

Sujet : "L'Administration est-elle un sujet de droit comme les autres ?"

Repères :

Intro : p.1

Partie I : p. 7

Partie II : p.17

Partie III : p. 31

Conclusion et Annexe : p. 43

L'anecdote raconte qu'au roi Louis XVI, friand de traits d'esprit et ayant requis du marquis de Bièvre qu'il propose un jeu de mots à son sujet, ce dernier répondit : « Mais Sire, le roi n'est pas un sujet ! ». Au-delà du calembour, ne l'est-il pas même pour le droit ?

Tel que la présente une introduction pédagogique au droit [1], un sujet de droit est un titulaire de droits subjectifs. L'idée de sujet de droit est ainsi liée, sur le plan juridique, à la détention de prérogatives opposables et d'obligations par une personne. La notion de personnalité juridique, quant à elle, recouvre en première instance les êtres humains, personnes physiques dotées d'un corps qui sont des personnalités juridiques depuis leur naissance et jusqu'à leur mort. Certains groupements de personnes physiques ont également la particularité d'être elles-mêmes des personnes au sens juridique. Ce sont les personnes morales, et en tant qu'organisation, l'Administration est potentiellement une personne de ce type.

On appelle « organisation » toute structure sociale qui a pour particularité d'agencer de manière minimalement formelle et explicite des entités ou des individus en interactions dans le but d'atteindre un objectif défini à priori [2]. Le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) consacre l'article L100-3 à ces définitions et ajoute dans l'article L100-2 que « L'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité. Elle est tenue à l'obligation de neutralité et au respect du principe de laïcité. Elle se conforme au principe d'égalité et garantit à chacun un traitement impartial. ». Dès les premières lignes du code [2 – bis] donc, des responsabilités particulières, des obligations et des missions sont assignées à l'Administration à l'égard des autres sujets de droits regroupés sous le terme de « Public ».

Si la notion d'Administration renvoie d'abord et surtout dans ce sujet à l'institution publique, ses fonctions et ses pratiques ; il pourra s'avérer utile de rappeler que l'étymologie du terme « administration » est latine (*administratio*) et dénote la notion de service, d'aide (*ministro*, *ministratio*), de gestion, de maniement, de direction « au nom de », c'est-à-dire délégué. Ainsi, et par exemple en droit de la famille, l'administration légale désigne l'ensemble des pouvoirs portant sur les biens d'un mineur (c'est-à-dire en état « d'incapacité d'exercice ») que la loi confie aux parents [3]. La notion de capacité des personnes dépend de leur état, c'est-à-dire de l'identité juridique du sujet considéré (nom, sexe, domicile...). La capacité des personnes « représente la possibilité d'être titulaire de droits et d'obligations et l'aptitude à faire des actes juridiques. Elle peut être amputée par certaines incapacités » [4]. Lier l'étymologie du terme « administration » à la définition légale de la notion de « capacité », dès maintenant, permet d'éclaircir immédiatement une dimension importante du sujet qu'est le rapport des autres sujets de droit à l'administration. On peut tenter de formuler ce rapport particulier ainsi : c'est d'abord par des procédures administratives qu'une personnalité juridique se fait connaître de la puissance publique et accède à ses droits subjectifs (déclaration à l'état-civil ou immatriculation d'une entreprise au Registre du Commerce et des Sociétés par exemple).

Après avoir un peu défriché la définition juridique du « sujet de droit », on peut désormais poser la question de la formule elle-même. Faire appel à la notion de sujet, c'est souvent mobiliser au moins trois dimensions sémantiques : la thématique, la subjectivité et la sujétion.

L'expression « sujet de droit » pourrait donc s'entendre comme « sujet pour le droit », en tant qu'il en est un thème particulier. Sans chercher à trop forcer le paradoxe, on pourrait dire un « objet pour le droit » au moins parce que « le droit » est aussi science/pratique/discours juridiques.

L'expression renvoie également à l'idée que l'Administration est potentiellement, et effectivement dans l'état du droit administratif français, une (ou une « collection de ») personnalité(s) morale(s) de droit public qui dispose de droits subjectifs (patrimoine propre, droits, obligations...) et qui remplit une mission de service public. L'Administration est ainsi, dans le second sens du terme de « sujet », co-productrice et co-responsable des normes (et de l'application de ces normes) de droit. Assigner à l'Administration l'idée de subjectivité, c'est en ce sens admettre qu'elle est non seulement une partie du corps social en général, mais en particulier une partie agissant intentionnellement et disposant d'intérêts propres [5], ce qui ne manquera pas de poser un grand nombre de difficultés pour notre sujet. François Ost rappelle, fort opportunément, que les sujets de droit sont "tout à la fois des êtres susceptibles de droits et co-auteurs du droit" [6].

Enfin, et plus immédiatement pour le sens commun, on peut entendre l'expression « sujet de droit » comme « sujétion au droit ». Si l'on a touché précédemment au droit dans son sens subjectif,

il reste encore évidemment le droit objectif, c'est-à-dire l'ensemble des normes juridiques codifiés et hiérarchisés qui régissent les rapports des personnes entre elles. En particulier, en demandant si l'administration est un sujet de droit « comme les autres », on remet implicitement en question la sujétion de l'administration au droit. On pose ainsi la question de ce que les sujets de droits ont en commun, mais surtout de ce que l'administration ne partage pas avec les autres sujets de droits sans pour autant perdre ce « commun ». On discute donc ici des dérogations normatives et juridictionnelles dont dispose l'Administration et de ce qui les justifie. Si l'Administration est effectivement sujette au droit, le droit objectif s'applique à elle et constitue le cadre normatif dans lequel elle réalise l'ensemble de ses missions et ses fonctions. Le droit objectif doit donc régir le rapport de l'Administration aux autres personnes juridiques et chaque dérogation au droit commun devrait avoir une justification fonctionnelle et un moyen de recours à disposition des sujets dont les droits subjectifs dépendent de ses actions. C'est bien là le sens des dispositions législatives regroupées dans le CRPA. Notons qu'à la différence des autres systèmes normatifs coutumiers ou sociaux, le droit objectif dispose de la légitimité de l'État et de sa force pour l'imposition des sanctions qui suivent les transgressions des normes juridiques. Or l'Administration, comme on s'apprête à la définir plus précisément, entretient des rapports tout à fait particuliers avec cet « État » qui donne sa spécificité à la norme légale.

On peut donc désormais proposer pour ce travail une définition générale de l'Administration. Elle est l'institution en charge des activités de gestion, de contrôle et de direction associées à toutes les décisions et toutes les actions entreprises par la puissance publique. Elle est à la fois hiérarchiquement organisée, bureaucratique et divisée dans son travail selon des logiques sectorielles et territoriales en plusieurs « administrations », personnes morales de droit public (administration fiscale, administration centrale, services, sous-services, collectivités territoriales, entreprises publiques...). Elle est mandatée par l'État ou plutôt devrait-on dire, puisque c'est là un point sensible du sujet, elle est la part de l'État qui exécute et concrétise ses décisions en son nom. Quoi qu'il en soit, elle est assujettie aux décisions gouvernementales, législatives et judiciaires. Elle est un mode d'organisation régulé qui a pour finalité d'assurer la délivrance de services publics spécifiques, et divers, au reste des membres de la société. Pour cela, elle dispose elle-même d'un certain nombre de pouvoirs et de prérogatives qui sont censés assurer la possibilité matérielle de l'accomplissement de ses missions et fonctions.

De ces quelques définitions, la difficulté émerge assez directement. L'Administration est la modalité principale du rapport des « sujets de droits » à l'État et au droit (en particulier, à leurs droits). Il y a donc là une circularité qui est probablement le cœur du sujet. L'Administration semble devoir être à la fois :

1) Un sujet de droit, puisque, comme on l'a dit, elle est une collection de personnalités morales de droit public disposant de prérogatives et d'obligations, et dont les activités et les rapports aux autres sujets de droits sont déterminés par des normes juridiques, codifiées ou jurisprudentielles ;

2) La modalité par laquelle les sujets de droits sont reconnus et traités comme telle par l'État ;

3) Une partie-prenante consubstantielle de ce à quoi les sujets de droits sont assujettis. Elle dispose, en effet, de certains attributs de la puissance publique sur les autres sujets de droit pour mener à bien ses missions au nom de l'État. En même temps, elle tire la légitimité de ses fonctions, de son organisation et de ses mécanismes de contrôle du souverain ; c'est-à-dire au moins en partie de la « volonté générale » des sujets de droit représentée dans la loi. Elle est certes une organisation sociale bureaucratique qui réalise des opérations concrètes dans un but précis ; cependant, à la différence des autres organisations sociales qui pourraient se définir de la même manière, elle est surtout un pouvoir particulier de la puissance publique qui n'est ni législatif, ni gouvernemental, ni juridique mais transversale et toujours secondaire et exécutoire. C'est sur cette définition négative ainsi que sur les croisements et les tensions entre problématiques managériales et juridiques qu'insistent notamment les juristes spécialistes de droit administratif Jacques Caillosse [7] ou Roland Drago [8].

On peut donc formuler la problématique de la manière suivante : si l'on entend « le droit » à la fois comme ordre normatif, comme organisation juridictionnelle (et donc administrative) et comme « science » juridique ; celui-ci dispose-t-il des moyens et des fondements suffisants pour résoudre le problème spécifique, tel qu'on la définit précédemment, que lui pose l'administration comme organisation sociale ? Plus précisément dans le cadre de notre sujet, cette solution est elle-nécessairement de ramener l'administration aux pratiques et caractéristiques de sujétion, de participation et d'objectivation des autres sujets de droits, si tant-est qu'ils partagent eux-mêmes effectivement quelque chose de commun dans ses trois dimensions de la notion de sujet ?

On propose ici pour éclaircir la formulation quelques questions qui suivent celle de la problématique et qu'il s'agit de traiter au moins partiellement pour pouvoir un peu rendre compte du sujet. Elles formeront donc le plan que l'on se propose de suivre :

I/ De quelle nature sont les obligations et les prérogatives de l'Administration tel qu'on en a tracé les contours ? Sont-ils similaires à ce que l'on entend par droits et obligations des « sujets » de droit commun ? L'Administration est une organisation composite d'unités organisationnelles fondamentales répondant à des besoins et rendant des services qui ne peuvent l'être par d'autres modes de coordination sociale. De cette fonction, elle tire sa forme, son agencement et son activité. En définitif, son rapport au droit, s'il peut être marginalement différent de celui des autres sujets de droits du fait de cette fonction particulière, ne contrevient pas nécessairement à la logique interne du

droit général (hiérarchie des normes, assujettissement, contrôle...). Les spécificités de l'Administration comme objet pour le droit ne l'éloignent ainsi pas tant de ce que l'on définit par sujet de droit que lui appliquer cette notion juridique ne la vide entièrement de sa substance et de son utilité. On traite d'abord le problème ici comme une question d'ontologie sociale qui demande de confronter la réalité substantielle et organisationnelle de l'Administration à son appréhension technique par le droit, et de comparer ce rapport à celui des autres objets sociaux supposément du même type.

II/ Si, comme on le pense, l'exploration des questions précédentes ne conduit pas nécessairement à voir dans l'Administration un objet social radicalement différent des autres, alors elle ne devrait pas être un « sujet-thème » pour le discours et la pratique juridique si différent des autres (à quelques ajustements normatifs prêts). La question qui suit immédiatement est donc la suivante : D'où vient la reconnaissance dans le droit objectif de la spécificité du droit de l'Administration publique ? Comment cette reconnaissance se justifie-t-elle en principe et historiquement ? Qu'est-ce qui justifie un ordre juridictionnel séparé et autonome pour l'administration ? Cette problématique du/des critères du droit administratif ont donc à l'évidence leur importance dans ce sujet. On essaye de montrer que la nature de la relation de l'Administration avec les autres organisations et individus du monde social oblige la science juridique à prendre en compte la problématique du pouvoir qu'elle exerce et de la puissance qu'elle détient autant que celle du service qu'elle rend. L'organisation administrative, à ce stade, ne peut être autre chose qu'une institution qui a su capter ce pouvoir historiquement et qui produit les modalités juridiques et les normes desquelles elle dépend. Sa particularité étant qu'elle entretient une relation symbiotique et subalterne à une autre institution particulière qu'est l'État, de sorte que rechercher la nature des modalités par lesquels le droit saisi l'Administration (c'est-à-dire la nature juridique du pouvoir de l'Administration) oblige à se confronter à un problème politique et historique qui court depuis que l'État-nation a émergé, la question constitutionnelle et juridique de la nature de l'État et de ses pouvoirs.

III/ Confronté au caractère vertigineux du problème, on essaye d'avancer pas à pas, avec méthode, en montrant que le fond de la question à avoir avec la pensée politique des juristes en charge de mettre de l'ordre dans le monde social, et donc la structure des discours et des incompréhensions tels qu'ils se déploient dans le champ juridique. Ainsi, l'histoire de la jurisprudence et de la doctrine juridique de l'Administration est schématiquement l'histoire de l'irrésolue politique entre une tradition favorisant l'exécutif et une autre favorisant le législatif parlementaire. Dans les deux cas, le judiciaire est perçu comme un danger potentiel qui obligerait à figer, en dernière instance, un débat que chaque partie refuse de perdre. Il fallait donc qu'existe une

juridiction administrative puisque les autres sujets de droits dépendent de l'Administration pour leurs droits et obligations propres et sont soumis à son pouvoir. Il fallait également que le Conseil d'État soit « prétorien », car les problèmes de la norme légale constitutionnelle et du droit subjectif du chef d'État desquels dépendait le statut de l'Administration et de l'État ne se résolvait pas (et reste à bien des égards irrésolue aujourd'hui). Il fallait également qu'il n'arrête pas une décision définitive sur la réalité ou la fiction de la personnalité morale de l'État ou des administrations, et qu'il se maintienne, longtemps, dans l'ambiguïté de l'entre-deux. On peut alors saisir la particularité du statut de sujet de l'Administration comme la réponse, construite graduellement, par le juridique à l'irrésolu politique fondamental de la séparation des pouvoirs hérité de l'Ancien Régime et de la Révolution. Cette réponse est allée pour les raisons que l'on essaye de détailler vers la reconnaissance toujours accrue de la responsabilité de l'État et de son administration à l'égard des autres sujets de droit, de sorte que l'on peut parler de personnalité morale de droit public pour l'Administration désormais sans trop rougir. Elle donne également l'impression d'être allée vers l'établissement constitutionnel d'un exécutif fort ; mais ce serait manqué la nouvelle conception des rapports des pouvoirs de l'État qui a émergé de fait : multiplication, dispersion et enchevêtrement des pouvoirs moins rigide que la séparation tel que les juristes du début du XX^{ème} siècle l'entendait.

Références :

[1] Muriel Fabre-Magnan, "Les sujets de droit", *Introduction au droit*, 2018, Chapitre VII, pages 100 à 110.

[2] Définir le concept d'organisation implique en réalité une discussion longue des différentes approches qui coexistent en sciences sociales, mais qui déborderaient le cadre du sujet. Pour rapidement justifier la définition proposée :

L'usage du terme dans ce devoir nécessite une définition délibérément générale pour prendre en compte des réalités empiriques assez différentes de l'Administration mais disposant des propriétés communes qui nous intéressent. Ces propriétés sont notamment que les organisations sont d'abord des structures indépendantes des individus qui les composent (l'organisation continue d'exister en remplaçant ou supprimant un membre). Elles impliquent tout de même des interactions et des rôles sociaux pré-définis, coordonnées et fréquents dans le but de réaliser une action collective. Elles agencent donc les activités de groupes d'individus en relations les uns avec les autres par des règles de fonctionnements suffisamment explicites et formelles (on cherche par cette contrainte à exclure les « organisations » spontanées). Elles ne sont, par ailleurs, pas toujours dans un rapport autorisé à l'État ou au droit, comme pour les organisations criminelles.

[2] Dispositions préliminaires – articles L100-1 à L100-3

[3] Code civil, livre Ier, Section 1 : De l'administration légale (Articles 382 à 386).

[4] Muriel Fabre-Magnan, "Les sujets de droit", *Introduction au droit*, 2018, Chapitre VII, pages 100 à 110 :

« les « incapacités d'exercice » (qui privent la personne de la possibilité d'exercer seule ses droits, mais non pas d'en être titulaire ; c'est le cas des mineurs ou des incapables majeurs) et les « incapacités de jouissance » (elles ne peuvent qu'être ponctuelles, car elles privent de la possibilité même d'acquérir un droit). »

[5] On commence par proposer en introduction une définition minimale de la subjectivité que l'on lie immédiatement à la définition de l'agent chez Donald Davidson. Davidson considère, par exemple dans « Actions, Reasons and Causes » (1963), qu'un agent (ou pour nous un « sujet-subjectif ») est un acteur (cause d'une action) qui avait « l'intention »

d'agir ; c'est-à-dire qu'il disposait des croyances (« beliefs ») que son action lui apporterait ce qu'il désire (« desires » ou « pro-attitudes »). La question de savoir si les organisations peuvent être considérées comme des agents davidsoniens est encore largement discuté et la surtout été dans le contexte des entreprises (« corporations »). Par exemple :

- Peter A. French, « The Corporation as a Moral Person », *American Philosophical Quarterly* 16 (3):207 - 215 (1979)
- Weaver, William G. "Corporations as Intentional Systems." *Journal of Business Ethics* 17, no. 1 (1998): 87-97. citant : Donaldson, T.: 1982, *Corporations and Morality* (Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, NJ).

[6] Antoine Garapon, "Le sujet de droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1993/2 (Volume 31), pages 69 à 83, citant : F. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge*, in *La force du droit*, sous la direction de Pierre Bouretz, Seuil, 1991, pp. 241-272.

[7] J. Caillousse, « Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s) ? réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif », in *Mélanges G. Peiser*, 1996, PUG, p. 69.

[8] R. Drago, *Sciences administratives*, Paris, Les cours de droit, 1992.

I/ On commence donc par dire qu'en tant qu'organisation sociale, l'administration répond à des incitations structurelles, sociales, économiques et normatives qui sont éminemment similaires à toutes les organisations qui ont des intérêts propres. Dans cette perspective, le droit se propose d'appréhender l'administration à l'aune de ses activités (pratiques quotidiennes et matérielles) , de sa structure (les différents « organes » qui la composent) et de sa fonction sociale spécifique.

A/ Munis de notre modeste définition de l'organisation, on se propose de commencer par discuter ce qui les différencie objectivement les unes des autres, afin de déterminer si l'Administration doit disposer d'un régime d'appréhension par le droit nécessairement et radicalement spécifique.

