

Mathilde Lemée

Les juristes publicistes du XIX^e siècle et l'idée de droit administratif sous l'Ancien Régime

19th century jurists and the idea of administrative law under the Ancien Régime

SOMMARIO: 1. Les éléments de continuité entre l'Ancien Régime et le XIX^e siècle - A. La vision minoritaire : une continuité totale - B. La vision majoritaire : une continuité partielle et à nuancer - 2. Les éléments de rupture entre l'Ancien Régime et le XIX^e siècle - A. Une rupture révélatrice de l'évolution des critères du droit administratif - B. Une rupture fondatrice de l'autonomie scientifique du droit administratif.

ABSTRACT: The dispute over the existence of administrative law under the Ancien Régime is well known. Its origins, however are much less so. Yet, since the Monarchy of July, many authors have attempted to investigate the history of administrative law. Research on these ideas enables the understanding of the evolution of administrative law itself. It shows that while some authors highlight elements of continuity with the Ancien Régime, others insist upon the fundamental nature of the revolutionary breakage.

KEYWORDS: Administrative law, Ancien Régime, Jurists.

Le droit administratif a-t-il existé sous l'Ancien Régime ? A-t-il même été possible ? La question, à n'en pas douter, fait encore débat. Et à juste titre puisque les deux opinions soulèvent des arguments solides. Cet article n'aura évidemment pas l'ambition de trancher cette querelle probablement insoluble mais bien d'en rechercher des sources éventuelles et peut-être de l'éclairer par les travaux des juristes du XIX^e siècle.

Malgré tout et afin d'en comprendre les enjeux, il apparaît nécessaire de rappeler en quelques mots les termes du débat actuel. De nombreux articles et travaux ont été consacrés à la compréhension de cette controverse et en ont cherché les explications. Fabrice Melleray confronte ainsi deux thèses principales : l'une développée par Jean-Louis Mestre et continuée notamment par Katia Weidenfeld faisant naître le droit administratif sous l'Ancien Régime¹, la seconde illustrée par les travaux de François Burdeau et Grégoire Bigot soulignant la rupture révolutionnaire et le caractère fondateur de l'an VIII². Sylvain Soleil lit quant à lui trois interprétations possibles³. La première, représentée notamment par Jean-Louis Mestre reconnaît sous l'Ancien Régime la présence d'une véritable justice administrative. La deuxième, incarnée par François Burdeau admettrait un contentieux administratif avant la Révolution, mais les garanties offertes aux justiciables seraient insuffisantes. Enfin, la troisième thèse représentée par Luca Mannori et Grégoire Bigot refuserait l'idée même d'une justice administrative avant 1789. Mais au-delà de la simple constatation des divergences doctrinales, les causes de cette controverse sont recherchées, souvent même par ceux qui y participent activement. Ainsi, opposant Jean-Louis Mestre et Grégoire Bigot, François Burdeau décrit deux approches : l'une dans laquelle « seule compte l'observation des faits matériels »⁴, la seconde

¹ Une telle lecture avait été initiée plus tôt par les travaux de Gabriel Le Bras et Pierre Legendre qui montraient des origines médiévales et canoniques du droit administratif. Cf. en premier lieu G. Le Bras, *Les origines canoniques du droit administratif*, in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris 1956, p. 395-412 ; P. Legendre, *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements de l'État centraliste en France*, in « RHD », 1974, vol. 52, n° 4, p. 696-732.

² F. Melleray, *Les historiens du droit administratif sont-ils encore plus positivistes que les administrativistes ?*, in « Clio Thémis », 2018, n° 14, p. 3.

³ S. Soleil, *Administration, justice, justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de recherches*, in G. Bigot et M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Paris 2006, p. 4.

⁴ F. Burdeau, *À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel*, in A. Van Lang (dir.), *Le dualisme juridictionnel. Limites et mérites*, Paris 2007, p. 22.

« soucieu[se] de conceptions juridiques »⁵. Jean-Louis Mestre distingue quant à lui deux démarches :

La démarche dogmatique consiste à poser diverses conditions pour qu'existe le droit administratif et à se demander à partir de quand ces conditions ont été remplies, pour faire commencer l'histoire du droit administratif à ce moment-là. La démarche pragmatique consiste à retrouver l'histoire des règles portant sur les « matières administratives »⁶.

Il suffirait alors, pour certains, de rencontrer des règles encadrant l'administration et ses objets pour que le droit administratif existe, là où d'autres exigeraient des critères précis et juridiquement définis.

En effet, selon Lucas Mannori, la notion d'administration publique n'existe pas sous l'Ancien Régime, « le concept même [...] ne trouve pas de place dans l'univers théorique des anciens juristes »⁷. Pour exister, l'administration suppose un pouvoir discrétionnaire.

Selon Grégoire Bigot, cette définition « offre la meilleure réfutation aux thèses des origines médiévales du droit administratif »⁸. Mannori y ajoute cependant quelques éléments et précise que sous l'Ancien Régime, l'administration reste institutionnellement liée à la justice et n'est pas confiée à un pouvoir autonome. Au fond, « la monarchie de l'Ancien Régime, quoique déjà administrative dans sa pratique, ne l'était pas encore dans sa représentation juridique »⁹.

Nous l'avons vu, cette vision est partagée par Grégoire Bigot qui pose deux conditions à la naissance du droit administratif à cette époque :

Il faut d'abord que l'administration ait été réellement le souci majeur et nouveau de l'absolutisme. Il convient ensuite que cette administration se soit exercée de façon centralisée pour vérifier l'assertion selon laquelle toute l'action administrative ait été déposée entre les mains des intendants, représentants du Conseil sur tout le territoire du royaume¹⁰.

Qui plus est, le droit administratif ne peut naître sans une séparation des

⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶ J.-L. Mestre, *L'histoire du droit administratif. La combinaison fructueuse de deux approches*, in J. Krynen, B. D'Alteroche (dir.), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris 2014, p. 250.

⁷ L. Mannori, *Centralisation et fonction publique dans la pensée juridique de l'Ancien Régime : justice, police et administration*, in *L'administration territoriale de la France (1750-1940)*, Orléans 1998, pp. 247-248.

⁸ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris 2002, p. 19.

⁹ L. Mannori, *Centralisation et fonction publique...*, cit., p. 257.

¹⁰ *Ibid.*, p. 23.

fonctions entre justice et administration.

En revanche, François Burdeau évoque la nécessité d'« écarter la nature discrétionnaire du pouvoir et la confusion des pouvoirs comme explications de l'absence du droit administratif sous l'Ancien Régime »¹¹. Il insiste en revanche sur le fait que le contentieux de l'Ancien Régime ne rentre pas dans le cadre du droit, et ne garantit pas ceux des particuliers.

Face à cela, les tenants de l'école « pragmatique » s'attachent à démontrer la réalité de l'existence d'un contentieux administratif sous l'Ancien Régime et de règles destinées à l'encadrer.

Il s'agira alors de rechercher les éléments de « la réflexion sur le droit applicable aux pouvoirs publics »¹², notamment la supériorité de l'intérêt public, les prérogatives de l'administration, les règles de procédure, etc. Partant, ils sont souvent eux-mêmes confrontés à la nécessité de reconnaître les insuffisances de ce droit naissant. Cédric Glineur, par exemple, concède que « ce droit, encore à l'état de gestation, connaît pourtant de nombreuses imperfections »¹³. En effet, les praticiens n'ont souvent pas conscience de mettre en œuvre un droit spécifique, les pratiques ne sont pas uniformes et le système mis en œuvre manque de cohérence.

Si aujourd'hui chaque administrativiste semble devoir se poser la question de l'origine historique du droit administratif et avoir conscience des deux options principales¹⁴ qui s'offrent à lui, il n'en est pas tout à fait de même au XIX^e siècle. La controverse paraît absente des ouvrages et l'histoire du droit administratif n'émeut que peu de juristes. Pourtant, la période est riche en réflexions et doit être étudiée pour comprendre la formation des idées encore présentes. Or, pour pouvoir en saisir les origines il convient de s'intéresser à des sources similaires, c'est-à-dire majoritairement à la doctrine universitaire. Mais celle-ci doit être entendue au sens large et ne pas se restreindre aux seuls écrits des enseignants. Rappelons qu'au XIX^e siècle, les frontières entre l'Université, la pratique et le monde politique sont davantage poreuses. Un même auteur peut donc ponctuellement enseigner à la faculté, tout en pratiquant le droit administratif et en siégeant au sein des instances nationales. Le critère retenu ne sera pas donc uniquement celui des oeuvres des enseignants titulaires d'une chaire de droit

¹¹ F. Burdeau, *Naissance d'un droit*, in *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris 1999, p. 524.

¹² *Ibid.*, p. 11.

¹³ C. Glineur, *Genèse d'un droit administratif sous le règne de Louis XV. Les pratiques de l'intendant dans les provinces du Nord (1726-1754)*, Orléans 2005, p. 371.

¹⁴ Bien que certains cherchent à « décanter le débat », à l'image de Benoît Plessix qui cherche à concilier les points de vue, B. Plessix, *Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français*, in « Droits », 2003/2, n° 38, p. 114.

administratif mais plus largement celui des ouvrages qui ont pu contribuer à la formation des étudiants en droit ou dont le retentissement leur donnait une importance non négligeable dans la réflexion sur la matière.

Une fois ce premier critère posé, l'étude pose encore deux problèmes principaux. D'une part, le droit administratif – du moins en tant que matière et objet d'étude – est encore en formation au XIX^e siècle. Toujours à la recherche d'une définition, il peine parfois à se dégager de l'ombre du droit civil. Les nombreuses conceptions qui fleurissent tout au long du siècle montrent une véritable évolution de la matière, qui rend sa définition mouvante et la recherche de son histoire plus difficile à appréhender. D'autre part, bien que le XIX^e siècle puisse être considéré comme « le siècle de l'histoire »¹⁵, l'histoire du droit et à plus forte raison l'histoire du droit administratif, sont en retrait pendant de très nombreuses années. Sous la Révolution l'histoire du droit est négligée, voire ignorée¹⁶. Sous l'Empire, la primauté du Code civil pousse à délaisser la recherche historique, Savigny et l'école allemande ne provoquent alors qu'une vague indifférence¹⁷. Il faut attendre la Restauration pour voir naître un intérêt, encore timide, pour ces études. D'abord, Savigny est découvert par quelques juristes encore « marginaux »¹⁸. À travers la *Thémis*, Lerminier et Laboulaye commencent à diffuser les idées de l'école historique en France¹⁹. Mais ces idées peinent à se faire une place dans la pensée juridique française, encore largement conquise à l'étude du Code et à l'exégèse. Au sein des facultés, l'école historique n'a que peu d'influence. Portalis préconise bien que « chaque professeur commence la première année du cours sur le Code par “un précis historique des variations de notre droit français” »²⁰, mais les réflexions autour de la nature de l'histoire du droit restent superficielles²¹. Pourtant, une chaire d'histoire du droit est créée à la faculté de droit de Paris par l'ordonnance du 24 mars 1819 qui instaure en même temps la chaire de droit administratif. Probablement inspirée

¹⁵ G. Monod, *Du progrès des sciences historiques*, in « Revue historique », 1876, n° 1, cité par P. Sturmel, *L'école historique française du droit a-t-elle existé ?*, in « Rechtsgeschichte - Legal History. Journal of the Max Planck Institute for European Legal History », 2002, n° 1, p. 92.

¹⁶ J. Gaudemet, *Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, in « RHFHD », 1998, n° 19, p. 89.

¹⁷ O. Motte, *Savigny et la France*, Berne 1983, p. 11.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit*, in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris 2003, p. 784.

²⁰ M. Ventre-Denis, *La première chaire d'histoire du droit à la faculté de droit de Paris (1819-1822)*, in « RHD », 1975, vol. 53, n° 4, p. 602.

²¹ J.-L. Halpérin, *L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ?*, in « Revue d'histoire des sciences humaines », 2011/1, n° 4, p. 16.

par l'école historique française naissante et formée autour de la *Thémis*, cette création serait le signe d'une ouverture de la faculté aux études historiques. Cependant, le cours ne sera pas mis en œuvre pendant l'année 1819-1820 et la chaire sera supprimée dès 1822, par crainte des idées qu'elle pourrait faire naître chez les étudiants²². Sous la Restauration, les publicistes consacrent très peu d'études à l'histoire du droit administratif. Encore assez peu influencés par l'école historique, ils s'attachent avant tout à dégager les règles du droit administratif et à les organiser.

