

VIII^E CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL
– NANCY – 16, 17 ET 18 JUIN 2011
ATELIER n° 9 : - ASPECTS HISTORIQUES -

LÉON AUCOC, CONSTITUTIONNALISTE
(1828-1910)

VÉRONIQUE COQ
DOCTORANTE
NANCY UNIVERSITÉ, IRENEE

« Les leçons de l'histoire sont trop souvent perdues pour les hommes et pour les peuples ; il ne faut pas cependant se lasser de les leur remettre sous les yeux »¹

« On a souvent rappelé cette parole de Montesquieu : L'esprit de modération doit être celui du législateur. Je voudrais vous persuader que ce doit être, à plus forte raison, l'esprit de l'administrateur »². Voilà d'emblée comment L. Aucoc caractérise l'objectif de son enseignement du droit administratif à l'Ecole des Ponts et Chaussées à partir de 1865, destiné à former de nombreuses générations d'ingénieurs. Ainsi, comme le précise G. Teissier, « ce

¹ Léon Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative (étude historique) », in *Séances et Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, Compte-rendu, 1896, Paris, Alphonse Picard et fils, p. 309.

² L. Aucoc, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif faites à l'école impériale des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod Editeur, Librairie corps impériaux des Ponts et Chaussées et des Mines, 1869, tome premier, préface, p. XI.

n'était pas d'étroites et sèches formules juridiques qu'il entendait enseigner à ses élèves (...) mais une largeur de vue qu'il a toujours apporté dans l'application des lois »³.

Cependant, le grand jurisconsulte que fut L. Aucoc « apparut aux yeux de tous »⁴ lors de la publication des célèbres *Conférences sur l'administration et le droit administratif* dans lesquelles il a notamment clarifié les complexes questions relatives aux travaux publics, aux contrats publics et aux chemins de fer. Ainsi, « du premier coup, L. Aucoc a dégagé une théorie définitive de ces traités de concession qui, avec les progrès de la civilisation et le développement (...) des services publics, allaient prendre un si grand essor »⁵. « Auteur clé dans la préparation du bouleversement qui va affecter la doctrine administrative du début du XX^e siècle »⁶, L. Aucoc a fait ressortir les idées générales et les principes essentiels du droit public⁷. C'est ainsi qu'il devint un « maître dans toute la force du terme »⁸, bien connu pour ses positions liées au développement du recours pour excès de pouvoir⁹. Plus précisément, l'auteur participe « au développement des études jurisprudentielles et tente de présenter l'ensemble du droit administratif à partir d'un examen de l'organisation générale des pouvoirs publics, des principes généraux dégagés du contentieux et des lois administratives et des notions juridiques communes au droit public et au droit privé »¹⁰.

Véritable personnage voué à la sauvegarde de l'intérêt général, l'étude de l'auteur, moins théorique que pratique, est destinée à servir le législateur dans l'objectif d'améliorer le fonctionnement des institutions. Sa carrière rend compte de cela. En effet, « issu d'une famille de riches négociants parisiens »¹¹, L. Aucoc fait partie de l'unique promotion de l'Ecole Nationale d'Administration de 1848, qui l'introduit dans ce milieu de « praticiens convertis à

³ G. Teissier, « Léon Aucoc », *Revue des sciences politiques*, Janvier-février 1911, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 125.

⁴ G. Teissier, « Léon Aucoc », *Revue des sciences politiques*, Janvier-février 1911, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 126.

⁵ G. Teissier, « Léon Aucoc », *Revue des sciences politiques*, Janvier-février 1911, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 126.

⁶ F. Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

⁷ « C'est É. Laferrière qui va développer les analyses d'un autre membre du Conseil d'État, L. Aucoc (V. not., les concl. de ce dernier sur CE 23 mars 1867, *Bizet*, Rec. CE, p. 275 : « L'excès de pouvoirs résulte donc à vos yeux de l'incompétence, de la violation des formes substantielles, et de l'usage d'un pouvoir dans un but différent de celui que le législateur se proposait d'atteindre »), et passer à la postérité comme « l'inventeur » de la première grande typologie⁷ (Laferrière) » : F. Melleray, *Recours pour excès de pouvoir (Moyens d'annulation)* - janvier 2007 (dernière mise à jour : mars 2010), Répertoire de contentieux administratif, n° 5.

⁸ G. Teissier, « Léon Aucoc », *Revue des sciences politiques*, Janvier-février 1911, Librairie Félix Alcan, Paris, p. 126.

⁹ L. Aucoc, « Des recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat », *in* *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, *Compte-rendu*, tome 10, 1878, Paris Alphonse Picard, p. 52 s. (recours pour excès de pouvoir I) et 242 s. (Recours pour excès de pouvoir III).

¹⁰ F. Blancpain *précit.*, p. 734.

¹¹ F. Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

la théorie »¹² que sont les doctrinaires du droit administratif de l'époque. « Recommandé par son maître Boulatignier¹³ à A. Blanche¹⁴ qui patronne ses débuts, il fait une carrière caractéristique où la pratique administrative et la réflexion doctrinale s'ordonnent autour d'un objectif unique : le service et la modération de l'Etat »¹⁵. Républicain rallié à l'Empire, il entre dès 1852 au Conseil d'Etat dont il va écrire l'histoire. Peu après sa démission en 1879, une nouvelle carrière s'ouvre à lui dans la Compagnie du Midi qu'il présidera jusqu'à sa mort. Parallèlement à ses fonctions, L. Aucoc s'intéresse aux grandes institutions. Il siège ainsi notamment pendant plusieurs années au Conseil de la Légion d'honneur, à la fondation Thiers et à l'Académie des Sciences morales et politiques.

Ainsi, de prime abord, au regard de sa carrière et de ses différentes études, le droit constitutionnel semble absent de l'œuvre de l'auteur. En effet, il n'est pas « l'un des Pères fondateurs de la tradition constitutionnelle française »¹⁶ comme Esmein¹⁷, Carré de Malberg¹⁸ ou encore Duguit¹⁹ ou Hauriou²⁰. Il n'a en effet pas conceptualiser le droit constitutionnel. Cela est sans doute lié aux liens étroits au début des années 1870 entre le droit constitutionnel et la politique. G. Sacriste précise d'ailleurs qu'à cette époque, le cours de droit constitutionnel est « un enseignement qui porte sur la chose politique, qui nécessairement prend parti dans le cadre des luttes politiques, mais dont il convient dans les amphithéâtres de limiter les effets les plus polémiques »²¹. Les *Conférences* de L. Aucoc témoigne de cela. Il assimile en effet, en 1869 le droit politique au droit constitutionnel²². Pourtant, si l'auteur

¹² F. Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », revue historique de droit français et étranger, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

¹³ Professeur de droit administratif à l'ENA de 1848, membre du Conseil d'Etat depuis 1830. V. également L. Aucoc, « Une page de l'histoire du droit administratif, M. Boulatignier », Extrait de la revue critique de législation et de jurisprudence, Librairie Cotillon, Paris, 1895.