Si l'on suit les réflexions weberiennes sur l'idéal-type bureaucratique, les organisations en général, et l'Administration en particulier, se construisent rétroactivement (Au sens de « leur forme est déterminé par... ») à partir des objectifs qu'elles se donnent (rationalité en finalité de l'action collective). Max Weber propose dans *Économie et société*, « La domination légale à direction administrative bureaucratique » (ch. III, 2, 1921) ou dans « Caractéristiques de la bureaucratie » (1922), de considérer la bureaucratie comme la forme typique d'une organisation fondée sur une domination « rationnelle-légale ». La légitimité de l'autorité hiérarchique dans l'administration, comme dans les autres organisations bureaucratiques, est fondée sur le respect de règles et de normes de fonctionnement déterminées rationnellement par la finalité de l'action collective que l'organisation se donne. Comme forme organisée correspondant à la domination légale, la bureaucratie idéal-typique respecte des principes de distribution de rôles et compétences entre individus et services de l'organisation. La bureaucratie implique des « fonctionnaires » au sens où

ils sont tenus par les obligations de leurs fonctions dans l'organisation et libres de leurs activités en dehors de cette fonction. Les hiérarchies de fonctions sont explicites et les compétences associées à chaque fonction pré-établies. On accède à une fonction par recrutement sur les bases des compétences nécessaires par voie de diplôme notamment (« qualification professionnelle ») ou par concours ouvert à toutes personnes physiques de droit privé disposant des compétences et des diplômes requis par la fonction. Le statut est fixe ainsi que la rémunération organisée par une grille pré-définie. Le contrat est résiliable par l'employeur sous certaines conditions et toujours par le fonctionnaire. Les fonctionnaires sont soumis aux jugements de leurs supérieurs pour l'avancement de leur « carrière » et répondent à leur contrôle ainsi qu'à la discipline associée à leur fonction [9].

On retrouve cette forme bureaucratique d'organisation dans l'administration comme dans les autres types de « personnes morales », notamment les entreprises (en particulier celles qui dépassent une taille critique). Or, s'il existe un secteur de la vie social qui nécessite l'intervention administrative, cela n'implique pas nécessairement qu'elle doive se faire par autre chose qu'une organisation déterminée par des normes (notamment légales) et rationnelle en finalité. C'est-à-dire une organisation « comme les autres » organisations bureaucratiques que l'on vient de décrire.; et par conséquent, un sujet de droit (soumis au droit objectif) comme tout autre sujet de ce type.

L'entreprise se construit pour répondre efficacement à son objectif de maximisation des profits dans un environnement concurrentiel et régulé par la puissance publique ; L'association caritative se constitue de la même manière (loi 1901) dans l'objectif de faire avancer une cause, une valeur, une pratique ou quel qu'objectif non marchand. De ce point de vue, l'Administration propose de rendre au public un certain nombres de services dans l'intérêt de ces derniers et dans l'idée que les autres formes organisationnelles ne seraient pas équipées pour les proposer. Soit que le marché est sujet à des mécanismes d'inefficience comme dans la gestion des biens communs, des monopoles naturels peu profitables aux investisseurs privés ou des externalités négatives qui ne sont pas internalisées par les mécanismes d'auto-régulation par les prix [10]. Soit que l'on ne puisse compter sur la libre association d'individus pour ces services puisqu'ils requièrent des formes d'hétéronomie dont seul l'État est capable (régaliennes, monopole de la coercition légitime, levée de l'impôt, codification du droit applicable, gestion du recours juridique...). L'existence d'un domaine d'action réservé à l'État, et impliquant nécessairement une forme organisée disposant de marges de manœuvres discrétionnaires est une idée fondamentale dans les sciences sociales contemporaines qui s'occupe de discuter les modes de coordinations des actions collectives et leurs échecs [11]. On la retrouve, cependant, déjà chez Adam Smith qui mentionnait, dans *La Richesse des Nations* (1776, livre V), les fonctions militaires, de police, d'éducation, d'infrastructure et d'administration de la justice sous l'angle des dépenses et des responsabilités de l'État. [12]

B/ Cette dimension fonctionnelle de l'Administration, répondant à un besoin que les autres organisations ne peuvent remplir, a contribué aux réflexions et aux débats des juristes sur la nature du droit administratif, que l'on se contente dans un premier temps de présenter comme l'ensemble des normes et règles s'appliquant à l'Administration comme pratique matérielle (actes administratifs, actes de l'administration, contrats, réglementations, production documentaire...) et comme organisation (composée d' « organes »). C'est sur cette conception que repose notamment la construction théorique de Léon Duguit qui mentionne l'évolution des fonctions réservée à l'État au cours du temps [13] :

« Les gouvernants modernes ne doivent plus seulement à leurs gouvernés la police et la justice proprement dites, mais encore ce que certains publicistes appellent d'un mot commode la culture, à savoir l'enseignement, l'assistance, l'hygiène, la protection du travail, les transports, etc. Il va de soi que cette multiplicité et cette variété des activités publiques entraînent à leur suite une extrême complexité et diversité dans l'organisation des services publics. » p. 421-422.

Léon Duguit établit dans cet extrait un lien entre la forme organisationnelle de l'administration et les réflexions sur la division du travail et la spécialisation dans les sociétés modernes. Le concept de division du travail a surtout servi à décrire les gains d'efficacité économique qui ont été permis par une recomposition des formes de travail dans les usines et entreprises privées ; depuis *La Fable des abeilles* de Mandeville [14] jusqu'aux travaux d'Adam Smith et aux transformations industrielles du début du XX^e siècle issues de l'organisation scientifique du travail [15]. On comprend cependant que l'extension du domaine des activités de l'administration impose le même type de mutations à son organisation ; et la division du travail constitue une grille de lecture applicable à la composition des administrations en secteurs, services, territoires comme à l'organisation des entreprises privées ou aux organisations non-gouvernementales. C'est ainsi que les premiers mouvements de décentralisation de l'administration sont concomitants des révolutions industrielles du milieu du XIX^e siècle en France. La loi du 18 juillet 1837 reconnaît la personnalité juridique aux communes, permet au maire de nommer aux emplois communaux et de prendre des « arrêtés à caractère réglementaire », développe les prérogatives des conseils municipaux et enregistre l'existence « d'intérêts communaux » et « d'intérêts qui concernent plusieurs communes ». La loi du 5 avril 1884 consacrera ensuite la « clause de compétence générale » du conseil municipal [16]. Cette localisation, quadrillage du territoire par l'administration, va de pair avec la spécialisation des fonctions de cellules administratives chargées de missions spécifiques (établissements publics), comme le notait déjà Hauriou dans la 11^{ème} édition des Précis de droit constitutionnel [17].

Les particularités normatives qu'appelle éventuellement l'appréhension de l'Administration par le droit n'est, dans cette perspective, que le moyen par lequel l'État organise les différentes administrations et assure qu'elle soit bien des organisations fonctionnelles soumise à des règles légales et non-arbitraires. Jean Rivero parle de « dérogations en plus » et « en moins » pour l'Administration qui se justifie précisément par le fait que l'administration doit rester une organisation sous contrôle tout en remplissant ses missions « d'intérêt général » [18]. Quelques particularités normatives, c'est-à-dire l'existence de règles de droits spécifiques, pour l'Administration, rendues nécessaire par la fonction sociale qu'elle remplit, n'en font cependant pas, a priori, une organisation intrinsèquement différente des autres. Elle continue d'être réglementée, rationnelle et bureaucratique. On peut insister sur trois faisceaux d'indices qui vont dans le sens de la proximité des pratiques matérielles et quotidiennes de l'administration et des autres organisations. D'une part, les fonctionnaires des administrations ont des occupations quotidiennes et un rapport à leur travail qui n'est probablement pas aussi radicalement différent de celui des travailleurs dans d'autres organisations [19]. Si cela a pu être le cas historiquement, l'Administration et les autres organisations ont convergé dans leurs structures et leurs pratiques sous l'effet des mêmes mécanismes. Notamment, et c'est le second point, les techniques managériales utilisées dans le secteur privé tendent de plus en plus à être récupérées par l'Administration en tant qu'elles lui paraissent être efficaces (c'est-à-dire rationnelles en finalité) pour exécuter ses missions de service public [20]. On trouve ainsi dans le rapport de 2012 du Conseil d'État consacré aux « agences » comme mode d'organisation de l'action public, et notamment dès l'introduction par Jean-Marc Sauvé, des références multiples à l'idée d'efficacité de l'Administration et aux concepts de la « nouvelle gestion publique » [21]. Enfin, et dans la continuité de la convergence des organisations et des pratiques entre privée et public, les administrations sont également encouragées à collaborer étroitement avec les autres organisations et sujets sociaux pour mener à bien leurs missions soit en déléguant l'autorité administrative, soit en contractualisant, sous l'égide du respect du droit spécifiquement applicable aux administrations, avec des entités de droit privés dans le but d'offrir leur service [22].

C/ Quelles conséquences sur le plan de la théorie juridique peut-on tirer des quelques caractéristiques que nous venons d'exposer ? Autrement dit, que peut-on dire de l'objet social qu'est l'administration en tant qu'il est un objet/thème particulier pour la science juridique ?

On trouve dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen une caractérisation explicite du concept de hiérarchie des normes dans laquelle chaque norme tire sa validité de l'existence d'une norme supérieure elle-même valide, jusqu'à la norme fondamentale constitutionnelle [23]. Une norme pour

Kelsen est un énoncé qui détermine un « devoir-être », c'est-à-dire une obligation ou un interdit, notamment en termes de comportements. Les règlements et décisions de l'Administration s'insèrent effectivement dans cette hiérarchie aux échelons les plus bas. En ce sens, elles doivent par exemple tenir compte des « normes de constitutionnalité », selon la formule du Conseil constitutionnel, et notamment celles qui encadrent directement l'action de l'Administration. Les articles 34 et 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958 fixent ainsi les domaines respectifs de la loi et du règlement tandis que l'article 72 pose le principe de libre administration des collectivités territoriales « dans les conditions prévues par la loi ». L'Administration est également soumise aux normes de droit international comme le rappelle l'article 55 de la Constitution (Principe de supériorité des traités sur les lois), l'article 54 qui oblige à une modification de la constitution s'il y a incompatibilité constatée par le Conseil constitutionnel (ou bien abandon comme pour la Charte européenne sur les langues régionales) ou bien encore l'Article 288 al.2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui indique que les règlements européens sont d'effet direct dès publication au journal officiel de l'Union, et s'imposent donc aux actes administratifs français.

Ainsi, l'assujettissement de l'Administration aux règles de droit objectif est un fondement de son fonctionnement (Principe de légalité). Si, donc, on considère que l'Administration dispose de prérogatives et d'obligations à l'égard du public, c'est-à-dire potentiellement de « droits subjectifs » opposables devant une juridiction compétente ; c'est au sens Kelsenien d'absence de dualisme entre droit « objectif » et « subjectif » [24]. Comme l'indique Dimitrios Tsarapatsanis [25] à propos du concept de « sujet de droit » chez Kelsen, la personnalité juridique n'est pas un attribut de l'être (social ou naturel) ou de la volonté d'un agent qui pré-existe à et est protégée par la règle de droit objectif (un intérêt, ou un droit naturel par exemple) ; mais simplement l'effet mécanique et a posteriori de l'existence de cette règle qui impose des comportements spécifiques aux agents (les « destinataires de la norme ») à l'égard des autres ; des rapports de « créanciers » et « débiteurs » en cas de contravention ou d'application de la norme. La personnalité juridique en ce sens n'est qu'une construction de la science du droit pour parler de ces créances et dettes et les associer aux destinataires de la norme. L'Administration s'insère comme les autres personnalités juridique dans cette architecture.

On peut rapprocher cette position de celle de Léon Duguit, qui parle plus spécifiquement de « situations juridiques » des individus vis-à-vis d'une règle de droit objectif. Dans l'Introduction de son *Manuel de Droit Constitutionnel* (quatrième édition, 1923), Duguit revient sur la distinction entre droit objectif et subjectif, en indiquant que les « doctrines du droit individuel » (celles qui associent les droits subjectifs aux êtres individuels) inventent un individu pré-social et lui associent des droits imprescriptibles qu'il possède en propre. À l'inverse, la démarche correcte de fondation

du droit (« doctrines du droit social ») doit partir de l'individu tel qu'il est ; c'est-à-dire immédiatement engagé et tenu par des formes d'interdépendances sociales (soit qu'elles soient « solidarités par similitude » ou « par division du travail ») qui l'obligent à agir de telle ou telle manière, et selon sa situation particulière vis-à-vis de la vie collective. Ces différences de rapport au collectif (c'est-à-dire de fonctions sociales) imposent alors dans un deuxième temps des aménagements des obligations et prérogatives individuelles (c'est-à-dire des sortes de « droits subjectifs ») [26]. Les prérogatives de l'Administration, en particulier sa capacité à imposer discrétionnairement aux autres, n'est jamais que la transcription de la fonction sociale nécessaire qu'elle remplit comme mode de coordination social spécifique, sous le contrôle de la Loi [27]. L'approche fonctionnaliste de l'Administration et du droit, tel que l'entamait déjà Duguit qui côtoyait Durkheim à Bordeaux (et fait spécifiquement référence à ses concepts et définitions de « division du travail social », « d'État » et de « droit ») [28], trouvera ainsi dans le concept de « service public » rendu aux administrés le fondement épistémologique (ou le « critère » unique) du droit administratif, devenu droit du service public. On le reconnaît par ce qu'il fait (critère matériel d'offre d'un service au public), ce qu'il est (critère organique de dépendance direct ou indirect à un organe de l'administration en charge de ce service) et la norme qu'il applique (critère normatif dérogatoire du droit commun dans les cas prévus par le droit objectif).

Références :

[9] Max Weber, "La domination légale à direction administrative bureaucratique." (1921) :

« La totalité de la direction administrative se compose, dans le type le plus pur, de fonctionnaires individuels [Einzelbeamte] [...] lesquels, 1) personnellement libres, n'obéissent qu'aux devoirs objectifs de leur fonction, 2) dans une hiérarchie de la fonction solidement établie, 3) avec des compétences de la fonction solidement établies, 4) en vertu d'un contrat, donc (en principe) sur le fondement d'une sélection ouverte [frei] selon 5) *la qualification professionnelle* : dans le cas le plus rationnel, ils sont nommés (non élus) selon une qualification professionnelle révélée par l'examen, attestée par le diplôme ; 6) sont payés par des appointements fixes en espèces, la plupart donnant droit à retraite, le cas échéant (en particulier dans les entreprises privées) résiliables de la part des patrons, mais toujours résiliables de la part des fonctionnaires ; ces appointements sont avant tout gradués suivant le rang hiérarchique en même temps que suivant les responsabilités assumées, au demeurant suivant le principe de la « conformité au rang » [Standesgemäßheit] ; 7) traitent leur fonction comme unique ou principale profession ; 8) voient s'ouvrir à eux une carrière, un « avancement » selon l'ancienneté, ou selon les prestations de service, ou encore selon les deux, avancement dépendant du jugement de leurs supérieurs ; 9) travaillent totalement « séparés des moyens d'administration » et sans appropriation de leurs emplois ; 10) sont soumis à une discipline stricte et homogène de leur fonction et à un contrôle. »

[10] Pour réduire un peu le propos, on mentionne simplement quelques travaux sur les coopérations publics-privées et le rôle des pouvoirs publics dans la gestion des inefficacités de marchés :

— généralement, à propos des « échecs de marchés » et des externalités :

J.J. Laffont (2008). "externalities," *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2nd Ed.

Kenneth J. Arrow (1969). "The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocations," in *Analysis and Evaluation of Public Expenditures: The PPP System*, Washington, D.C., Joint Economic Committee of Congress.

— pour un exemple classique d'externalité positive :

J. E. Meade, « *External Economies and Diseconomies in a Competitive Situation* », *The Economic Journal*, vol. 62, no 245, mars 1952, p. 54

— À propos de la gestion coopérative des biens communs :

Elinor Ostrom (trad. de l'anglais), *Gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Bruxelles/Paris, De Boeck, 2010, 301 p

[11] On a choisit de réduire le propos ici en ne faisant que mentionner les problèmes d'échecs organisationnelle de coordinations (« organisation failures » vs « market failures ») bien qu'elles aient des conséquences considérables pour le droit et la philosophie du droit. Aux vues des développements récents de ces problématiques (Kahneman, Tversky, économie expérimentale, rationalité limitée et théorie des jeux...), il faudrait probablement y consacrer une thèse entière, sinon un programme de recherche, et d'autres plus qualifié s'en chargeront sûrement. Pour le moment, on indique simplement les travaux de sociologie des organisations, largement développé à la fin du XXème et début du XXIème siècle sur la base des travaux de Michel Crozier et des économistes institutionnelles des années 50 à 80 qui insistaient notamment sur les problèmes de coordinations dans les organisations industrielles et bureaucratiques sous l'angle des problèmes de circulation de l'information et de structures de pouvoirs dans les organisations :

— Crozier Michel. Pour une sociologie de l'administration publique. In: *Revue française de science politique*, 6^e année, n°4, 1956. pp. 750-769. qui s'intéresse ici à un grand service public parisiens pour y déceler les raisons des insatisfactions chroniques au travail des fonctionnaires « non-cadre » :

« C'est que l'instrument d'analyse manquait. Les disciplines traditionnelles, le droit administratif, l'économie politique, la science politique ne permettent d'appréhender dans ce domaine que l'à-côté. Elles étudient la règle juridique, « l'acte administratif », la vie formelle du monde de la fonction publique. Elles ne peuvent aborder que très indirectement l'analyse profonde du fonctionnement de l'appareil bureaucratique. »

— Herbert Simon, *Administrative Behavior*, (1947), New York, NY: Macmillan.

— Herbert Simon, J. G. March, *Organizations*, (1958), John Wiley and sons, New York, *Les organisations*, (1960), Bordas. Réédité en 1991, avec une préface de Michel Crozier.

- William G. Ouchi, « Markets, Bureaucracies and clans », *Administrative science quarterly*, Vol. 25, No. 1, Mars 1980, pp 129-141.

[12] Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Livre V, chapitre I, Partie IV, dernier paragraphe de « Conclusion » :

« When the institutions or public works which are beneficial to the whole society either cannot be maintained altogether, or are not maintained altogether by the contribution of such particular members of the society as are most immediately benefited by them, the deficiency must in most cases be made up by the general contribution of the whole society. The general revenue of the society, over and above defraying the expense of defending the society, and of supporting the dignity of the chief magistrate, must make up for the deficiency of many particular branches of revenue. The sources of this general or public revenue I shall endeavour to explain in the following chapter. »

[13] Léon DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 411-439.

