

Tocqueville et la formation du droit administratif

Prof. univ. dr. Claude Courvoisier*

Le sujet impose de s'entendre d'abord sur les termes de droit administratif. S'agit-il du droit, des règles, applicables à l'administration, quelles que soient leur nature, ou leur origine? S'agit-il d'un droit particulier, de règles spéciales, et qui le seraient du fait qu'elles sont précisément applicables à l'administration? C'est évidemment la deuxième acception qu'il faut retenir si l'on veut traiter de la question telle qu'elle est envisagée par Tocqueville. Ce dernier n'a jamais pensé, ne peut pas avoir pensé que l'administration pouvait ou devait échapper à tout droit, être libéré de toute obéissance à toute règle. Il ne peut z avoir de sa part de doute ou de critique à l'égard d'un droit administratif entendu au premier sens. En revanche, si l'on conçoit que le droit applicable à l'administration est un droit spécial, qu'il se distingue du droit commun, la logique libérale peut conduire au doute et à la critique. Il faut préciser qu'en outre, au moment où la question est débattue en France et retient l'attention de Tocqueville, cette question est indissolublement liée, comme elle la restera, à celle de la compétence juridictionnelle. La question d'un droit administratif, droit spécifique, est donc en même temps celle d'un juge spécial, différent du juge de droit commun. Cette liaison, contestable dans son principe, se dessine dans les controverses du temps.

C'est ainsi que Tocqueville est conduit à traiter de la formation du droit administratif. Il le fait dans un petit nombre de textes, rares mais précieux, sur lesquels Françoise Melonio a très justement attiré l'attention¹. Cet ensemble n'est probablement pas constitutif d'une œuvre juridique, mais certainement un élément intéressant d'une pensée sur le droit.

Ces textes sont écrits - ou dits - entre 1843 et 1846. Dans la forme, ils sont divers. Tantôt de notes préparatoires, tantôt d'articles de presse, tantôt encore d'un discours à l'Académie français. Ils sont très étroitement liés à l'actualité du moment, mais s'en dégagent parfois pour retourner à l'histoire et inscrire le débat dans une réflexion générale. Ils sont brefs, ne représentent tous ensemble pas plus d'une cinquantaine de pages. Ils n'ont pas la dimension majestueuse des œuvres majeures, mais sont loin de n'avoir aucun rapport avec elles.

Les sujets traités sont divers eux aussi. L'attention se porte bien entendu sur le Conseil d'État, mais aussi sur les contraventions de voirie; sur la responsabilité des fonctionnaires, mais aussi sur la doctrine avec la critique d'un cours de droit administratif, celui de Macarel; enfin, une large perspective politique

* Cet exposé reprend des éléments d'une étude parue dans *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 197-211.

¹ Françoise Melonio, *Tocqueville et les français*, Aubier, 1993. L'auteur est d'autre part l'éditrice en 1989 de certains de ces textes dans le tome XVI, *Mélanges, des Œuvres complètes*, Gallimard, citées ci-après.

est brossée à propos des rapports entre la centralisation administrative et le régime représentatif².

Il n'existe pas moins dans tout cela un thème principal et fondamental: la critique du rejet du droit commun dans les rapports avec l'administration. Cette critique en nourrit une autre, que le sujet de ce colloque - l'œuvre juridique de Tocqueville - suggère de retenir: celle de la doctrine juridique telle qu'elle se forme dans l'enseignement du droit administratif. Dans le même souci, il ne paraît pas hors de propos de s'interroger aujourd'hui sur l'actualité de cette critique du droit administratif, ou de ce qui en est une gestation, et de l'apprécier par rapport aux progrès de ce droit, du moins à ce qui se trouve souvent présenté comme tel.

1. La critique du droit administratif, exception au droit commun

C'est au nom des principes du libéralisme que Tocqueville dénonce ce qu'il qualifie de despotisme administratif, ce dernier étant accru par l'absence d'un contrôle authentique sur l'administration.