¹⁴ Directeur de l'ENA de 1848, il commence sous la 2^{ème} République une carrière de haut administrateur qui le rapproche du pouvoir durant tout l'Empire ; Léon Aucoc, Alfred Blanche, plaquette, Paris, 1893 ; F. Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », revue historique de droit français et étranger, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

¹⁵ F. Blancpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », revue historique de droit français et étranger, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

¹⁶ S. Pinon et P.-H. Prélôt, « Présentation générale » sur le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein, Actes du Colloques « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein », 26 janvier 2007, Université de Cergy-Pontoise, sous la direction de S. Pinon, Montchrestien, lextenso éditions, 2009, coll. « Grandscolloques », Centre de philosophie juridique et politique, p. VIII.

¹⁷ E. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, 1903.

¹⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, 1, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920.

¹⁹ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel 1, La règle de droit, le problème de l'Etat*, Paris, E. de Boccard, 1927.

²⁰ M. Hauriou, *La souveraineté nationale*, Paris, Sirey, Toulouse, E. Privat, 1912 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923.

²¹ G. Sacriste, « Adhémar Esmein en son époque. Un légiste au service de la République », in Actes du Colloques « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein », 26 janvier 2007, Université de Cergy-Pontoise, sous la direction de S. Pinon, Montchrestien, lextenso éditions, 2009, coll. « Grandscolloques », Centre de philosophie juridique et politique, p. 10.

²² p. 9.

cherche à éclairer le législateur par ses réflexions juridiques, il n'a nullement l'intention de prendre part aux débats politiques.

Toutefois, un nombre important de ses travaux concerne le droit constitutionnel. En effet, membre et même président²³ de la Société de législation comparée, il s'attachera à l'analyse des institutions²⁴ et des législations françaises²⁵ et étrangères. Par de multiples observations²⁶, notes²⁷, articles²⁸, ou comptes-rendus d'ouvrages²⁹, il étudiera différents systèmes constitutionnels étrangers.

Néanmoins, c'est à l'occasion de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif* que L. Aucoc renvoie à une étude plus complète du droit constitutionnel qui s'attache d'abord pour lui « aux droits garantis aux citoyens puis à l'organisation des pouvoirs publics qui président à la marche de la société »³⁰. Les trois éditions, de 1869 à 1885, permettent des études constitutionnelles comparées et rendent compte notamment de l'évolution des différents régimes du Second Empire et de la III^e République. Dès lors, l'auteur a bien une pensée constitutionnelle. L'objectif en l'espèce sera de revenir sur ses positions constitutionnelles qui permettent de repenser les problématiques contemporaines posées en ce domaine.

La nécessité de reconsidérer l'œuvre de L. Aucoc se manifeste ainsi tant au regard de sa vision de l'Etat (I) que dans sa manière d'aborder la question de l'organisation des pouvoirs publics (II).

²³ Jusqu'en 1878.

²⁴ L. Aucoc, *Le Conseil d'Etat avant et après 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel*, Impr. Nat., 1876.

²⁵ L. Aucoc, « Les collections de la législation antérieure à 1789 et leurs lacunes », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Compte-rendu, t. 20, 1883, Paris, Alphonse Picard, p. 46 s.

²⁶ Observations de L. Aucoc sur les règlements du Parlement italien, in *Bull. de la Société de législation comparée*, Paris, 1876, p. 238 s. ; V. également ses observations relatives aux règlements des deux Chambres des Etats-Unis de l'Amérique du Nord, in *Bull. de la Société de législation comparée*, Paris, 1876, p. 400 s.

²⁷ L. Aucoc, Note sur le Code civil espagnol, in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Compte-rendu, 1889, Paris, Alphonse Picard, 1889, p. 917 s.

²⁸ L. Aucoc, « Le Code d'organisation judiciaire de l'Empire de Russie », in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Compte-rendu, 1894, Paris, Alphonse Picard & fils, p. 106 s.

²⁹ Présentation à l'académie de l'ouvrage de M. Palgrave, *Origine et transformation de quelques usages parlementaires*, in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, Compte-rendu, tome 11, 1879, Paris, Alphonse Picard, p. 185 s. ; présentation sur de l'ouvrage de M. le comte de Franqueville sur le *Gouvernement et le Parlement britanniques*, in *Séances et travaux de l'Académie précit.*, 1887, p. 410 s. ; présentation de l'ouvrage d'A. Gourd sur *La Constitution fédérale des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, in *Séances et travaux de l'Académie précit.*, 1904, p. 790 s. ; Présentation de l'ouvrage d'a. Gourd sur *Les Chartes coloniales et les Constitutions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, in *Séances et travaux de l'Académie précit.*, 1885, p. 594 s.

³⁰ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 9.

I. La vision de l'Etat de L. Aucoc

L. Aucoc n'a pas consacré d'ouvrage spécifique à la théorie de l'Etat. Néanmoins, au regard de l'ensemble de son œuvre, administrative et constitutionnelle, on peut dégager sa conception particulière des fondements de l'Etat (A). Concernant la forme unitaire de l'Etat (B), L. Aucoc sera plus explicite dans la mesure où il a consacré sur ce point une véritable théorie de la centralisation administrative.

A. Les fondements de l'Etat

L'œuvre de L. Aucoc ne renvoie à aucune théorie de l'Etat. Il ne systématise pas le droit constitutionnel. Néanmoins, ses différentes études révèlent implicitement une certaine vision des fondements de l'Etat. On peut ainsi faire un parallèle entre l'œuvre de l'auteur en droit administratif et en droit constitutionnel. En matière administrative, ses travaux se sont notamment « attachés à indiquer la jurisprudence et la pratique administrative ». Toutefois, F. Blancpain met l'accent sur le pragmatisme de l'auteur et sur sa « négligence » lorsqu'il s'agit de « remonter aux principes qui expliquent les décisions des juridictions et les pratiques de l'administration »³¹. M. Hauriou précise également qu'il restait « à organiser en des théories ce que le droit administratif contenait de substance juridique »³². En effet, L. Aucoc demeure « un historien des sources et exégète »³³ bien qu'il développe les études jurisprudentielles et tente de « présenter l'ensemble du droit administratif à partir d'un examen de l'organisation des pouvoirs publics, de principes généraux dégagés du contentieux et de notions juridiques communes au droit privé et au droit public³⁴ »³⁵. L. Aucoc est ainsi un auteur charnière formé aux méthodes « classiques de la compilation et de l'exégèse³⁶ » mais qui s'oriente « vers l'élaboration de principes généraux »³⁷.