Si l'histoire du droit est écartée des facultés sous la Restauration et le restera pendant de nombreuses années, l'intérêt qui lui est porté se développe en revanche largement sous la Monarchie de Juillet. Les années qui suivent la Révolution de 1830 montrent en effet un véritable « renouveau de la pensée »²³ et une première remise en question de la méthode exégétique qui ont pour conséquence le développement de l'histoire du droit. Alors que jusque là les juristes devaient choisir « entre la science du juriste et celle de l'historien »²⁴, « Guizot et ses amis réactivent le rêve d'une science unitaire de l'homme au service du gouvernement de la cité, incompatible avec des barrières disciplinaires trop étroites »²⁵. Commencées par Klimrath, des études sur l'histoire du droit et sa conceptualisation fleurissent²⁶. Cet engouement se ressent dans les traités de droit administratif et dans les enseignements. De plus en plus d'auteurs consacrent des pages voire des chapitres entiers à l'histoire de leur matière, sûrement conscients du fait que cela leur permettra une bien meilleure compréhension de cette dernière.

L'engouement pour Savigny et l'école historique allemande décline rapidement après 1848²⁷. Mais l'histoire ne disparaît pas pour autant des préoccupations des juristes français. En 1855, la *Revue historique de droit français et étranger* est fondée²⁸. Le Second Empire est cependant peu enclin à développer les études historiques au sein des facultés, les études étant principalement centrées sur le

²² M. Ventre-Denis, *La première chaire...*, cit., p. 616.

²³ J. Gaudemet, *Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, cit., p. 104.

²⁴ F. Audren, *Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837)*, in J. Poumarède (dir.), *Histoire de l'histoire du droit. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit*, Toulouse 2006, p. 119.

²⁵ *Ibid.*, p. 120.

²⁶ Cf. not. *Ibid.* ; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit*, cit., p. 784 ; D. R. Kelley, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton 1984, p. 95 s.

²⁷ O. Motte, *Savigny et la France*, cit., p. 15.

²⁸ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit*, cit., p. 784.

Code²⁹. Il faudra attendre la Troisième République pour que l'histoire du droit soit consacrée comme matière universitaire. Par le décret du 28 décembre 1880, « l'histoire du droit trouve enfin sa place dans les programmes de l'ensemble des facultés de province et fa[ît] partie des matières obligatoires pour la licence »³⁰. À la faveur de cette consécration, mais aussi du véritable développement scientifique du droit administratif, les administrativistes écartent quelque peu l'histoire dans leurs études. Se consacrant aux règles du droit administratif, ils semblent laisser aux nouveaux historiens leur place dans la recherche de l'histoire du droit administratif. Ce délaissement semble se renforcer à la suite de l'instauration d'une agrégation spécifique en histoire du droit en 1896. Au début du XX^e siècle, à part quelques incursions ou brefs passages introductifs, il est donc rare de lire de véritables développements historiques chez les administrativistes.

Par conséquent, notre étude devra se concentrer sur la période qui va de la Monarchie de Juillet à l'année 1900, même si quelques incursions sous la Restauration pourront éclairer notre propos. L'absence d'intérêt généralisé pour l'histoire du droit administratif a pour conséquence directe le fait que peu d'auteurs publicistes lui consacrent des développements dans leurs ouvrages ou leurs enseignements. Pour cette raison, peu d'entre eux seront évoqués dans cet article.

En revanche, le faible nombre d'écrits sur l'histoire du droit administratif ne doit pas nous entraîner à nous écarter de notre sujet d'étude. Bien que l'histoire des institutions administratives puisse nous aider ponctuellement à comprendre la démarche des auteurs, il s'agira bien de voir si ceux-ci évoquent ou non la présence d'un « droit administratif » sous l'Ancien Régime. Ainsi, des études consacrées uniquement à l'histoire du Conseil d'État, ou des préfectures, ou encore de la Chambre des comptes, souvent très descriptives, n'apportent qu'un intérêt modéré à notre recherche.

En définitive il s'agira véritablement de rechercher, dans la doctrine – principalement universitaire – du XIX^e siècle, l'étude d'une origine historique du droit administratif. Il importera alors de voir si les auteurs cherchent à établir une continuité ou une rupture entre les périodes pré et post révolutionnaires et dans quels buts mais aussi avec quels arguments. Cette réflexion sera nécessairement l'occasion de comprendre les motivations des juristes, mais aussi

²⁹ Malgré la création de quelques chaires d'histoire du droit, comme celle de Toulouse par exemple. Cf. P. Nélidoff, *La création de la chaire toulousaine d'histoire du droit (1859)*, in J. Poumarède (dir.), *Histoire de l'histoire du droit. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit*, op. cit., p. 145-161.

³⁰ M. Ventre-Denis, *La première chaire...*, cit., p. 621.

l'évolution du droit administratif lui-même et de sa définition.

Il nous faudra ainsi constater que malgré la volonté d'objectivité affichée par de nombreux auteurs, ce sont surtout des considérations politiques qui s'avèrent déterminantes dans l'étude de l'origine historique du droit administratif. L'idée d'une continuité totale entre l'Ancien Régime et le XIX^e siècle est utilisée principalement par les libéraux du Second Empire pour dénoncer un droit administratif autoritaire. À l'inverse, celle d'une rupture permet aux défenseurs du droit administratif de soutenir son autonomie scientifique, principalement pour en promouvoir l'enseignement et la codification. Il conviendra alors d'étudier les arguments de ces deux visions : celle qui soutient la continuité avec l'Ancien Régime (1) et celle qui insiste sur les éléments de rupture (2).

1. *Les éléments de continuité entre l'Ancien Régime et le XIX^e siècle*

Au XIX^e siècle, rares sont les auteurs à considérer qu'il existe une véritable continuité du droit administratif de l'Ancien Régime au XIX^e siècle. Seuls quelques libéraux du Second Empire défendent cette vision minoritaire et dogmatique (A). Pour autant, de nombreux publicistes ne nient pas l'existence d'une continuité avec l'Ancien Régime et reconnaissent la présence d'institutions, de règles, de juridictions administratives avant 1789 sans néanmoins admettre la présence d'un véritable droit administratif (B).

A. *La vision minoritaire : une continuité totale*

À première vue, c'est sous le Second Empire que l'histoire du droit administratif est véritablement réalisée pour la première fois. Aujourd'hui encore, de nombreux auteurs retracent l'histoire de l'école faisant remonter le droit administratif à l'Ancien Régime en l'assimilant à Dareste et Tocqueville. Ces libéraux auraient les premiers démontré que les règles du droit administratif et de son contentieux sont à rechercher avant la Révolution³¹.

Il faut dire que les hommes du Second Empire se montrent particulièrement acerbes sur la question. Grands vaincus du coup d'état de 1851 et rendus aux études, ils développent à travers leurs ouvrages des réflexions permettant de lutter contre le pouvoir en place³². Si Tocqueville s'impose comme le chef de file de ce libéralisme opposé à Napoléon III, il n'est pourtant pas le seul à défendre une vision historique du droit administratif sous l'Ancien Régime. En

³¹ Cf. par exemple F. Burdeau, *À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel*, cit., p. 18 ; F. Melleray, *Les historiens du droit...*, cit., p. 3.

³² L. Girard, *Les libéraux français 1814-1875*, Paris 1985, pp. 171-173.

effet, dès 1855 Laboulaye et Dareste affirment qu'il existe un tel droit avant la Révolution. Ces deux auteurs libéraux sont particulièrement sensibles à l'approche historique du droit. Ils ont en effet fondé ensemble la *Revue historique de droit français et étranger* afin de promouvoir la méthode historique et comparative³³. Laboulaye est par ailleurs un correspondant fidèle de Savigny dont il admire les travaux³⁴ et les deux hommes sont convaincus que la compréhension du droit passe par l'étude de son histoire. La Revue historique a donc pour ambition de demander « au passé le secret de l'avenir »³⁵. C'est d'ailleurs dans les pages du premier numéro de la Revue que Laboulaye écrit :

Cette ancienne administration est à l'origine de la nôtre, et [...] en vérité, de Richelieu jusqu'à nos jours, sauf de courts intervalles, la France n'a cessé d'être une monarchie administrative, gouvernée par des bureaux. Le premier consul, quand il voulut remettre l'ordre dans notre pays, ne fit autre chose que de retourner au passé : tout fut rétabli dans l'administration, choses et personnes³⁶.

Difficile de ne pas lire dans ces quelques lignes l'annonce de ce qu'écrira Tocqueville l'année suivante. Pourtant, Laboulaye ne développe pas cette idée et ne semble pas s'intéresser plus avant à l'histoire du droit administratif. En 1855, c'est son ami Rodolphe Dareste qui s'y consacre. Il publie d'ailleurs un ouvrage consacré à l'*Étude sur les origines du contentieux administratif en France* dans lequel il écrit que « la monarchie nouvelle [née du coup d'état du 18 brumaire] s'empessa de renier son origine et de reprendre les traditions de l'ancienne royauté »³⁷. Surtout, « le mouvement de cette époque fut un mouvement de restauration, non de création »³⁸. L'auteur se fait plus clair dans la *Revue* qu'il a contribué à fonder. Alors qu'il rédige une critique de l'*Histoire de l'administration en France* de Chéruef, il n'hésite pas à affirmer :

Il n'est peut-être pas un seul principe, une seule règle de notre droit administratif qui ne trouve son équivalent, son origine dans l'ancien droit ; les lois du gouvernement consulaire n'ont été qu'une restauration intelligente, mais à peu près complète de l'ancien régime, et pour qui veut examiner avec attention, la révolution de 1789 a laissé des traces plus profondes dans notre droit civil que dans notre droit

³³ Cf. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit*, cit., p. 784.

³⁴ O. Motte, *Savigny et la France*, cit., pp. 115-191.

³⁵ E. Laboulaye, *De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir*, in « RHD », 1855, t. 1, p. 23.

³⁶ *Ibid.*, p. 19.

³⁷ R. Dareste, *Étude sur les origines du contentieux administratif en France*, Paris 1855, p. 103.

³⁸ *Ibid.*

administratif³⁹.

Cette fois, le décor est posé. Dareste précise d'ailleurs sa pensée en évoquant brièvement les intendants qui lui rappellent le préfet, ou encore les évocations qui préfigurent les conflits. Il en déduit qu'« il y a donc une histoire du droit administratif » et regrette qu'elle soit « moins connue », ce qu'il explique par le fait qu'« elle exige, outre une connaissance approfondie de nos institutions actuelles, d'immenses recherches et des travaux sans fin »⁴⁰.

Ces premières incursions dans l'histoire du droit administratif par les libéraux ont-elles inspiré Tocqueville ? Cela semble délicat à affirmer. Il est certain qu'il connaissait les écrits de Dareste et Laboulaye. Mais de là à considérer qu'ils l'ont influencé, il y a un pas que nous ne franchirons pas. Tocqueville a développé l'idée d'une façon telle qu'il apparaît quasiment impossible de ne pas lui en attribuer la paternité. D'ailleurs, Laboulaye lui-même écrit en 1860 à propos de *L'Ancien Régime et la Révolution* que le constat de Tocqueville sur l'héritage de l'Ancien Régime en matière administrative « est fait pour étonner »⁴¹.

À n'en pas douter, si l'auteur a, quelques mois avant Tocqueville, pressenti que le droit administratif était né de l'Ancien Régime, il n'en a pas eu conscience. C'est donc bien à l'ouvrage majeur de 1856 qu'il revient d'avoir posé les bases de la pensée libérale sur cette question.

La pensée tocquevillienne est bien connue et il ne nous revient pas la charge d'en développer tous les aspects. Selon lui, c'est tout le système administratif, sa justice, ses règles et ses institutions qui ont été reprises de l'Ancien Régime. La Révolution et l'Empire n'ont rien inventé. D'ailleurs, ce système a été développé précisément par la monarchie absolue au XVII^e siècle.

