous les serviteurs de l'Etat, civils ou militaires, sans distinction de naissance, de rang ou de culte, est aussi une grande pensée de la Centralisation (74).

"Le Budget est le livre de la Centralisation. Chaque service y a sa place. Magistrats, Prêtres, Militaires, Financiers, Administrateurs, Employés, Professeurs, Savants, Lettrés, Ministres, Princes, Roi même, tous ont sur ce grand livre leur compte courant, et viennent quand on les appelle, tendre la main selon leur ordre d'inscription. Il n'y a plus de péage, d'épices, de lods et ventes, de dons joyeux, de domaine extraordinaire, de biens du clergé, de parties casuelles, de domaines engagés, d'apanages, de vénalité d'offices, de brevets de fermiers-généraux ; il n'y a plus qu'une source de revenus, l'impôt universel. Il n'y a plus qu'une caisse pour toutes les dépenses publiques et

(72) *Op. cit.*, p. 44. V. *supra*, la note 84 sur ces services d'instruction.

(73) *Ibid.*, pp. 46-47. Sur l'histoire des institutions militaires nées de la Révolution, v. Lepointe, *Histoire des institutions du droit public français, 1789-1914*, Paris, 1953, p. 597 et s. ; Barker, *Los servicios públicos en Europa*. Traduction, Barcelone, 1948, p. 76 et s. ; Madelin, *op. cit.*, p. 366 et s.

(74) *Ibid.*, p. 47 ; sur la Légion d'honneur créée par Napoléon, v. Godechot, *op. cit.*, p. 600 et s. ; Chevallier, *op. cit.*, p. 169 ; Taine, X, p. 185 et s. ; Madelin, *op. cit.*, p. 420 et s.

qu'une clef po
lui qui paie et

"Dans c
un Tribunal c
d'assises... Da
Cour de Cassa

"Dans
subordination,
l'état civil...
mêmes tribur
s'ençassent l
centralisation,
machinalem
pendule d'un
engrenages le
pivots de diam

Il faut
l'histoire (78).
du monde" (79

(75) *Ibid.*, pp. 4
Godechot, *op*
références les
en particulier
(76) *Ibid.*, p. 51 ;
cit., p. 521 et
(77) *Ibid.*, pp. 52-
Napoléon pe
ici reproduite
des sciences
et des actes d
à l'administr
ramifications
cit., p. 273).

(78) "Pour la pre
pourtant soli
classique" (T

(79) *Ibid.*, p. 64
processus de
tout le contin

qu'une clef pour l'ouvrir, et c'est le pays qui tient cette clef dans sa main, c'est lui qui paie et qui paie gouverne (75).

"Dans chaque canton, un Juge de paix... Dans chaque arrondissement, un Tribunal de première instance... Dans chaque département, une Cour d'assises... Dans chaque grand ressort, une Cour royale... Dans la capitale, une Cour de Cassation... (76).

"Dans tout le Royaume, même hiérarchie, même ordre de subordination, même contrôle, mêmes garanties ; partout, mêmes actes de l'état civil..., mêmes circonscriptions territoriales, mêmes administrations, mêmes tribunaux, mêmes lois... C'est de la sorte que tous les services s'enchaînent les uns dans les autres et que le Gouvernement, poussé par la centralisation, agite ses mille bras et va tout d'une pièce, et, pour ainsi dire, machinalement de même à peu près que lorsque l'oscillation est donnée au pendule d'une vaste horloge, l'aiguille marche, le cadran sonne et les engrenages les plus fins et les plus déliés tournent avec précision sur leurs pivots de diamant" (77).

Il faut saluer l'une des plus grandes et des plus lucides créations de l'histoire (78). Conséquence : "La France centralisée est la première puissance du monde" (79).