Cette méthode utilisée par l'auteur en droit administratif sera reprise en matière constitutionnelle. En effet, s'il ne refuse pas tout idéal en matière de gouvernement notamment, il faut que celui-là soit accessible. Pragmatique, il désire que les doctrines

³¹ F. Blancpain, p. 740.

³² M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3^{ème} Ed., Paris, 1897, préface, p. 1.

³³ F. Blancpain, p. 734.

³⁴ Conférences, tome 1, intro.

³⁵ F. Blancpain, p. 734.

³⁶ V. pour les travaux des fondateurs, Gérando, Macarel ou Cormenin (Lacharrière, *Cormenin, politique, pamphlétaire et fondateur du droit administratif*, LGDJ, 1941) ont pour but de répertorier les textes régissant l'action administrative : travaux de compilation, classification et commentaire dans la tradition du XVIII^e siècle (P. Legendre, « Histoire de la pensée administrative », *Traité de science administrative*, Paris, Mouton, 1967, p. 23), cité, p. F. Blancpain, p. 733.

³⁷ F. Blancpain, p. 734. V. par exemple Jousselin : « Nous avons dit que le droit administratif ne consiste pas à proprement parler, dans ces milliers de lois de détails qui ne constituent que des choses d'exécution et de pratique... Ce qui constitue essentiellement le droit administratif, ce sont ces grands principes dont nous avons parlé : soit le principe de séparation des autorités, soit telle autre règle puisée dans la nature, dans la caractéristique et dans l'objet des matières administratives », Jousselin, *RCJ*, 1851, p. 112.

éclairaient les législateurs³⁸. Ainsi, « il ne faut donc pas s'exposer à les faire écarter par une fin de non-recevoir dans la presse et dans les débats des Chambres, à les faire considérer comme des utopies (...) impraticables, qu'on laisse de côté pour établir à moitié chemin la doctrine pratique »³⁹. La doctrine de L. Aucoc est donc liée à l'exercice de ses hautes fonctions professionnelles qui l'ont conduit à inscrire ses réflexions dans la pratique des institutions. Sa réflexion, guidée vers le service et la modération de l'Etat, prendra tous les soins à s'inscrire dans le concret et le respect de l'intérêt général. Alors, il ne systématise pas le droit constitutionnel. Néanmoins, comme pour le droit administratif, il en pose certaines bases et en révèle certains principes liés aux fondements de l'Etat. Ainsi, L. Aucoc, conformément à la tradition du XIX^e siècle, considère que l'Etat est fondé sur la puissance publique (1). Par ailleurs, il développera, à travers la question ouvrière notamment, une conception libérale classique de l'Etat (2).

1. Un Etat fondé sur la puissance publique

L'étude administrative de L. Aucoc fait ressortir les bases constitutionnelles du droit administratif⁴⁰ à une époque où l'administration révèle l'action du pouvoir exécutif par des procédés de puissance publique. En effet, « depuis le Consulat jusqu'au second Empire la doctrine est unanime : l'administration et son droit prolongent la puissance exécutive des princes et de leur gouvernement »⁴¹. Cette position est partagée en effet par A. Chauveau⁴², Proudhon⁴³, E.-V. Foucart⁴⁴ ou encore F. Laferrière, qui maintient l'opinion selon laquelle « séparer le Droit administratif du Droit public constitutionnel, ce serait lui enlever sa raison d'existence »⁴⁵. C'est pour cela que les *Conférences* de L. Aucoc ont pour titre le *droit administratif* alors qu'il consacre la première partie dans son premier tome à l'organisation et aux attributions des pouvoirs publics. Par ailleurs, comme le rappellera A. Batbie⁴⁶ avant L.

³⁸ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière, précit.*, p. 4 et 5.

³⁹ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière, précit.*, p. 4 et 5.

⁴⁰ V. sur ce point sur les bases constitutionnelles du droit administratif : G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 1, PUF, coll. « Thémis droit public », 12^{ème} Ed., 1992, p. 26 s.

⁴¹ G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875, (Définir le droit administratif /1) », RFDA 2003 p. 218 s.

⁴² « le pouvoir administratif, l'autorité administrative, c'est le pouvoir exécutif » : A. Chauveau, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris, Cotillon, 1841-1843, t. I, Préface, p. XIX.

⁴³ Le droit administratif est exorbitant et doit jouir du privilège de juridiction puisqu'il s'inscrit dans le prolongement organique du pouvoir exécutif : Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon, V. Lagier, 2 éd., 1843, t. I, p. 115.

⁴⁴ « Nous connaissons maintenant les attributions et l'organisation de l'autorité administrative. Nous savons que c'est une portion du pouvoir exécutif, qui a pour mission de veiller à la sûreté extérieure de l'Etat, de maintenir au dedans l'ordre public, de faire exécuter les lois d'intérêt général, et de procurer aux citoyens la plus grande somme possible de bien-être » : E.-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif, ou Exposition des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui*, Paris, Videcoq, 1834-1835, t. II, p. 555.

⁴⁵ « L'Assemblée constituante, le Consulat, les Chartes de 1814 et 1830, voilà donc la triple source du Droit administratif » : F. Laferrière, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif mis en rapport avec la constitution de 1848*, Paris, Cotillon, 3 éd., 1850, t. I, p. 6 et 39.

⁴⁶ A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public administratif*, Paris, Cotillon, 1861, t. I, p. 94. « L'Empereur administre et [...] plusieurs jurisconsultes ont bien tort d'affirmer que le chef de l'Etat était en dehors, comme au-dessus, de l'administration ».

Aucoc, d'après l'article 6 de la Constitution de 1852, l'Empereur est le chef de l'Etat⁴⁷. En même temps, il est « le chef de la hiérarchie administrative »⁴⁸. Cela suffit à justifier que la puissance publique innerve le droit administratif⁴⁹.

Ainsi, depuis le début du XIX^e siècle, le droit administratif reflète « l'exercice, par les pouvoirs publics, de prérogatives qui gravitent dans la sphère de la souveraineté »⁵⁰. C'est ainsi que raisonne L. Aucoc en 1869 lorsqu'il écrit : « On fait une distinction entre les contestations où l'intérêt privé seul est engagé et celles où l'intérêt public, confié aux soins de l'autorité administrative, est en jeu. Pour les contestations qui portent sur les objets d'intérêt privé, l'autorité judiciaire seule peut en connaître. [...] On considère, en général, comme contestation d'intérêt privé, les contestations engagées entre les citoyens et les organes d'intérêts collectifs au sujet de la gestion des biens que l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics possèdent à titre de propriétaire, par exemple, en ce qui concerne la vente, l'échange et la location de ces biens [...] ; en effet, il ne s'agit pas, à proprement parler des intérêts des services publics [...] ; il ne s'agit que d'appliquer les règles du droit civil comme pour les contestations entre particuliers »⁵¹.