[14] Bernard de Mandeville, *The Fable of the Bees: or, Private Vices, Publick Benefits*, 1714 (second tome 1729) : « En divisant et en subdivisant les occupations d'un grand service, en de nombreuses parties, on peut rendre le travail de chacun si clair et si certain qu'une fois qu'il en aura un peu pris l'habitude, il lui sera presque impossible de commettre des erreurs... »

[15] Frederick Winslow Taylor, *The Principles of Scientific Management*, (1911), New York, NY, USA and London, UK: Harper & Brothers, p.36-37, ch. II.

Les grands principes de ce que Taylor a appelé l'organisation scientifique du travail (Scientific Management) peuvent se résumer ainsi : Chaque tâche qu'accomplit le travailleur doit être pensée et calculée en amont par le manager. Chaque travailleur doit être choisi avec soin, assigné à la bonne tâche et formé aux méthodes de production édifiées en amont. Les tâches de supervision doivent être également systématisées et rationalisées en vertu de l'objectif d'efficacité de la production.

[16] : « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune » que l'on retrouve encore appliquée dans l'**Article L2121-29** du Code général des collectivités territoriales, en vigueur depuis le 24 février 1996.

[17] Jacques Chevallier, « Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration », II. Une théorie de l'organisation administrative, C/ Territorialité et Sectorialité. In : C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz. « La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ? », Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp. 621-632, 2015. Citant : Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, p.64 :

« « l'établissement public est, par lui-même, un procédé de décentralisation », même si « au point de vue de leur organisation sont décentralisés les établissements publics dont les organes sont constitués en tout ou en partie par le suffrage direct ou indirect ». Hauriou opte donc pour une conception large de la notion de décentralisation qui s'applique, selon lui, à la fois aux « administrations locales » et aux « administrations spéciales » »

[18] Rivero (Jean). Existe-t-il un critère du droit administratif ?, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 59^e année, 1953, p. 279-296 :

« « On songe aussitôt, observe-t-il, aux prérogatives : décision exécutoire, privilège du préalable, clause exorbitante. Sans doute. Les règles du droit administratif se différencient des règles du droit privé en ce qu'elles confèrent aux organes publics des pouvoirs qui ne sauraient exister dans les rapports entre particuliers. Mais à l'opposé, le droit administratif impose souvent à l'administration des obligations beaucoup plus strictes que celles que le droit privé fait peser sur les particuliers. Ceux-ci choisissent librement le but de leurs activités alors que l'administration est astreinte à la poursuite de l'intérêt général. Ils choisissent librement leurs cocontractants alors que pour l'administration ce choix fait une grande part à des procédures de désignation automatique. En sorte que les règles du droit administratif se caractérisent par rapport à celles du droit privé soit en ce qu'elles confèrent à l'administration des prérogatives sans équivalent dans les relations privées soit en ce qu'elles imposent à sa liberté d'action des sujétions plus strictes que celles auxquelles sont soumis les particuliers entre eux »

[19] – à propos des proximités et des « petites différences » dans le travail entre employés du public et du privé :

Danièle Guillemot, "Travail dans le public et le privé : une intensification parallèle", *Dans Travail et emploi* 2011/4 (n° 128), pages 23 à 40 :

« L'approche descriptive retenue ici a permis de mettre en évidence les proximités et les « petites différences » dans l'intensité du travail de salariés travaillant dans la fonction publique ou dans une entreprise privée, et leur évolution sur vingt ans. L'intensification du travail observée dans les années 1980 et 1990 a autant touché les agents de la fonction publique que les salariés des entreprises. Malgré la protection du statut et en dépit de l'image persistante du fonctionnaire à l'abri des pressions subies par les travailleurs du privé, les contraintes de rythme ont augmenté dans des proportions comparables pour des salariés exerçant un même métier ou une même fonction dans le privé et le public, et les niveaux de contrainte constatés en 2005 au travers de l'enquête sur les *Conditions de travail* sont très proches : sur la question de la pression au travail, l'activité compte plus que le statut. »

— à propos des positionnements éthiques des individus dans les décisions qu'ils prennent au quotidien dans leurs fonctions selon qu'ils travaillent dans le secteur public ou privé :

Wheeler, Gloria F., and F. Neil Brady. "Do Public-Sector and Private-Sector Personnel Have Different Ethical Dispositions? A Study of Two Sites." *Journal of Public Administration Research and Theory: J-PART* 8, no. 1 (1998): 93–115. :

Wheeler G.F. et Brady F. N. ont mené une étude sur deux cents employés du secteur public et du privé pour déterminer selon quels critères et quelles méthodes ils arbitraient des décisions potentiellement problématiques d'un point de vue éthique dans leurs fonctions. Sous réserve des difficultés méthodologiques et épistémologiques que posent ce type d'études et d'approches, Les auteurs semblent conclure que les individus, quand ils sont questionnés à propos des méthodes de décisions qu'ils utiliseraient dans des « cas concrets », ont une approche plus déontique que conséquentialiste des dimensions morales de leur travail. Le résultat nous intéresse ici en tant qu'il est indépendamment du fait qu'ils appartiennent à une organisation publique ou privée.

[20] J. E. Lane, *New Public Management : An Introduction*, Londres, Routledge, 2002

Le New Public Management - reflet et initiateur d'un changement de paradigme dans la gestion des affaires publiques - Matthias Finger - IDHEAP

François-Xavier Merrien, *Nouvelle gestion publique : un concept mythique*, vol. no 41, coll. « Lien social et Politiques » Philippe Bezes, Christine Musselin. Le New Public Management : Entre rationalisation et marchandisation ?. Laurie Boussaguet; Sophie Jacquot; Pauline Ravinet. Une 'French Touch' dans l'analyse des politiques publiques ?, Presses de Sciences Po, pp.128 – 151.

[21] CONSEIL D'ÉTAT (2012), « Les Agences : une nouvelle gestion publique ? » Étude annuelle 2012, Paris, Conseil d'État. Pour ne citer qu'une des recommandations faites par le conseil d'État tout à fait similaire au processus de création d'une nouvelle branche pour une grande multinationale :

« Proposition n° 4 - Imposer préalablement à la création de toute agence la réalisation d'une étude d'impact, par la voie législative. Elle comporterait les items suivants : - motifs du recours à une agence ; - motifs du choix de son statut juridique ; - moyens dont il est envisagé de la doter ; - modalités d'articulation avec les structures existantes ; - modalités d'évaluation de l'action de l'agence. »

On retrouve donc une étude de « rentabilité » à priori de la création de l'agence avec définition des budgets, des besoins, des indicateurs et critères d'évaluation de son action et de son statut juridique vis-à-vis de la maison mère.

Jean Marc-Sauvé consacre la première partie de son intervention introductive au colloque de 2012 à la notion d'efficacité de l'organisation et de l'action administrative : « I. Les agences, objet juridico-administratif en construction, participent d'un renouvellement de la gestion publique dans un but de plus grande efficacité. »

[22] *ibid.* C'est le « critère de partenariat » invoqué dans la première proposition du CE :

« Proposition n° 1 - Elaborer une doctrine du recours aux agences en se fondant sur les critères suivants : - recherche de l'efficacité accrue dans la mise en œuvre d'une politique publique déterminée (critère de l'efficacité) ; - nécessité d'une expertise distincte de celle habituellement rencontrée dans les services de l'État (critère de l'expertise) ; - opportunité de nouer des partenariats avec des acteurs de la société civile et les collectivités territoriales (critère du partenariat) ; - nécessité d'éviter l'intervention du pouvoir politique dans les processus récurrents de décision (critère de la neutralité). »

[23] Cette description succincte est proposée par Éric Millard, « La hiérarchie des normes : Une critique sur un fondement empiriste » (2013) sur la base de : Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*. (2004) Trad. de la 2ème éd. de la *Reine Rechtslehre* par Charles Eisenmann. Paris : LGDJ :

« La théorie de Kelsen est une théorie formelle. Elle considère que la validité est la modalité spécifique d'existence d'une norme et que les conditions de la validité sont identiques aux règles de production de la norme (dans sa version dynamique). De ce point de vue, une norme est valide si elle a été produite conformément à une norme, dite supérieure, elle-même valide. Il en résulte nécessairement que la norme ultime ne peut être décidée par ce processus comme valide. Pour les besoins de la science du droit, Kelsen propose une réponse cohérente à cette limite théorique : il est possible de recourir à une présupposition, qui traduit aussi une stratégie scientifique, et que Kelsen qualifie de norme fondamentale. Il s'agit de considérer que la norme ultime d'un système juridique (généralement la constitution) tire sa validité de cette norme fondamentale présupposée (Kelsen parle à son propos d'hypothèse logique-transcendantale). »

[24] Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*. 1992, Trad. Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press. Cité par : Stanley L. Paulson, «Ce que nous apprend la *Stufenbaulehre* sur le concept de droit de Kelsen», *Revus*, 21 | 2013, 11–28.

« quand la théorie générale du droit prétend que son objet d'étude, le droit, est pris non seulement au sens objectif mais aussi au sens subjectif, elle introduit en son fondement une contradiction fondamentale, à savoir, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif. Car alors, la théorie générale du droit en vient à prétendre que le droit – au sens de droit objectif – est normatif, est un complexe de normes, un système, et en même temps que le droit – au sens de droit subjectif – est constitué d'intérêts ou de volontés intéressées, soit quelque chose de très différent du droit objectif et dès lors impossible à subsumer sous un concept général qui puisse être commun aux deux. Cette contradiction ne peut être surmontée en prétendant qu'il existerait une connexion entre le droit objectif et le droit subjectif, en prétendant que le second est défini comme un intérêt que protégerait le premier, comme une volonté qui serait reconnue ou garantie par le premier. Conformément à sa fonction originelle, le dualisme du droit objectif et du droit subjectif exprime l'idée que le second précède le premier, tant logiquement que temporellement. »

[25] Dimitrios Tsarapatsanis, "Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels" Docteur en droit de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense :

« Autrement dit, et cette remarque est valable aussi bien pour les « personnes physiques » que pour les « personnes morales », la personne juridique n'est pas une entité distincte possédant des droits et obligations juridiques mais une certaine manière de faire référence à des droits et obligations juridiques. »

[26] Léon Duguit, Introduction de son *Manuel de Droit Constitutionnel*, quatrième édition, 1923, p.12 :

« L'homme vivant en société a des droits ; mais ces droits ne sont pas des prérogatives qui lui appartiennent en sa qualité d'homme ; ce sont des pouvoirs qui lui appartiennent parce que, étant homme social, il a un devoir à remplir et qu'il doit avoir le pouvoir de remplir ce devoir. On voit qu'on est loin de la conception du droit individuel. »

[27] Olivier Lacoste, "Le nombre contre le droit", paragraphe : « La nécessaire hétéronomie de la loi », Dans *L'Économie politique* , 2016/2 (N° 70), pages 78 à 90 :

« Alain Supiot rappelle le rôle fondamental de la loi, érigée en idéal pour régler la vie de la cité. La loi est conçue par contraste avec la servilité devant la tyrannie exercée par un (ou des) individu(s). *"Pour se libérer de tout lien de dépendance personnelle, les hommes doivent se soumettre au règne des mêmes lois générales et abstraites"*. Jean-Jacques Rousseau l'exprime avec force : *"Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas ; il a des chefs et non pas des maîtres ; il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes"* »

« Dans cette conception, la loi, même faite (conformément à l'idéal de la Grèce antique) *"par ou pour les citoyens"*, doit agir en surplomb dans la régulation collective des conduites humaines. Les règles posées par la loi sont alors dites "hétéronomes" : elles s'imposent aux citoyens et aux agents économiques qui ne doivent pas pouvoir s'en affranchir. »

[28] Didry Claude. "De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900)", In: *Genèses*, 2, 1990, A la découverte du fait social, pp. 5-27.

Entendre l'administration comme un mode de coordination répondant fonctionnellement et organiquement à des besoins sociaux spécifiques dans le corps social, partie du tout au même titre que les autres, conduit à affirmer sous réserve de la prise en compte de ses spécificités par l'ensemble hiérarchisé de normes qu'est le droit objectif, qu'elle n'est pas « ontologiquement » différente des autres modes de coordination. En ce sens, elle ne peut être différemment assujettie au droit objectif que sous la condition que cette différence soit appelée par sa fonction sociale (servir « l'intérêt général » que mentionnent Rivero et les premiers articles du CRPA). Toute spécificité normative qu'implique son fonctionnement doit se trouver justifier en fait. C'est le sens du principe de légalité selon lequel l'Administration doit respecter dans chacune de ces décisions réglementaires ou ses actes administratifs (unilatéraux, contractuels...) les normes légales qui lui sont supérieures.

Toutefois, si c'est le cas, on comprend mal pourquoi le juge ordinaire ne serait pas en mesure de trancher, en s'appuyant éventuellement sur des normes spécifiques établies par le législateur, les litiges qui engagent sa responsabilité, et donc celle de l'État. L'existence d'une juridiction spécifique à l'Administration, traditionnellement définie comme « prétorienne », est une difficulté dans cette première approche de la question que l'on se propose de résoudre en approfondissant la discussion sur les notions « d'intérêt général » (et donc de « service public »), de « Pouvoir » de l'Administration sur les autres sujets de droit (au sens même de Duguit qui définit son « droit subjectif » comme le « pouvoir de réaliser sa fonction », cf. [26] ci-dessus) et, en dernière instance, d'État au sens de puissance publique.

II/ L'existence de services spécifiquement rendus par l'Administration implique que l'acte administratif doit pouvoir s'imposer de manière discrétionnaire pour assurer une forme de coordination rendue difficile par les mécanismes décentralisés du marché ou de l'association spontanée. L'acte administratif unilatéral (AAU) est alors le moyen typique de l'action administrative. Pouvant être établis par une personne publique, ou en charge de la gestion d'un service public, elle est également symptomatique de ce qui nous posera problème : la possibilité de déléguer des « prérogatives de puissance publique ». Il est (l'AAU) la manifestation la plus visible du pouvoir de l'Administration sur les autres sujets de droit puisque celle-ci n'a pas besoin pour la décider de requérir l'aval du juge (ou du législateur) et continuent de produire leurs effets si elles font l'objet d'un recours. Le Conseil d'État l'a d'ailleurs récemment réaffirmé sur la base de la jurisprudence « Préfet de l'Eure » de 1913 [29]. Quelle est alors plus généralement la nature du pouvoir dont dispose l'Administration sur les autres sujets de droit, et comment se pouvoir est-il contrôlé ?

A/ Dans la perspective Kelsenienne, l'Administration est certes un « sujet de droit » en tant que destinataire de la norme juridique mais, comme le rappelle Dimitrios Tsarapatsanis, elle est également un « organe de droit » en tant qu'elle participe à la création et l'implémentation de normes (« réglementaires », au plus bas de la hiérarchie des normes) qui s'imposent à d'autres sujets de droit [30]. On note cependant que la différence entre organe de droit et sujet de droit chez Kelsen n'est que relationnel à une norme de droit objectif. Il n'existe pas, en principe, de différences intrinsèques entre le pouvoir qu'a un individu privé de « faire valoir son droit » (conférer par une norme juridique objective) sur un autre sujet de droit et le pouvoir de l'Administration d'imposer le respect d'un règlement qu'elle a pris dans le cadre de ses fonctions régulatrices (toujours en vertu d'une règle de droit objectif) [31]. Parler de « sujet de droit » ou d'« organe de droit » ne sont donc que des façons de parler d'un « sujet d'une obligation juridique » ou de « sujet d'un pouvoir juridique » [32], et la personnalité morale n'est qu'une fiction, ou un artefact du droit objectif. Or, que la source juridique d'une obligation ou d'un pouvoir soit en dernière instance la même (une norme juridique) ne signifie pas pour autant qu'elles ont les mêmes implications pour l'ensemble des destinataires de la norme. En particulier, est-ce la même chose d'avoir le « pouvoir de réaliser sa fonction » (pouvoir conféré par le droit objectif) et le pouvoir de déterminer, d'empêcher ou d'approuver la « fonction » d'un autre ? Pour définir la différence, on veut dire que le « pouvoir »

dont parlent Duguit et Kelsen renvoie à la capacité de faire quelque chose (d'entreprendre une action), notamment la capacité légale (« avoir le droit », ie. la possibilité, la faculté). Tandis que le second sens de « pouvoir », et notamment celui de l'Administration qui échappe aux définitions mentionnées jusqu'à présent, est le pouvoir au sens Weberien (« Macht », le pouvoir-puissance d'autorité, de domination), tel qu'il le définit dans *Économie et société* (Tome I, p.95, 1921) [33]. C'est, dit simplement, la probabilité de se faire obéir par un autre dans une relation sociale de tout ordre. Une redéfinition plus formelle de cette notion de pouvoir est notamment proposé par Robert Dahl : « A a du pouvoir sur B dans la mesure où il peut faire entreprendre par B une action qu'il n'aurait pas engagée autrement » [34]. Cette seconde définition a une importance centrale dans la façon dont est construit le recours (dont gracieux et hiérarchique), le contentieux et le contrôle de l'Administration par une juridiction séparée. C'est peut-être le fond du problème d'un statut de « sujet de droit » sui-generis pour cette dernière.