(75) *Ibid.*, pp. 47-48 ; sur l'histoire de la réforme financière réalisée par la Révolution, v. Godechot, *op. cit.*, p. 544 et s. ; Lepointe, *op. cit.*, p. 436 et s., l'un et l'autre avec les références les plus nombreuses. Particulièrement expressif et vivant, Taine, X, pp. 79-131. V. en particulier sur le budget, Stourm, *Le budget*, 5e éd., 1906, p. 39 et s.

(76) *Ibid.*, p. 51 ; sur l'histoire des institutions judiciaires nées de la Révolution, v. Godechot, *op. cit.*, p. 521 et s. ; Lepointe, *op. cit.*, p. 359 et s.

(77) *Ibid.*, pp. 52-53. La phrase de Chaptal, le célèbre chimiste qui fut ministre de l'intérieur sous Napoléon pendant trois ans et, partant, l'un de ceux qui forgèrent le système, mérite d'être ici reproduite ; dans une circulaire adressée aux préfets, il leur dit, dans les termes rigoureux des sciences de la nature : "La force d'un système est toute dans l'exécution entière de la loi et des actes de gouvernement ... La chaîne d'exécution descend sans interruption du ministre à l'administration et transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique" (cité par Thuillier, *op. cit.*, p. 273).

(78) "Pour la première fois dans l'histoire moderne, voici une société construite par la raison et pourtant solide : à ces deux titres, la France nouvelle est le chef d'oeuvre de l'esprit classique" (Taine, *op. cit.*, p. 220).

(79) *Ibid.*, p. 64. Tocqueville avait également observé que le XVIIIe siècle reposait sur le processus de centralisation réalisé par la Monarchie, lequel était de loin le plus avancé de tout le continent ; "ce qui m'étonne, ce n'est pas ce que nous avons fait alors, c'est que nous

Ce mécanisme si soigneusement mis au point s'appropriera sans tarder, leur conférant ainsi une puissance dont l'on n'aurait jamais pu rêver, les objectifs de développement (*Wohlfahrt-Polizei*) que l'Administration du siècle des Lumières avait découverts. C'est elle en effet qui, pour la première fois, s'assigna comme tâche essentielle, et même comme tâche de prédilection entre toutes, la transformation des conditions matérielles et morales qui rendent possible la vie sociale et personnelle, recherchant le bien-être ou le bonheur terrestre (santé, mise en valeur des terres agricoles, canaux, chemins, industries, éducation, science, réinsertion des délinquants, crédit, etc.), chose qui avait été totalement laissée de côté dans l'Administration précédente (80). La nouvelle philosophie sociale, qui imprimait un changement aussi capital dans les fins de l'Etat (81), trouva peut-être dans Christian Wolff, le philosophe du "*Wohlfahrtsstaat*", de l'Etat de bien-être, son expression la plus lucide, dont l'enseignement pourrait tenir dans la paraphrase de sa doctrine formulée par Dilthey (82) : "le bien suprême de l'Etat est d'être au service du bien-être des individus" (83). Toute la doctrine du droit naturel de l'époque et toute l'école "caméraliste"* sur le fait administratif, sont axées sur ce principe de base, le principe de la "*allgemeine Glückseligkeit*", ou bonheur général, comme fin de l'Etat (84). En France, la même idée est accueillie par les philosophes moralistes, physiocrates, qui, selon une expression exacte de l'auteur d'une analyse récente, y voient une innovation du XVIII^{ème} siècle susceptible "d'enrichir ou d'aggraver la confusion traditionnelle depuis l'Antiquité entre la morale et la théorie du bonheur d'un troisième terme : l'ordre social. Bonheur, morale et société désormais ne font qu'un" (85). L'Administration du siècle des Lumières fut fidèle à ces prémices et leur

n'ayions pas fait plus. Nous devons conquérir la moitié de l'Europe si nous avons bien employé l'arme que, les premiers, nous avons su fabriquer" (*L'Ancien Régime*, II, p. 368).

(80) Une démonstration concluante ressort de l'examen des dépenses publiques de l'ancienne Administration royale (v. par ex. la brillante étude de Carande, *La Hacienda real de Castilla*, Tome II de son *Carlos V y sus banqueros*, Madrid, 1949, notamment p. 149 et s.), qui ignore totalement ce type de services.