Cette définition signifie bien que la compétence judiciaire suppose un rapport d'égalité entre l'administration et les particuliers. C'est l'intérêt privé de deux parties qu'arbitre le juge des contrats et des obligations. *A contrario*, le droit administratif implique l'inégalité entre les parties. Il s'inscrit dans un rapport de domination à sujétion parce qu'un intérêt supérieur, celui de l'Etat pour la collectivité, doit prédominer. La dichotomie opérée par l'auteur entre les actes de gestion et d'autorité⁵² pour justifier la compétence de la juridiction administrative corrobore cela. La même idée ressort lorsque L. Aucoc évoque les motifs liés à la nécessité de la juridiction administrative. Il précise en effet que la « législation administrative, c'est l'intérêt public qui impose des sacrifices à l'intérêt privé »⁵³.

⁴⁷ S. C. du 25 décembre 1852, article 1^{er}. En tant que chef de l'Etat, il « commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce, nomme à tous les emplois publics, a le droit de faire grâce et d'accorder des amnisties ».

⁴⁸ « Nous ne savons par suite de quelle idée inexacte ou de quel scrupule mal fondé quelques professeurs de droit administratif n'ont pas cru devoir mettre l'Empereur au nombre et à la tête des agents de l'administration » ; « c'est une lacune grave dans la hiérarchie administrative que de pas mentionner les pouvoirs de l'Empereur comme chef de l'administration » : L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1869, p. 96, n° 50.

⁴⁹ V. sur ce point : A. Batbie, *Traité théorique et pratique de droit public administratif*, Paris, Cotillon, 1861, t. I, p. 94 ; M. Block, *Dictionnaire de l'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1862, v° Administration, p. 14 s. ; V. sur ce point M. Block, *Dictionnaire de l'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1862, v° Juridiction administrative, p. 1026 et 1027 ; D. Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand, 2^e éd., 1865, t. I, p. 28 s.

⁵⁰ G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF Droit, 1^{ère} Ed. 2002, coll. « Droit fondamental », p. 141.

⁵¹ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif précit.*, t. I, 1^{ère} Ed., p. 271 à 272.

⁵² « L'autorité administrative a deux pôles. Elle fait des actes de gestion dans l'intérêt du public ; elle joue le rôle d'intendant général, d'homme d'affaires de la société, mais d'intendant ayant autorité », L. Aucoc, *Conférences précit.*, t. 1, 3^{ème} Ed., 1885, p. 21 s.

⁵³ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 3^{ème} Ed., 1885, p. 438, n° 269.

Essentiellement holiste⁵⁴, c'est-à-dire assurant la valorisation prioritaire de la collectivité au détriment des individus, le droit administratif repose ainsi sur l'effacement de celui-ci au profit de l'Etat⁵⁵. A cette époque, il s'est développé en effet sur la base de logiques autoritaires⁵⁶, qu'il s'agisse des conceptions bonapartistes ou du courant libéral majoritaire, inspiré par Guizot⁵⁷. C'est d'ailleurs dans ce souci continu de défendre les intérêts de l'Etat que L. Aucoc explique la relation, étroite, fraternelle entre les juges administratifs et les membres de l'administration. En effet, « une juridiction composée de juges mêlés à l'action administrative est mieux placée pour faire respecter les droits de l'autorité administrative, elle est initiée aux nécessités des services publics ; qu'elle peut avoir l'esprit de l'administration, c'est-à-dire, non seulement la connaissance des règles de droit administratif et des besoins auxquels les services publics doivent satisfaire, mais aussi le sentiment des difficultés que l'administration pourrait rencontrer si une telle solution rigoureuse était adoptée »⁵⁸.

Le droit administratif vu par L. Aucoc repose donc bien sur le critère de la puissance publique. « C'est en ce sens qu'il traduit les manifestations d'un pouvoir habilité à assujettir les droits »⁵⁹. Il reflète ainsi le système d'un ordre constitutionnel qui s'accompagne de « liens recouverts et renforcés entre administration et pouvoir exécutif »⁶⁰. Néanmoins, en justifiant ce droit de domination⁶¹ par les intérêts des services publics, L. Aucoc développe une conception particulière du libéralisme.

2. Un Etat libéral

« Le libéralisme étatique du XIX^e siècle recommande le rejet de ce qui est imposé à l'individu par l'Etat au-delà de ce qui est strictement nécessaire au maintien ou à la défense des intérêts de cet individu. Il s'emploie à une démystification de l'Etat. A partir de 1814, sous l'influence du libéralisme, la politique se trouve en quelque sorte désacralisée. Si l'individu peut être contraint par ce dernier c'est uniquement dans la mesure où cette

⁵⁴ L. Dumont, *Essais sur l'individualisme, Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Le Seuil, 1983, coll. « Esprit/Seuil », p. 108 : au début du XIX^e, siècle, « la réaffirmation tranchante de la tradition et du holisme trouva une large audience ».

⁵⁵ L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 119 s

⁵⁶ F. Melleray, « L'exorbitance du droit administratif en question(s) », AJDA 2003 p. 1961 s.

⁵⁷ V. notamment, L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997, p. 119 s. : chapitre II relatif à « un libéralisme élitaire. Guizot et les doctrinaires » ; H. Michel, « De l'histoire des doctrines politiques, Sa nature, sa méthode, son esprit », RDP 1897, 7, p. 221 s.

⁵⁸ L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, *Organisation et attributions des pouvoirs publics*, Dunod éditeur, 2^{ème} Ed. Paris, 1878, p. 394

⁵⁹ G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875, (Définir le droit administratif /1) », RFDA 2003 p. 218 s.

⁶⁰ G. Bigot, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875, (Définir le droit administratif /1) », RFDA 2003 p. 218 s.

⁶¹ « Le début du XIX^e siècle se caractérise par la substitution de la domination légale à la domination traditionnelle » : C. de Montlibert, *La domination politique*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, coll. « Maison des Sciences de l'Homme de Strasbourg », p. 25 ; V. également G. Bigot, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », RFDA 2008 p. 1 s.

contrainte permet de sauvegarder ses intérêts. Cet affaiblissement du charisme étatique se retrouve dans les divers régimes de l'époque »⁶² et dans la doctrine de L. Aucoc.