Avant d'avancer sur la question de la spécificité juridictionnelle de l'Administration et son pouvoir particuliers sur les autres sujets de droit, on peut commencer par se demander quel serait la réponse de Duguit à la question de savoir comment doit se comprendre le contentieux face à une décision administrative, et comment il se justifie. Ainsi, si le fondement de l'action et de l'organisation administrative est l'offre d'un service public aux autres sujets de droit (les administrés-usagers), les seules obligations pour l'Administration est d'être soumise aux règles de droit objectif et de rendre effectivement le service dont elle est responsable (qu'elle a le « pouvoir » de rendre). Si un sujet de droit se trouve en situation d'opposer un « droit subjectif » personnel à un acte administratif ; c'est qu'en dernière instance, celle-ci a rompu une règle de droit objectif en ce sens qu'elle n'a pas correctement rempli une fonction sociale définit par une norme juridique. Dans cette perspective, il y a service public à chaque fois que le droit est ouvert pour un particulier d'agir en justice contre l'État pour assurer la délivrance d'un service qu'il garantit et définit [35]. C'est cette conception du recours contentieux et du service public que développe Duguit dans son commentaire de L'arrêt Croix de Seguey-Tivoli rendu par le Conseil d'État en décembre 1906 [36]. Sans trop entrer dans le détail de l'affaire, on retient que d'après Duguit, même concéder à une entité privée (société des tramways de Bordeaux), l'Administration est encore responsable du bon fonctionnement du service (respect du cahier des charges) notamment parce que, du point de vue de l'utilisateur, se tourner en justice contre une société privée n'ouvrirait la voie qu'à une indemnité (plutôt qu'à un rétablissement du service) et se ferait « à ses risques et frais ». En ce sens, Duguit (à l'initiative de l'affaire) prend le parti de s'attaquer au préfet qui n'a pas assuré le contrôle du cahier des charges a priori lors de la concession d'un service public. Ce que l'on peut retenir d'important pour la suite, c'est que la conception qu'a Duguit de l'Administration est liée à une certaine

philosophie de l'État dans laquelle la division du travail social entre gouvernant et gouverné est fondé sur l'exécution de services publics, c'est-à-dire de « lois normatives » que le gouvernant-fonctionnaire constate (le législateur les impose) et de « lois constructives » (règlements, ...) qui permettent la mise en œuvre de ce constat [37]. Il y a donc là un présupposé politique et constitutionnel à propos du rapport de force entre exécutif et législatif. Le pouvoir au sens de Dahl doit s'exercer du gouverné vers le gouvernant, de l'utilisateur vers le fonctionnaire, notamment dans les procédures de recours contentieux. Plutôt donc que la distinction entre recours en « excès de pouvoir » et « de pleine-juridiction », Duguit propose une distinction entre contentieux « objectif » ou « subjectif » selon qu'est en jeu un contrôle de légalité d'une norme objective ou la solution d'une « situation juridique » particulière pour le juge [38]. Claude Didry formule en conclusion l'angle mort de cette perspective sur le contentieux et l'Administration en faisant référence à la conception durkheimienne de l'État qui se trouve être plus institutionnaliste et plus préoccupé de la question du pouvoir de l'État sur les autres sujets de droit que ne semble l'entendre Duguit :

« La conception de Duguit conduit à une conception de l'État comme agrégation de services publics et tend de ce fait à mettre entre parenthèses la fonction législative. Elle s'écarte ainsi de la conception durkheimienne de l'État, entendu comme « l'ensemble des corps sociaux qui ont seuls qualité pour parler et pour agir au nom de la société .» [39]

B/ Cette formulation rebat donc les cartes sur les trois plans que nous avons tracé en introduction : l'assujettissement de l'administration au droit objectif n'est pas tout à fait le même que celui des autres sujets de droit du fait de son rapport à l'État-législateur ; elle dispose de pouvoirs en propres (discrétionnaires) qui s'imposent aux autres sujets de droit, ce qui impliquerait un rapport subjectivement différent au reste du corps social ; et elle est un problème pour la science juridique qui s'avère être en dernière instance éminemment politique. Afin de ne pas perdre une dimension centrale de la spécificité de l'Administration dans son rapport au droit, il faudrait donc essayer de tenir en même temps le concept de service public (et donc son rapport fonctionnel aux autres sujets de droit) et la notion de pouvoir tel qu'on la définit plus haut (c'est-à-dire son rapport à l'État / la puissance publique). Pour cela, partons de ce que l'on considère souvent, à tort ou à raison, comme le point de départ historique de la notion de service public.

L'origine juridique de la centralité du « service public » dans la conception de l'Administration et de sa juridiction spécifique est, pour des juristes comme Gaston Jèze ou Jean Romieu, l'arrêt Blanco du 8 février 1873 (rendu par le tribunal des conflits). L'arrêt Blanco a joué un rôle central, dans cette tradition doctrinale, de justification d'un ordre juridictionnel administratif séparé et fondé sur le critère du service public au moins pour deux raisons : il implique que la responsabilité de l'État peut être engagée du fait du caractère de « service public » de l'activité qui a conduit au

dommage (accident impliquant des ouvriers employés par l'administration de tabac) et que cette responsabilité ne peut être établie que par la juridiction administrative ; puisque le Code civil n'a vocation qu'à régir les rapports entre particuliers [40]. Cependant, dans cet arrêt, la justification vient de l'idée que la base normative pour juger l'État ne peut pas être la même que pour les autres sujets de droits. Un autre point de difficulté soulevé par l'arrêt : dire dans ce cas d'espèce que l'État est responsable, car il s'agissait d'un service public, signifie-t-il que le fondement exclusif du droit administratif est le service public ; comme semble le dire la lecture contemporaine de l'antagonisme entre service public et puissance publique ? On peut rappeler à cet égard que : désormais les litiges impliquant des services publics industriels et commerciaux relèvent de la juridiction judiciaire depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 à-propos de la société commerciale de l'Ouest africain qui considère qu'il existe des services publics qui fonctionnent comme des entreprises privées (SPIC). Dans le cas de services publics géré par des entités privées (comme pour le cas des tramways de Bordeaux), au critère d'exercice d'un service public s'ajoute, depuis l'arrêt du Conseil d'État du 23 mars 1983, l'attribution à la personne privée de « prérogatives de puissance publique par l'État » pour engager sa responsabilité, notamment en cas d'inexécution d'un service public. Comme l'indique Jacques Chevallier dans son « Essai sur la notion juridique de service public », ces ambiguïtés autour de la notion étaient déjà présentes à l'origine et n'ont pas émerger avec l'évolution jurisprudentielle suivant les débats juridiques du début du XX^e siècle ou avec la complexification de l'organisation administrative. Il indique en citant Gaston Jèze et Maurice Hauriou (également fondamentalement attaché à la notion de service public [41]) que le critère organique n'était déjà pas complet puisqu'il se peut que des organes de l'administration ne produisent pas nécessairement des services publics à proprement parler et qu'ils ne dérogent pas au droit commun [42]. D'autre part, tous les auteurs de l'école dite du « service public » admettent que des services de ce type peuvent être confiés à des entités privées et sont nuancés sur le rapport entre critère organique et matériel. Ils admettent sans problème qu'il suffit au juge, par exemple lors d'un contentieux autour d'un contrat avec des collectivités locales (arrêts Terrier en 1903 et Thérond en 1910), d'interpréter une activité comme étant un service public (« d'intérêt public ») pour qu'elle passe sous la compétence du juge administratif [43]. Tous ces éléments conduisent Jacques Chevallier à conclure que la notion de service public, non seulement, n'est pas, et n'a peut-être jamais été exclusive pour la définition de l'Administration et de l'État, mais qu'en plus elle est restée extrêmement pertinente et stable au cours du temps et on peut ajouter qu'elle s'articule parfaitement bien à la notion de puissance publique qui va nous occuper ensuite :

Ainsi, le service public est « une activité d'intérêt général gérée par l'administration ou par une personne privée, qui en a reçu délégation et qui est soumise au contrôle de l'administration », son

critère exclusif est « l'intention du législateur » et on démontre juridiquement cette intention par des indices repérés « en examinant si le législateur a conféré à l'organisme en cause des prérogatives de puissance publique et l'a soumis à des contrôles de tutelle. ».

Nous retombons donc sur nos pattes en ayant répondu à la critique proposée par Claude Didry des positions de Duguit concernant la nature de l'Administration et son rapport aux notions de service public, d'intérêt général et de puissance publique. Malgré donc ce que l'on a dit sur la proximité organisationnelle, opérationnelle et matérielle de l'Administration et des autres personnes morales (particulièrement dans le contexte contemporain de « gouvernance par les nombres » [44]), la différence qui subsiste et fonde la spécificité de l'Administration comme objet pour le droit est le pouvoir qu'elle a d'imposer ou d'empêcher leurs actions aux autres, au nom de l'intérêt général et par un acte de la volonté. Nous avons, en effet, introduit dans notre conception de l'Administration les notions « d'intention du législateur » (dont l'administration fait partie en tant qu'elle produit des règlements et des décrets qui s'imposent aux autres comme des lois lorsque non contredites par des normes supérieures) et de « puissance publique » (déléguée ou non). L'Administration est, en ce sens, une organisation plus forte que les autres, non pas tant du fait de ses caractéristiques objectives, mais du fait de la façon dont les autres organisations (et le droit) se comportent à son égard, c'est-à-dire inter-subjectivement [45]. On propose donc, avec Eric Millard et Jacques Chevalier [46] à propos de Maurice Hauriou, de la qualifier d'institution.

C/ i) L'analyse qu'opèrent les deux auteurs sur la dimension sociologique du concept d'institution qu'a forgé Hauriou dans ses travaux fait de lui un précurseur profondément en avance sur son temps. Face à la sociologie naissante, quoique réticent à ce que l'on appellera ensuite « l'analyse sur-socialisé » de l'homme [47], Maurice Hauriou développera une première perspective sur les institutions méthodologiquement (parce qu'idéologiquement) individualiste [48] en même temps que soucieuse des réalités sociales supra-individuelles. Contrairement à Duguit, il est attaché à la définition classique du recours contentieux pour excès de pouvoir [49]. Il est également extrêmement inquiet de la confusion entre administration (institution avec des prérogatives de puissances publiques et d'intérêt général donc) et organisation même d'utilité réelle mais privée pour le « public » comme dans le cas des syndicats (Arrêt « Association syndicale du canal de Gignac » [50]). Dans ses écrits, l'Administration, et l'État dont elle dépend, ne sont pas les produits d'une réalité, d'une conscience ou d'une volonté collective presque magique ; mais les produits d'équilibres de long cours (sur la « durée ») entre forces et intérêts individuels antagonistes ou coopératifs. Au terme de son analyse, il rétablit donc la centralité de la personnalité morale dans l'analyse juridique, construit la distinction entre « droits statutaires » (protégeant les droits

individuels des membres du groupe ou de l'institution) et « droits disciplinaires » (qui assurent la cohésion de l'institution et son bon fonctionnement) et se dote même d'une philosophie de l'État qui fonde sa conception juridique des membres de l'institution (c'est-à-dire des sujets de droits) et de l'Administration. Chez Hauriou, l'institution crée le(s) droit(s) [51], les individus créent (ou « adhèrent au projet de ») l'institution. Il propose, en effet, de considérer que ce sont des individus en action et le temps long qui ont forgé l'Administration-institution comme une réponse au problème de l'ordre nécessaire à la vie en commun d'individus ayant des besoins sociaux. Les étapes de ce processus d'institutionnalisation sont en ce sens d'après lui : D'abord, « l'idée d'œuvre » (pour l'Administration, c'est le service public au cœur de la « fonction administrative ») naissante dans un milieu social et portée par quelques individus [52]. Ensuite, s'organise l'objectivation ou l'incorporation de l'idée d'œuvre, c'est-à-dire la construction d'organes de pouvoir qui ont vocation à réaliser l'idée d'œuvre et qui organisent la particulière séparation des pouvoirs d'Hauriou (« la compétence intuitive de la décision exécutoire, la compétence discursive du pouvoir délibérant et le pouvoir de suffrage ou pouvoir d'assentiment », Millard [53]). Enfin, vient la « manifestation de communion » (Millard), ou « personnification » (Chevallier reprenant Julia Schmitz) qui assure le passage à l'état subjectif dans les « mondes vécus » des individus parties-prenantes, c'est-à-dire passage de la nouvelle institution de l'état d'objet extérieur à l'état de réalité subjective pour l'ensemble des individus concernés. On parle parfois en sociologie de « socialisation », ou d' « incorporation » de la norme ou de l'institution. C'est l'étape de « l'adhésion de chacun des membres du groupe à l'idée », retour de l'idée directrice à « l'état subjectif » qu'elle avait quitté au début du processus lorsqu'elle n'était partagée que par quelques-uns. On retrouve dans cette présentation du processus d'institutionnalisation, des parallèles admirables avec ce qui viendra ensuite : processus de création d'une norme légale nouvelle par des « entrepreneurs de morales » chez Howard Becker dans *Outsiders : Studies in the Sociology of Deviance* (1963); concepts de socialisation chez Berger et Luckman, *La Construction sociale de la réalité* (1966, trad. Française devra attendre 1986). Du point de vue de l'analyse institutionnelle, on retrouve bien au niveau de l'institution elle-même, les mouvements de « spécification », « différenciation » et « unification » que décrit Chevallier dans « l'Analyse institutionnelle » et justifie son attitude faisant à bien des égards d'Hauriou un précurseur de cette approche sociologique dans le champ juridique. Comme le note Millard cependant, la dialectique instaurant-institué est encore embryonnaire chez Hauriou ; entendu comme la centralité des rapports de domination et des mécanismes de coercition et de contrôle dans le processus institutionnel tel qu'on les trouve, différemment, chez des auteurs plus tardifs comme Foucault, Bourdieu ou Erving Goffman (concept d'« institution total » [54]). L'institutionnalisation chez Hauriou paraît bien

indolore parfois. Cela vient de la nécessité pour sa conception de l'institution de l'existence d'un équilibre acceptable (assentiment majoritaire) maintenu sur une assez longue durée (pour permettre l'intériorisation). Il faut donc qu'elle soit à minima représentative d'un contentement suffisant de l'ensemble des parties prenantes [55]. Il conviendrait donc pour comprendre ce que l'Administration peut et doit en plus des autres (comme institution par rapport aux autres organisations), d'affiner la définition de l'institution que propose Hauriou en lui ajoutant cette dimension de rapports subjectifs déséquilibrés à son égard (lors de son institutionnalisation initiale comme par la suite) [56].

ii) Pour notre cas, donc, on propose la définition suivante. On appelle « institution » les organisations (au sens formel de l'introduction : structures d'un projet d'action collective) qui se sont « institutionnalisées » ; c'est-à-dire qui sont parvenue à capter à travers le temps un certain capital ou un certain pouvoir que l'on admet collectivement comme étant sa propriété et qui lui donne une force symbolique que l'on peut appeler conventionnelle (que ce soit pour le déplorer, le constater ou s'en féliciter par ailleurs).

On parle de « force » pour désigner une certaine pérennité nécessaire à qualifier une organisation d'institution ; on utilise le terme « symbolique » à la manière de Pierre Bourdieu pour désigner le fait que cette force-captation est une caractéristique dont dispose l'institution qui lui est reconnue par ceux qui n'en disposent pas et sur qui/contre qui elle s'exerce (« violence symbolique »/ « capital symbolique ») ; et on parle de « convention » par référence aux travaux de David Lewis sur la question des comportements inter-subjectifs et des anticipations stables [57]. On retrouve dans cette définition les différents éléments des propositions classiques à propos des institutions sans que l'on s'éloigne outre mesure de la pensée d'Hauriou: manières collectives de se représenter le monde social (Durkheim, [58]) ; pré-existant à l'individu et s'imposant à lui (Mauss, [59]) ; réglementé, pérenne et formelle (Weber, [60]) ; et, enfin, impliquant des normes générales (pas uniquement et nécessairement juridique) sur lesquelles des anticipations individuelles peuvent se fonder (Talcott Parsons, [61]). Elle permet également de circonscrire la discussion aux institutions formelles (organisations) plutôt qu'aux autres comme le langage ou la monnaie. Quel est alors la nature du capital, ou du pouvoir que l'institution administrative a su capter, ou diront nous plutôt, a su ne pas perdre ? Sur cette question, les articles du CRPA sont parlants : « L'administration agit dans l'intérêt général et respecte le principe de légalité ». L'analyse de la coordination « et » dans cet article permet de dire à minima que ces deux pôles ne se confondent pas entièrement pour l'Administration [62]. Or, pour tout autre sujet de droit, le respect de la norme juridique constitue entièrement le respect de l'intérêt général en tant que le processus législatif est

une « cristallisation » de cet intérêt (pour reprendre ici la formulation durkheimienne ; on pourrait dire « volonté générale » à partir de *Du Contrat Social* rousseauiste ou de l'article 4 de la DDHC). On se trouve alors immédiatement confronté au problème que le pouvoir exécutif de l'État couvre à la fois la possibilité d'agir « dans l'intérêt général » par le pouvoir de l'institution administrative ; la possibilité de définir l'« intérêt général » (critère d'intentionnalité et transmission de « prérogatives de puissance ») par le pouvoir de l'institution gouvernemental ; et la possibilité de juger de la validité de l'argument « d'intérêt général » étant donné son appropriation de la faculté exécutive de juger l'administration par la création d'une juridiction administrative qui échappe au pouvoir de l'institution judiciaire. La proximité entre administration, gouvernement et organes de la juridiction administrative (Conseil d'État) n'arrangeant rien à l'affaire.

Il est donc légitime de demander si l'intérêt général n'est pas en dernière instance l'intérêt privée du « général » (c'est-à-dire de la puissance publique) et si l'Administration n'est pas l'institution en charge de forcer les sujets de droits à servir cet intérêt. Alors, on tomberait sur une définition de l'État comme institution détentrice du « monopole de la définition de l'intérêt général » qui implique par voie de conséquence les autres monopoles classiques (violence physique légitime, levée de l'impôt...), ou inversement.

Références :

[29] Conseil d'État - 7ème - 2ème SSR, N° 395194, Lecture du mercredi 24 février 2016, Publié au recueil Lebon:

« Vu la procédure suivante :

Le département de l'Eure a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Rouen de condamner les sociétés Signalisation France et Signature Industrie à lui verser, sur le fondement de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, une provision de 981 943,99 euros. »

« 2. Considérant qu'une collectivité publique est irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre ; qu'en particulier, les collectivités territoriales, qui peuvent émettre des titres exécutoires à l'encontre de leurs débiteurs, ne peuvent saisir directement le juge administratif d'une demande tendant au recouvrement de leur créance ;

3. Mais considérant que, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont dispose une personne publique ne fait pas obstacle à ce que celle-ci saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement, notamment dans le cadre d'un référé-provision engagé sur le fondement de l'article R. 541-1 du code de justice administrative ; »

[30] Dimitrios Tsarapatsanis, "Le sujet de droit dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen : éclaircissements conceptuels", citant Kelsen :

« En revanche, le destinataire d'une norme attribuant un pouvoir juridique est nommé « organe »: « [...] il est recommandable de limiter la notion de sujet de droit à celle de sujet d'une obligation juridique, et de distinguer la notion de sujet d'une obligation juridique de celle de sujet d'un pouvoir juridique. En tant que la langue juridique traditionnelle attribue à la collectivité juridique la fonction de création ou d'application des normes juridiques, la notion de sujet d'un pouvoir juridique coïncide avec celle d'organe juridique » »

[31] Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., 1999, coll. « La pensée juridique », p.170 :

« Lorsque l'on dit : un individu, pris en sa qualité d'organe de droit, crée le droit ou applique le droit ou : un individu, pris comme sujet de droit, obéit au droit, ou enfreint le droit, on exprime simplement en un langage personnaliste la différence fonctionnelle qui existe entre deux types différents de conduite humaine prévus dans l'ordre juridique. Les

notions personnelles de 'sujet de droit' et 'organe de droit' ne sont nullement des concepts indispensables pour la description du droit »

[32] Kelsen Hans, loc.cit. :

« [...] il est recommandable de limiter la notion de sujet de droit à celle de sujet d'une obligation juridique, et de distinguer la notion de sujet d'une obligation juridique de celle de sujet d'un pouvoir juridique. En tant que la langue juridique traditionnelle attribue à la collectivité juridique la fonction de création ou d'application des normes juridiques, la notion de sujet d'un pouvoir juridique coïncide avec celle d'organe juridique »

[33] Max Weber, *Économie et société*, tome. I, p. 95 :

« le pouvoir est toute chance de faire triompher au sein d'une relation sociale, sa propre volonté, même contre des résistances ; peu importe sur quoi repose cette chance. »

[34] Robert Alan Dahl, "The Concept of Power" (1957) :

« A has power over B to the extent that he can get B to do something that B would not otherwise do. »

[35] Claude Didry, "Léon Duguit, ou le service public en action", Introduction, *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3 (no 52-3), pages 88 à 97.