(81) Dilthey, *Gesammelte Schriften*, XII, 2^e éd., Göttingen, 1960, p. 183 : "ce fut depuis Platon et les précurseurs de l'idéal socialiste l'extension et l'expansion la plus énergique du pouvoir de l'Etat".

(82) Dilthey, *ibid.*, p. 178.

(83) Dilthey, *ibid.*, p. 180.

* Du nom de l'école allemande et autrichienne qui, pour la formation des fonctionnaires royaux, fut à l'origine des premiers ouvrages de science administrative (N.d.T.).

(84) V. Sommer, *Die österreichischen Kameralisten in Dogmengeschichtlicher Darstellung*, II, Vienne, 1925, p. 202 et s.

(85) Mauzi, *L'idée du bonheur au XVIII^e siècle*, Paris 1960, pp. 13 et 14.

exécutant le plus
tâche aient été
développement ef

Or nous av
et avait érigé l'idé
plus haut rang, à
été trahi, en raiso
jour, et que l'Adr
les despotes éclair
l'Etat responsable
surface (88). La
techniques d'impu
niveau de dévelop

(86) V. pour tous, l'ex
l'ouvrage de l'aut
p. 149 et s.

(87) L'antagonisme et
grande rigueur pe
notes 8, 19 et 39).
das positive Wohl
la liberté et d'un l
comme une limit
éd., Berlin, 1914
naturrechten .
à l'édition de Hur

(88) Déjà l'article 1^{er}
but de la société
dans cette directi
Bewegung, *op. cit.*
l'Etat ; le bonhe
également dans s
substance aux cit
moyens d'exister
idées sociales, *op.*

(89) L'expression la
de développeme
notre Administra
en même temps
véritable banniè
prospérité nation
aussi à désigne

exécutant le plus authentique (86), bien que la nouveauté et l'ampleur de la tâche aient été de nature à entraver dans la pratique la possibilité d'un développement effectif.

Or nous avons vu que la pensée nouvelle avait rejeté cette idée de l'Etat et avait érigé l'idée de liberté et du droit, comme élément constitutif social de plus haut rang, à la place du bien-être (87). Du fait que cet idéal théorique a été trahi, en raison de la nouvelle structure sociale que la Révolution met au jour, et que l'Administration a été dotée finalement d'une configuration que les despotes éclairés eux-mêmes n'auraient pu imaginer, le courant qui rend l'Etat responsable de la prospérité et du bien-être terrestre est revenu à la surface (88). La nouvelle administration s'est appropriée ainsi les vieilles techniques d'impulsion pour les renforcer systématiquement et les porter à un niveau de développement complet et définitif (89).

(86) V. pour tous, l'excellente étude de Hartung, *Die aufgeklärte Absolutismus*, 1955, reprise dans l'ouvrage de l'auteur *Staatsbildende Kräfte der Neuzeit*. Gesammelte Aufsätze, Berlin, 1961, p. 149 et s.

(87) L'antagonisme entre ces deux conceptions est souligné de manière délibérée et avec la plus grande rigueur par Kant et par Humboldt, comme on a pu déjà y faire allusion (v. *supra* les notes 8, 19 et 39), en opposant à l'idée absolutiste du "Wholfahrt", du "Sorgfalt des Staats für das positive Wohlstand", du principe "salus publica suprema lex esto", l'idéal individualiste de la liberté et d'un Etat qui borne son action à imposer le droit, lequel est à son tour considéré comme une limite purement formelle des libertés (Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3e éd., Berlin, 1914, p. 248 ; Von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 5e éd., Aalen, 1958, p. 303 et s. et l'Introduction de Pannwitz à l'édition de Humboldt, précitée).