La pensée libérale de l'auteur ne s'exprime pas dans un ouvrage précis exclusivement dédié à cette étude. Toutefois, l'ensemble de son œuvre est marquée par une conception particulière du libéralisme. En effet, s'il s'est opposé aux projets de rachat des compagnies de chemins de fer par l'Etat⁶³, lorsqu'il est entré au Conseil d'Administration de la Compagnie des chemins de fer du Midi (pour rester fidèle à une certaine conception libérale de l'Etat plaçant celui-ci à l'arrière garde du progrès), L. Aucoc exposera plus nettement sa conception du libéralisme dans la question ouvrière. En effet, lors d'une discussion, au cours des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, il s'intéresse à la question de savoir à quel moment l'intervention de l'Etat devient « dangereuse » et « condamnable »⁶⁴. Cette interrogation pose la question des « fonctions politiques et sociales de l'Etat »⁶⁵. Il s'agit ainsi de se demander quels rôles l'appareil étatique assume envers la collectivité étatique au sein de laquelle il agit, c'est-à-dire en quoi il contribue à sa vie, ce qu'il lui apporte. « Dans cette perspective, il s'agira de considérer les « fins de l'action étatique »⁶⁶, ses objectifs politiques et sociaux.

Libéral, L. Aucoc est d'avis de « résister aux excès de l'intervention de l'Etat » en matière sociale et économique. En effet, dans *Des limites de l'intervention de l'Etat dans la question ouvrière*, il confesse son « horreur du Socialisme sous toutes ses formes »⁶⁷. Il explique ainsi que pour « résister efficacement aux abus de l'intervention de l'Etat, pour ne pas se laisser entraîner de concession en concession, il faut, en principe, réduire son rôle à l'organisation de la sécurité publique, de la défense contre les attaques de l'étranger et les troubles de l'intérieur, de la police et de la justice ». « En dehors de ces objets, l'intervention de l'Etat n'est [en principe] plus légitime (...). Elle est un mal, alors même qu'elle est nécessaire, ce qui permet de n'y consentir qu'à la dernière extrémité »⁶⁸.

⁶² G. Chianéa, *Histoire des institutions publiques de la France, III, L'Etat moderne en formation (1789-1870)*, Presses Universitaires de Grenoble, 1996, coll. « Le droit en plus », p. 117.

⁶³ Question très controversée à la suite des conventions de 1883 améliorant notamment le système de la garantie d'intérêt : Delmas, *Du contrôle de l'Etat sur les chemins de fer d'intérêt général*, Thèse, Rennes, 1903, p. 10 ; *Conférences* L. Aucoc, 2^{ème} Ed., 1887, t. 3 ; Procès verbaux du Conseil d'Administration de la Compagnie du Midi, Archives Nationales, 78 AQ 53 (séance du 25 mai 1894), 78 AQ 58 (Assemblée du 22 avril 1902) : L. Aucoc pousse la Compagnie à intenter un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté du ministre des Travaux publics limitant la durée de la garantie d'intérêt (arrêt d'annulation du 12 janvier 1895, *R.*, p. 57).

⁶⁴ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière*, Paris, Librairie Alphonse Picard, 1886, extrait du compte rendu de l'Académie des sciences morales et politiques, p. 3. V. également, Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politique, compte-rendu, 1886, t. 25, Paris Alphonse Picard, p. 551.

⁶⁵ C. Eisenman, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, p. 184.

⁶⁶ C. Eisenman, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, p. 184.

⁶⁷ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière précit.* p. 7 et 8.

⁶⁸ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière, précit.*, p. 7 s.

Toutefois, l'auteur se caractérise par sa mesure. Il n'adhérera pas en effet à la théorie de H. Spencer⁶⁹, qui pousse jusqu'à ses dernières limites la « théorie de l'individualisme » et condamne de manière absolue toute assistance de l'Etat envers les faibles et les malheureux parce qu'elle aboutit, contrairement aux lois de la nature, à perpétuer les plus incapables, au lieu de les abandonner à leur sort pour laisser se perpétuer les plus capables ».

C'est parce que cette thèse radicale a influencé Leroy-Beaulieu⁷⁰, Courcelle-Seneuil⁷¹ et L. Say⁷² que L. Aucoc s'en distinguera. Il considère que ceux-ci « caractérisent et délimitent le rôle de l'Etat de manière excessive »⁷³. En effet, s'opposant avec force au socialisme, ils réduisent les fonctions étatiques à l'organisation de la sécurité publique et de la justice. Si L. Aucoc adhère totalement à cela, il estime malgré tout, qu' « en dehors de ce cercle, il y a des cas où l'Etat peut agir légitimement ». L'auteur fixe alors les conditions d'intervention de la puissance publique afin d'éviter les abus. Ainsi, pour l'organisation des services publics aux frais des contribuables, et pour les subventions, l'intervention n'est légitime que si « l'impuissance des individus isolés ou volontairement associés est démontrée et si le bien qu'il s'agit de faire, dans l'intérêt commun, est impossible sans le concours de la puissance sociale »⁷⁴. C'est l'impossibilité qui justifie la transformation de la contribution volontaire des citoyens en une contribution forcée. L'auteur précise par ailleurs que pour les mesures de police d'interdiction, de limitation de la liberté des contrats, l'intervention de la puissance publique n'est légitime que s'il s'agit de préserver la société d'un mal. Ainsi, l'intervention de l'Etat lui paraît légitime pour les routes et les chemins de fer. De plus, face aux contraintes sociales de l'époque avec la paupérisation et l'apparition de nouveaux besoins sociaux⁷⁵, elle l'est également pour l'organisation de l'assistance⁷⁶ des pauvres en service public car la charité privée est impuissante à soulager toutes les misères. Ainsi, pour L. Aucoc, l'Etat est une instance tutélaire et lointaine, chargée d'encadrer le jeu social. Pour autant, il ne s'alliera pas non plus à la position d'autres auteurs comme P. Janet qui « dépasse la mesure et laisse sans défense contre les abus de l'intervention de l'Etat »⁷⁷. Il ne redoute pas assez les systèmes socialistes qui, avant de paralyser l'individu, l'engourdissent et

⁶⁹ H. Spencer, *L'individu contre l'Etat*, Trad. J. Gerschel, Paris, F. Alcan, 1885.

⁷⁰ M. Leroy-Beaulieu, « Le socialisme d'Etat », I., Rapport sur l'ouvrage de M. Lujo Brentano, *La question ouvrière*, Discussion, in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, 46^{ème} année, t. 25, Paris Alphonse Picard, 1886, p. 525 s.

⁷¹ *La question ouvrière*, précit., p. 549 et 550.

⁷² L. Say, « Le socialisme d'Etat », I., Rapport sur l'ouvrage de M. Lujo Brentano, *La question ouvrière*, Discussion, in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, 46^{ème} année, t. 25, Paris Alphonse Picard, 1886, p. 513 s.

⁷³ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière précit.*, p. 4.

⁷⁴ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière précit.*, p. 7 et 8.

⁷⁵ J. Chevallier, *précit.*, p. 10.

⁷⁶ P. Rosanvallon, *L'Etat en France, De 1789 à nos jours*, Ed. du Seuil, 1990, coll. « L'univers historique », p. 143 à 147.