En réalité, Tocqueville opère un revirement sur cette question en 1856. Sous la Monarchie de Juillet, il affirmait : « L'administration française de nos jours ne ressemble pas à celle qui existait dans l'ancien régime »⁴² et reconnaissait le rôle fondateurs de la Révolution : « Presque toute notre organisation administrative est l'œuvre de l'assemblée constituante »⁴³. De plus, bien qu'opposé à ce qu'il qualifiait de « despotisme administratif », l'auteur n'était pas fondamentalement

³⁹ R. Dareste, *Histoire de l'administration en France depuis l'avènement de Philippe-Auguste jusqu'à la mort de Louis XIV*, par M. A. Chéruel, docteur ès lettres, maître de conférences à l'École normale, 2 vol. in-8^e, Paris, Dezobry et Magdeleine, 1855, in « RHD », 1855, t. 1, pp. 612-613.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 613.

⁴¹ E. Laboulaye, *Alexis de Tocqueville*, in *L'État et ses limites suivi d'essais politiques sur Alexis de Tocqueville, L'instruction publique, Les finances, Le droit de pétition, etc.*, Paris 1863, p. 189.

⁴² A. de Tocqueville, *Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel*, in « Séances et travaux de l'académie des sciences morales et politiques », 1846, t. 9, p. 105.

⁴³ *Ibid.*, p. 108.

opposé à la justice administrative⁴⁴. Cette nouvelle approche historique semble donc coïncider avec son rejet du droit administratif et de sa justice dédiée. Il devient alors légitime de se demander si son étude poussée de l'histoire lui a fait refuser un droit qui lui est apparu issu de l'absolutisme ou si ce n'est pas plutôt son opposition à l'Empire qui lui a fait rechercher des raisons de supprimer toutes les caractéristiques d'un droit qui lui apparaissait comme un instrument au service du pouvoir.

De toute évidence, la seconde option doit être retenue. C'est parce que Tocqueville est un farouche libéral opposé à la politique de Napoléon III qu'il s'en prend à ce qu'il considère comme un instrument privilégié du pouvoir. Il est d'ailleurs aisé de constater que les caractéristiques qu'il retrouve sous l'Ancien Régime sont précisément celles qu'il rejette de toutes ses forces en 1856 : la centralisation en premier lieu, mais également une justice administrative oppressive des libertés ainsi que la garantie des fonctionnaires. La pensée de Tocqueville doit donc être nuancée⁴⁵. Comme l'a démontré Sylvain Soleil, le libéral fait en réalité de « histoire à l'envers »⁴⁶. Il déplace des conceptions du XIX^e siècle mais aussi tout un monde institutionnel avant la Révolution et s'expose ainsi à « négliger les différences et la singularité radicale du droit public des XVII^e-XVIII^e siècles »⁴⁷. Au fond, sa vision de l'histoire du droit administratif est purement dogmatique et politique. Tocqueville n'a eu recours à l'histoire que pour contourner l'autoritarisme du régime⁴⁸ et n'a souhaité que retirer au pouvoir ses moyens d'action privilégiés.

Cette approche dogmatique n'épargne pas les autres libéraux qui s'essayent

⁴⁴ V. A. de Tocqueville, *Rapport sur le cours de droit administratif de M. Macarel*, cit., p. 113 : Tocqueville « ne nie pas que les besoins de l'administration et de la politique ne puissent nécessiter l'établissement d'une justice administrative en dehors de la justice ordinaire » et comprend « qu'il y va de certaines affaires [...] dont il peut être nécessaire de dérober la connaissance aux tribunaux ». Pour plus de détails, cf. C. Courvoisier, *Tocqueville et la formation du droit administratif*, in M. Carus, C. Coutel et T. Le Marc'hadour (dir.), *La pensée juridique d'Alexis de Tocqueville*, Arras 2006, pp. 41-50.

⁴⁵ Cf. par exemple F. Furet, *Tocqueville est-il un historien de la Révolution française ?*, in « Annales. Économies, Sociétés, Civilisations », 1970, n° 2, pp. 434-451 ; S. Soleil, *L'Ancien Régime centralisateur ou respectueux des libertés ?*, in C. Boutin et F. Rouvillois (dir.), *Décentraliser en France. Idéologies, histoire et prospective*, Paris 2003, p. 13-32 ; S. Soleil, *Administration, justice, justice administrative...*, cit., pp. 3-30 ; J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, cit., p. 220.

⁴⁶ S. Soleil et C. Camby, *Histoire du droit et linguistique. Réflexion à partir de deux exemples : Wergeld et Monarchie administrative*, in *Histoire de l'histoire du droit...*, cit., 2006, p. 457.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Cf. G. Bigot, *Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ?*, in « RDP », 2012, n° 2, p. 444.

à l'histoire du droit administratif sous le Second Empire. Pour autant, leurs observations ne les conduisent pas tous à des conclusions aussi radicales que celles de Tocqueville.

En 1862, Serrigny développe une conception sensiblement différente. Son *Droit public et administratif romain* fait sensation en ce qu'il cherche les fondements du droit administratif non plus seulement sous l'Ancien Régime mais directement dans l'empire romain. Selon l'auteur, on retrouve ainsi dans les Codes Théodosien et Justinien « la source de presque tout ce qui, dans notre législation actuelle, rentre dans notre droit administratif »⁴⁹. Proche des conceptions libérales et de l'ambiance du Second Empire, il n'hésite pas à considérer que « ce qui caractérise le régime purement administratif de l'empire romain, c'est le principe de ce que nous appelons aujourd'hui la centralisation »⁵⁰. Pour autant, Serrigny n'est pas un auteur connu pour son rejet de la justice administrative, au contraire. Il n'hésite pas à défendre en 1865 le pouvoir propre du Conseil d'État et sa dépendance vis-à-vis du gouvernement. En réalité, s'il est libéral, il est également orléaniste et reste fidèle à la Monarchie de Juillet⁵¹. Son histoire du droit administratif ne sera donc pas au service d'une critique pure et simple mais bien de la défense d'une certaine conception orléaniste de la justice administrative, fondée sur la prérogative gouvernementale. L'histoire du droit administratif romain lui permet alors de contourner l'autoritarisme du régime pour en dénoncer les dérives, principalement la centralisation⁵². Son ouvrage, plus qu'une critique du droit administratif, est une critique du despotisme impérial⁵³. En cela, et seulement en cela, il se rapproche de Tocqueville car l'histoire lui permet de défendre une conception politique. En revanche, l'instrumentalisation de l'histoire ne mène pas toujours à la suppression de la justice administrative ou à la dénonciation du droit administratif comme simple instrument d'oppression.

D'ailleurs, même parmi les libéraux qui partagent les idées de Tocqueville et ses réflexions, les conclusions peuvent apparaître différentes. C'est le cas

⁴⁹ D. Serrigny, *Droit public et administratif romain ou Institution politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain du IV^e au VI^e siècle (de Constantin à Justinien)*, Paris 1862, t. 1, p. 1.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 12.

⁵¹ Cf. C. Nicolet, *Rome et les conceptions de l'État en France et en Allemagne au XIX^e siècle*, in *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, Rome 1993, pp. 17-44 ; D. Hiebel, « *A fructibus errorum cognoscetis eos* » : Denis Serrigny, le droit administratif romain et la dénonciation du despotisme impérial, in « RFHIP », 2015/1, n° 41, p. 134.

⁵² J. Gaudemet, *Serrigny et le droit public de la Rome tardive*, in « RHFD », 1999, n° 20, pp. 69-92 ; D. Hiebel, « *A fructibus errorum cognoscetis eos* »..., cit.

⁵³ Il n'en demeure pas moins passionnant en ce qu'il ouvre la voie à une histoire élargie du droit administratif. Cf. J. Gaudemet, *Serrigny et le droit public de la Rome tardive*, cit.

notamment d'Eugène Poitou. Libéral affiché, « disciple très direct de M. de Tocqueville » et ami de Laboulaye⁵⁴, ce magistrat développe longuement l'idée d'un droit administratif né sous l'Ancien Régime. Dès l'introduction de *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, il annonce : « Notre système administratif est une création de l'Ancien Régime, habilement restaurée, en l'an VIII, par la main du premier consul »⁵⁵. N'hésitant pas à faire des références appuyées à « son maître », il dénonce la primauté de l'intérêt général, la prérogative royale et la puissance tutélaire de l'État. Tout comme Tocqueville, il considère également que ce système est précisément hérité des actions combinées de Colbert et Richelieu et de la monarchie absolue de Louis XIV. Naturellement, une telle description se montre peu clémente envers la centralisation et la justice administratives. Allant même plus loin que Tocqueville (et s'inspirant très certainement de Serrigny), Poitou n'hésite pas à faire remonter le droit administratif aux traditions du Bas-Empire romain. À la Révolution le monde voit alors « renaître le gouvernement de la Rome impériale »⁵⁶.

Difficile de trouver un plus ardent défenseur des idées de Tocqueville et une façon aussi similaire de décrire l'histoire du droit administratif. Néanmoins, Poitou ne se prononce pas pour une suppression pure et simple de la justice administrative. Sans aucun doute, il reproche à l'administration son omniprésence et sa tendance à malmenager les droits individuels sous le prétexte de défendre l'ordre public ou l'intérêt général. L'auteur se défend également de cette tendance française à « l'idolâtrie administrative »⁵⁷ et dénonce les abus de la justice administrative qui investit l'administration « de tous les attributs de la tyrannie dans le cercle contentieux »⁵⁸. Et pourtant, Poitou ne demande qu'une simple réforme permettant de corriger les abus de cette justice. Sa critique du droit administratif et du système qui le met en œuvre ne conduit pas à renier sa spécificité et sa nécessité.

C'est cet esprit de conciliation des libéraux qui va gagner la Troisième République et permettre à la justice administrative de perdurer. À la fin du XIX^e siècle, elle a su gagner la confiance des publicistes en protégeant les droits individuels et en apparaissant de plus en plus comme un rempart à l'oppression de l'État plutôt que comme son instrument. La recherche d'une histoire ancienne du droit administratif étant étroitement liée à une attaque politique de son

⁵⁴ Cf. A. Lair, *Un magistrat français. M. Eugène Poitou*, in « Le Correspondant », 1880, t. 120, pp. 634, 638 et 644.

⁵⁵ E. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Paris 1869, p. x.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁷ *Ibid.*, p. xiii.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 66.

existence, dirigée contre un État et un gouvernement jugés arbitraires, elle s'efface alors naturellement. Ce qui tend à prouver que l'idée d'un droit administratif anté-révolutionnaire présentant les mêmes caractéristiques que celui du XIX^e siècle provient d'une vision purement dogmatique et politisée de ce dernier, tel qu'il a été instrumentalisé par les libéraux du Second Empire cherchant à contourner l'autoritarisme du régime.

Un seul auteur prend encore la défense de cette conception après 1870. Dans sa thèse de doctorat de 1891 puis dans ses *Principes dominants du contentieux administratif* de 1899, René Jacquelin n'hésite pas à situer la naissance du droit administratif bien avant 1790. Selon lui, la juridiction administrative a été créée par l'empereur romain afin de « statuer sur les litiges qui intéressent plus particulièrement l'État et l'Empereur qui s'identifie avec lui »⁵⁹. Pour autant, il ne s'agit pas alors de dominer l'individu mais bien de répondre « au besoin de la division du travail entre les tribunaux »⁶⁰. En réalité, c'est après 1614 que la France, « abandonnée au despotisme d'un seul homme, le roi »⁶¹ reprend la tradition de l'Empire romain et transforme cette justice en moyen d'oppression. Étudiant plus en détail les institutions de l'Ancien Régime, Jacquelin conclut que « le Conseil du roi et l'intendant sont les deux seuls tribunaux administratifs de l'Ancien Régime » et que « leur origine se confond avec la naissance de la monarchie absolue »⁶². Fidèle à une réflexion héritée des libéraux du Second Empire, le professeur n'hésite pas à affirmer à la toute fin du XIX^e siècle qu'au point de vue des tribunaux administratifs : « L'œuvre de Napoléon [...] a consisté à reprendre les institutions de l'ancienne monarchie »⁶³.