Tocqueville voit dans le système administratif français tous les risques de despotisme, d'excès de pouvoir. Cette critique n'est bien entendu pas sans rapport avec la réflexion de Tocqueville sur la démocratie, telle du moins qu'il l'entend dans son observation de l'Amérique. Mais la critique est ici celle d'une singularité française, même si on imagine facilement, avec Tocqueville lui-même, qu'elle puisse avoir une dimension européenne. Les mots sont très durs: despotisme, mais aussi tyrannie, servitude. Quand, à propos de la garantie des fonctionnaires, qui lui paraît consacrer une sorte d'immunité, il s'interroge sur l'administration, le vocabulaire évoque avec force les éléments du phénomène qu'on baptisera plus tard le totalitarisme: «Parmi nous, l'administration, qu'est-ce? C'est tout. De quoi se mêle-t-elle? De tout. Où est-elle? Partout». Dans la critique du livre de Macarel, il parle d'un «système qui dirige, comprime en l'enveloppant de toute part l'existence individuelle des citoyens».

Le risque est particulièrement vif en France. Tocqueville le met en perspective historique en évoquant la Révolution et Napoléon. Mais son ampleur naturelle est plus large. Le phénomène est aussi, ou sera, européen. Il est «moderne», c'est une des formes de «l'état nouveau du monde».

C'est pour cela aussi que la question de l'administration est une question politique. Ce n'est pas une question d'aménagement en quelque sorte technique d'un

² Les textes figurent aux *Œuvres complètes (OC)*, Gallimard, de la façon suivante:

- Compétence des tribunaux administratifs en matière de délits de voirie, 1843: tome III, *Écrits et discours politiques*, vol. 2, p. 168-178.
- La centralisation administrative et le système représentatif, 1844: ibidem, p. 129-132.
- Questions du Conseil d'État et sur le Rapport de Dalloz sur le Conseil d'État, 1845: ibidem, p. 149-154.
- Deux textes sur le projet de loi relatif au Conseil d'État, 1845: ibidem, p. 162-167.
- Le Conseil d'État avant et depuis 1789, 1846: tome III, vol. 3, p. 403-405.
- De la responsabilité des agents du pouvoir, 1845: tome III, vol. 2, p. 155-161.
- Rapport sur le livre de M. Macarel, 1844, 1846: tome XVI, *Mélanges*, p. 184-198. Ces textes étant brefs, nous nous permettrons de ne pas donner à chaque occasion la référence précise de la citation qui peut en être faite.

pouvoir subordonné. Elle est au centre des rapports entre l'État et les citoyens, des rapports de domination-liberté. Alors que les réformes débattues à ce moment-là en France sont précises et limitées, Tocqueville les situe à plusieurs reprises dans toute leur dimension politique. Dans la critique du livre de Macarel, il s'interroge sur la compatibilité d'un système administratif centralisé avec la liberté et le pluralisme qu'exprime en principe la monarchie représentative. Dans le texte qu'il consacre à cette question des rapports entre la centralisation administrative et le système représentatif, il ajoute que la situation du ministère est le point central des difficultés. Il le voit comme administrativement omnipotent et politiquement dépendant par sa responsabilité devant les chambres, et disposé à s'affranchir de cette dépendance par le recours à la corruption, d'autant plus facile que la démocratie du suffrage censitaire est particulièrement restreinte. C'est donc dans la perspective d'une réflexion politique que Tocqueville propose d'envisager la question du pouvoir administratif. Au moins l'administration devrait-elle faire l'objet d'un contrôle rigoureux et indépendant.

Le risque de despotisme administratif est accru, aux yeux de Tocqueville, par l'absence d'un contrôle authentique, par la résistance de la France libérale à cette nécessité. C'est d'ailleurs pour lui un paradoxe absolu: c'est là où la protection des citoyens est la plus nécessaire que sa mise en place est la plus difficile. Il y faudrait un juge, mais un juge impartial, indépendant et puissant, car «l'adversaire est fort, et la partialité du juge à redouter». C'est là que se situe l'engagement de Tocqueville dans la controverse sur le juge administratif, et par conséquent peut-être, sur le droit administratif. Là encore, la question centrale est politique, c'est celle des rapports entre pouvoir et les citoyens, entre la société et les individus, de l'équilibre entre l'action dans l'intérêt général et la défense des droits individuels. Le débat sur le juge est de ce point de vue décisif.