[36] *ibid*, « La présentation de l'affaire », partie I :

« Le « syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli » dépose une requête en excès de pouvoir contre un arrêté par lequel le préfet refuse de contraindre la compagnie concessionnaire des tramways bordelais à reprendre l'exploitation de la ligne Tivoli. Le Conseil d'État reconnaît le bien-fondé de la demande du syndicat pour le cas où le tronçon en question aurait été compris dans la concession accordée à la compagnie de tramway. Le problème vient de ce que le préfet a rejeté la demande initiale du syndicat en arguant de ce que le tronçon n'est pas compris dans le décret organisant ce service et de ce que les juridictions du fond ne sont pas revenues sur cette question. Cela conduit finalement le Conseil à rejeter la requête du syndicat. »

[37] Claude Didry, "Léon Duguit, ou le service public en action", Introduction, *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2005/3 (no 52-3), pages 88 à 97, citant :

- Léon DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 411-439 (p. 427).

- L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901.

« les lois « au sens matériel » tel que Duguit le définit dans son Manuel de droit constitutionnel, c'est-à-dire les actes par lesquels « un gouvernant constate et met en œuvre une règle de droit ». Le constat renvoie aux « lois normatives », la mise en œuvre renvoie aux « lois constructives », distinction que l'on trouve dans *L'État, le droit objectif et la loi positive*, paru en 1901. Pour Duguit en effet, les lois « se divisent en deux grandes catégories : celles qui formulent une règle de droit et celles qui prennent des mesures pour en assurer l'application. J'ai appelé les premières lois normatives et les secondes lois constructives ». »

[38] - Conseil d'État Avis n° 336556 du 9 juillet 2010 : « sauf le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours dudit délai »

- distinction introduites dans : E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1887-1888

- tel que la propose Duguit : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, éd. De Boccard, 1928, tome 2, p. 459 : « il y a juridiction subjective toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif »

p. 475 : « de même que pour déterminer le domaine du contentieux subjectif il faut considérer la question principale pour la solution de laquelle le juge intervient, de même pour déterminer le domaine du contentieux objectif, il faut envisager seulement la nature de la question principale dont la solution appelle l'intervention du juge ».

Distinction des contentieux administratifs (deux principaux) :

- recours contentieux pour excès de pouvoir (REP) : Arrêt Dame Lamotte, CE, Ass., 17 février 1950 qui consacrera le « principe général du droit » selon lequel toute décision administrative, même sans texte de loi associé, est susceptible d'un recours en excès de pouvoir pour assurer « le respect de la légalité ».

Le préfet de l'Ain ayant pris l'arrêté pour faire obstacle à une décision du Conseil d'État, il y a lieu de parler de détournement de pouvoir et l'arrêté est annulé.

Le REP annule ou admet un acte administratif, sans possibilité de le modifier.

- recours contentieux de pleine juridiction : juge peut modifier une décision administrative, peut également être saisi pour faire reconnaître un droit subjectif (sans contestation de décision administrative donc).

Arrêt Lafage du Conseil d'État :

Maurice Hauriou, "La distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours contentieux ordinaire selon les points de vue de la décision exécutoire et de l'opération d'exécution", Note sous Conseil d'Etat, 8 mars 1912, Lafage ; 8 mars 1912, Schlemmer, S. 1913.3.7' : Revue générale du droit on line, 2014, numéro 14511 :

« Et, en somme, le critérium apparaît relativement simple : *si le point de vue qui s'impose est celui d'une décision envisagée dans son effet exécutoire, recours pour excès de pouvoir ; au contraire, si, le point de vue qui s'impose est celui d'une opération exécutée, recours contentieux ordinaire.* »

[39] Claude Didry, "Léon Duguit, ou le service public en action", Introduction, Revue d'histoire moderne & contemporaine, 2005/3 (no 52-3), pages 88 à 97, citant :

- É. DURKHEIM, « De l'État » (leçons professées en 1900-1905), publié dans *Textes*, présentation de V. KARADY, Paris, Minuit, 1975, p. 172-178 (p. 173).

[40] Arrêt Blanco, Tribunal des conflits 00012, lecture du 8 février 1873, Decision n° 00012 :

« Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ; »

[41] - Jean Rivero, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Mélanges Mestre, 1956, p. 461

- Précis de droit administratif, 1892, M. Hauriou, cité par : Jacques Chevallier, « Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration », C. Alonso, A. Duranthon, J. Schmitz. La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?, Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp. 621-632, 2015 :

« C'est vers le service public que tout converge en administration et en droit administratif parce qu'il est la raison d'être de l'existence des personnes administratives » (p. 150).

[42] Jacques Chevallier. « Essai sur la notion juridique de service public », A. La définition originaire, 2. les correctifs à apporter :

« Pour Jèze comme pour Hauriou, il y a donc toute une frange de l'activité administrative qui ne relève pas du service public parce qu'elle n'est pas exercée suivant des modalités exorbitantes du droit commun. Le critère organique, sous son premier aspect, est donc pour eux très relatif. Et pourtant, ils sont considérés, Jèze surtout, comme des théoriciens du service public. »

[43] *ibid*, b) :

« le principe de la gestion du service public par une personne publique doit être singulièrement nuancé. Tous les auteurs admettent en effet que la gestion du service public puisse être confiée à des personnes gardant un statut privé.

[...]

Pour remettre aux tribunaux administratifs le contentieux des contrats passés par les collectivités locales avec des particuliers et confiant à ces derniers une mission d'intérêt public, le conseil d'État se contente de constater que les contrats sont conclus dans l'intérêt du service public : ce sont des actes-d'exécution du service qui est confié à une personne privée mais sous la surveillance et la responsabilité des collectivités locales en cause.

[...]

L'école du service public était donc très nuancée en ce qui concerne le lien entre l'élément organique et matériel. Ces nuances expliquent que l'analyse à laquelle elle se ralliait demeure valable de nos jours. »

[44] Alain Supiot, La gouvernance par les nombres, 2015, Fayard.

[45] - Millard Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution ». In: *Droit et société*, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 381-412 :

"Toute l'analyse d'Hauriou va se développer à partir de cette conception sociologique [celle de Durkheim à propos des institutions], et dans un sens très clair : remettre en cause l'idée de conscience collective, point nodal de la théorie de Durkheim, en révélant la nature toute objectiviste, et qu'Hauriou n'accepte pas. Voulant redonner sa place au subjectif, il doit intégrer une idée qui semble absente chez Durkheim, pour lui faire jouer le rôle que la conscience collective ne joue plus : l'idée de puissance."

- On parle « d'inter-subjectivité » ici au sens de la sociologie phénoménologique d'Alfred Schütz appliquées aux organisations. On veut dire que les organisations, elles aussi (puisqu'on leur a prêté des intentions et de « l'agence », cf. [5]), font partis et évoluent dans des « mondes vécus » polymorphes (*lebenswelt*, « monde de la vie ») occupés et structurés avec d'autres et où les informations, les attitudes, les normes et les actions réciproques ainsi que les représentations collectives sont immédiatement présentes en commun et polysémiques :

- Schütz, Alfred. "Common-Sense and Scientific Interpretation of Human Action." *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 14, no. 1, 1953, pp. 1-38. *JSTOR*,

- Vargas, G. (2020) Alfred Schutz's Life-World and Intersubjectivity. *Open Journal of Social Sciences*, 8, 417-425.

[46] - Millard Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution ». In: *Droit et société*, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 381-412

- Jacques Chevallier, « Les linéaments d'une théorie sociologique de l'administration », C. Alonso, A Duranthon, J. Schmitz. *La pensée du doyen Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, pp. 621-632, 2015.

[47] Wrong, Dennis H. "The Oversocialized Conception of Man in Modern Sociology." *American Sociological Review*, vol. 26, no. 2, 1961, pp. 183-93.

[48] Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2 :

« Mais, malgré tout, il restait attaché au libéralisme, tempéré par un conservatisme politique et social qu'il synthétisait par son expression « individualisme faillible » »

M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 2e éd., 1929, (rééditions du CNRS, 1965) 759 p. (cité PDC ci-après) : « L'individualisme, c'est la liberté, l'individualisme faillible, c'est la nécessité reconnue de conditionner cette liberté par des règles de conduite et par des sanctions sociales » (préface à la 2e éd., p. VII).

[49] Maurice Hauriou, note à l'arrêt Boussuge du Conseil d'État (29 novembre 1912) à propos du recours pour excès de pouvoir:

« Nous l'admirons encore de confiance, mais il est comme cette étoile temporaire des Gémeaux, que nous voyons dans le ciel, et dont l'exaltation lumineuse a peut-être disparu depuis déjà des centaines d'années, tellement elle est loin de nous. Nous l'admirons encore, et il n'est déjà plus ou, du moins, il n'est plus qu'une pièce de musée, un objet d'art délicat, une merveille de l'archéologie juridique » ;

Maurice Hauriou, « Les rapports entre le recours pour excès de pouvoir et le recours contentieux ordinaire », Note sous Conseil d'Etat, 20 juin 1906, Carteron, S. 1907.3.97' : *Revue générale du droit* on line, 2014, numéro 14182 :

« "Dans la matière de l'excès de pouvoir, nous sommes aussi en présence d'une question de pouvoir, la puissance publique étant un pouvoir de domination sur des hommes libres; seulement, ce n'est pas la puissance publique troublée dans son pouvoir qui demande à être restituée ; c'est, au contraire, le citoyen, l'homme libre, à qui la puissance publique doit laisser une sphère de liberté, c'est-à-dire de pouvoir propre, qui demande à être restitué dans ce pouvoir propre parce qu'il prétend que la puissance publique, en excédant ses pouvoirs, a empiété sur le sien. Le recours pour excès de pouvoir est donc une sorte d'action possessoire par laquelle le citoyen demande une restitution de pouvoir parce qu'il a été troublé par la puissance publique dans la paisible possession de ses libertés, qui sont ses pouvoirs à lui. L'acte par lequel la puissance publique l'a troublé ou dépouillé constitue une sorte de violence, et son recours est une sorte de réintégréable par laquelle l'acte de la puissance publique doit, avant toutes choses, être annulé." »

[50] T.C. 9 décembre 1899, S. 1900, IIIe, p. 49, note Hauriou :

Les notes et formules restées célèbres d'Hauriou (« On nous change notre État », « on va vers le collectivisme ») auront un effet profond sur la lecture que feront les générations suivantes de l'arrêt au point que l'interprétation d'Hauriou sera remise en question comme étant une critique

politique de la décision plutôt qu'un travail exégétique et juridique d'explication. C'est ce qu'indique Jacques Chevallier dans « Place de l'établissement public en Droit administratif » en citant par exemple R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », R.D.P. 1968, p. 250, note 24.

L'arrêt explique que l'association syndicale opérant quelques travaux agricoles utiles (irrigation, assèchement) et ayant un effet économique positif sur la valeur des biens agricoles des environs sont des établissements publics, bien qu'elles ne servent pas une mission de service publique (d'intérêt général) mais d'utilité privée (externalité positive), parce qu'elles disposent de prérogatives de puissance publique (capable de forcer les cotisations des propriétaires récalcitrant, capable d'exproprier...). Il y a là d'après Hauriou « amalgame des intérêts économiques et de la chose publique.

[51] Millard Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution », I.2 « Approche structurale », b. « l'articulation des éléments : la durée » ;

« Ainsi ce n'est pas le droit qui crée l'institution, mais l'institution, et chaque institution, qui génère nécessairement du droit par le processus qui crée l'institué contre la tendance de l'instituant à se dissoudre dans la durée.

Cette approche se retrouve dans la classification essentielle qu'Hauriou établit au sein des règles juridiques, entre le droit statutaire, qui garantit les droits individuels des membres du groupe dans l'institution, et le droit disciplinaire, qui garantit la cohésion du groupe en mettant en place une discipline organisationnelle : droits fondamentaux, police collective (Hauriou, 1906) »

[52] J. Chevallier, *ibid*, II. A. *L'administration comme institution*, citant : Hauriou, Précis, 1^{ère} éd., p. 12. :

« En tant qu'organisation « soumise à une idée, celle de service public », l'administration présenterait tous les caractères d'une institution, la personnalité morale devenant la traduction et l'aboutissement de cette construction »

[53] Millard Éric, « Hauriou et la théorie de l'institution ». In: Droit et société, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 381-412, (sous-lignage ajouté) :

« La compétence intuitive de la décision exécutoire correspond au pouvoir d'une minorité, qui a l'intuition de l'idée, et qui va agir normativement, par une décision qui aura vocation à être exécutée (exécutoire). On est encore ici dans une logique de l'intuition et de l'irrationnel qui va permettre le passage de la découverte minoritaire à la réalisation majoritaire : ce n'est alors pas une logique du contrat d'association, mais bien plutôt une logique de l'acte de fondation, comme le rappelle le titre de l'article de 1925 : La théorie de l'institution et de la fondation.

La compétence discursive traduit le fait que l'idée, telle qu'elle est perçue par le pouvoir exécutif (et donc éventuellement traduite en norme), va être soumise à un débat. On passe alors de l'intuition exécutoire à la rationalité du débat. Mais on est encore dans la sphère minoritaire: ce n'est pas le groupe qui discute mais une minorité de sujets qui ont conscience de l'idée. [...] [réalisme d'Hauriou] qui réfute le mythe du contrat social pour tenter de saisir comment se constitue pratiquement la vérité de l'institution, dans des sphères finalement très limitées du pouvoir.

Le suffrage ou l'assentiment fait passer l'idée de la sphère minoritaire au groupe majoritaire. Hauriou a la conviction que le collectif, la masse, n'a pas de possibilité d'action, mais seulement une possibilité de réaction : elle ne peut pas réellement débattre sur une idée, ni même la formuler collectivement ; elle peut seulement réagir positivement ou négativement, l'approuver ou la désapprouver une fois celle-ci débattue ou mise en forme. »

[54] Erving Goffman, « Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus », Paris, Les Éditions de Minuit, 1979.

[55] Millard Éric. « Hauriou et la théorie de l'institution ». In: Droit et société, n°30-31, 1995. L'environnement et le droit. pp. 381-412, p. 398 :

« À l'évidence, c'est ici que l'idéalisme d'Hauriou est le plus fort, et que sa théorie est la plus faible : il évacue totalement la dialectique entre l'instituant et l'institué, entre le peuple et le pouvoir, dans une sorte de syncrétisme des gouvernants et des gouvernés qui n'est guère plus satisfaisant finalement que la vieille idée de contrat social. Mais c'est là sa logique : une logique de l'équilibre permanent quoique évolutif, dans le processus d'institutionnalisation, dans la durée. »

[56] En fait, elle est déjà présente dans le texte d'Hauriou subsumer par son rapport particulier à l'autre institution qu'est l'État :

« L'institution administrative est pour Hauriou, non seulement englobée dans une institution plus large qui la dépasse, l'État [...] » (*Les linéaments*, Chevallier).

Le « pouvoir administratif » est bien chez Hauriou un pouvoir dahlien de domination/contrainte de l'exécutif sur les autres. Il appartient en propre à l'administration comme institution et est distincte du « pouvoir gouvernementale ». Cependant l'idée d'œuvre de l'institution et le processus d'institutionnalisation tempère immédiatement le potentiel de domination de ce pouvoir, d'après Hauriou. C'est en ce sens que l'on dit que cette position semble plus tenir de l'institutionnalisation harmonieuse que violente :

« Les dernières éditions du *Précis* témoignent d'une infléchissement de cet édifice conceptuel. L'accent est mis sur la notion de « pouvoir administratif », conçu comme un « élément primordial du régime administratif » : indissociable du pouvoir exécutif, dont il constitue une branche à côté du pouvoir gouvernemental, ce pouvoir s'exprime par l'exercice de droits ou de prérogatives de puissance publique exorbitants du droit commun, que le droit administratif vient encadrer ; les rapports juridiques que l'administration entretient avec les administrés ne sont ainsi, fondamentalement », « ni des rapports de fonction, ni des rapports de service, mais des rapports de pouvoir ». Néanmoins, « si le régime administratif repose essentiellement sur le pouvoir », celui-ci est censé « s'assujettir de lui-même à sa fonction par auto-limitation à mesure que son organisation s'institue » » (Chevallier citant Hauriou, 11^{ème} édition, *Précis*, 1927)

La question de la place de l'État et de la définition de ses pouvoirs dans la position particulière de l'Administration vis-à-vis du droit et des autres sujets de droits, sera l'objet de la partie III.

[57] Eléonore Le Jallé, « La convention : ce que Lewis doit (ou non) à Hume », *Klesis – Revue philosophique* – 2012 : 24 – La philosophie de David Lewis. :

- On emprunte ici le terme de « convention » à David Lewis dans « *Convention : a philosophical study* » où il cite notamment Hume pour faire référence à la notion « d'intérêt commun » particulièrement significative pour notre problème :

« La convention s'avère être "un sens général de l'intérêt commun, sens que les membres de la société s'expriment les uns aux autres, et qui les conduit à régler leur comportement selon certaines règles. J'observe qu'il sera de mon intérêt [par exemple] de laisser autrui en possession de ses biens, pourvu qu'il agisse de même avec moi. Il a conscience d'avoir un intérêt semblable à régler sa conduite. Quand ce sens commun de l'intérêt est mutuellement exprimé et qu'il est connu des deux, il produit une résolution et un comportement qui lui correspondent. Et cela, on peut l'appeler avec assez d'à propos une convention ou un accord entre nous, bien que fasse défaut la médiation d'une promesse, puisque les actions de chacun d'entre nous font référence à celles de l'autre et sont accomplies en supposant que de l'autre côté, on doit aussi accomplir quelque chose" » .