(88) Déjà l'article 1er de la Déclaration des Droits de 1793 l'affirme en termes classiques : "le but de la société est le bonheur commun". Ce sont les Jacobins qui sont allés le plus loin dans cette direction fondamentale. Robespierre (cité par Von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung*, *op. cit.*, p. 317) dira : "Ne souffrons pas qu'il y ait un malheureux, un pauvre dans l'Etat ; le bonheur est une idée neuve en Europe". La Constitution jacobine énonçait également dans son article 23 : "Les secours publics sont une dette sacrée... La société doit la substance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant des moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler" (V. en général Leroy, *Histoire des idées sociales*, *op. cit.*, p. 318 et s.).

(89) L'expression la plus claire de cette vocation de la nouvelle Administration pour les actions de développement se trouve peut-être chez notre Javier de Burgos, le grand créateur de notre Administration, qui transpose dans notre pays les techniques napoléoniennes, et le fait en même temps sous l'appellation de "développement" ("*fomento*"), qui est pour lui une véritable bannière ; c'est le nom qu'il donnera au Ministère ("le grand atelier de la prospérité nationale") que l'on appelle en France Ministère de l'Intérieur et ce nom servira aussi à désigner ceux qui, dans le pays voisin, étaient les préfets ("sous-délégués au

Les préfets napoléoniens se sont rapidement révélés l'instrument optimal pour cette action de développement ; ils furent à l'origine de statistiques, de projets, de réalisations (hôpitaux, écoles, ponts, prisons, réseaux d'irrigation, aménagement urbanistique, industries, services essentiels) (90), donnant ainsi une impulsion qui n'allait jamais s'arrêter et qu'il fallut même intensifier et clarifier dans les étapes suivantes.

Ainsi se forgea le modèle de la grande Administration contemporaine, "cette belle conquête de la Révolution que l'Europe nous envie" (91). Toute l'Europe, en effet, dans un nouveau processus de réception plus énergique, plus intense et plus rapide que le processus de réception du Droit Romain, suivit cet exemple (92), qui fut immédiatement consacré comme la formule de

développement"). C'est pour lui un axiome "que les attributions du pouvoir administratif doivent être dirigées, en dernier lieu, vers le "développement", vers la prospérité du pays ; la promouvoir est le ressort essentiel, l'objet exclusif de l'administration" (v. en général sur cette grande figure, Mesa, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946, et les références de mon ouvrage, la *Administración española*, *op. cit.*, p. 54 et s.).

(90) V. Chapman, *The Prefects*, p. 27 ; Pierre-Henry, *op. cit.*, p. 34 et s. ; Ponteil, *op. cit.*, p. 166 et s. ; *contra* : Savat, *Les Préfets de Napoléon*, Paris, 1958 (qui n'est pas convaincant).

(91) Tocqueville cite cette phrase célèbre, d'un parlementaire anonyme de la Restauration (*L'Ancien Régime*, I, p. 100).

(92) Ce concept de réception, dont il ne nous appartient pas de préciser aujourd'hui les traits et la portée, a commencé lorsque le système a été imposé par les armes, ce que fit Napoléon lui-même dans ses conquêtes militaires, mais le système s'affermir plus tard, alors que ces conquêtes étaient terminées. Cormenin imputait au génie français de l'unité et de l'ordre le fait que "à peine avons-nous passé la frontière et mis le pied chez un peuple conquis que dès le lendemain nous organisons son régime intérieur, politique, administratif, civil, militaire, ses municipalités, ses tribunaux, ses écoles, ses fêtes, ses théâtres, ses modes et jusqu'au détail et au train de ses affaires domestiques". V. sur cette "colonisation administrative" en général, Godechot, *La grande nation. L'expansion révolutionnaire de la France dans le monde 1789-1799*, Paris, 1956, 2 vol. (bien qu'il s'arrête justement à la phase napoléonienne) ; Chapman, *The Prefects*, p. 29 et s. ; Durand, *Etudes sur le Conseil d'Etat napoléonien*, *op. cit.*, pp. 61, 247, 343 et s., 278 et s. ; Madelin, *Histoire*, *op. cit.*, X, *L'Empire de Napoléon*, p. 241 et s., notamment p. 323 et s., et en général la dernière partie du *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, p. 481 et s.. Sur cette réception en Espagne, à l'époque de l'occupation napoléonienne, Mercader Riba, *La organización administrativa francesa en España*, Zaragoza, 1959, et sur la réception ultérieure et définitive, mon ouvrage *La Administración española*, p. 28 et s. et *passim*. Pour l'Allemagne, v. notamment Meier, *Französische Einflüsse auf die Staats und Rechtsentwicklung Preussens im XIX. Jahrhundert*, Leipzig, 1907, 2 vol. et l'ouvrage de Huber, non terminé mais qui ne se limite pas à la Prusse, *Deutsche Verfassungsgechichte seit 1789*, t. I et II, Stuttgart, 1957-1960. Il faudrait faire le point sur ce