La critique que formule Tocqueville à l'égard du système qu'il voit se dessiner est violente. La philosophie générale qui inspire l'option dominante est celle, dit-il, des «deux justice», dont l'une serait «exceptionnelle», une opinion dominante animée d'une défiance profonde à l'égard du juge «ordinaire».

Le système que l'on refuse de réformer réalise pour Tocqueville la confusion du juge et de la partie. Le contrôlé se contrôle en quelque sorte lui-même. Il faut, écrit-il, «que le gouvernement ait un tribunal à lui». Cette formule féroce, par laquelle se trouve condamnée la timidité des réformateurs, est d'ailleurs assez bien confirmée par la description que donne à l'époque la doctrine des juristes. On le sait en particulier aujourd'hui par les travaux de Grégoire Bigot. Ce dernier montre en quels termes significatifs des juristes comme Sirey, Foucart, Chauveau, écartent l'idée d'une indépendance de la justice administrative. Selon eux, la justice administrative doit être «sous l'influence du gouvernement», le contentieux administratif «est l'une des manifestations du pouvoir administratif», un pouvoir administratif qui est dit «indivisible»³.

³ Grégoire Bigot, «Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875», *Revue française de droit administratif*, mars-avril 2003, p. 218 et ss.; *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition, 1800-1872*, LGDJ, 1999.

Pour Tocqueville, la nécessité d'une juridiction spécialisée, distincte du droit commun, ne paraît pas faire l'objet de justification satisfaisante, à part quelques cas exceptionnels. D'une part, Tocqueville ne voit pas qu'une justification technique, tenant à d'éventuelles différences dans les capacités de juger, soit pertinente. D'autre part, l'évocation de la séparation des pouvoirs représente selon lui une pure contradiction, puisque c'est une confusion de pouvoirs (pouvoir administratif et pouvoir spécial de juger sont «mêlés», dit Tocqueville) que l'on met en place au nom de la séparation.

En définitive, le système méconnaît l'exigence de liberté, mais aussi celle de la démocratie, c'est-à-dire de l'égalité. Non seulement les droits de la défense, par exemple, sont parfois méconnus, mais la centralisation de l'organisation de cette justice méconnaît ce principe de proximité quotidienne cher déjà au Tocqueville de *La démocratie*, assurant «de petits procès mis chaque jour à la portée des moindres citoyens»⁴. Les débats de 1845 à la Chambre sur la garantie des fonctionnaires inspirent à Tocqueville une réflexion violemment désabusée qui pourrait résumer l'ensemble de ses critiques: «Parler des droits des citoyens! Chercher des garanties contre les abus de l'administration! À quoi pensez-vous? Il s'agit bien de cela, en vérité ...».

II. La critique de la doctrine juridique

C'est principalement dans la présentation du *Cours de droit administratif* de Macarel que Tocqueville développe cette critique. Il traite à cette occasion d'une véritable question de méthode, dont l'ampleur dépasse du reste le cas du droit administratif. La justesse des critiques formulées par Tocqueville nous intéresse donc moins ici que la pensée qu'elle exprime. Un couple antithétique anime cette dernière, opposant une méthode descriptive à une autre méthode, normative.

Le livre de Macarel - dont Tocqueville relève d'ailleurs non sans malice qu'il a été un administrateur excellent - est exemplaire, selon Tocqueville, d'une manière d'exposition purement descriptive, mais en outre faussement descriptive. «M. Macarel, écrit Tocqueville, s'abstient presque complètement de juger; il ne fait que décrire. Il borne ainsi volontairement son horizon; il se renferme étroitement dans ce qui est, sans jamais chercher ce qui devrait être». Du fait de l'objet traité, ce parti pris est, pour Tocqueville, mystificateur, source au moins de déformation. Décrivant ce qui n'est encore qu'une exception - le droit administratif - elle l'érige en système ordinaire, l'un des deux systèmes ordinaires de droit. La description dépasse ainsi son projet apparent, elle est en vérité dogmatique et à ce titre, en outre, prématurée. C'est d'autant plus grave que la méthode descriptive est en elle-même constitutive d'un conformisme: c'est une attitude qui écarte délibérément la critique. Il n'est pas d'ailleurs exclu que le conformisme soit de l'essence même de la pensée juridique, de la pensée des «légistes».