Les motivations de Jacquelin semblent plus complexes à saisir que celles de ceux qui l'ont précédé sous le Second Empire. Il n'est en effet plus nécessaire sous la Troisième République de contourner la première période napoléonienne pour critiquer le système administratif. Qui plus est, la justice administrative n'est désormais plus considérée comme un instrument au service d'un gouvernement jugé autoritaire. Pourtant, Jacquelin en est un farouche opposant et souhaite sa disparition⁶⁴. L'histoire n'est d'ailleurs que l'un des moyens qu'il utilise

⁵⁹ R. Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris 1891, p. 18.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁶¹ *Ibid.*, p. 38.

⁶² R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris 1899, p. 47.

⁶³ *Ibid.*, pp. 178-179.

⁶⁴ Cf. N. Foulquier, *Une conception d'ensemble du droit administratif. René Jacquelin, Paris, V. Giard et E. Brière, 1899*, in « RFDA », 2006, n° 3, pp. 527-534 ; Y. Laidié, *Relire un contempteur de la justice administrative sous la III^e République : la rhétorique de Jacquelin*, in « RFDA », 2013, n° 4,

pour la discréditer. Il n'hésite pas à saper ses bases constitutionnelles en s'en prenant à la séparation des pouvoirs telle qu'elle a été comprise en 1790⁶⁵ ou à la comparer aux pays étrangers pour montrer son inutilité⁶⁶. La tradition libérale du Second Empire et sa vision dogmatique de l'histoire du droit administratif est donc mise au service d'une large critique de la matière, alimentant ainsi « une controverse qui s'est en quelque sorte estompée faute de combattants »⁶⁷. Car Jacquelin est en effet bien seul dans la défense de cette thèse à l'orée du XX^e siècle. Tout compte fait, sa contribution ne fait que nous rappeler que le rattachement immédiat du droit administratif à l'Ancien Régime voire à la Rome impériale sert uniquement à le discréditer en transposant à ces périodes les concepts du XIX^e siècle que les auteurs souhaitent voir disparaître. Loin de permettre une compréhension plus globale de la matière et de son développement, il en grossit les traits à des fins essentiellement politiques.

De prime abord, l'histoire du droit administratif naît donc d'une volonté politique de contrer un régime. Loin d'initier la démarche pragmatique dont se revendiquent aujourd'hui les tenants d'un droit administratif anté-révolutionnaire, son inscription dans un temps long aurait avant tout servi à fragiliser des régimes autoritaires. Cependant, à bien y regarder, une autre voie semble possible, même pour les libéraux.

En 1862, dans *La justice administrative en France*, Dareste passe en revue les attributions de ceux qui réglaient le contentieux administratif sous l'Ancien Régime. Selon lui, la justice administrative a été créée sous l'Empire romain et développée à partir du XIII^e siècle par l'effet des juridictions spéciales, puis par la centralisation et le pouvoir absolu. Fidèle à la pensée libérale dans un premier temps, il n'hésite pas à affirmer que la « justice administrative est une invention du despotisme »⁶⁸. Pour autant, il ne souhaite pas sa disparition et note la capacité qu'elle a d'évoluer⁶⁹. Certes, il s'associe toujours étroitement à Tocqueville et Laboulaye pour critiquer le régime impérial⁷⁰. Mais son souci de défendre la méthode historique et de retracer véritablement l'origine du droit administratif

pp. 783-792 ; G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris 2015, pp. 552-554.

⁶⁵ R. Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, cit., p. 109 et s.

⁶⁶ R. Jacquelin, *Une conception d'ensemble du droit administratif*, Paris 1899, p. 30.

⁶⁷ Y. Laidié, *Relire un contempteur de la justice administrative...*, cit., p. 785.

⁶⁸ R. Dareste, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Paris 1862, p. 675.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 675-676.

⁷⁰ B. Plessix, *Rodolphe Dareste ou le droit administratif vu par un avocat aux conseils érudits au XIX^e siècle*, in « RHFD », 2004, n° 24, p. 75

l'éloigne des conclusions de Tocqueville. Si son libéralisme le pousse à constater que sous l'Ancien Régime, ce droit a été construit par l'absolutisme et pour la promotion de l'État puissant, l'observation historique doit désormais le pousser à reconnaître que ce droit a évolué et n'est plus l'instrument d'oppression tel qu'il a été pensé avant la Révolution :

Tout en avouant ce qu'elle [la justice administrative] a été au début, nous ne devons pas méconnaître ce qu'elle est devenue⁷¹.

C'est ainsi que l'auteur devient « un libéral partisan de la justice administrative »⁷². Cette approche particulière est certainement à l'origine de l'idée – aujourd'hui répandue – que Dareste serait à l'origine de « la conviction selon laquelle le droit administratif contemporain ne fait que prolonger une construction présente dans l'ancien droit »⁷³.

Est-ce à dire pour autant que Dareste aurait inventé une approche purement pragmatique de l'histoire du droit administratif ? Rien n'est moins sûr. Dareste demeure un libéral convaincu. S'il choisit d'étudier le droit administratif sous l'angle historique, c'est dans un premier temps et avant tout pour dénoncer ses failles et motivé par une vision politique. Comme l'a souligné Benoit Plessix, le choix de la méthode historique chez Dareste est étroitement lié à la défense du libéralisme⁷⁴. Ce qui le pousse d'ailleurs à ne présenter les institutions, la justice et le droit administratif que sous le prisme du système tel qu'il existe au XIX^e siècle. Il ne se contente donc pas de chercher dans l'histoire des règles portant sur les matières administratives mais projette sa critique libérale sur l'Ancien Régime. Ainsi sont décrits la centralisation, la confusion des pouvoirs, la domination de l'État, l'oubli des droits individuels, ou encore les conflits, autant de mécanismes dénoncés par le même auteur. Et c'est bien parce qu'il est parvenu à démontrer que la justice administrative est une invention du despotisme, qu'il peut désormais, en bon libéral qu'il est, lui reconnaître le rôle de garantie donnée à l'administrateur contre l'administré.

Son approche n'en demeure pas moins novatrice et passionnante. Il reconnaît au droit administratif une capacité à évoluer et à s'adapter aux nouvelles conditions politiques et parvient à concilier libéralisme et droit administratif. Ce faisant, il s'éloigne cependant de l'idée d'une véritable continuité et tend à reconnaître que la Révolution constitue bien une rupture. Pour cette raison, en 1862 il est amené *de facto* à opérer une distinction entre « la France moderne »

⁷¹ R. Dareste, *La justice administrative en France...*, cit., pp. 675-676.

⁷² B. Plessix, *Rodolphe Dareste ou le droit administratif...*, cit., p. 86.

⁷³ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, cit., p. 21.

⁷⁴ B. Plessix, *Rodolphe Dareste ou le droit administratif...*, cit., p. 72.

et « le caractère primitif de l'institution »⁷⁵. Dareste se rapproche dès lors des présentations faites par de nombreux auteurs du XIX^e siècle qui, loin de voir le droit administratif comme un tout, le structurent autour de la rupture révolutionnaire qui le scinde en deux entités distinctes que l'on pourrait qualifier de *droit administratif ancien* et *droit administratif moderne*.

B. *La vision majoritaire : une continuité partielle et à nuancer*

Lorsqu'ils abordent l'Ancien Régime, de nombreux auteurs le font sous l'angle des institutions administratives. Le premier cours dédié à l'histoire dans ce domaine est d'ailleurs un cours d'histoire des institutions politiques et administratives⁷⁶. Cette première entreprise est confiée à Firmin Laferrière, professeur de droit administratif qui s'attache déjà à développer une introduction historique, selon l'usage suivi par de nombreux enseignants de droit positif⁷⁷, dans ses cours. L'introduction qu'il fait de son cours de droit administratif en 1838, combinée au *Discours de clôture du cours sur l'histoire des institutions politiques et administratives* nous montrent que la continuité des institutions est pour lui essentielle. Il n'hésite pas en effet à affirmer : « Un résultat nous paraît certain, c'est le lien qui unit notre constitution à nos anciennes institutions »⁷⁸. Partant de la Gaule romaine et du IV^e siècle, il s'intéresse principalement à l'institution municipale, au système des impôts, à l'Église catholique et à ses institutions, aux communes, à la féodalité, aux états généraux, à l'organisation administrative des provinces et aux parlements. Pour conclure son *Histoire des institutions politiques et administratives*, il dit :

Nos institutions publiques n'ont point leur origine dans les institutions germaniques ; le christianisme, les communes auxquelles se rattachent la royauté tempé-
rée et le tiers-état, les états généraux, les parlements, voilà les principes de nos lib-
ertés publiques et privés, les véritables racines de nos institutions⁷⁹.

À l'image de Firmin Laferrière, il est courant de voir les administrativistes consacrer plusieurs pages de leurs ouvrages à décrire l'organisation et le fonctionnement des institutions considérées comme administratives avant 1789. Les intendants, en particulier, retiennent l'attention des auteurs. Selon Aucoc, c'est

⁷⁵ R. Dareste, *La justice administrative en France...*, cit., p. 676.

⁷⁶ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit*, cit., p. 784.

⁷⁷ Cf. P. Nélidoff, *La création de la chaire toulousaine d'histoire du droit (1859)*, cit., p. 151.

⁷⁸ F. Laferrière, *Discours prononcé à la clôture du cours sur l'histoire des institutions politiques et administratives*, in « Revue de législation et de jurisprudence », 1838, t. 8, p. 367.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 393.

ainsi « par les intendants, sous la direction du Conseil d'État que la monarchie a constitué les premiers services publics administratifs qui méritent ce nom »⁸⁰.

Non contents de dessiner simplement la physionomie de l'organisation administrative de l'Ancien Régime, les auteurs du XIX^e siècle cherchent également à comprendre comment étaient réglés les litiges administratifs. Apparaissent alors de multiples juridictions et tribunaux appelés à se prononcer en la matière. Cormenin raconte que « la maîtrise des eaux et forêts, les prévôtés, les trésoreries de France, les cours des aides, formaient autant de tribunaux d'exception »⁸¹. Batbie décrit quant à lui « une foule de juridictions spéciales [...] chargées du contentieux administratif »⁸², citant les bureaux d'élection, les intendants, la cour des aides, le conseil du roi, la table de marbre ou encore la cour des monnaies. Au-delà de ces multiples juridictions appelées à se prononcer sur des matières administratives, deux institutions se dégagent particulièrement : les intendants et le Conseil du roi.

Décrivant les institutions de l'Ancien Régime, Édouard Laferrière est amené à reconnaître qu'« à cette époque de notre histoire administrative correspond le rôle prépondérant du Conseil du roi et des Intendants dans toutes les matières administratives contentieuses »⁸³.

Il semblerait néanmoins que si ces deux institutions retiennent l'attention des hommes du XIX^e siècle, c'est avant tout parce qu'elles leur permettent d'établir une continuité directe avec l'organisation administrative qui est la leur. L'intendant figure ainsi le préfet là où le Conseil du Roi est naturellement l'ancêtre du Conseil d'État. Cette tradition de faire de l'intendant une première figure du préfet se poursuit d'ailleurs encore parmi les auteurs qui s'attachent à démontrer une continuité dans le droit administratif. Quant au Conseil, il est courant chez les administrativistes de rappeler à l'instar de Cabantous, que « le conseil d'État ou conseil du roi de l'ancienne monarchie remontait à l'origine même du gouvernement »⁸⁴.

Cette association ne doit évidemment pas étonner au moment où nombre d'auteurs s'attachent à défendre cette institution dont la légitimité et parfois

⁸⁰ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école impériale des ponts et chaussées*, Paris 1869, t. 1, p. 336.

⁸¹ L. M. Cormenin, *Questions de droit administratif*, Paris 1837, 4^e édition, t. 1, p. vi.

⁸² A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris 1868, t. VII, p. 425.

⁸³ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris 1887, t. 1, p. 109.

⁸⁴ L. Cabantous, *Précis de droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris 1863, p. 560. Cf. également L. Aucoc, *Conférences sur l'administration...*, cit., p. 336 ; M. Hauriou, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris 1892, p. 259.

l'existence même sont remises en cause.