tous les ter
l'unissait e
la Révoluti

5 - DE L'E ABSTI AGISS

Sur
intéressant
gigantesque
nature du
d'ordre qu
renforcée a
plus import
autre réalit
appelons l
au pouvoir
appartient
conséquenc
apprécier l
propres so
administrati
dogmatisme
administrati
pouvoir exé
capable de
techniques
l'égard des
comme tous
à la simple
jugements.

C'est
au libéralism
selon l'analy
qui renvoyer

vaste proce
(93) Je renvoie
como diritt

élés l'instrument
it à l'origine de
, ponts, prisons,
ervices essentiels)
iter et qu'il fallut

n contemporaine,
nvie" (91). Toute
n plus énergique,
lu Droit Romain,
me la formule de

pouvoir administratif
rospérité du pays ; la
n" (v. en général sur
Madrid, 1946, et les
s.).

teil, *op. cit.*, p. 166 et
vaincant).

de la Restauration

aujourd'hui les traits et
, ce que fit Napoléon
is tard, alors que ces
'unité et de l'ordre le
euple conquis que dès
stratif, civil, militaire,
es modes et jusqu'au
on administrative" en
France dans le monde
(base napoléonienne) ;
napoléonien, op. cit.,
le Napoléon, p. 241 et
jubilair du Conseil
que de l'occupation
francosa en España,
ge La Administración
Französische Einflüsse
ipzig, 1907, 2 vol. et ,
la Prusse, *Deutsche*
t faire le point sur ce

tous les temps. En réalité, comme on a essayé de le montrer, une sorte de lien l'unissait en profondeur et définitivement à la nouvelle période historique que la Révolution avait ouverte.

5 - DE L'EXECUTION A L'ADMINISTRATION. DE LA FONCTION ABSTRAITE ET IMPERSONNELLE AU SUJET CONCRET ET AGISSANT

Sur le plan du système, celui où nous nous situons maintenant, il est intéressant de faire remarquer que ce phénomène, qui s'achève avec la gigantesque création napoléonienne, implique une mutation essentielle de la nature du pouvoir dit "exécutif". Ce n'est pas là seulement une question d'ordre quantitatif. Ce n'est pas que le pouvoir exécutif ait vu sa puissance renforcée au-delà de ce que l'on supposait. C'est quelque chose de beaucoup plus important : c'est que, sous l'étiquette formelle de pouvoir exécutif, une autre réalité d'essence différente va se manifester, une réalité que nous appelons l'Administration et qui échappe totalement aux caractères attribués au pouvoir exécutif dans la théorie de la division des pouvoirs. Il ne nous appartient pas de pousser ici cette analyse jusqu'à ses plus extrêmes conséquences (93), mais il serait bon d'observer d'ores et déjà, pour pouvoir apprécier la profondeur de l'hétérodoxie révolutionnaire par rapport à ses propres sources, qu'en effet la prétendue caractérisation de la fonction administrative comme fonction d'exécution des lois, conformément au dogmatisme de la division des pouvoirs, en est venue à constituer pour le droit administratif depuis ses débuts un véritable lit de Procuste. Le prétendu pouvoir exécutif a pris substance sous forme d'un sujet réel et authentique, capable de conduire lui-même son développement grâce aux mécanismes techniques que nous avons déjà examinés, qui lui assurent une indépendance à l'égard des autres pouvoirs. Il s'agit réellement d'un sujet qui agit, qui poursuit comme tous les autres une multitude de fins, et ne se borne pas par hypothèse à la simple garantie, éventuellement par la force, de l'exécution des lois et des jugements.