À l'opposé, Tocqueville défend la nécessité d'une interrogation sur le normatif, le devoir être, ou, au moins sur le possible autre: «Les jeunes gens qui sortent d'un cours de droit administratif, écrit-il, devraient savoir non seulement ce

⁴ OC, I, 1, p. 104-106.

qui est, mais ce qu'on a proposé de mettre à la place». Tout un ensemble d'implications sont contenues dans sévère boutade. Elle invite au relativisme, qui consiste à mettre en perspective les solutions adoptées et les solutions possibles. Elle invite en particulier à la méthode comparatiste. Bien que beaucoup d'esprits soient à l'époque ouverts à la connaissance de l'étranger, on imagine Tocqueville, observateur de l'Amérique, prendre plaisir à s'étonner de voir d'autres libéraux feindre d'oublier leurs bonnes connaissances de l'Angleterre ou des États-Unis. Connaître les autres possibles permet aussi d'éviter le piège du nationalisme, d'un chauvinisme de l'orgueil national, d'un certain narcissisme, toutes dérives dont la pensée juridique n'est pas exemple selon Tocqueville. En bref, c'est un plaidoyer pour l'attitude critique, le refus de la déférence ou de la révérence, que l'on trouve illustré par cette analyse d'un cours et d'un auteur notoires à l'époque. Il n'est bien sûr pas dans notre propos de se demander si l'évolution ultérieure du droit administratif et de sa présentation a permis de réduire à rien les craintes de Tocqueville à ce sujet. Il est en revanche possible de se demander si cette évolution a pu faire écho, d'une façon ou d'une autre, aux disputes auxquelles Tocqueville participait.

III. Actualité de la pensée juridique de Tocqueville

Pour Françoise Melonio, Tocqueville fut «un penseur excentrique de la liberté»⁵. Il est vrai que dans les sujets qui nous ont intéressés ici, les thèses libérales de Tocqueville se heurtent à l'opinion dominante des libéraux du temps. Son excentricité, cette excentricité à laquelle invite d'ailleurs l'ami et correspondant John Stuart Mill, résiderait dans cette opposition, intéressante et incontestable. Mais cette excentricité, avérée dans le moment, reste-t-elle si grande quand on a aujourd'hui à l'esprit l'évolution du droit administratif et de sa doctrine? Au fond, sans vouloir donner dans l'anachronisme coupable, ne peut-on pas se demander si Tocqueville n'aurait pas eu en quelque sorte raison trop tôt? En principe, tout paraîtrait obliger à répondre à cette question par la négative: on enseigne assez généralement les bienfaits de l'exception française au droit commun, qui a fait ses preuves, et que le Conseil d'État, plus généralement mais plus tard le juge administratif, ont été et restent parmi les meilleurs, garants des libertés. Et pourtant? L'évolution des faits et des règles ne confirme-t-elle pas les craintes et les interrogations de Tocqueville? Il n'est pas complètement absurde de penser que, d'une part, l'histoire a confirmé les difficultés sur lesquelles il insistait, et que, d'autre part, elle a reconnu tardivement les mérites du droit commun.

Quant aux difficultés provoquées par la coexistence de deux systèmes de la droit, de deux ordres de juridiction, il faut garder en mémoire, sans pour autant y insister ici, la récurrence du thème de la crise du droit administratif dans les débats de doctrine. À peine le bloc de compétence administrative semble-t-il, dans la jurisprudence, s'éroder, au profit de l'application du droit privé par les tribunaux de droit commun, que le terme de crise, et non pas celui de l'évolution, vient sous la plume des savants commentateurs. N'est-ce pas le signe de cette attitude

⁵ Tocqueville et les français, préc., p. 198.

dogmatique que Tocqueville croyait pouvoir observer? Dans un système périodiquement présenté comme en crise, on peut aussi penser que la sécurité juridique, élément essentiel du respect des droits et libertés, est assez mal établie.