Si les institutions administratives ainsi que la juridiction administrative trouvent leur origine dans l'Ancien Régime, c'est également le cas d'une partie de la législation. Gérando affirme ainsi que le droit administratif a hérité de l'Ancien Régime « des règlements qui étaient le fruit de l'expérience, et qui continuent à régir, par un certain nombre de leurs dispositions, diverses branches des services publics »⁸⁵. Trolley enseigne quant à lui que :

Le droit administratif demande ses règles à la législation de l'ancien régime, aux anciennes ordonnances, aux anciens édits, aux déclarations, aux lettres patentes, aux arrêts du conseil, et même à des arrêts de règlement⁸⁶.

Institutions administratives, juridiction administrative, règles administratives, est-ce à dire qu'il existe réellement un droit administratif sous l'Ancien Régime selon les hommes du XIX^e siècle ? En réalité, rien n'est moins sûr.

Certes, les auteurs soulignent régulièrement une forme de continuité. Firmin Laferrière enseigne ainsi en 1838 :

Sous les formes extérieures, revêtues aujourd'hui par les pouvoirs sociaux, vit un esprit qui vient du passé, plus qu'on le croit peut-être. Si le lien intellectuel qui unit l'époque présente aux époques antérieures n'est pas aussi visible dans le droit administratif que dans le droit civil, il existe cependant : la révolution, en brisant les formes, n'a pas rompu complètement la chaîne des idées⁸⁷.

Vivien résume à son tour cette idée :

Nos institutions, bien que fondées sur des lois presque toutes contemporaines ou issues de notre révolution, s'appuient sur de vieilles traditions trop souvent dédaignées ; l'administration française n'a pas été improvisée par des législateurs téméraires ; elle a ses racines dans les temps antérieurs, ses souvenirs et son histoire⁸⁸.

Édouard Laferrière dit encore dans son grand *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* que les institutions de justice administrative portent « l'empreinte de nos traditions nationales et de notre génie propre »⁸⁹ et rappelle

⁸⁵ J. M. Gérando, *Institutes du droit administratif français, ou Éléments du code administratif*, Paris 1829, t. 1, p. 82.

⁸⁶ A. Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative ou de l'organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, Paris 1844, t. 1, p. 27.

⁸⁷ F. Laferrière, *Introduction à l'histoire des institutions administratives. Discours prononcé à l'ouverture du cours de droit administratif, le 30 avril 1838*, Paris 1838, p. 4.

⁸⁸ A. Vivien, *Études administratives*, Paris 1845, p. xii.

⁸⁹ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.*, p. xi.

l'importance d'étudier leur histoire dans sa globalité. À lire ces lignes, il peut paraître nécessaire de reconnaître que les auteurs du XIX^e siècle admettent l'existence du droit administratif avant même 1789.

Mais, et c'est fondamental, rares sont ceux qui évoquent le « droit administratif » lorsqu'ils étudient cette période. Les réflexions sont toujours consacrées aux institutions, à la juridiction administrative ou à la législation administrative. Le droit administratif en tant qu'objet d'étude n'est pas transposé sous l'Ancien Régime. Et quand les auteurs font référence au vocable « droit administratif », ils s'attachent à marquer une différence nette, qui ne permet pas de minimiser ou de nier la rupture révolutionnaire. Gérando précise ainsi que le « droit administratif actuel » n'est pas le « droit administratif ancien », bien qu'il s'y « lie sous plusieurs rapports »⁹⁰. Hauriou distingue quant à lui « notre droit administratif » du « droit administratif de l'ancien régime »⁹¹. Il peut certes lui ressembler, lui emprunter des traits essentiels, mais il n'est pas le même. Il n'y a donc finalement aucune unité dans le droit administratif entre l'Ancien Régime et la période post-révolutionnaire, le vocable « droit administratif » constituant vraisemblablement davantage une facilité de langage que le résultat d'une véritable réflexion. Même un auteur comme Chauveau, qui reconnaît l'existence de « juridictions administratives fortes, puissantes » avant 1789, d'un « pouvoir central » et même d'un « droit administratif », n'est pas certain que l'on « pouvait lui donner ce nom »⁹². Car ce droit était en réalité « beaucoup plus judiciaire » que depuis la Révolution⁹³.

Si la reconnaissance d'une continuité entre l'Ancien Régime, la Révolution et le XIX^e siècle n'a pas pour but de présenter un droit administratif avant 1789, quelles peuvent en être les raisons ? Signalons d'emblée qu'il ne ressort pas de la lecture des administrativistes que le recours à l'Ancien Régime permette de défendre une vision particulière du droit administratif ou un courant d'idées identifiable. L'on retrouve aisément cette volonté de retracer une tradition administrative à la fois chez Gérando qui ne parvient pas encore à définir clairement l'objet de son étude mais évoque à l'envi l'ordre public ou l'intérêt public⁹⁴, que chez Firmin Laferrière qui fait du droit administratif la science de l'action

⁹⁰ J. M. Gérando, *Institutes du droit administratif français...*, cit., p. 82.

⁹¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif contenant le droit public et le droit administratif*, Paris 1893, 2^e édition, p. 57.

⁹² A. Chauveau, *Code d'instruction administrative, ou Lois de la procédure administrative*, Paris 1848, p. iii.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ J. M. Gérando, *Institutes du droit administratif français...*, cit., p. 24.

et de la compétence du pouvoir exécutif et central⁹⁵, ou encore chez un Batbie qui tente d'orienter sa définition afin qu'elle protège mieux les administrés⁹⁶. De la même façon, l'on peut trouver des réflexions semblables à la fois chez des hommes qui défendent les pouvoirs propres du Conseil d'État, à l'image de Vivien⁹⁷, que chez ceux qui souhaitent le conserver comme auxiliaire du pouvoir, tel Cabantous⁹⁸.

La continuité du droit administratif, ou du moins de certains des éléments qui le composent, ne semble donc permettre ni d'en faire un droit au service de la puissance, ni d'en faire un droit au service des administrés, ni de défendre les pouvoirs propres du Conseil d'État, ni de restreindre ses compétences. En revanche, tous ces auteurs semblent partager la même volonté de légitimer le droit administratif. Or, son ancrage dans l'histoire semble parfaitement correspondre à ce besoin. Alors que selon François Burdeau, les défenseurs actuels de la continuité rehaussent la valeur du passé en lui donnant un rôle dans la modernité⁹⁹, c'est le raisonnement inverse qui opère au XIX^e siècle¹⁰⁰. En ancrant le droit administratif dans une histoire lointaine, ils contribuent à asseoir son autorité et à éloigner les reproches d'inutilité voire d'inconstitutionnalité. Aucoc estime même que :

Grâce à cette étude historique, nous pouvons apprécier tous les progrès qu'a faits la justice administrative, toutes les garanties qu'elle donne aujourd'hui aux citoyens, et qui leur manquaient autrefois¹⁰¹.

De la même façon, étudier historiquement le droit administratif contribue à asseoir son importance et sa nécessité en montrant qu'il est, si ce n'est aussi ancien que le droit civil, du moins pas aussi récent qu'il n'y paraît. Ce souci peut

⁹⁵ F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution et les lois nouvelles*, Paris 1850, 3^e édition, p. 7.

⁹⁶ A. Batbie, *Introduction générale au droit public et administratif*, Paris 1861, p. 23.

⁹⁷ A. Vivien, *Études administratives*, cit., p. 308.

⁹⁸ L. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris 1863, p. 379.

⁹⁹ F. Burdeau, *À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel*, cit., p. 20. Cette idée est partagée par Sylvain Soleil : S. Soleil et C. Camby, *Histoire du droit et linguistique...*, cit., p. 466.

¹⁰⁰ Seul Chauveau s'insurge d'entendre dire qu'avant 1789 « rien n'était défini dans la législation ; que l'on ne voyait partout que confusion et désordre ; qu'il n'y avait à proprement parler aucune juridiction administrative [...] ». A. Chauveau, *Code d'instruction administrative...*, cit., pp. ii-iii.

¹⁰¹ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration...*, cit., pp. 357-358.

souvent s'accorder avec la recherche d'une approche plus rationnelle du droit¹⁰², à l'image d'Édouard Laferrière qui estime que :

Les institutions de justice administrative [...] se rattachent si étroitement à notre histoire, à sa constante évolution vers l'unité politique et administrative, qu'on ne peut les bien comprendre qu'en voyant l'action successivement exercée sur elles par l'Ancien Régime, la Révolution, le Consulat, et par la législation moderne¹⁰³.

Au fond, et les hommes du XIX^e siècle l'avouent parfois eux-mêmes, il s'agit bien de faire aimer le droit administratif en revenant sur son histoire. Firmin Laferrière conclut en disant à ses élèves :

Si je suis parvenu à vous inspirer un amour plus intelligent de nos institutions en étudiant leur origine, et un désir d'autant plus vif de les connaître et de les défendre au besoin, je n'aurai pas manqué tout-à-fait au but de mon introduction historique¹⁰⁴.

Tout compte fait, « le droit administratif ancien » ne semble pas véritablement constitué et doit, au mieux, jouer le rôle d'un ancêtre, expliquant certaines caractéristiques du droit administratif qui ne se serait quant à lui constitué qu'à la Révolution. La continuité, si elle est présente, doit donc être fortement nuancée et ne peut permettre de justifier la naissance du droit administratif tel qu'il est conçu au XIX^e siècle. En réalité, la plupart des juristes tiennent à souligner l'importance de la rupture révolutionnaire, le droit administratif ne pouvant apparaître qu'à la faveur de conditions permises par le bouleversement de 1789.

2. *Les éléments de rupture entre l'Ancien Régime et le XIX^e siècle*

Au cours du XIX^e siècle et selon les époques et les régimes politiques, les critères de définition du droit administratif varient. Ces différents critères vont cependant permettre de façon continue de rejeter l'existence d'un droit administratif sous l'Ancien Régime car ils ont été permis par les bouleversements révolutionnaires (A). Au-delà de cette simple constatation de l'absence d'éléments, considérés comme objectifs, pour fonder l'existence du droit administratif, les publicistes tiennent surtout à fonder son autonomie. Pour cela, ils tentent de démontrer l'absence de doctrine et de principes généraux et scientifiques sous l'Ancien Régime (B).

¹⁰² Cf. not. F. Audren, *Écrire l'histoire du droit...*, cit., p. 120.

¹⁰³ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, cit., p. xi.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 393.

A. Une rupture révélatrice de l'évolution des critères du droit administratif

Tout au long du XIX^e siècle, certains auteurs présentent le droit administratif comme né à la faveur de la Révolution, ou en l'an VIII grâce aux avancées révolutionnaires. Cette idée est assez largement partagée dès la Restauration. Cormenin en revanche affirme dès 1837 à propos de l'Assemblée constituante :

Voilà la source du Droit administratif, et quoiqu'il se soit depuis altéré ou grossi dans les traverses de sa course, il portera toujours la profonde et reconnaissable empreinte de son origine¹⁰⁵.

Il n'est d'ailleurs pas le seul à constater cela dans la première moitié du XIX^e siècle. Laferrière partage cette opinion en 1841 :

Le droit administratif a-t-il pu vraiment exister dans l'ancienne monarchie française ? Non. Les quatre grands faits de l'histoire nationale, savoir, 1^o l'émancipation des communes ; 2^o la réunion successive des provinces à la couronne de France avec ou sans les états provinciaux ; 3^o l'intervention des états généraux ; 4^o l'action politique et administrative de la royauté et des parlements, du conseil du roi et des intendants ; ces quatre grands faits ont produit une organisation communale, une administration provinciale et un centre d'action politique, mais ils n'ont pas produit un système uniforme d'administration¹⁰⁶.

Il demeure cependant extrêmement rare de lire une telle opinion si clairement exprimée sous la Restauration et la Monarchie de Juillet. Il faut reconnaître, avec Hauriou, que chez la plupart des publicistes, cette opinion est « latente »¹⁰⁷. Cette impression se confirme à travers tout le siècle. Nous l'avons vu, la plupart des hommes du XIX^e siècle reconnaissent des sources, des origines ou tout au moins une certaine continuité avec l'Ancien Régime.