C'est là une rigoureuse anomalie pour une caractérisation empruntée au libéralisme pur, dont nous avons étudié ci-avant les sources authentiques ; selon l'analyse libérale, les pouvoirs de l'Etat exercent des fonctions abstraites qui renvoient immédiatement au milieu social, sans qu'il soit besoin d'une

vaste processus de réception.

(93) Je renvoie pour plus de détails à mon étude, "Verso un concetto di Diritto amministrativo como diritto statutario", in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, p. 317 et s.

personnification intermédiaire ; légiférer et juger sont effectivement des fonctions qui présentent ces caractères, pour le développement desquelles il n'est pas nécessaire (sauf à créer un obstacle dirimant) de prévoir une personnification complète des organes qui les exercent. Exécuter devrait être une fonction située au même niveau, et c'est en effet ce qui s'est produit jusqu'à ces derniers temps dans la manière anglosaxonne (qui est la manière orthodoxe) de caractériser la division des pouvoirs, laquelle n'a pas requis la personnification de l'exécutif (94). La dissidence qui est apparue lors de la Révolution et qui a été consacrée à travers la formalisation napoléonienne vient précisément de ce que cela ne s'est pas passé ainsi : la fonction abstraite de soutien à la Loi, telle que Locke et Montesquieu la concevaient, comme nous l'avons vu, s'est muée en Administration, personne singulière, sujet non plus d'une fonction abstraite mais d'activités multiples, générales et particulières, de fait et de droit, formelles et matérielles, activités qui dans leur multiplicité interfèrent avec les activités propres des particuliers avec lesquelles elles sont ordinairement interchangeables. "L'espèce de domination constante que le pouvoir administratif exerce sur les citoyens, a dit Hauriou, est tout à fait comparable à une volonté interne de personne morale s'exerçant sur les propres membres de la corporation" (95).

Elle touche donc un aspect profond la caractérisation par Tocqueville (96) de l'Administration surgie de la Révolution comme un réduit quasi-indemne, et depuis lors fortifié, de la vieille Administration du Roi, qui est comme celui-ci essentiellement libre, qui n'est limitée que de manière générique (comme tous les sujets, mais peut-être moins que les autres, s'agissant d'un sujet supérieur dont la volonté est le pouvoir public) par des frontières externes, qui n'affectent pas en fait sa liberté interne d'autodétermination. C'est pourquoi la première donnée pour la construction du Droit Administratif est justement celle-ci, celle du caractère subjectif de l'Administration, celle de sa présence devant le droit en tant que sujet juridique réel et authentique (97).

(94) Ce contraste est expressément formulé par Von Stein : "Da in England das was wir die Regierung nennen, nich ein solcher selbständiger persönlicher Organismus ist, wie in Deutschland und Frankreich ...", in *Die Verwaltungslehre*, 2e éd., Stuttgart, 1869, p. 309.

(95) *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 231.

(96) *L'Ancien Régime*, I, Livre II dans l'ensemble et plus particulièrement les chapitres II à V, pp. 99-127. Tocqueville a poussé cette thèse trop loin dans la mesure où il y inclut le Droit administratif né de la Révolution lui-même.

(97) V. mes études, "Verso un concetto di Diritto amministrativo", précité, et "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos", in *Revista de Administración pública*, n° 27, déc. 1958 (et aujourd'hui dans mon ouvrage *Legislación delgada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2ème éd., 1981, p. 271 et s.).