[58] Durkheim, préface seconde édition des *Règles de la méthode sociologique* (1^{ère} édition, 1895): « il y a un mot qui, pourvu toutefois qu'on en étende un peu l'acception ordinaire, exprime assez bien cette manière d'être très spéciale : c'est celui d'institution. On peut en effet, sans dénaturer le sens de cette expression, appeler institution toutes les croyances et tous les modes de conduite institués par la collectivité ; la sociologie peut alors être définie : la science des institutions, de leur genèse, de leur fonctionnement »

faits sociaux : « Voilà donc un ordre de faits qui présentent des caractères très spéciaux : ils consistent en des manières d'agir, de penser et de sentir, extérieures à l'individu, et qui sont douées d'un pouvoir de coercition en vertu duquel ils s'imposent à lui. »

[59] Marcel Mauss, Paul Fauconnet, Article « Sociologie » extrait de la Grande Encyclopédie, vol. 30, Société anonyme de la Grande Encyclopédie, Paris, 1901 :

« Il serait bon qu'un mot spécial désignât ces faits spéciaux, et il semble que le mot institutions serait le mieux approprié. Qu'est-ce en effet qu'une institution sinon un ensemble d'actes ou d'idées tout institué que les individus trouvent devant eux et qui s'impose plus ou moins à eux? »

[60] Max Weber, *Économie et société*, tome 1 - Les catégories de la sociologie :

"Nous appelons association [Verein] un groupement formé par entente dont les règlements statutaires ne revendiquent de validité que pour ceux qui y entrent librement de leur chef. »

« Nous appelons institution [Anstalt] un groupement dont les règlements statutaires sont octroyés avec un succès (relatif) à l'intérieur d'une zone d'action délimitable à tous ceux qui agissent d'une façon indéfinissable selon des critères déterminés. »

« L' « association » et l' « institution » sont toutes deux des groupements comportant des règlements établis rationnellement (méthodiquement). Ou plus exactement, dans la mesure où un groupement a des règlements établis

rationnellement, il constitue une association ou une institution. Forment une institution avant tout l'État, conjointement avec ses groupements hétérocéphales, et aussi l'Église – pour autant que ses règlements sont établis rationnellement. Les règlements d'une institution prétendent être valables pour tout individu qui répond à certains critères (naissance, domicile, mise à contribution d'institutions déterminées), sans qu'il importe que l'individu en question y soit entré de son propre chef – comme dans le cas de l'association – et en outre qu'il ait participé à l'établissement des statuts. Ce sont donc des règlements octroyés au sens tout à fait spécifique du terme. L'institution peut en particulier être un groupement territorial. »

[61] Talcott Parsons , "The Social System", Routledge, 1991 (1ère éd. 1951) :

« toutes les activités régies par des anticipations stables et réciproques entre les acteurs entrant en interaction »

« un ensemble complexe et socialement sanctionné, donc légitime, de valeurs, de normes, d'usages, de relations, de conduites partagés par un certain nombre d'individus »

[62] Le Décret n° 2020-412 du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet leur permet de déroger à des normes arrêtées par les administrations de l'État si cette dérogation est « justifiée par un motif d'intérêt général » (article 2)

De bien des points de vue, l'administration constitue la concrétisation institutionnelle de ce qu'est l'État. Elle est le mode d'organisation de l'exercice des pouvoirs classiquement monopolisé par la puissance publique. Ainsi, l'administration fiscale est en charge d'organiser la levée de l'impôt. La police et l'armée sont les administrations qui appliquent effectivement la coercition légitime dont l'État a le monopole ; la justice est l'administration en charge d'assurer le contrôle des règles en vigueur entre sujets de droit et avec l'État.

Il semble qu'il ne soit pas dans la nature de l'Administration d'être un sujet de droit particulier, mais dans la nature de l'État d'avoir une administration différemment assujettis au droit, différemment considéré par les autres sujets de droits et différemment appréhender par le discours juridique. Il se pourrait donc que l'État dispose d'un autre monopole, celui de la définition de « l'intérêt général » et de son administration (sens faible). Partie pour résoudre le problème que l'administration pose au droit, on est désormais amené à se demander ce qui fait de l'État un sujet historique et politique différents des autres. Savoir si l'Administration est un sujet de droit au même plan que les autres, c'est se demander si l'État lui-même peut-être ramener à la situation juridique d'un sujet de droit commun. C'est-à-dire au fond, d'un sujet qui ne dispose pas de ce monopole particulier, mais doit co-construire l'intérêt général avec les autres sujets de droit sur le mode du Hermès de François Ost.

Plus modestement cependant, on propose de résoudre au moins la question de savoir pourquoi une juridiction séparée pour l'Administration. Ce que l'on a dit nous sert à percevoir le moyen de répondre à notre interrogation : il faut faire l'enquête historique de l'évolution qui a permis cet état de fait. Si l'Administration est effectivement une institution subsumer sous une autre (l'État) ; alors

elle s'est construite sur un temps au moins aussi long, et par un certain rapport de force politique résolue dans cet équilibre institutionnel particulier. Celui-ci est possiblement plus précaire que d'apparence. Le droit, et notamment le droit subjectif de l'administration en droit administratif, pourrait être en ce sens un échafaud dressé au fil du temps pour maintenir cet équilibre.

III/ On pressent qu'il y a une historicité à l'établissement des rapports entre les administrations et le droit dans laquelle elles précèdent l'établissement de l'État central (« superstructure » institutionnelle pour reprendre Hauriou) et de l'Administration (institution ayant unifié les multiples administrations). Les moyens de contrôle juridique de l'Administration sont alors tributaires de cette historicité. Ces conditions historiques de possibilité politique ont donc conduit à l'organisation de la juridiction administrative et du droit administratif tel qu'ils sont logiquement et chronologiquement, bien que de manière contingente. D'où le statut spécifique de l'administration comme sujet de droit sui generis. Ce statut est advenu dans le temps par un processus d'institutionnalisation-captation et il passera possiblement par le temps également.

A/ Ce qu'il reste à faire maintenant que l'on dispose de quelques outils, c'est d'en démontrer l'intérêt dans l'analyse. Qu'est-ce qui s'est effectivement passé pour que l'Administration soit appréhendée par le droit comme ce sujet particulier. Est-on désormais en position de dire pourquoi l'administration dépend d'une juridiction séparée ? Le restera-t-elle ?

Norbert Foulquier propose pour cela une analyse des discours des juristes, sous la III^{ème} république, à propos de la question de l'intérêt des droits subjectifs en droit administratif [63]. Il pense notamment y déceler les implicites politiques structurels informant les positions juridiques des « thaumaturges » de « l'État [qui] fonctionne à la magie » ; « illusion bien fondée » à propos de laquelle les juristes ne sont pas dupes [64], contrairement à ce que peuvent penser les sciences sociales parfois. Le droit administratif est alors pensé comme le moyen, pour les théoriciens du droit, de définir l'administration, et par voie de conséquence l'État français lui-même [65] si l'on admet que l'administration n'entretient pas avec l'État (c'est-à-dire avec les différents pouvoirs de la puissance publique) une relation de sujétion exécutoire mais constitue bien une institutionnalisation d'un des pouvoirs de l'État. Les pratiques concrètes, et notamment la tendance des juristes à se citer entre eux malgré des constructions théoriques aux conséquences politiques fondamentalement opposées, ne sont ainsi pas seulement des positionnements relatifs au sein du champ de la pensée juridique poussés par des logiques de carrière et de réputation [66] ; mais aussi des techniques rhétoriques structurante du champ que Foulquier interprète dans le contexte

d'oppositions idéologiques extra-juridiques. Le champ juridique ayant une autonomie toute relative par rapport au champs politique [67], la question des droits subjectifs en droit administratif est d'abord une question de philosophie politique qui s'est posé avec d'autant plus de vigueur que le régime institutionnel républicain et le droit administratif comme discipline juridique étaient relativement neufs (à l'échelle de l'histoire du pays et du droit). Admettre la réalité de la personnalité juridique de l'État (c'est-à-dire pas uniquement une fiction nécessaire au discours juridique mais bien une réalité organique et empirique disposant de « droits subjectifs de puissance publique ») était potentiellement faire primer les raisons d'État et l'irresponsabilité de ce dernier contre l'idée d'un État au service de la nation républicaine et de la volonté générale. C'est en particuliers l'importance relative du législatif par rapport à l'exécutif qui est mis en question. Le régime parlementaire et la Loi ne sont plus les institutions les plus importantes de l'État mais bien l'exécutif et le règlement (dont le pouvoir administratif de l'État), éventuellement soumis à l'approbation tacite de la majorité (par exemple chez Hauriou). La ligne de rupture que trace Foulquier entre les tenants de droits subjectifs réels pour l'État et les autres [68] va jusqu'aux positions les plus monarchistes d'un côté (F. Moreau), les plus parlementaristes et républicaines de l'autre (G. Jèze, Carré de Malberg) [69].

L'histoire des évolutions jurisprudentielles en droit administratif au XIXème et XXème siècle serait-elle alors l'histoire de cette bataille politique entre ces deux traditions historiques ? Foulquier fait référence par exemple à l'arrêt Labonne du Conseil d'État du 8 août 1919 qui donne raison à la tradition de l'indépendance de l'exécutif (dont l'administration) vis-à-vis du Parlement puisqu'elle affirme la compétence du chef de l'État à prendre des mesures de police administrative à caractère général en l'absence d'habilitation législative. Carré de Malberg considère cette décision comme inconstitutionnelle, notamment contre Hauriou qui voit ses considérations sur l'Administration et le chef de l'État validé par cette décision. Carré de Malberg refuse de voir dans le pouvoir administratif autre chose qu'un pouvoir d'exécution des lois (plutôt que proprement exécutif) qui bien qu'agissant, et parfois nécessairement discrétionnaire, n'en reste pas moins subalterne d'après l'écrit même de la constitution de la IIIème République [70]. Bataille perdue jusqu'à nos jours donc pour Carré de Malberg puisque le premier ministre est, à ce jour, titulaire du pouvoir de police administrative général au niveau national, quoique cela soit désormais en vertu de l'article 21 de la Constitution (et article 13 pour le Président). Hauriou a parfois été décrit comme un « père spirituel » de la Vème république. On y retrouve effectivement une primauté certaine de l'exécutif pouvant être à l'initiative des lois (renforcée encore par Loi constitutionnelle du 2 octobre 2000 sur le quinquennat), un parlementarisme modéré et un contrôle de constitutionnalité des lois par un Conseil d'abord politique, puis amené à devenir une véritable juridiction de plein droit,

expressément décrite par Michel Debré comme « une arme contre la déviation du régime parlementaire » [71].

B) Est-ce à dire que le monarchisme républicain l'a emporté contre le républicanisme parlementaire ? Pierre Avril modère dans « Qui fait la loi ? » [72] l'idée que l'exécutif légifère dans la Vème république. Mais surtout, la jurisprudence administrative raconte une autre histoire dans laquelle sans cesse l'État et son administration sont sommés de rendre des comptes sur leurs actions, leurs décisions et leurs responsabilités du point de vue du droit administratif et des autres sujets de droit(s). Si, en effet, les uns sont réticents au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois ; les autres sont tout à fait frileux à l'idée d'un contrôle judiciaire des règlements administratifs (et des décisions de l'exécutif plus largement). Pour cause, même dans les conditions d'une juridiction administrative spécifique, on voit au fil du temps reculé le domaine discrétionnaire de l'exécutif et le régime d'irresponsabilité de l'État. Dans l'arrêt Lafitte du 1^{er} mai 1822, le Conseil d'État (CE) se déclare incompétent pour les actes « de haute politique » avant de mettre fin à cette théorie du mobile politique dans l'arrêt Prince Napoléon (1875) en définissant les actes de gouvernement non-susceptibles de recours. Puis successivement, Le CE a fini par réduire considérablement les actes que cette notion recouvrait [73]. Le contrôle sur les conventions internationales s'est par exemple accru. L'arrêt Villa du 16 novembre 1956 indique que le contrôle du CE porte sur la ratification d'une convention internationale mais pas sur la régularité de cette ratification. L'arrêt SARL du parc d'activité de Blotzheim (1998) voit le CE accepter de contrôler la régularité d'une telle convention (sa conformité à une disposition législative). En 1990, le CE se reconnaît compétent pour l'interprétation d'un accord international (arrêt GISTI). De plus, avec la théorie des actes détachables (notamment de la conduite des affaires diplomatiques), les contrôles sur les décrets d'extradition s'accroissent (arrêt Decerf, 1937 ; arrêt Legros, 1972).

Surtout, sur le plan de la responsabilité de l'État et de son administration, tout va vers la constitution d'une Administration ramenée à ses responsabilités juridiques. Les mesures d'ordre disciplinaires peuvent être portées à la connaissance de la juridiction administrative avec l'arrêt Hardouin et Marie du 17 février 1995, ce qui fait entrer des mesures d'ordre intérieur (c'est-à-dire des actes administratifs unilatéraux) dans le cercle de compétence du juge administratif. L'arrêt Duvignères du 18 décembre 2002 est un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt Institution Notre-Dame du Kreisker (29 janvier 1954) qui indiquait que les circulaires interprétatives (sans règles nouvelles) n'étaient pas susceptibles de recours en excès de pouvoir (« de faire grief »). Ainsi désormais, tout acte administratif (acte juridique fait dans le cadre de l'administration et dans un but d'intérêt général) présentant un caractère « impératif » (au moins en partie) est susceptible d'un

recours pour excès de pouvoir afin d'en contrôler la légalité, quand bien même il s'agirait d'une circulaire n'instaurant pas de règles nouvelles. Enfin, la lente évolution du droit administratif vers la reconnaissance de la responsabilité de l'État contre des individus est peut-être l'élément le plus symptomatique de la victoire progressive des partisans du contrôle strict du pouvoir exécutif. Là où l'irresponsabilité de la puissance publique était la règle, en particulier pour les fautes commises par les services de police, l'arrêt Tomaso Grecco du 10 février 1905 admet la polarisabilité de l'administration, et de l'État donc, pour les fautes commises par ses agents. Pour le cas de la police, la faute lourde est requise pendant longtemps, mais déjà l'arrêt Cames (21 juin 1895) avait introduit l'idée d'une responsabilité sans faute de l'État s'il ne protégeait pas ses agents contre un risque résultant de travaux de service public. L'arrêt Couitéas (30 novembre 1923) ajoutera la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques. L'ensemble des activités régaliennes de l'État entrent donc progressivement dans le cadre du principe de responsabilité jusqu'aux activités juridictionnelles, par la loi pour la justice judiciaire (17 juillet 1970, 5 juillet 1972) et par l'arrêt Darmont du CE du 29 décembre 1978 pour la juridiction administrative. La règle est donc à la disparition progressive de l'irresponsabilité [74] et au règlement du vieux débat politique que celle-ci a engendré.

À ce stade, on aimerait ajouter quelques mots sur les effets de l'Arrêt Nicolo du 20 octobre 1989 qui conduit le CE à pleinement reconnaître la supériorité du droit européen sur le droit interne et donc sur le rôle de l'union européenne dans les transformations les plus récentes de la question de la responsabilité de l'État. Il faudrait également mener une discussion plus aboutie sur la question de la responsabilité de l'État dans la Seconde Guerre mondiale à travers les arrêts Papon, Hoffman-Glemane, Anguet et Lemmonier et donc, la question de la différence entre faute de service, faute personnelle et faute personnelle non-détachable de tout lien avec le service ; ainsi que la question de la réparation. L'espace manque, et peut-être aurait-il fallu abandonner des discussions plus sociologiques pour celles-là ; mais n'étant pas un juriste accompli et ayant pris le parti de reconstruire la question du statut de sujet juridique de l'Administration à partir de l'objet sociologique que la notion recouvre, on décide finalement d'abandonner les questions que l'on a abordées en cours et de renvoyer dans une « courte » annexe celles qui ont à voir avec l'Union européenne.

C/ On est donc, au fond, ramené à une question de structure des pouvoirs de l'État, entre judiciaire, exécutif et législatif. C'est un problème de droit constitutionnel que l'on pose, et les positions quant à cette question semblent trouver leurs origines dans le droit légué de l'Ancien Régime et l'événement de la rupture historique qu'a été la Révolution française. Les spécificités

juridictionnelles françaises ne pourraient être que le produit de l'inconfortable tension irrésolue entre les deux traditions politiques mentionnées par Foulquier, de sorte que les uns sont réticents au contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, les autres réticents au contrôle judiciaire des règlements administratifs (et des décisions de l'exécutif plus largement).

D'où vient cette inquiétude vis-à-vis des décisions du contrôle, et par suite du rôle et de la figure du juge ordinaire ? Comme nous l'avons dit dans le séminaire de philosophie du droit proposé cette année, on aurait pu imaginer une compétence juridictionnelle du juge ordinaire fondée sur des normes spécifiques applicables à l'État rassemblées dans un code et établies par le législateur (comme c'est le cas pour de nombreuses dimensions de la vie sociale) sans échapper à la juridiction judiciaire. Pour reprendre la terminologie que nous avons utilisée, on peut dire que les critères organiques, matériels et normatifs justifiant l'existence d'un droit administratif n'impliquent pas nécessairement une juridiction propre. C'est donc qu'il existe un autre critère « caché », ou plutôt idéologique en cela qu'il tient à une représentation collective tellement bien partagé par le corps des juristes français qu'elle reste souvent au stade de l'implicite, et qui fonde cette structure juridictionnelle. M. Quiviger propose de la nommer « critère immunitaire ». C'est précisément cette nécessité de faire échapper les activités exécutives et législatives de l'État (décisions parlementaires ou administratives, actes unilatéraux, contrats, lois votées,...) du pouvoir de contrôle du juge. C'est toute la bataille simultanée de ces deux traditions politiques. Pour le cas de l'Administration, elle est formulée traditionnellement, par l'aphorisme célèbre de Henrion de Pansey : « juger l'administration, c'est encore administrer » et héritée de la très particulière conception de la « séparation des pouvoirs » telle qu'elle s'est transformé historiquement depuis ses formulations originelles.