Dans les années 1890, pourtant une certaine résurgence de l'idée apparaît. Berthélémy énonce ainsi que « le droit administratif s'est formé presque intégralement depuis la Révolution française »¹⁰⁸. L'auteur refuse même de voir une origine du Conseil d'État dans l'ancien Conseil du roi¹⁰⁹. Hauriou, s'il est plus ambivalent, estime tout de même que : « C'est le Conseil d'État qui a fait le droit

¹⁰⁵ L. M. Cormenin, *Questions de droit administratif*, cit., p. xxii.

¹⁰⁶ F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Paris 1841, 2^e édition, p. xix.

¹⁰⁷ M. Hauriou, *Précis de droit administratif*..., cit., [1893], p. 31.

¹⁰⁸ H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1900, p. 9.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 112.

administratif français »¹¹⁰ et que la « Révolution marque le point de départ d'une entière refonte législative »¹¹¹. Mais celui qui se fait le plus affirmatif et qui justifie le mieux sa démarche reste Ducrocq. En 1897, il ne laisse aucune place au doute en écrivant :

On peut dire que le Droit administratif n'existait pas, et même qu'il n'était pas possible, dans notre ancienne France. Le nom lui-même faisait défaut. On chercherait vainement l'expression de « droit administratif » avant le XIX^e siècle. Le motif en est que, dans ce siècle seulement, le Droit administratif s'est formé¹¹².

Ducrocq reconnaît pourtant des ressemblances avec l'organisation de l'Ancien Régime et même, nous l'avons vu, des lois administratives. Pourtant cette organisation « ne porte même pas le nom d'«administration» »¹¹³, mais celui de « police ». Alors que cette distinction entre « administration » et « police » a aujourd'hui un sens fondamental pour les auteurs qui estiment la formation d'un droit administratif sous l'Ancien Régime impossible¹¹⁴, le professeur de Poitiers n'étaye pas son idée. Il se contente de citer à l'appui de sa réflexion quelques exemples tirés des *Lettres* de Colbert ou de la *Correspondance* de Louis XIV ainsi que le *Traité de la police* de Delamare. Sans chercher les causes de cette différence de vocabulaire, Ducrocq se contente de conclure que :

L'idée et le mot de « police », substitués à l'idée et au mot d'«administration», et surtout de « droit administratif », avaient certainement alors leur raison d'être¹¹⁵.

L'argument paraît faible et le publiciste risque alors d'encourir le reproche, comme beaucoup de ses contemporains, de céder à une certaine « orthodoxie, parfois teintée d'idéologie »¹¹⁶ dans sa présentation de l'histoire du droit administratif. Pourtant, loin de considérer la rupture révolutionnaire comme une évidence, nombreux sont les auteurs du XIX^e siècle à justifier cette dernière. Le droit administratif ne peut pas exister sous l'Ancien Régime simplement parce que de nombreux critères sont absents. Il est alors possible de reconnaître des institutions, des lois, un contentieux voire une justice administratifs. Mais le

¹¹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif...*, cit., [1892], p. viii.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 33.

¹¹² T. Ducrocq, *Cours de droit administratif et de législation française des finances avec introduction de droit constitutionnel et les principes du droit public*, Paris 1897, 7^e édition, t. 1, p. viii.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Cf. L. Mannori, *Centralisation et fonction publique...*, cit., pp. 247-248 ; G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, cit., pp. 23-34.

¹¹⁵ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif...*, cit., p. ix.

¹¹⁶ P. Legendre, *La royauté du droit administratif...*, cit., p. 697.

droit administratif en tant que tel n'est pas constitué. Cette démonstration permet, en creux, de faire ressortir les critères de définition d'un droit encore mal cerné.

Le premier critère du droit administratif, absent sous l'Ancien Régime et incontournable pour sa formation, est la séparation des pouvoirs, de laquelle les auteurs font le plus souvent dériver la séparation des fonctions et la séparation des autorités. Ils l'opposent alors à la confusion qui régnait avant 1789 et qui empêchait d'ériger un véritable droit. Dès la Restauration, à la faveur du développement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif¹¹⁷, apparaît l'idée que le droit administratif ne peut exister sans la séparation des pouvoirs. Sous la Monarchie de Juillet, la conception française de la séparation des pouvoirs postulant que le droit administratif découle directement de la séparation opérée par la loi des 16-24 août 1790¹¹⁸ rend l'existence de ce dernier absolument impossible avant la Révolution. En 1839, Boulatignier, fervent défenseur de cette conception¹¹⁹, explique ainsi que :

L'assemblée constituante, en séparant nettement l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, et en confiant cette dernière, sous l'autorité du roi, à six ministres, dont les attributions groupées autant que possible d'après l'analogie des services, s'étendirent à tout le royaume, a jeté les fondements de notre droit administratif

¹¹⁷ Cf. M. Lemée, *Les bases constitutionnelles du droit administratif (1789-1940). Une théorie à l'épreuve de l'histoire*, Thèse, Droit, 2017.

¹¹⁸ Sur cette conception, cf. not. B. Plessix, *La conception française de la séparation des pouvoirs*, in J.-J. Biennu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris 2012, pp. 15-25 ; J. -P. Feldman, *La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques*, in « Revue française de droit constitutionnel », 2010, n° 83, pp. 483-496 ; G. Bigot, *Les mythes fondateurs du droit administratif*, in « RFDA », 2000, pp. 527-536 ; B. Pacteau, *Le contrôle de l'administration. Le contrôle par une juridiction administrative. Existence ou non d'une juridiction administrative. La conception française du contentieux administratif*, in « RA », 2000, n° spécial 3, pp. 91-105 ; J.-L. Mestre, *Séparation des pouvoirs et contrôle de l'administration au début de la Révolution française (1789-10 août 1792)*, in R. Martucci (dir.), *Constitution et Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, Macerata, Laboratorio di storia costituzionale, 1995, pp. 457-474 ; P. Delvolvé, *Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire*, in M. Long, G. Durry, J. Rivero et G. Vedel (dir.), *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 135-145 ; S. Velly, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs*, in « RDP », 1989, n° 3, pp. 767-783 ; Y. Gaudemet, *Les bases constitutionnelles du contentieux administratif*, in « RDP », 1987, n° 5, pp. 1341-1352.

¹¹⁹ J. Boulatignier, *Rapport sur le livre quatrième de la loi sur l'administration intérieure*, in Assemblée nationale législative, *Impressions. Projets de lois, propositions, rapports, etc.*, Paris 1851, t. XXIX, n° 1603, pp. 4-8.

actuel¹²⁰.

Néanmoins, la Monarchie de Juillet éprouve des difficultés à porter un regard critique sur l'Ancien Régime. Rares sont les auteurs à souligner directement la confusion des pouvoirs qui régnait alors. À peine Foucart concède-t-il que « l'autorité judiciaire et l'autorité administrative étaient souvent confondues entre les mains des parlements et des autres corps judiciaires »¹²¹.

Sous le Second Empire, par contre, les publicistes évoquent aisément le problème de la confusion des pouvoirs sous l'Ancien Régime. Ainsi, par exemple, Cabantous regrette le fait que le Conseil du roi reflétait « la diversité d'institutions et la confusion des pouvoirs, dont l'ancienne monarchie n'avait pu encore s'affranchir »¹²². Vivien partage cette opinion : « Avant 1789, le Conseil d'État offrait l'image de la confusion qui régnait dans les pouvoirs publics »¹²³. D'autres se montrent plus durs envers la monarchie et reprochent au roi d'avoir cumulé tous les pouvoirs. Ducrocq tient ainsi à souligner « ce grand fait qui domine l'ancien régime tout entier, celui de la confusion, de l'absorption de tous les pouvoirs, des pouvoirs législatif et exécutif dans la main du roi »¹²⁴.

Quoi qu'il en soit, les hommes du XIX^e siècle s'accordent à voir dans la séparation des pouvoirs un acte indispensable à la formation du droit administratif. Confondant souvent cette dernière avec la séparation des autorités, ils considèrent qu'elle a permis de fonder l'indépendance de l'autorité administrative. C'est ce que dit Trolley quand il souligne les apports de la période révolutionnaire, au rang desquels figure en bonne position le fait d'avoir séparé les pouvoirs législatif et exécutif, les autorités administrative et judiciaire et d'avoir rendu l'autorité administrative indépendante¹²⁵. Ainsi, après les envahissements du judiciaire sur l'administratif et la confusion des pouvoirs sous l'Ancien Régime, le législateur révolutionnaire a permis de créer « deux justices parallèles, l'une judiciaire, l'autre administrative » et « n'a établi aucun lien de dépendances entre elles »¹²⁶. C'est ce que résume parfaitement Laferrière :

¹²⁰ J. Boulatignier *De l'origine, des progrès et de l'enseignement du droit administratif en France*, in « Revue étrangère de législation et d'économie politique », 1839, t. 6, p. 81.

¹²¹ E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif ou Exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, Paris 1843, 3^e édition, t. 1, p. 34.

¹²² L. Cabantous, *Précis de droit public et administratif*, cit., p. 563.

¹²³ F. Vivien, *Études administratives*, Paris 1852, 2^e édition, t. 1, p. 89.

¹²⁴ T. Ducrocq, *Le Conseil d'État et son histoire*, Paris 1867, p. 13.

¹²⁵ A. Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative...*, cit., p. 28.

¹²⁶ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé des principes, le résumé de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, Paris 1863, p. 93.

Enfin le législateur de 89 qui réformait l'administration tout entière, lui donna la sanction sans laquelle son existence aurait été toujours incomplète et précaire. [...] Le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, fut proclamé par l'assemblée nationale ; et l'indépendance de l'autorité administrative devint une maxime du droit public de la France¹²⁷.

Au XIX^e siècle, la première condition pour l'existence du droit administratif est donc l'indépendance de l'autorité et de la juridiction administratives vis-à-vis du judiciaire, qui ne peut alors qu'être issue de la séparation des pouvoirs. Cet argument est aujourd'hui encore déterminant pour refuser l'idée d'un droit administratif sous l'Ancien Régime¹²⁸.

Un deuxième critère est mis en avant par les publicistes : l'unité administrative ou la centralisation, qu'ils opposent au morcellement administratif de l'Ancien Régime et à la féodalité. Si de nombreux auteurs soulignent la mise en œuvre nécessaire de la centralisation sous la Révolution¹²⁹, c'est Boulatignier qui explique le mieux comment elle a permis la naissance du droit administratif :

[Sous l'Ancien Régime], il y avait des services publics, à la tête desquels étaient placés des fonctionnaires de différents ordres, et qui étaient soumis à des règlements, dont la sagesse mérite plus d'éloges qu'on ne le croit communément. Mais ces services n'étaient pas confiés à une autorité spéciale, chargée de leur exécution sur tous les points du territoire et recevant son impulsion du centre de l'empire¹³⁰.

Ducrocq souligne quant à lui que seule la Révolution a permis l'unité nationale, ajoutant à l'unité politique réalisée par l'ancienne monarchie l'unité d'administration et de législation grâce à la nuit du 4 août 1789¹³¹. Il faut en effet remarquer que chez certains, la centralisation se lie avec l'idée d'unité de telle sorte qu'elle suppose également une unité de législation. La Révolution a, dans ce cas, permis de fonder le droit administratif parce qu'elle lui a donné des lois générales. Batbie dénonce ainsi l'administration de l'Ancien Régime, consistant « dans des mesures de circonstance, appliquées au hasard, sans préoccupation des lois générales »¹³². Ainsi se trouve posé le deuxième critère du droit

¹²⁷ F. Laferrière, *Histoire du droit français*, Paris 1838, t. 2, p. 51.

¹²⁸ Cf. G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, cit., p. 19 ; L. Mannori, *Centralisation et fonction publique...*, cit., pp. 254-256.

¹²⁹ Cf. par exemple C. Gougeon, *Cours de droit administratif*, Rennes 1847, t. 1, p. 32 ; A. Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative...*, cit., p. 28 ; L. Aucoc, *Conférences sur l'administration...*, cit., p. 76.

¹³⁰ J. Boulatignier, *De l'origine...*, cit., p. 81.

¹³¹ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif...*, cit., [1897], pp. xii-xiii.

¹³² A. Batbie, *Introduction générale au droit public et administratif*, cit., p. 20.

administratif : un droit fait de principes généraux permis par la mise en œuvre d'une administration unique et centralisée¹³³.