Plus intéressante, directement liée aux soucis de protection des droits du citoyen qui animent Tocqueville, nous paraît être le cas de la liberté individuelle. On sait les difficultés liées au partage des compétences juridictionnelles en cette matière. L'entremêlement des principes de référence a conduit à un véritable maquis, dont la décision de cette étrange Cour suprême qu'est le Tribunal des conflits, assez peu indépendante, n'indiquait pas nécessairement l'issue. Exceptions au principe et exceptions à l'exception donnaient l'image d'un système plus à même de satisfaire la dispute doctrinale que de donner aux citoyens quelques-unes des garanties élémentaires, ou quelques-uns des repères, que tout plaideur est en droit d'espérer. Tout juriste se souvient des saines vitupérations d'un Charles Eisenmann à l'encontre de la jurisprudence *Alexis et Wolff*. Récemment, le cas de passagers clandestins étrangers d'un bateau en rade d'Honfleur, jugé par le Tribunal des conflits en 1997, ne semble pas avoir contribué au progrès de ces garanties. Il confirme une tendance à l'interprétation restrictive de la voie de fait. Il confirme l'interprétation restrictive des dispositions légales formelles du Code de procédure pénale, qui devraient le céder, comme le texte du Code d'instruction criminelle précédent, aux «règles relatives à la séparation des pouvoirs». Cette lecture du Code, toujours aussi contestable selon nous, s'accompagne d'une lecture peu attentive peu attentive d'une règle constitutionnelle nouvelle, le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel il existe des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire. Dans les conclusions du commissaire du gouvernement en particulier⁶, tout se passe comme si le principe fondamental dégagé par le Conseil constitutionnel n'était constitué que de l'affirmation des cas de compétence de la juridiction administrative, et non point de celle des cas de compétence de l'autorité judiciaire, posée tout aussi bien. Certes, la référence à la «nature» peut sembler source d'incertitudes. Mais elle ne fait que reproduire un élément de la tradition, et son incertitude ne tient qu'à celle de principe acquis, dont on essaie d'autre part de se démarquer. Surtout, l'incertitude est facilement levée s'agissant de la liberté individuelle, au sujet de laquelle l'article 66 de la Constitution pourrait être considéré comme une référence textuelle impérative. Il semble, à tout prendre, que, pour les fondements constitutionnels qui sont en cause, la liaison faite par ce texte canonique qu'est l'article 16 de la Déclaration de 1789 entre la séparation des pouvoirs et la garantie des droits soit méconnue, et leur équilibre rompu. On aurait peu de mal à retrouver ici l'écho des craintes exprimées par Tocqueville à l'égard de la justification de la dualité des juridictions par la séparation des pouvoirs ...

Les difficultés de justifier la mise de côté du droit commun apparaissent aussi en ce qui concerne ce nouveau droit commun que pourrait être ou est déjà l'ordre juridique européen. Sans parler du droit du Conseil de l'Europe, on sait

⁶ V. p. ex. *Revue française de droit administratif*, mai-juin 1997, p. 514 et ss.; le rapport de M. Sargos, conseiller à la Cour de Cassation, (JCP, 1997, II, n^o 22861) donne un autre éclairage.

quelles difficultés a connues l'application en France des règles du droit communautaire et la réserve particulière qui anima le Conseil d'État. Le «tournant» amorcé par l'arrêt *Nicolo* l'est en 1989, quatorze années après que la Cour de Cassation a constitué sa jurisprudence compréhensive. Le «tournant» de l'arrêt *Nicolo* ressemble d'ailleurs, quand on lit les conclusions du commissaire du gouvernement, à un ralliement, ou à une conversion; à une reconnaissance explicite en tout cas des défauts de la dualité des droits. Évoquant le «vide juridictionnel» résultant de la divergence des jurisprudences, et la logique qui inspire la Cour de cassation, il souligne plaisamment «le paradoxe qu'il y a à voir le Conseil d'État refuser d'entrer dans une telle logique par humilité face au législateur, alors que de simples tribunaux d'instance contrôlent chaque jour, par ce biais, la validité des lois qu'ils ont à appliquer»⁷. À lire ces lignes, il est difficile de ne pas penser aux mérites qu'ont pour Tocqueville le droit commun, le petit juge et les petits procès ...