L'Édit de Saint-Germain en laye de février 1641, « qui défend aux parlemens et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'état et d'administration, et qui supprime plusieurs charges de conseillers au parlement de Paris », illustre clairement l'unité fondamentale de l'autorité étatique dans les mains du monarque sous l'Ancien Régime, sur le mode de la domination charismatique wéberienne. La volonté de Louis XIII de limiter le « droit de remontrance » [75] et les pouvoirs du Parlement de Paris (une cour de justice d'appel sous l'Ancien Régime), c'est-à-dire les pouvoirs du juge de demander la reconsidération de lois émises par le roi. La justice y est décrite comme une administration parmi les autres (désormais organisée par un « règlement général » établi par le roi), ayant pour fonction de régler les affaires entre sujets et légitime à cela en tant qu'elle se réfère au pouvoir unifié du monarque et à sa volonté, qui est la volonté de l'État-nation tout entier. Le roi monopolise ainsi en dernière instance l'ensemble des pouvoirs et en délègue l'application, la réalisation, par des lois qui sont surtout des règlements exécutoires. Il y a concomitance de la

volonté générale et de la volonté du monarque qui définit l'intérêt général de la nation [76]. Si la période révolutionnaire constitue un changement radical vis-à-vis de cette conception, c'est dans celle-ci tout de même que l'on trouve la racine politique d'une certaine conception juridique de l'État où l'exécutif prime. Celui-ci dispose en effet de la capacité à définir l'intérêt général supérieur de la nation indépendamment de la volonté populaire. Même sans roi, l'exécutif ne peut être empêcher, outre mesure, par le juge ou le législateur parlementaire. En ce sens, on rapporte souvent la paternité de la distinction entre « souveraineté nationale » et « souveraineté populaire » à l'abbé Sieyès, distinction structurante en droit public. Elle est en fait due à Raymond Carré de Malberg [77]. Ces réceptions conceptuelles « erronées » par les théoriciens du droit semblent nombreuses et explicatives des raisons de la séparation des juridictions et de l'organisation de l'État. Alain Laquière montre ainsi en quoi Bastid, Duguit, Esmein laissent de côté les spécificités de la séparation des pouvoirs chez Sieyès par rapport aux conceptions de Montesquieu dans *De l'esprit des lois* ; elles-mêmes bien différentes de ce qu'en feront les juristes « républicains » sous la III^{ème} République (au sens de la filiation établie plus haut) [78]. Plus qu'une séparation stricte chez Montesquieu, on trouve une distribution et un souci de l'équilibre pour la modération de chacun des pouvoirs par l'autre ; c'est-à-dire de l'interdépendance et des formes de collaboration [79]. On trouve également une séparation conceptuelle (« idéal types » pourrions nous dire anachroniquement) entre pouvoir législatif et exécutif qui n'implique pas une séparation stricte dans les faits. Elles sont assignées à différents corps qui collaborent et se contrôlent mutuellement. A l'inverse, rien de tel pour le pouvoir judiciaire qui ne se situe pas sur le même plan. Elle n'est pas « typiquement », ou épistémologiquement, séparé du pouvoir exécutif. Elle est une forme particulière de la « fonction exécutive » fondée sur le « droit civil », comme la « fonction administrative » peut-être entendue comme faisant partie de ce que Montesquieu appelle la « puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens ». Cependant, cette « puissance de juger » doit être neutre en pratique, ne pas revenir à un corps particulier et être bien empiriquement séparé des cours ou des personnes en charge des deux autres fonctions [80]. On peut formuler la position de Montesquieu ainsi donc, deux pouvoirs au sens fort (législatif et exécutif) qu'un certain mode institutionnel doit ajuster correctement pour « séparer la volonté de ce qu'elle veut » [81]. Charles Eisenmann fera ainsi mention de ce « mythe de la séparation des pouvoirs » extrêmement influant par ces effets juridiques [82].

D/ Au fond, on est tenté de dire que le mode sur lequel l'Administration échappe au contrôle judiciaire n'est que la réalisation pratique d'un moment historique caractérisé par une certaine « épistémè », peut-être sur le point d'atteindre un point de retournement. Elle serait, si l'on suit

certaines penseurs, d'autant plus visible qu'on en est au crépuscule de ce type d'Administration et d'État (Norbert Elias, 1987, [83]). Si on cherche les différents moments de ce processus historique qui conduit à l'Administration contemporaine en France, on pourrait ainsi commencer par suivre la sociogénèse Eliassienne et la typologie weberienne. À la réalité féodale, concurrentielle et locale, succède, par « loi du monopole » [84], des concentrations de pouvoir politique au sens de Dahl. Alors, le chef de la puissance qui s'est imposé dispose de la reconnaissance de la légitimité de sa position et exerce sur les autres une domination d'ordre charismatique ou traditionnelle. Pour la maintenir cependant, il faut maintenir avec les structures organisées existantes locales des rapports de coopération et de cooptation. Il faut donc passer par processus de rationalisation à des formes bureaucratiques de gestion du territoire et des hommes (domination rationnelle-légale). C'est en ce sens qu'Hauriou parlait d'une superstructure institutionnelle pour désigner l'État (intégrant et coordonnant les administrations locales en une institution administrative unifiée, en plus des réalités socio-économiques diverses). À ce stade, l'État se confond avec le roi dont la volonté est la volonté générale et dont l'intérêt privé est l'intérêt général. Il dispose des monopoles de puissance publique classiques que l'on a mentionné au cours de notre exploration du sujet (coercition légitime, levée de l'impôt, définition de l'intérêt général). Cette configuration, sur le temps long, est susceptible de développer une culture nationale spécifique (mœurs, attitudes) en faisant disparaître les coutumes locales des anciens adversaires (langues, traditions et habitudes [85]) et, tout en particulier, les modes juridiques de résolution des conflits qui sont ramenés au droit écrit objectif, produit par le Roi-législateur, plutôt que des normes coutumières et des juridictions traditionnelles locales. Saint Louis sous son arbre rend la justice comme Salomon et concentre le pouvoir de l'État, dont les pouvoirs d'administrer et de juger, par centralisation et fusion du pouvoir exécutif et législatif.

Arrive alors la majorité des sujets du roi qui, dans le système d'Hauriou en tout cas, ne peut se voir déposséder de son assentiment, au moins tacite, sans que l'institution ne finisse par tomber ; remplacée par une nouvelle idée d'œuvre qui émerge dans ses rangs. C'est l'acte révolutionnaire. Une perspective dialectique et matérialiste à ce stade permet de saisir pourquoi, à la fois, on cherche dans ce qui a disparu les outils de ce que l'on veut faire advenir (certains marxistes contemporains parlent de « déjà-là révolutionnaire » [86]) tout en insistant sur la nécessité de la table rase. Les concepts des lumières et des prédécesseurs sont mobilisés (pourrait-on dire presque « rhétoriquement » ?) en tant qu'ils servent effectivement l'institution nouvelle. Les organes et les normes existantes (c'est-à-dire héritée de L'Ancien Régime) servent d'appui pour le grand retournement. Les lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire et le décret du 16 fructidor an III maintiennent que les juges ne peuvent intervenir dans les affaires de l'Administration [87]. Là, se joue une interprétation qui aura des effets jusqu'à nos jours. Cette

interprétation est politique. Les magistrats au moment de la Révolution, partout sur le territoire, ne sont pas à l'unisson des parlementaires de l'Assemblée nationale. Pour ne donner qu'un seul exemple, le 3 novembre 1789, l'Assemblée décide la mise en vacance indéfinie des cours. Le Parlement de Rennes refusera alors d'enregistrer les nouvelles lois votées. Convoquée à l'Assemblée début janvier 1790, le président de la chambre a l'occasion d'entendre les qualités de l'orateur emphatique qu'est Mirabeau [88]. Le torchon brûle. Les magistrats déchantent. Certains espéraient un peu plus de pouvoir dans un modèle où effectivement la justice pourrait avoir une part égale aux autres pouvoirs, d'autres sont inquiets des positions des révolutionnaires parisiens sur l'Église. Le risque, le tumulte, l'instabilité et la contre-révolution étant réels ; l'interprétation sera drastique. « Pas à connaître » signifiera immunité complète de l'administratif, plus généralement de l'exécutif. Le « ministre-juge » voit le jour et s'impose jusqu'à l'arrêt Cadot du Conseil d'État du 13 décembre 1889 [89]. Le Conseil d'État, quant à lui, bien que peut conséquent à ce moment, voit le jour avec la Constitution de l'an VIII n'est compétent pour connaître d'un recours en annulation que si un texte l'a expressément prévu. Si une section du contentieux est créée par décrets les 11 juin et 22 juillet 1806 au sein du CE, le système est toujours celui de la « justice retenue » avant 1889. Est-on si loin des « lettres de cachet » qui horrifiaient les révolutionnaires ? C'est donc logiquement que le CE est promis à un long avenir dont on a tiré les grandes lignes plus haut. L'œuvre du rédacteur de la constitution de l'an VIII, l'abbé Sieyès, sera retenu par la postérité comme la théorisation de la séparation stricte des pouvoirs, avec spécialisation et organes dédiés et surtout sans contact entre les différents pouvoirs de l'État. Sa pensée politique des institutions et des pouvoirs est-elle cependant bien rendue par l'étude d'une constitution dont le but ultime est d'établir le pouvoir personnel de Napoléon ? Elle est d'ailleurs rédigée par un « idéologue » anti-jacobins, Pierre Daunou, favorable à un certain « despotisme éclairé », mais écarté très vite lorsqu'il s'oppose, au Tribunat, à la trop grande autorité des préfets. Quoiqu'il en soit, les bases de la juridiction administrative sont posées comme un moyen d'assurer la stabilité de l'institution étatique d'abord et avant tout. Les juristes, ensuite, peuvent bien se demander si l'Administration, et l'État, disposent de droits subjectifs ou sont des personnalités morales de droit public.

En dernière instance donc, comme le note Grégoire Bigot dans *La Responsabilité de l'administration en France* [90], la solution viendra précisément du flottement conceptuel et juridictionnel sur le plan de la science du droit. Le régime d'irresponsabilité de l'administration et de l'État est le résultat d'une situation politique et historique particulière que Bigot traverse avec bien plus de talent que nous : héritage de l'Ancien Régime, Révolution française turbulente, centralité et primauté de l'exécutif sous le Directoire et le Régime Napoléonien. Pour reprendre sa formule :

« L'irresponsabilité judiciaire contraint le Conseil d'État républicain à mettre rapidement en œuvre une responsabilité administrative. Sa jurisprudence est tributaire du renouvellement doctrinal qui définit l'État sur de nouvelles bases théoriques où le droit vient pallier les carences de l'irresponsabilité politique. »

Les juristes et théoriciens de l'Administration et de l'État courent derrière les événements historiques et politiques pour tenter de remettre de l'ordre dans le chaos des institutions qui se font et se défont, avec plus ou moins de succès et en cherchant à composer avec les logiques de leur champ propre. Souvent, les conséquences politiques de leurs affirmations juridiques perturbent leur appréhension de la réalité sociale de l'Administration et de l'État. D'après Foulquier et Bigot, Michoud le premier avait senti l'importance d'accorder à l'Administration, et à la puissance publique, une personnalité juridique pour assurer sa responsabilité. Mais la III^{ème} république aurait-elle survécu longtemps si en son temps il n'y avait pas eu des juristes inquiets de ce qu'en feraient les partisans d'un chef de l'État irresponsable devant le législateur et le juge ? Déjà dit-on le septennat a été instauré par la loi du 20 novembre 1873 pour permettre à Mac-Mahon de continuer les négociations avec le Comte de Chambord et les orléanistes pour le retour du roi sur le Trône.

Références :

[63] Norbert Foulquier, « L'analyse du discours juridique : le concept de droit subjectif en droit administratif », CURAPP, Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique, PUF, 2005.

[64] Il reprend notamment dans le premier paragraphe de l'article les formules de Lacroix dans *Ordre Politique et ordre social. Objectivisme, objectivation et analyse politique*, 1985, in Grawitz & Leca *Traité de science politique*, paris, PUF.

[65] « en droit administratif [par comparaison au droit constitutionnel], ce furent surtout les juristes contempteurs du régime en place – La République – qui cherchèrent à imposer une nouvelle présentation du droit administratif. Leur objectif n'était pas mince car définir le droit administratif revenait en France à définir l'État. », Foulquier, p 44.

[66] « Dit autrement, réduire l'habitude qu'ont les juristes de se citer mutuellement alors même qu'ils prônent des doctrines très divergentes à un réflexe de corps professionnel et à un processus d'autonomisation du champ juridique, c'est occulter une part des spécificités de ce champs. Celui-ci ne fonctionne pas en vase clos, il est en partie tributaire de l'arène politique. Il est donc impossible de comprendre cette pratique de citations sans la relier à une stratégie rhétorique dont les motivations politiques ne doivent pas être sous-estimées », Foulquier, p 56.

[67] Pour une mise en application récente des concepts bourdieusiens dans le champs juridique : Laurent Willemez, "Un champ mis à l'épreuve. Structure et propriétés du champ juridique dans la France contemporaine", *Droit et société* 2015/1 (n° 89), pages 129 à 149.

[68] « On perçoit là l'aspect révolutionnaire et subversif des notions de droit subjectif et de personnalité morale. Selon leur hérauts, celles-ci appelaient un retour à un régime parlementaire dualiste où le chef de l'État devait exercer une véritable tutelle sur la vie politique. C'est dans cette perspective que Félix Moreau (1902) et Joseph Barthélémy (1905, 1907) défendaient contre Henri Berthélémy (1898, 1904), Gaston Jèze (1902) et Adhémar Esmein (1906) le pouvoir réglementaire autonome du chef de l'exécutif, comme acte indépendant de la loi. »

[69] « Ainsi si l'on voulait respecter la « nature des choses » et tirer toutes les conséquences de la nature organique de l'État, non seulement il fallait relativiser l'importance de la Loi et de son auteur, le Parlement [...] et instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois. Mais n'était-il pas logique, comme le suggérait F. Moreau (1897;1903), de restaurer la monarchie, voire d'abandonner le suffrage universel ? » Foulquier, p.55.

[70] Le conseil d'Etat dans l'arrêt Labonne indique : « si les autorités départementales et municipales sont chargées par les lois, notamment par celle des 22 décembre 1789-janvier 1790 et celle du 5 avril 1884, de veiller à la conservation des voies publiques et à la sécurité de la circulation, il appartient au Chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire »

Carré de Malberg, « Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français », Tome 1, Paris, 1920-1922, Gallica BNF, note 11, p. 501-502 :

« M. Hauriou conclut à « l'indépendance constitutionnelle du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat »[...]. Cette conclusion ne se concilie guère avec la Constitution, qui, pour fonder le pouvoir réglementaire présidentiel, s'est borné à dire que « le Président assure l'exécution des lois » [...] : on aura toujours peine à admettre que par cette formule elle ait voulu créer un pouvoir indépendant et autonome. »

[71] Dominique Schnapper, Une sociologue au Conseil constitutionnel, éditions Gallimard, 11 mars 2009.

[72] Pierre Avril, "Qui fait la loi?", Pouvoirs 2005/3 (n° 114), pages 89 à 99

[73] Arthur Jully, Propos orthodoxes sur l'acte de gouvernement, Note sous Conseil d'Etat, 17 avr. 2019, Société SADE, n°418679 :

« Si l'action du Conseil d'État a permis la réduction comme « peau de chagrin » de la catégorie des actes de gouvernement – qui se caractérisent par leur régime contentieux car ils sont des actes administratifs dotés d'une « immunité juridictionnelle totale » et par la « matière politique » sur laquelle ils portent » – force est de constater que celle-ci résiste encore et toujours à l'exercice d'un contrôle juridictionnel. »

[74] P. Delvolvé, *Le droit administratif*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 5e Ed., 2010, p. 67.

[75] Olivier Chaline, « La pratique des remontrances au XVIII^e siècle – Paris, Rouen, Rennes », *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest* [En ligne], 122-3 | 2015, mis en ligne le 30 octobre 2017

[76] Edit de saint germain en laye :

« LOUIS, etc. Il n'y a rien qui conserve et qui maintienne davantage les empires que la puissance du souverain également reconnu par les sujets ; elle rallie et réunit si heureusement toutes les parties de l'état, qu'il naît de cette union une force qui assure sa grandeur et sa félicité. »

« Notre cour de parlement de Paris, quoique portée d'un bon mouvement, entreprit , par une action qui n'a point d'exemple et qui blesse les lois fondamentales de cette monarchie, d'ordonner du gouvernement de notre royaume et de notre personne, et les circonstances du tems empêchèrent que l'on n'apportât remède à un si grand mal. »

« Or, comme l'autorité royale n'est jamais si bien affermie que lorsque tous les ordres d'un état sont réglés dans les fonctions qui leur sont prescrites par le prince, et qu'ils agissent dans une dépendance parfaite de sa puissance; nous nous sommes résolu d'y apporter un règlement général ; et cependant, comme l'administration de la justice en est la plus importante partie, nous avons estimé nécessaire de commencer à en régler les fonctions »

[77] - Pierre-Yves Quiviger, « Sieyès et le libéralisme : problèmes d'idées, problèmes de textes », En ligne : « La fin de l'histoire est ironique: Sieyès reste une figure majeure chez les publicistes français grâce, entre autres, à... une distinction de Carré de Malberg qu'il a cru lire chez Sieyès mais qui ne s'y trouve pas. »

LAQUIÈZE Alain, *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles* In : *Figures de Sieyès* [en ligne]. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2008 : « la déformation par Carré de Malberg de la théorie de la représentation nationale comme une théorie de l'organe, ce que Sieyès n'avait jamais admis »

[78] LAQUIÈZE, Alain. *La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles* In : *Figures de Sieyès* [en ligne]. Paris : Éditions de la Sorbonne, 2008 :

« Mais en même temps, dans sa volonté de mettre à jour la figure du père du droit public français, Bastid a passé sous silence la portée de la conception de la séparation des pouvoirs de Sieyès – séparation stricte avec une spécialisation des organes politiques – qui ne correspondait guère aux convictions parlementaires des publicistes de la III^e République. Léon Duguit présente ainsi « le futur auteur de la constitution de l'an VIII, Sieyès », comme un théoricien rigoureux de la séparation des pouvoirs qui, au moment du débat à la Constituante en septembre 1789, refuse au roi tout droit de veto. Adhémar Esmein, à son tour, présente Sieyès comme le théoricien de la séparation stricte qui sera à l'œuvre dans la Constitution de l'an III mais qui est éloignée du système de collaboration des pouvoirs mis en place par les lois constitutionnelles de 1875. Paul Bastid, conscient que l'on ne pouvait pas établir une filiation évidente entre la pensée constitutionnelle de l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers-état ?* et le régime parlementaire qui triomphe à partir de la III^e République, a consacré à cette question un article, paru dans la *Revue du droit public* en 1939. Or, il conclut que le système conçu par Sieyès est nettement différent des techniques du parlementarisme, même si les objectifs visés, et notamment la lutte contre l'arbitraire, sont semblables. »

- L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, t. 7, p. 337.

- A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 7^e éd., 1921, t. I, p. 478.

- « Au total, le système de Sieyès aboutit bien à un contrôle national du pouvoir, comme le régime parlementaire proprement dit. Il vise bien comme lui à écarter l'autorité arbitraire, à empêcher l'appropriation des fonctions par des individus dans un intérêt particulier. La grande différence est dans le mécanisme, parce que, pour Sieyès, le corps électoral et la législature n'expriment pas mieux que d'autres le vœu national ; ils l'expriment même moins bien. Mieux vaut leur substituer respectivement un Sénat et un Grand Électeur. C'est l'élite, en effet, qui se rapproche le plus du vœu national, sans que, d'ailleurs, elle soit jamais admise à en faire sa chose. » (P. Bastid, « Sieyès et le gouvernement parlementaire », *Revue du droit public*, 1939, p. 433.)