Si ces deux premiers critères traversent environ tout le XIX^e siècle, ils sont cependant soumis à une certaine définition de l'administration et du droit administratif, intimement liée à une conception discrétionnaire de ceux-ci et à l'idée qu'ils reposeraient sur des bases constitutionnelles (essentiellement la séparation des pouvoirs). Pourtant, les publicistes ne s'accordent pas sur une conception unique du droit administratif. Surtout, cette dernière est évolutive et prend en compte des exigences de plus en plus libérales au fur et à mesure que l'on avance dans le siècle.

C'est ainsi qu'apparaît l'idée que le droit administratif n'a pas pu naître avant 1789 simplement parce que la justice administrative ne respectait pas alors des règles essentielles d'une bonne justice. Chauveau, par exemple, dénonce une organisation administrative assujettie « à aucune forme, à aucune jurisprudence »¹³⁴. Dareste, surtout, estime que sous l'Ancien Régime, la justice administrative « n'avait de justice que le nom ».

Mais, au-delà de la question des formes, ce qui est surtout reproché à la justice administrative d'Ancien Régime, c'est de ne pas avoir pris en compte et défendu les droits des particuliers. Le premier auteur à soulever cette question est Foucart, à un moment où les droits individuels ne jouent encore quasiment aucun rôle dans la définition du droit administratif¹³⁵. Dans cette logique, il regrette que les principes de liberté et d'égalité n'aient pas pu prévaloir avant 1789 et souligne que la Révolution leur a permis de devenir, avec l'unité, « les bases de notre droit public actuel »¹³⁶. Cette opinion se développe sous le Second Empire, au moment où l'on refuse de plus en plus de voir dans la juridiction administrative un moyen de limiter les droits individuels, mais au contraire une garantie de ces derniers. Bien qu'il n'en soit pas le plus fervent défenseur, Aucoc souligne ainsi que « le système actuel [...] concilie les garanties données à l'administration avec les garanties données aux particuliers »¹³⁷.

Sous la Troisième République, l'argument devient classique chez ceux qui

¹³³ Ce critère est parfois remis en question aujourd'hui, cf. par exemple P. Legendre, *La facture historique des systèmes (Notations pour une histoire comparative du droit administratif français)*, in « Revue internationale de droit comparé », vol. 23, n° 1, 1971, p. 7.

¹³⁴ A. Chauveau, *Code d'instruction administrative...*, cit., p. xii.

¹³⁵ Mathieu Touzeil-Divina le qualifie d'ailleurs de « premier des libéraux citoyens », M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880. Éléments de patristique administrative*, Paris 2009, p. 196.

¹³⁶ E.-V. Foucart, *Éléments de droit public et administratif...*, cit., p. 32.

¹³⁷ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration...*, cit., p. 337.

s'attachent à démontrer qu'il n'y a pas eu de droit administratif sous l'Ancien Régime. Les auteurs dénoncent alors une administration discrétionnaire et sans aucune limite, dangereuse pour les droits individuels. Gautier rappelle ainsi que :

Ce n'est qu'en 1789, dans la Constitution de 1790, et plus tard dans la Déclaration des droits de l'Homme, que nous voyons pour la première fois le législateur songer à déterminer les droits de l'individu en face de l'action de l'État¹³⁸.

Auparavant, « il n'y avait aucune limite à l'action de l'État »¹³⁹. Berthélémy le confirmera en précisant sa vision en 1903 :

L'administration de l'ancienne monarchie française était essentiellement discrétionnaire. Elle n'était contenue dans aucune limite. C'est très improprement qu'on aurait pu parler en ce temps de droit administratif¹⁴⁰.

On le voit une nouvelle fois, la lecture de l'Ancien Régime par les auteurs permet avant tout d'éclairer leurs conceptions du droit administratif qui leur est contemporain. Ainsi, à mesure que l'on veut en faire un droit de protection des individus et de limitation de l'administration et de l'État, on tend à dénoncer l'arbitraire de l'administration de l'ancienne monarchie.

Au fond, les critères posés par les hommes du XIX^e siècle ne doivent pas étonner. Une justice administrative indépendante de la justice judiciaire et constituée dans sa sphère propre, disposant de règles n'ayant rien à envier au judiciaire, une autorité centralisée, l'unité administrative des institutions et des règles, une protection des droits des particuliers et jusqu'à un encadrement de l'administration tels sont en effet les critères imposés au droit administratif. Et pour ces juristes il semble bien malaisé de les retrouver sous l'Ancien Régime. En définitive, et comme le dit Ducrocq :

La Révolution française a donc fait disparaître les obstacles qui s'opposaient dans notre ancienne France à la formation du droit administratif. Elle l'a rendue possible. Les principes de 1789 lui ont donné la vie¹⁴¹.

Au-delà de ces critères, souvent considérés comme objectifs, les publicistes du XIX^e siècle se questionnent sur leur propre rôle, ce qui leur permet de fonder l'autonomie du droit administratif.

¹³⁸ A. Gautier, *Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public*, Paris 1880, p. 6.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 5.

¹⁴⁰ H. Berthélémy, Préface de O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris 1903, pp. 1-2.

¹⁴¹ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif...*, cit., [1897], p. xv.

B. Une rupture fondatrice de l'autonomie scientifique du droit administratif

Sous la Monarchie de Juillet, les choses apparaissent nettement : il n'y a pas de droit administratif possible sous l'Ancien Régime tout simplement car il n'est pas conçu comme tel. Les auteurs reconnaissent, nous l'avons vu, la présence de nombreuses règles régissant le fonctionnement de l'administration, son organisation voire son rapport avec les particuliers. Mais plusieurs éléments essentiels manquent. Boulatignier l'explique parfaitement en 1839 :

Le mot *Droit*, quand il sert à désigner l'ensemble de la législation ou l'une de ses branches, entraîne nécessairement l'idée de principes réunis en corps de doctrine par la science et traduits en règles obligatoires par la puissance publique. Lorsque l'une de ces conditions manque, il n'y a point de droit dans l'acception scientifique du mot. Il y avait donc une matière administrative, des administrateurs et des règles d'administration ; mais ces règles, pas plus que les services auxquels elles s'appliquaient ne formaient un système¹⁴².

Comme le souligne l'auteur, il s'agit bien de faire du droit administratif une véritable science. Toutefois, pour cela il faut d'abord que les diverses règles administratives répondent à des principes généraux. Ce n'est pas le cas selon les hommes de la Monarchie de Juillet qui, à l'instar de Laferrière, considèrent qu'il n'y avait pas sous l'Ancien Régime « de forme permanente ; il n'y avait pas de principe général qui put devenir la base scientifique du droit administratif »¹⁴³. Cette notion de « principes » est déterminante chez les hommes de 1830 qui n'envisagent pas le droit administratif sans la connaissance de ces derniers.

Or, ces « principes » doivent être découverts et présentés par les juristes, la doctrine. Cette dernière est appelée à jouer un rôle fondamental dans l'apparition du droit administratif tel qu'il est alors conçu. Mais, avant 1789, cette doctrine est introuvable, elle n'a pas pu, ou pas su, dégager un corps de règles cohérent et organisé à partir des mesures prises en matière d'administration ; elle n'a pas trouvé le principe permettant de comprendre le droit administratif. Selon Laferrière, dès l'époque romaine, il existe une différence fondamentale entre le droit civil et le droit public :

La base rationnelle et immuable, qui existait pour le droit civil, n'existait pas encore pour le droit administratif. Les *institutions* dominaient, les *principes* étaient subordonnés¹⁴⁴.

¹⁴² J. Boulatignier, *De l'origine...*, cit., p. 81.

¹⁴³ F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, cit., [1841], p. xix.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. xviii.

Les hommes de la Monarchie de Juillet ne reconnaissent pas en Domat, Delamare ou encore Fleury des précurseurs et de véritables jurisconsultes en matière de droit administratif. Alors même que certains les considèrent aujourd'hui comme les « héritiers de Delamare »¹⁴⁵, à peine font-ils quelques références aux traités d'Ancien Régime, le plus souvent purement à titre d'illustration. Trolley estime même que « les 4 volumes in-f° de Delamare, ce vaste traité de notre ancien Droit administratif, ont à peine quelques pages bonnes à consulter »¹⁴⁶. Difficile d'établir une quelconque filiation dans ces conditions.

C'est donc bien à partir de la Révolution que le droit administratif a pu se développer, mais surtout sous la Restauration, lorsque les études des grands professeurs ont permis d'en dégager les premiers principes et de les diffuser par le biais de leurs traités ou d'un enseignement naissant. La doctrine a joué un rôle fondamental et déterminant dans la naissance du droit administratif. Cette fois, nos auteurs n'hésitent pas à rendre hommage aux travaux de leurs prédécesseurs et à se reconnaître comme leurs héritiers. Alors qu'il refusait de reconnaître l'influence de Delamare, Trolley écrit ainsi que :

La Restauration au contraire, ouvrit les voies, favorisa les études et vulgarisa les principes du droit administratif¹⁴⁷. Surtout, d'excellents traités ont été publiés par Proudhon, Macarel, Boulatignier, Foucart, Laferrière, Sérigny, Daviel, etc... nos devanciers et nos maîtres¹⁴⁸.

Même Dufour, qui ne partage pas toutes les convictions exprimées par les premiers jurisconsultes de droit administratif, reconnaît que :

Les auteurs qui se sont appliqués à rechercher et à mettre en ordre les dispositions en vigueur sur les diverses matières du domaine de l'administration ont ouvert le chemin, et que c'est à eux que la science sera à jamais redevable de ses premiers progrès¹⁴⁹.

Au fond, c'est bien de cela dont il s'agit : faire du droit administratif une véritable science, à même de rivaliser avec le droit civil. Car pour les hommes de la Monarchie de Juillet, il s'agit d'envisager le droit administratif non comme

¹⁴⁵ B. Plessix, *Nicolas Delamare...*, cit., p. 125. Plusieurs rappellent également leur utilisation des auteurs d'Ancien Régime, cf. par exemple P. Legendre, *La facture historique des systèmes...*, cit., p. 7.

¹⁴⁶ A. Trolley, *Traité de la hiérarchie administrative...*, cit., p. iii.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. ix.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. xv.

¹⁴⁹ G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris 1843, t. 1, p. v.

un simple amas de règles mais bien comme un système cohérent et théorisé. Il ne peut y avoir un droit administratif sous l'Ancien Régime puisque : « Le droit administratif, considéré comme science, est d'une origine moderne »¹⁵⁰.

Cette vision s'explique en réalité assez simplement par la conjonction de deux éléments. D'une part, jusque dans les années 1860 environ, les publicistes demeurent profondément influencés par le modèle privatiste¹⁵¹. Pour défendre l'autonomie du droit administratif, ils ont donc souvent tendance à emprunter les marqueurs du droit civil, dont la codification. Rassembler les principes épars de ce dernier, leur trouver des principes généraux, permettrait donc de répondre à cette exigence et envisager une codification qui placerait définitivement le droit administratif au même rang que son rival. L'idée de codification joue donc un rôle central dans la construction théorique du droit administratif¹⁵², qui permet de comprendre l'insistance des juristes sur le rôle de la doctrine.

Rappelons également que l'enseignement du droit administratif est neuf sous la Monarchie de Juillet. Durement acquis sous la Restauration¹⁵³, il peut encore apparaître menacé et les juristes travaillent à consolider leur position et assurer l'autonomie du droit qu'ils enseignent et étudient. Faire du droit administratif une science, signifie en définitive, pour les hommes de 1830, en faire un droit équivalent au droit civil, y compris au sein des facultés. C'est ce que confirme Cauvet en 1849 lorsqu'il envisage une nouvelle organisation de l'enseignement pour que le droit administratif ne reste pas « un pur appendice du droit civil »¹⁵⁴.