⁷⁷ L'auteur distingue le socialisme de l'interventionnisme étatique et explique que les Caisses d'épargne, l'instruction publique, les routes et les postes par exemples sont liés à une mainmise de l'Etat sur l'individu mais dans le but de favoriser son développement, son esprit, le travail et la liberté humaine : P. Janet, « Le socialisme d'Etat », I., Rapport sur l'ouvrage de M. Lujo Brentano, *La question ouvrière*, Discussion, in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, 46^{ème} année, t. 25, Paris Alphonse Picard, 1886, p. 531 s.

épuisent lentement ses forces. En effet, pour L. Aucoc, le socialisme de toute façon est « toujours mauvais »⁷⁸.

Ce faisant, même si son œuvre reflète la vision d'un Etat autoritaire lié à une administration qui prolonge l'action du pouvoir exécutif par des procédés de puissance publique⁷⁹, L. Aucoc assure que « la société est également faite pour l'individu ». Il justifie en effet la puissance publique par les services qu'elle rend. C'est ainsi que le service public de l'organisation de l'assistance des pauvres justifie l'intervention de la puissance publique.

Parallèlement à cela, si l'auteur s'est attaché à la distinction entre acte de gestion et d'autorité pour justifier la compétence des autorités administrative et judiciaire⁸⁰, il sera parfois gêné par le caractère artificiel de cette distinction⁸¹ et sera « plus enclin à faire dépendre la compétence administrative de l'importance de l'intérêt général en cause que du caractère autoritaire ou gestionnaire des actes litigieux »⁸². Ainsi, le service public exprime la conception matérielle de l'administration et sert à « qualifier les activités susceptibles d'être soumises à un régime de droit public »⁸³. Dès lors, comme l'affirme F. Blanpain, « l'idée selon laquelle la puissance publique se justifie par les services qu'elle rend n'est pas une nouveauté du XX^e, comme L. Duguit⁸⁴ affectait de le croire pour asseoir sa théorie du service public »⁸⁵. L. Aucoc assure alors la transition entre la vision classique de l'Etat du XIX^e siècle et le renouvellement de ses fondements au début du XX^e siècle avec la théorie du service public.

⁷⁸ L. Aucoc, *Des limites de l'interventions de l'Etat dans la question ouvrière précit.*, p. 4.

⁷⁹ V. sur ce point sur les bases constitutionnelles du droit administratif : G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, tome 1, PUF, coll. « Thémis droit public », 12^{ème} Ed., 1992, p. 26 s.

⁸⁰ « Si les litiges n'impliquent donc pas l'administration en tant qu'autorité mais comme simple propriétaire de ses biens, la jurisprudence, sous le Second Empire, perpétue le principe de la compétence judiciaire par l'application du droit commun » : G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF Droit, 1^{ère} Ed. 2002, coll. « Droit fondamental », p. 141. Ainsi, « lorsque le gouvernement concède régulièrement une partie du domaine public ou du domaine de l'Etat, il ne figure pas dans l'acte comme pouvoir administratif [...], mais qu'il stipule comme représentant l'Etat propriétaire » : Ccass., Civ. 18 janvier 1861, *Pradeau*, S. 1861, 1, 129. V. pour un autre exemple lié à la vente de terrains par une commune : CE, 28 avril 1864, *Ville de Marseille*, Rec., p. 393.

⁸¹ Définition fondée sur de simples ressemblances comme l'a montré Benoît, *Le droit administratif Français*, Dalloz, 1968, n° 681 et 682 ; le problème se pose avec une particulière acuité en matière de contrat administratif : L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1^{ère} Ed., t. II, p. 415 s.

⁸² Concl. L. Aucoc sous CE, 20 février 1869, Pinard, R, p. 188 : « la compétence normale et nécessaire de la juridiction administrative cesse lorsque l'Etat agit dans les conditions du droit privé, lorsqu'il passe un contrat, soit pour la gestion de ses propriétés, soit même pour la gestion des services publics ». cité par F. Blanpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *Revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1974, n° 1, Sirey, Paris, p. 733 s.

⁸³ « La juridiction administrative est compétente, de plein droit, pour reconnaître les droits et les obligations qui dérivent, soit pour l'administration, soit pour les particuliers, des lois et règlements qui ont organisés les services publics, et pour statuer sur les litiges que soulèvent les actes faits par l'administration en exécution de ces lois et règlements » : L. Aucoc, *Conférences précit.* 3^{ème} Ed., 1885, p. 486, n° 288.

⁸⁴ L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, cité par F. Blanpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *Revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1974, n° 1, Sirey, Paris, p. 733 s.

⁸⁵ F. Blanpain, « Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif », *Revue historique de droit français et étranger*, janvier-mars 1974, Sirey, Paris, p. 733 s.

Ainsi, on a pu dégager, au regard de l'ensemble de l'œuvre de l'auteur, sa vision relative aux fondements de l'Etat. Toutefois, L. Aucoc sera plus explicite concernant la forme unitaire de l'Etat lorsqu'il consacrera la théorie de la centralisation administrative.

B. La forme de l'Etat

L. Aucoc s'intéresse à la théorie de la centralisation administrative. Il en révèle l'origine, les motifs et la constitution (1) avant d'établir qu'elle repose sur un contrôle évolutif des intérêts locaux (2).

1. L'origine, les motifs et la constitution de la centralisation administrative

Pour L. Aucoc, la centralisation politique et judiciaire sont insuffisantes pour réaliser l'unité de la France. En effet, « la société a pour but (...) de procurer à ses membres la satisfaction des besoins collectifs auxquels l'initiative des individus ou des associations d'individus serait impuissante à pourvoir avantageusement »⁸⁶. Elle y arrive par divers services publics et des mesures de police, de surveillance, de prévoyance. L'unité de la France conduit donc à centraliser l'administration comme la justice et le gouvernement. En effet, avant et depuis 1789, « c'est au centre que réside le contrôle suprême destiné à maintenir l'unité dans l'application de la législation administrative »⁸⁷.

Toutefois, la centralisation administrative ne conduit pas forcément à ce que l'Etat, représentant la société, gère seul par ses agents, répandus sur toute la surface du territoire, tous les services publics qui font l'objet de l'administration. En effet, en définissant le droit administratif, l'auteur précise que l'Etat n'est pas le seul à personnifier les intérêts collectifs des citoyens. Ils peuvent ainsi être représentés par les départements ou les communes, c'est-à-dire « des organes de sociétés plus restreintes, composées de fractions du territoire qui ont leurs intérêts collectifs spéciaux, leurs propriétés distinctes, leurs charges et leurs ressources particulières »⁸⁸. Il convient ainsi de distinguer les intérêts généraux, qui doivent recevoir satisfaction dans toutes les parties de la France avec les ressources générales du pays (routes nationales, grands chemins de fer), des intérêts locaux auxquels il doit être pourvu au moyen des ressources de chaque localité (routes départementales, chemins vicinaux)⁸⁹.