On ne peut pas oublier Tocqueville non plus quand on pense au rapprochement qui s'est effectué, plus ou moins rapidement, entre les procédures des deux justices. Ce rapprochement a consisté non pas à calquer des éléments du système civil, bien sûr, mais à s'en inspirer pour aménager la procédure contentieuse administrative. Deux réformes, connues, sont significatives à cet égard.

La première réforme améliore les garanties d'exécution des jugements du juge administratif. On s'avise que toutes les justifications d'une ordre particulier de juridiction sont peu convaincantes s'il ne s'agit pas pour lui de dire le droit avec efficacité, ce qui correspond à l'idée qu'on peut se faire d'un juge. La réforme de 1995 (loi du 8 février, article L. 911 du Code de justice administrative) reconnaît au juge administratif un pouvoir d'injonction. Il peut prescrire à l'administration des mesures d'exécution. Il peut lui fixer un délai. Il peut assortir ces prescriptions d'une astreinte.

La deuxième réforme introduit la procédure de référé au sein de laquelle un «référé liberté» est d'ailleurs. Elle est réalisée par la loi du 30 juin 2000. Elle est l'aboutissement de tentatives antérieures qui avaient amélioré en 1995 le système du sursis à exécution. Certes, de multiples considérations inspirent cette innovation. L'exposé des motifs du projet de loi commence par évoquer une nécessité de modernisation. Le vocable, comme on sait, n'engage à rien ou à peu de choses, mais on comprend qu'il s'agit pour le juge de pouvoir aller plus vite et d'être désencombré. On se réfère aussi tout naturellement aux mérites d'une simplification, ce qui revient à peu près au même. Mais on n'hésite pas à exposer la référence au modèle judiciaire, accompagnée des réserves convenables. «L'objectif est, dit l'exposé des motifs, de conférer au juge administratif statuant en urgence une efficacité comparable à celle du juge civil des référés, tout en tenant compte des spécificités du contentieux administratif»⁸.

⁷ Concl. sur CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon, p. 190.

⁸ V. p. ex. *JO doc.* Sénat n° 69, 17 mars 1999.

On appréciera, peut-être pour en sourire, la retenue avec laquelle, dans les circonvolutions du style administratif-managérial obligé, on invite le législateur à se rendre à des nécessités dont on suppose qu'il n'avait jamais compris l'urgence. On peut aussi sourire de l'hommage discret rendu au juge civil des référés dont l'autre juge ne manquait pas de dénoncer le laxisme, dans des espèces touchant à la liberté individuelle des étrangers.

Dans cette conjonction tardive de deux ironies involontaires, on peut retrouver la vertu de la critique dont Tocqueville donnait l'exemple, et ceci à deux égards. D'une part, il arrive que la vertu rende hommage au vice, c'est-à-dire que l'on reconnaisse les mérites d'un droit commun, qu'on le réhabilite en quelque sorte. Ce qui était naguère perçu comme une crise ne le serait-il donc plus? D'autre part, cette actualisation de la pensée de Tocqueville sur le droit administratif pourrait conduire à s'interroger sur les contours de la pensée libérale en France, sur l'authenticité d'un libéralisme politique français. Lucien Jaume, que l'on vient d'écouter, s'est interrogé sur «le paradoxe du libéralisme français». Il a pu, dans son livre *L'individu efface*, parler d'un libéralisme «étatiste» ou «statocentrique» à propos de celui auquel Tocqueville opposait en son temps son excentricité. Essayer de retrouver trace aujourd'hui de cette opposition, et s'interroger sur tel ou tel libéralisme affiché, dépasserait bien entendu les limites assignées à ce trop rapide aperçu ...

⁹ Lucien Jaume, *L'individu efface, ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 354-357, 376; «Les Libéraux et la justice administrative sous Juillet: craintes et ambiguïtés» dans *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?* Études rassemblées par Olivier Cayla et Marie-France Renoux-Zagame, Bruylant-LGDJ, 2002, p. 137-149. V. aussi la contribution d'un juriste dans Yan Laidie, «Les libéraux et la justice administrative au XIX^e siècle: un mariage de raison?», *Revue administrative*, 2001, n^o 319, p. 5 et ss.