[79] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre 11, chapitre IV, *Continuation* :

« La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait! la vertu même a besoin de limites. Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet. »

[80] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre 11 chapitre VI « de la constitution d'Angleterre » :

« Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État. »

« La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple 314 dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats. »

« Les deux autres pouvoirs pourraient plutôt être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier; n'étant, l'un, que la volonté générale de l'État, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale »

[81] Pierre Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme : dix leçons*, Paris, Fayard, 1987.

[82] Charles Eisenmann, *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges en l'honneur de R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933

[83] Norbert Elias, « Les transformations de l'équilibre "nous-je" », 1987 :

« La catastrophe de Tchernobyl, la mort des poissons et la pollution du Rhin à la suite des efforts désordonnés entrepris pour vaincre un incendie dans une usine chimique suisse ne sont encore que des illustrations ponctuelles du fait que les unités nationales ont déjà transmis leur fonction de garants de la sécurité physique de leurs ressortissants et par conséquent leur fonction d'unité de survie à des unités supranationales »

[84] Norbert Elias, « La dynamique de l'Occident », trad, française du tome 2 de « über den Prozess der Zivilisation », 1ère éd. 1939, 2e éd. 1969, p. 31 et 47 :

« Quand, dans une unité sociale d'une certaine étendue, un grand nombre d'unités sociales plus petites, qui par leur interdépendance forment la grande unité, disposent d'une force sociale à peu près égale et peuvent de ce fait librement - sans être gênées par des monopoles déjà existants — rivaliser pour la conquête des chances de puissance sociale, en premier lieu des moyens de subsistance et de production, la probabilité est forte que les uns sortent vainqueurs, les autres vaincus dans ce combat et que les chances finissent par tomber entre les mains d'un petit nombre, tandis que les autres sont éliminés ou tombent sous la coupe de quelques-uns »

[85] Norbert Elias, « La civilisation des moeurs », trad, française du tome 1 de « über den Prozess der Zivilisation ».

[86] à propos du « salaire universel » : Bernard Friot, « LE SALAIRE UNIVERSEL : UN DÉJÀ-LÀ CONSIDÉRABLE À GÉNÉRALISER », *La Découverte*, « Mouvements », 2013/1, n° 73, pages 60 à 69.

[87] Loi dite des 16-24 août 1790 . Article 10 :

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. »

Article 12 :

« Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »

Article 13 :

« Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours 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. »

[88] Michel Figeac, "Les magistrats en révolte en 1789 ou la fin du rêve politique de la monarchie des juges", *Histoire, économie & société*, 2006/3, (25e année), pages 385 à 400. Citant :

- Mirabeau dans *Orateurs de la Révolution française*, I, *Les Constituants*, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, 1989, p. 721. Cité par :

« C'est enfin une poignée de magistrats qui, sans caractère, sans titre, sans prétexte, vient dire aux représentants du souverain : Nous avons désobéi, et nous avons dû désobéir ; nous avons désobéi, et notre rébellion nous sera un titre de gloire. [...] Non, Messieurs, le souvenir d'une telle démente ne passera pas à la postérité. Eh ! que sont tous ces efforts de pygmées qui se raidissent pour faire avorter la plus belle, la plus grande des révolutions ; celle qui changera infailliblement la face du globe, le sort de l'espèce humaine ? »

[89] Conseil d'État, 13 décembre 1889, Cadot :

Suppression de l'emploi d'un ingénieur de la voirie des eaux sous contrat avec la ville de Marseille. Le ministre de l'intérieur se déclare incompétent après que l'ingénieur est suivie le parcours de la demande de recours gracieux, puis hiérarchique. Le refus du ministre de statuer est déféré au Conseil d'État par M. Cadot. Le CE confirme qu'il appartenait à lui de connaître du litige avec la ville de Marseille. C'est la fin officiel du « ministre-juge ».

[90] Grégoire Bigot «La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum*, n° 8

Éléments de Conclusion :

Tout cela pour quoi en définitif ? Pour dire qu'il y a d'excellentes raisons historique et politique expliquant que le statut de l'Administration vis-à-vis du droit soit resté ambigu si longtemps, et encore aujourd'hui (quoique l'Union européenne force la convergence des systèmes juridiques des États membres de la Communauté européenne). Mais, pour répondre à nos questions initiales, le droit, à qui il manquait les armes pour saisir l'institution, a fini par les forger de manière à ce que l'Administration (et par suite l'État) se maintienne.

L'Administration est bien un sujet de droit, mais il est bien différent des autres. En tant qu'institution disposant de pouvoirs sur les autres sujets, il produit au fil du temps les normes objectives qui le contraignent en maintenant l'équilibre des passions et des assentiments des individus membres de l'institution et sur qui s'exerce son pouvoir. Elle est également tributaire de l'organisation de l'État, institution politique supérieure à elle et qui monopolise un certain nombre de pouvoirs qui doivent également être régulés par des droits statutaires et disciplinaires particuliers qui reçoivent l'assentiment, au moins tacite, de la majorité des membres de la nation. L'équilibre institutionnel est donc à la fois stable, plastique et précaire car il est tributaire de la « magie » de l'État ; croyance collective dans son bon fondement normatif et organisationnel. En tant que ces institutions sont héritées et font partie intégrante de nos représentations subjectives du monde, elles partent avec un avantage. Celui d'être des équilibres dans lesquelles tout le monde croit. Mais alors, il faut que cette « illusion » dans le bon fondement de ces institutions ne se corrode pas ; et donc que le droit offre les outils permettant d'assurer que chacun des sujets de droit « trouve son compte » dans l'existence de l'institution. Il faut donc bien une Administration responsable devant une juridiction et soumise à des normes et des procédures légales de sorte que le recours soit possible.

Négocier l'équilibre entre la mission (l'action discrétionnaire) de l'administration et l'assentiment des sujets de droit impose le recours à un fondement dont on peut largement questionner la force et la légitimité : celui de l'intérêt général. Le Conseil d'État ne s'y trompe pas lorsqu'il admet la difficulté à saisir et définir cet intérêt dans son rapport de 1999.

Le modèle de « common law » s'est traditionnellement constitué sur une vue « immanente » de l'intérêt général, émergence entre les relations qu'ont les différents individus (ayant des intérêts privés) entre eux et que le juge (ordinaire) ne définit pas à priori mais se contente d'arbitrer par la voie du droit. La tradition historique et politique française a voulu que la définition de cet intérêt général transcende et surplombe les intérêts individuels ; et revienne donc en dernière instance à l'État. Les raisons, on a tenté de les décrire au mieux dans la fin de la troisième partie.

Que reste-t-il à dire ? Il est intéressant de noter que paradoxalement, cette obsession avec le pouvoir judiciaire a conduit à créer des organes et des juridictions bien plus libres de leurs mouvements et souples dans leurs décisions vis-à-vis de normes légales absentes et du pouvoir de l'exécutif. Progressivement, s'est faite la consolidation de l'institution étatique et le rapatriement (quoi qu'encore incomplet) de l'Administration sous un régime de responsabilité de moins en moins différents des autres sujets de droit. Mouvement qui s'accélère encore avec les problématiques contemporaines de gestion managériales des administrations, de partenariats public-privée, et de dépendance accrue à des juridictions supra-nationales. La question de la séparation des pouvoirs a également considérablement évolué. Là où il était systématiquement question de séparation de trois pouvoirs, désormais le problème est plutôt celui de la distribution et de la multiplication des formes de pouvoirs, entendu au sens le plus large. Olivier Beaud décrit dans « La multiplication des pouvoirs » (Pouvoirs 2012/4, n° 143, pages 47 à 59) les formes locales, judiciaires et trans-nationales de pouvoirs qui font d'autant plus sentir leur influence que le gouvernement français concentre la force par « la loi d'airain du fait majoritaire » sur le plan de l'exécutif et du législatif.

À propos des limites de nos conclusions maintenant. Y a-t-il une dimension téléologique à la lecture ElIASienne de la construction historique de l'Administration et de l'État comme sujet de droit ? Je dirais non, car il n'y a pas particulièrement de point d'arrivée à cette approche des institutions que l'on pourrait plutôt qualifier « d'évolutionniste ». La contingence historique forge l'État et son administration tel qu'ils sont actuellement, et c'est seulement en retraçant ce parcours que l'on pouvait apporter des éclaircissements à la question.

C'est cependant une lecture assez mécanique et linéaire de la question. Le niveau d'analyse « macroscopique » des événements et des durées historiques inquiète beaucoup. La lourdeur de la conceptualisation et de la systématisation contient de gros risques pour l'analyse, autant que l'image d'Épinal de l'Ancien Régime et de la formation première de l'État. Ainsi, Pierre Bourdieu [91] pointe la tautologie au fondement de l'idée de « loi du monopole » d'ElIAS et préférera s'approcher des pratiques concrètes fines de la transformation du pouvoir du chef en bureaucratie d'État en se basant sur les travaux d'historiens médiévistes comme Georges Duby (*Le Moyen-Age*, 1989) ou F.W. Maitland (*The Constitutional History of England*, 1948).

Tout est-il bon à jeter alors ? Non, car il y a au moins un soupçon qui semble confirmé. La réponse à ce type de question est moins purement de la théorie du droit, ou plus généralement juridique, qu'une question de philosophie politique. Et en particuliers, s'en est une car des concepts

manquent (ou me manque) pour saisir la nature de l'émergence d'une institution, et immanquablement du droit qui l'accompagne, de l'inter-subjectivité d'individus en interaction.

Une proposition contemporaine sur cette problématique est celle qu'avancent la relecture et la réappropriation par les sciences sociales des écrits de Spinoza. Frédéric Lordon mobilise les concepts de « puissance » et d'« affects » pour s'attaquer à un angle mort qu'il croit déceler dans les sciences sociales occupées d'« institutions » :

« Les sciences sociales se sont beaucoup posé la question des effets des institutions mais fort peu la question de la production de ces effets. Par quels mécanismes concrets les institutions tiennent-elles les individus à leur norme, par quel *modus operandi* les font-elles vivre sous leurs rapports ? Une approche spinoziste en sciences sociales est spécialement bien armée pour répondre à des questions de ce genre précisément en tant qu'elle offre des concepts pour penser l'*efficacité* — à entendre comme : la production d'effets. Ces concepts sont la puissance (conatus) et les affects. Faire quelque chose à un individu et lui faire faire quelque chose est l'effet de la puissance comme pouvoir d'affecter. Or, indiscutablement, les institutions font « quelque chose » aux individus — elles les affectent. Étant des réalités sociales, une théorie spinoziste des institutions doit faire jouer ces concepts au niveau collectif. Ils y prennent la forme de la « puissance de la multitude » qui apparaît comme le principe fondamental de toute norme et de toute autorité institutionnelle. » [92]

Je ne suis pas parvenu à trouver de lectures croisées d'Hauriou et Spinoza, mais elles sembleraient une entreprise fructueuse pour la question qui nous a préoccupé. Je ne suis pas parvenu, non plus, à me procurer le travail doctoral de Julia Schmitz, « La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou : ses sources et sa signification philosophique » (2009) mais je suspecte que s'y trouve d'excellentes bases pour articuler un tel croisement. Ainsi que dans la publication récente de Tristan Pouthier, « Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans "La science sociale traditionnelle" » [93].

Références :

[91] Bourdieu Pierre. « De la maison du roi à la raison d'État », In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 118, juin 1997. Genèse de l'État moderne. pp. 55-68.

[92] « abstract » : Frédéric Lordon, « L'empire des institutions (et leurs crises) », *Revue de la régulation* [En ligne], 7 , 1er semestre / Spring 2010, mis en ligne le 09 juin 2010

[93] Tristan Pouthier. « Les sources théologiques de la théorie de l'institution de Maurice Hauriou. L'institution dans "La science sociale traditionnelle" », E. Djordjevic, S. Tortorella, M. Unger (dir.), « Les équivoques de l'institution. Normes, individu et pouvoir », Classiques Garnier, pp.97-125, 2021

Annexe à propos d'une question de droit communautaire de l'union européenne :

La cour de justice de l'union européenne (CJUE) a eu à se prononcer sur le statut d'un établissement public (La Poste) dont la commission européenne considérait qu'elle bénéficiait en raison de son statut d'une « aide d'Etat » incompatible avec les traités européens, notamment relative aux règles communes de la concurrence des traités de Rome (article 85-7, paragraphe 1, CE) [94]. L'État français a alors attaqué l'arrêt du Tribunal de l'Union Européenne (20 septembre 2012, France/Commission , T-154/10) qui a rejeté son recours contre la condamnation par la commission européenne (décision 2010/605/UE de la Commission, du 26 janvier 2010). La CJUE a, en définitif, confirmé l'arrêt du tribunal. La procédure cependant a de nombreuses implications intéressante pour notre sujet. L'État vis-à-vis du droit communautaire de l'union européenne (juridictions, normes,...) se trouve de fait dans la position d'un sujet de droit comme les autres : assujettis à ce droit, punissable par ce droit, « co-constructeur » de la légitimité de ce droit (signataire des traités). Il est également détenteur d'un certains nombre de « droits subjectifs » qui ne sont rien d'autres que le droit objectif national en tant qu'il ne contrevient pas au droit communautaire (supérieur dans la hiérarchie des normes). L'État peut alors faire valoir son droit par voie de recours devant l'autorité juridictionnelle compétente.

Dans le cas de La Poste, elle a été autorisé en tant qu'EPIC a développer des activités ouverte à la concurrence en même temps que ses missions de service public par l'État (c'est à dire par la juridiction administrative nationale qui ne s'y oppose pas). Or, d'après la commission européenne, le statut d'EPIC permet à l'établissement de déroger aux « procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun » (quand bien même l'État ne garantie pas qu'il épongera effectivement les dettes le moment venu). Cela lui confère un avantage considérable par rapport aux autres établissements développant ces activités ouvertes à la concurrence ; par exemple dans les situations économiques d'aléa moral tel qu'on les rencontre dans les demandes de financement (banques, investisseurs,...) [95]. Dans ces conditions, l'État, qui aurait été juge de lui-même par la voie du contentieux administratif national, aurait-il considéré que le statut de service public de la poste pouvait faire naître un « abus de position dominante » (pour ainsi dire) ?

Quoiqu'il en soit, rapporté à un ordre normatif et juridictionnel supérieur à l'échelon national, l'Administration (et l'exécutif) semblent être ramené au statut générique de sujet de droit commun. la CJUE a de la même manière récemment condamné L'État français pour méconnaissance du droit de l'Union (ne pas l'avoir consulté dans le cadre d'un contentieux fiscal qui impliquait une interprétation de textes juridiques communautaires [96]). La CJUE a donc établis que l'on pouvait condamné l'État français pour la décision de sa juridiction administrative suprême sur la base d'une norme légale objective instituée à priori par le législateur et qui s'applique de la même manière à des États sans juridiction administrative séparée et beaucoup plus parlementaires (Royaume-Uni)

[97]. Le statut du Conseil d'État, organe étatique constitutionnellement indépendant, au sommet de la juridiction administrative et ayant à la fois un rôle consultatif pour l'exécutif et un rôle de contrôle en dernière instance de l'administration ; n'avait donc rien de nécessaire et on aurait pu charger le juge ordinaire de la même mission de contrôle que le juge administratif. Pourquoi est-ce que le juge ordinaire a fait l'unanimité contre lui ? C'est l'objet de la fin de notre troisième partie.

[94] - CJUE 3 avril 2014 République française contre Commission européenne, aff. C-559/12 :

« En droit administratif français, les EPIC sont des personnes morales de droit public, qui disposent d'une personnalité juridique distincte de l'État et de l'autonomie financière ainsi que de compétences d'attribution spéciales, lesquelles incluent généralement l'exercice d'une ou de plusieurs missions de service public.

Le statut des EPIC emporte un certain nombre de conséquences juridiques, à savoir notamment l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun ainsi que l'applicabilité de la loi no 80-539, du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public (JORF du 17 juillet 1980, p. 1799). »

- Traités de Rome - 25 mars 1957 :

Troisième partie : La politique de la Communauté - Titre premier : Les règles communes - Chapitre 1 : Les règles de concurrence - Section première : Les règles applicables aux entreprises - Article 85 :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ;
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

[95] - CJUE 3 avril 2014 République française contre Commission européenne, aff. C-559/12 :

- 14 À cet égard, la Commission a souligné, tout d'abord, que La Poste n'était pas soumise au droit commun relatif au redressement et à la liquidation d'entreprises en difficulté (considérants 116 à 147 de la décision litigieuse).
- 15 Ensuite, elle a démontré qu'un créancier de La Poste est assuré de voir sa créance remboursée dans l'hypothèse où cet établissement serait en difficulté financière et ne pourrait pas honorer ses dettes (considérants 148 à 229 de cette décision).
- 16 Enfin, la Commission a estimé que, même si, après l'utilisation des procédures de recouvrement spécifiques décrites aux considérants 150 à 229 de la décision litigieuse, le créancier d'un EPIC ne parvenait pas à obtenir le règlement de sa créance, il demeurerait assuré qu'elle ne disparaîtrait pas. En effet, afin d'assurer la continuité de la mission de service public, les droits et les obligations de La Poste étaient toujours transférés à une personne morale de droit public autre que l'État ou, à défaut, à ce dernier (considérants 230 à 250 de ladite décision).

[96] CJUE 4 octobre 2018 Commission européenne c/ République française, aff. C-416/17 :

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la France avait manqué à ses obligations lui incombant sur le fondement du droit de l'Union Européenne, le Conseil d'État ayant omis de la saisir à titre préjudiciel, dans le cadre d'un contentieux fiscal.

[97] Ainsi, l'arrêt Miller/Cherry de 2019 rejette l'argument de la défense qui avançait que les faits n'étaient pas justiciables (le premier ministre demandant à la reine de suspendre le parlement pour un « brexit » sans accord) en raison de la séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaire. La cour suprême britannique rappelle que :

« tout tribunal de Common Law est dans l'obligation de faire respecter la loi et la Constitution, et donc surveiller que le principe de souveraineté parlementaire est bien respecté, ce qui ne va pas à l'encontre de la séparation des pouvoirs. La Cour rappelle aussi l'attachement du pays aux principes à valeur constitutionnelle telle que la souveraineté parlementaire qui est l'expression de la volonté du peuple et limite les « prerogative powers » de la Couronne et de l'exécutif. »

Pascaline Morello , Aïssatou Niaria , Judith Rossillon et Emma Leenhardt , « Tensions entre droit interne et droit européen : quel avenir pour les droits de l'Homme au Royaume-Uni ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 décembre 2020.