Toutefois, pour l'auteur, les intérêts locaux ne peuvent être complètement distincts des intérêts généraux, de sorte que le « pouvoir central doit nécessairement exercer un certain contrôle sur l'action de ces petites sociétés »⁹⁰. Il justifie ce contrôle⁹¹ par les abus et les

⁸⁶ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 3^{ème} Ed., t. 1, 1885, p. 102.

⁸⁷ L. Aucoc, *Conférences, précit.*, p. 102 et 103.

⁸⁸ L. Aucoc, *Conférences, précit.*, p. 103.

⁸⁹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 104.

⁹⁰ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 105.

contraintes que peuvent faire subir ces communautés sur les habitants. L. Aucoc soulève ainsi trois principaux défauts des entités locales : la « tyrannie, la négligence et la prodigalité »⁹². Concernant la tyrannie, c'est-à-dire la violation des lois qui assurent la liberté et l'égalité des citoyens, l'auteur rappelle les déviances des entités autonomes sous l'ancien régime⁹³. Il évoque notamment les travaux d'Augustin Thierry qui, dans les *Lettres sur l'Histoire de France*⁹⁴, ont mis en relief l'origine et la vie agitée des communes indépendantes du XII^e et du XIII^e siècle, « petites républiques, dotées de véritables droits de souveraineté, faisant la guerre, établissant des impôts, battant la monnaie et rendant la justice civile et criminelle »⁹⁵. Quant à la négligence, l'auteur attire l'attention sur les problèmes liés à la gestion des entités locales. Elle pourrait compromettre l'intérêt des citoyens en laissant en souffrance des services publics dont la gestion a été confiée aux autorités locales (services du culte, de l'instruction publique). Enfin, la prodigalité est liée au désir de satisfaire à des besoins pressants, ou par l'ambition de laisser une trace sur son passage. Elle est dangereuse pour les intérêts généraux. Elle se nourrit dans la bourse des citoyens, au dépens des « dépenses générales ».

Pour ces raisons, L. Aucoc est d'avis de limiter les prérogatives des autorités locales dans leurs pouvoirs propres par crainte que « les dépositaires du pouvoir local n'abusent de cette autorité, qu'ils ne violent la législation établie »⁹⁶. Il convient ainsi de protéger les intérêts généraux par un contrôle accru des intérêts locaux.

⁹¹ Nécessités du contrôle qui sont rappelées par l'Assemblée constituante de 1789, dans l'instruction jointe à la loi des 14-22 octobre 1789 selon laquelle : « Il importe à la grande communauté nationale que toutes les communautés particulières qui en sont les éléments soient bien administrées ; qu'aucun dépositaire des pouvoirs n'abuse de ce dépôt », L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 105.

⁹² L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 105.

⁹³ L. Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative (étude historique), in Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, compte-rendu, Paris, Alphonse Picard et fils, 1896, p. 309 s.

⁹⁴ A. Thierry, *Lettres sur l'Histoire de France : dix ans d'études historiques*, Paris, Furne, Jouvet et Cie, 1866. V. également sur les différentes institutions municipales, F. Guizot, *La Civilisation en France depuis la chute de l'empire romain*, Paris, Didier et Cie, 1868 ; J. Flach, *Les origines de l'ancienne France, X^e et XI^e siècle*, 2, Les origines communales, la féodalité et la chevalerie, Paris, Larose et Forcel, 1893 ; E. Glasson, *Communaux et communautés dans l'ancien droit français*, Paris, Larose, 1891 ; A. Luchaire, *Les communes françaises à l'époque des Capétiens directs*, Paris, Hachette et Cie, 1890.

⁹⁵ L. Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative (étude historique) » *précit.*, p. 318.

⁹⁶ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 108.

2. Le contrôle évolutif des intérêts locaux

Considérant comme « fâcheux »⁹⁷ le terme de tutelle, L. Aucoc lui substitue le mot « plus juste » de « contrôle »⁹⁸. Ce contrôle est déjà organisé depuis Colbert, qui a, le premier, centralisé le service de l'entretien des voies publiques. Il a également fait intervenir l'autorité centrale pour mettre l'ordre dans les finances municipales, « odieusement dilapidées »⁹⁹. La position de l'auteur s'engage donc clairement dans le sens de la centralisation administrative dans ses Conférences : « Pour notre part, quand nous voyons que ce système a ses origines sous l'ancienne monarchie, nous sommes loin d'être disposé à le condamner et à le déclarer incompatible avec les idées modernes. A notre sens, s'il a survécu à l'explosion révolutionnaire, qui a fait tant de ruine, c'est qu'il répondait à une nécessité de notre état social, de notre unité nationale »¹⁰⁰. Cependant, comment s'exerce concrètement ce contrôle de l'intérêt général sur l'intérêt local ?

Ne se contentant jamais de relater l'état du droit en vigueur à son époque, l'auteur, conformément à sa méthode d'analyse retrace l'évolution des contrôles sur les entités locales par l'Etat central de la Révolution jusqu'à la III^{ème} République, en tenant compte de la législation des pays étrangers. Ainsi de 1790 à l'an VIII, les « autorités locales étaient fort peu contrôlées »¹⁰¹. En effet, la Révolution française a contribué, par le système électif, à les démocratiser. Toutefois, la Constitution de l'an III, annonce déjà l'« hyper centralisation de l'administration napoléonienne »¹⁰². L'article 193 de ladite Constitution dispose ainsi que « les administrations municipales sont subordonnées aux administrations de départements et celles-ci aux ministres ». Ce système, conforme à une Révolution politique fondée sur la légitimité élective, va échouer dans l'autoritarisme napoléonien dans la mesure où le « système de l'an VIII substitue l'Etat, administrativement constitué, à la Nation représentée »¹⁰³. Sous le Consulat puis l'Empire en effet, les entités locales sont totalement subordonnées au pouvoir central. Le préfet, nommé et révoqué discrétionnairement par le chef d'Etat, est à la tête du département et les membres du conseil général sont nommés par le chef de l'Etat. Les communes sont de même inféodées au pouvoir préfectoral¹⁰⁴. Sous la Restauration, L. Aucoc montre clairement les contestations de la centralisation

⁹⁷ La tutelle renvoie à des analogies avec l'action du tuteur d'un mineur, du conseil de famille, du tribunal homologuant les délibérations du conseils de famille. C'est une erreur pour L. Aucoc d'employer ce terme parce que les situations ne sont semblables qu'en apparence : L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 109.

⁹⁸ En 1833, dans la discussion du projet de loi sur les attributions municipales, M. Thiers, alors ministre du commerce et des travaux publics, démontrait que « ces expressions de tutelle et de minorité sont fausses et que c'est avec des expressions fausses qu'on répand dans le pays des erreurs dommageables ». *Moniteur* du 8 mai 1833, p. 1275.