Sous le Second Empire, la doctrine envisage différemment la question. Rares sont ceux à rappeler le rôle déterminant des juristes dans la formation du droit administratif. Pourtant, ils semblent partager l'avis de leurs prédécesseurs, ou l'avis qu'ils avaient eux-mêmes formulé des années plus tôt dans certains cas. Ainsi, dans l'édition de 1860 de son *Cours de droit public et administratif*, Laferrière rappelle que sous l'Ancien Régime :

Il y avait des règles de pratique qui en étaient nées [de l'administration], et qu'on retrouve dans le Droit public de Domat et de Fleury, dans le vaste recueil de Delamarre sur la police ; mais il n'y avait pas de corps de doctrine, il n'y avait pas de

¹⁵⁰ F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, cit., [1841], p. xvii.

¹⁵¹ Cf. par exemple L. Dubois de Carratier, *L'influence de la culture privatiste sur la doctrine administrative au XIX^e siècle*, in « Droit Écrit. Revue de la faculté de droit de Toulouse », 2001, n° 1, pp. 3-26.

¹⁵² Cf. G. J. Guglielmi, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^e siècle*, in « Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte », 1996, n° 8, pp. 109-133.

¹⁵³ Cf. supra.

¹⁵⁴ J. Cauvet, *De l'organisation de l'enseignement administratif*, in « Revue de législation et de jurisprudence », 1849, t. 14, p. 201.

science parallèle à la science du droit civil¹⁵⁵.

L'on retrouve bien les préoccupations énoncées sous la Monarchie de Juillet : faire du droit administratif une science concurrençant le droit civil. C'est ce que l'on retrouve également brièvement chez Aucoc :

Il n'y a pas bien longtemps que le droit administratif français lui-même est reconnu comme une science, et qu'il est étudié sérieusement par les légistes absorbés exclusivement jusque-là dans l'étude du droit civil¹⁵⁶.

Dans ces quelques lignes, semble transparaître néanmoins la raison pour laquelle les juristes du Second Empire s'attachent moins à défendre le rôle de la doctrine et de l'autonomie du droit administratif : ces derniers sont acquis. En 1860, plus personne ne doute de l'importance du droit administratif, de son enseignement et de sa doctrine. Nul besoin dans ce contexte de les justifier.

Cet état de fait perdure après le Second Empire, le droit administratif est installé et n'a plus besoin de défendre sa position, les jurisconsultes s'attachent majoritairement à en développer les principes et approfondir leurs connaissances. Un homme cependant va se saisir à nouveau de la question à la toute fin du siècle. En 1897, Ducrocq rappelle :

Toute branche du droit suppose en effet un ensemble de principes appliqués et mis en œuvre. Des prescriptions en matière d'administration, même des institutions administratives, peuvent exister, et ont existé dans notre ancienne France, comme dans toute société, avant la formation possible du droit administratif comme science¹⁵⁷.

Il évoque également les « obstacles à la formation dans notre ancienne France, d'un droit administratif scientifiquement existant et codifiable »¹⁵⁸. Car c'est bien le nœud du problème pour Ducrocq : le droit administratif doit être codifié afin de se rapprocher du droit civil. Il tient alors à rappeler « l'action de l'enseignement universitaire, si souvent unie à l'action de la doctrine, sur les développements du droit administratif »¹⁵⁹ et cite Gérando, Macarel, Foucart, Serrigny, Laferrière, Chauveau, Trolley, Batbie, etc. Grâce aux efforts de ces

¹⁵⁵ F. Laferrière, *Cours de droit public et administratif*, Paris, Joubert, 1860, t. 1, p. xxxvii.

¹⁵⁶ L. Aucoc, *La justice administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration, par Rodolphe Dareste, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 1 vol. in-8^e, Prix, 8 fr., Paris, Duranc, librairie*, in « RHD », 1864, t. 10, p. 356.

¹⁵⁷ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif...*, cit., p. ix.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. xiii.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. xvii.

hommes, conjugués à l'action du Conseil d'État :

Le droit administratif, à l'approche du XX^e siècle, n'est pas comparable à ce qu'il était au commencement du XIX^e. Il existe comme science distincte, à l'égal de toutes les branches codifiées de notre législation¹⁶⁰.

La volonté de codifier le droit administratif apparaît déterminante chez Ducrocq¹⁶¹, ce qui doit pouvoir expliquer qu'il soit le seul à s'attarder encore sur la défense du rôle de la doctrine dans la création d'un droit administratif scientifique. Comme sous le Second Empire, le droit administratif n'est désormais plus menacé et s'épanouit largement au sein des facultés et dans de nombreux traités. Il n'est donc plus besoin, pour beaucoup, de le défendre et de s'assurer de la reconnaissance de l'importance des juristes.

Il apparaît donc que, presque tout au long du XIX^e siècle, souligner le rôle de la doctrine permet à la fois de conforter la place des publicistes et d'assurer l'indépendance du droit administratif. Mais défendre l'autonomie du droit administratif en souhaitant en faire une science parallèle sur le modèle du droit civil mène à vouloir le codifier et à ne pas reconnaître son existence sous l'Ancien Régime. Le droit administratif ne serait alors possible que s'il était organisé par la doctrine en système cohérent et codifié, ou du moins codifiable. Cependant, à vouloir fonder l'autonomie du droit administratif de la sorte, les auteurs risquent de nier sa spécificité et à le rapprocher dangereusement du droit civil. C'est peut-être pour cette raison que les historiens défendant aujourd'hui la présence du droit administratif sous l'Ancien Régime s'éloignent de ce critère d'autonomie scientifique¹⁶² et ne s'intéressent finalement que peu à l'action de la doctrine¹⁶³.

Cette assertion doit cependant être nuancée. Certes, de nombreux publicistes ont cherché à démontrer que le droit administratif était une science sur le modèle du code civil. Mais tous ou presque s'accordent à souligner l'action fondamentale de la doctrine dans la naissance du droit administratif. Et quasiment

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. xviii.

¹⁶¹ Sur ce point, cf. not. G. J. Guglielmi, *L'idée de codification...*, cit.

¹⁶² Katia Weidenfeld estime même que « l'Ancien Régime ne semblait véritablement retenir l'attention de ces pionniers que pour fonder l'autonomie, périodiquement menacée, de la juridiction administrative » : K. Weidenfeld, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*, Paris 2001, p. 9.

¹⁶³ Le plus souvent, c'est le droit positif qui est consacré, y compris lorsque les auteurs cherchent à caractériser l'autonomie et alors même que certains semblent appeler de leurs vœux à une meilleure prise en compte de la doctrine dans la réflexion. Cf. par exemple F. Melleray, *Les historiens du droit administratif sont-ils encore plus positivistes que les administrativistes ?*, cit., p. 4 ; S. Soleil, *Administration, justice, justice administrative avant 1789...*, cit., p. 5.

personne ne décèle une action doctrinale en ce sens avant la Restauration, ou du moins avant le Consulat¹⁶⁴. Surtout, le critère doctrinal est rarement isolé et ne suffit pas à lui seul à expliquer pourquoi il n'y aurait pas de droit administratif avant 1789. Il doit être associé bien entendu à l'indépendance de la justice administrative, à la centralisation ou encore à l'unité administrative. D'ailleurs, les efforts de la doctrine sont souvent rapprochés de ceux du Conseil d'État, et ce sont bien un ensemble de facteurs qui contribuent au développement de ce droit autonome au XIX^e siècle. Cormenin le disait dès 1840 :

Le droit administratif constitue aujourd'hui une science véritable et complète qui touche, d'un côté, au droit civil et, de l'autre côté, au droit politique. Il a sa législation qui, pour n'être pas codifiée, n'en est pas moins nombreuse, variée, constante, obligatoire. Il a sa jurisprudence dont les règles sont assises par des précédents bien définis, et dont les arrêts ne renferment pas plus d'antinomies que ceux de la Cour de Cassation. Il a une haute juridiction qui offre, à l'inamovibilité près, les mêmes garanties de publicité et de défense que celle des tribunaux. Il a une procédure brève, simple, claire, presque sans frais, point arbitraire, rigoureuse dans ses prescriptions, égale pour toutes les parties, sobre d'exceptions, de dilatoires et de recours, pleine de respect pour la chose jugée. Il a un enseignement spécial dans les Écoles de Droit de Paris, d'Aix, de Rennes, de Poitiers, de Dijon, de Caen, de Toulouse. Il a des Recueils annuels d'arrêts, des Expositions de principes et des Traités généraux sur la compétence, des Programmes de cours, des Essais de codification, des Dictionnaires et des Traités particuliers sur les Rivières, la Grande Voirie, les Chemins vicinaux, les Domaines nationaux et l'Émigration, les Élections, les Mines, les Communes, les Fabriques. Son étude importe à plusieurs millions de Français [...]¹⁶⁵.

Autant d'éléments qui permettent d'en faire un droit nouveau, né à la faveur des bouleversements révolutionnaires, et véritablement indépendant du droit civil.

En définitive, est-il possible de considérer que la controverse qui anime aujourd'hui les historiens du droit administratif puisse trouver ses racines au XIX^e siècle ? Oui... mais surtout non.

Certes, la question se pose au XIX^e siècle, les auteurs évoquent l'idée d'un droit administratif sous l'Ancien Régime et l'on retrouve les mêmes types d'arguments que ceux utilisés aujourd'hui. Il s'agit à la fois des institutions administratives, du contentieux et des règles qui existent sous l'Ancien Régime. De la même façon, on s'intéresse à la séparation des pouvoirs, à la centralisation, aux relations entre les autorités administratives et judiciaires.

¹⁶⁴ Les œuvres de Portiez de l'Oise ou de Bonnin sont parfois citées.

¹⁶⁵ L. M. Cormenin, *Droit administratif*, Paris 1840, 5^e édition, t. 1, p. xliii.

Mais il semblerait que la filiation doive s'arrêter ici. De nombreux éléments prouvent que la réflexion est en réalité loin d'être la même. D'abord, et c'est essentiel, la question s'est déplacée des administrativistes aux historiens du droit. Or, au XIX^e siècle, nous l'avons vu, les auteurs étaient souvent beaucoup plus politisés et surtout ne cherchaient pas à répondre à une démarche historique telle que nous la concevons. Qui plus est, il est impossible de parler de véritable controverse chez ces hommes. Tout au plus y a-t-il un mouvement opposant les libéraux aux défenseurs du régime sous le Second Empire, mais dans leur grande majorité les publicistes partagent une opinion similaire avant 1900 : le droit administratif tel qu'ils le conçoivent n'a pas pu exister sous l'Ancien Régime. Ensuite, les hommes du XIX^e siècle sont mus par la nécessité de défendre leur propre position et sont convaincus du rôle fondamental de la doctrine dans la fondation du droit administratif. Aujourd'hui, au contraire, ce rôle semble délaissé au profit de la jurisprudence administrative. Enfin, les éléments de réflexion ont profondément évolué. Par exemple, avant 1900, dire qu'il ne peut exister de droit administratif avant la Révolution, c'est renforcer son autonomie en coupant tout lien avec la monarchie administrative. Au contraire, considérer aujourd'hui qu'il y a un droit administratif avant 1789, c'est montrer que l'on a toujours voulu fonder un droit administratif autonome. De la même façon, lutter contre la centralisation sous le Second Empire, c'est se référer à l'Ancien Régime pour contourner l'autoritarisme et la censure. Désormais, le reproche peut être directement adressé à l'Empire, ce qui peut pousser un auteur souhaitant critiquer le droit administratif à refuser son existence avant 1789 pour le rattacher au régime napoléonien et à son autoritarisme. Dernier exemple : le rapport au passé apparaît souvent différent. Alors que, comme l'a souligné François Burdeau, on donne parfois aujourd'hui de la valeur au passé en lui faisant jouer un rôle dans l'histoire du droit administratif¹⁶⁶, souligner des origines anciennes du droit administratif servait plutôt à dévaloriser le passé pour souligner les progrès accomplis par le XIX^e siècle.

Au fond, l'idée d'un droit administratif existant sous l'Ancien Régime dépend entièrement de la conception que l'on se fait et de la définition que l'on donne à ce droit. Cette réalité lie le XIX^e siècle à aujourd'hui et montre que la question soulève des enjeux et des problématiques propres à chaque époque.

¹⁶⁶ F. Burdeau, *À propos des origines historiques du dualisme juridictionnel*, cit., p. 20. Cf. également S. Soleil et C. Camby, *Histoire du droit et linguistique...*, cit., p. 466.