⁹⁹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 109.

¹⁰⁰ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 109 et 110.

¹⁰¹ L. Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative (étude historique) », *précit.*, p. 309 s.

¹⁰² G. Bigot, « Collectivités territoriales de l'Etat : les enseignements de l'histoire », *JCP A*, n° 14, 4 avril 2011, p. 19. S.

¹⁰³ G. Bigot, « Collectivités territoriales de l'Etat : les enseignements de l'histoire », *JCP A*, n° 14, 4 avril 2011, p. 18.

¹⁰⁴ Loi du 28 pluviôse en VIII.

administrative¹⁰⁵ incarnées par les libéraux notamment comme B. Constant¹⁰⁶. Ces contestations s'accroissent sous le gouvernement de Juillet, sous la plume d'A. de Tocqueville¹⁰⁷ et de plusieurs écrivains du parti légitimiste comme Béchard et Raudot.

B. Constant rappellera par ailleurs que la décentralisation est un problème de droit constitutionnel car il s'oppose à la subordination des institutions locales au pouvoir exécutif. Cela explique que la question de la centralisation administrative soit étudiée par L. Aucoc dans le premier tome de ses *Conférences*, à l'occasion de l'étude du pouvoir exécutif, dans le cadre de l'organisation des pouvoirs publics. Cependant, même si l'article 69 de la Charte de 1830 pose l'une des premières pierres de la décentralisation avec l'institution du système électif¹⁰⁸, l'auteur rappelle que le contrôle de l'intérêt général sur les intérêts locaux demeure intact. Ainsi, plus tard, sous la Seconde République, lorsque le décret sur la décentralisation administrative du 25 mars 1852, confie aux préfets le pouvoir de trancher les questions d'intérêt local qui jusque-là devaient être résolues par le chef de l'Etat ou les ministres, L. Aucoc précise bien qu'il ne s'agit pas de décentralisation mais de déconcentration. Il dénonce l'intitulé trompeur du décret qui ne révèle pas la véritable nature des choses. Longtemps, la déconcentration a été confondue avec la décentralisation à laquelle on rattachait toutes les réformes tendant à transférer le pouvoir de décision des autorités centrales aux autorités administratives situées en province, quel que soit leur statut. Sa spécificité ne sera reconnue qu'après que L. Aucoc l'ait introduit en 1865 pour rendre compte de nouvelles modalités d'exercice du pouvoir administratif. Dans ses *Conférences*, il explique qu'elle « n'implique pas (...) que tout se fasse par le pouvoir central, elle implique que tout soit dirigé ou contrôlé par lui. Que l'action ou le contrôle émane du pouvoir central lui-même ou qu'il émane de ses agents sous sa direction, il n'y en a pas moins centralisation »¹⁰⁹. Mais pendant plus d'un siècle encore, les administrations étatiques en province seront dénommées services extérieurs de l'État dans les textes officiels. Il faudra attendre 1992 pour que le législateur impose l'appellation de services déconcentrés¹¹⁰.

¹⁰⁵ F. J. M. Raynouard, *L'histoire du droit municipal en France, sous la domination romaine et les trois dynasties*, Amsterdam, Ed. Rodopi, 1970 ; P. B. Barante, *Des Communes et de l'Aristocratie*, Paris, Ladvocat, 1821.

¹⁰⁶ B. Constant, (1767-1830), *Principes de politique : applicables à tous les gouvernements* (version de 1806-1810), Réédition, E. Hofmann, Éd. scientifique, Paris, Hachette littératures, DL 2006, cop. 1997, coll. « Pluriel. Philosophie ».

¹⁰⁷ A. de Tocqueville (1805-1859), *De la démocratie en Amérique*. Tome 1 et 2, Réédition, Bagnaux, Numilog, 2001. V. également, les discussions sur la question de la centralisation par Vivien, *Etudes administratives*, Tome premier, 3^{ème} Ed., Paris, Librairie de Guillaumin & C^{ie}, 1859, p. 38 s. ; M. Dupont-White, *La centralisation suite à l'individu et l'Etat*, 3^{ème} Ed., Paris, Guillaumin, 1875 ; M. Dumont-White, *La liberté politique considérée dans ses rapports avec l'administration locale*, Paris : Guillaumin et Cie, 1864.

¹⁰⁸ V. pour l'application de l'article 69 de la Charte de 1830, la loi du 21 mars 1831 sur les communes. Les conseillers municipaux sont élus pour six ans au suffrage censitaire. La loi du 22 juin 1833 sur les conseils généraux renvoie également à l'élection au suffrage censitaire en prenant le canton comme circonscription électorale afin qu'en principe chaque canton soit représenté au sein du conseil de département. Les conseillers généraux sont élus pour neuf ans.

¹⁰⁹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 112.

¹¹⁰ L. n° 92-125, 6 févr. 1992, art. 3.

Néanmoins, vers la fin de l'Empire, de nombreux publicistes réclamaient l'autonomie effective des départements et des communes. Le manifeste de Nancy, programme de décentralisation administrative, « recueillait les adhésions d'hommes d'Etat appartenant à tous les partis qui luttèrent contre le gouvernement impérial, et provoquait une foule de brochures »¹¹¹. Suite à cela, deux lois ont été adoptées. L'une du 10 août 1871 relative à l'émancipation des départements et de ses agents, crée dans chaque département une Commission départementale (organe exécutif du Conseil avec 4 à 7 membres élus par le conseil général). L'autre du 5 avril 1884, octroie l'élection au suffrage universel pour les conseils municipaux qui élisent en leur sein le maire et ses adjoints. Toutefois, dans les deux cas, le pouvoir central, par l'intermédiaire du préfet, demeure toujours présent afin de préserver un contrôle efficace du pouvoir central sur les entités locales.

Quoiqu'il en soit, pour l'auteur, « la centralisation continue à être une des bases essentielles de l'organisation administrative, comme de l'organisation politique et judiciaire de la France. Abandonner aux mandataires des localités la gestion des services publics, sans distinction entre les intérêts généraux et les intérêts locaux, leur abandonner même complètement celle des intérêts locaux, serait sacrifier, dans bien des cas, le pays et le principe de l'unité de législation »¹¹².

Ainsi, les origines de la décentralisation¹¹³ remonte donc au XIX^e siècle. C'est cependant au XX^e qu'elle sera complètement consacrée avec la loi du 2 mars 1982¹¹⁴ et la révision constitutionnelle de 2003¹¹⁵ qui en introduisant le principe de l'organisation décentralisée de la République à l'article premier de la Constitution, a marqué « l'irréversibilité du processus »¹¹⁶. Pourtant, malgré ces différentes réformes et la

¹¹¹ V. par exemple, C. L. V. de Broglie, *Les Vues sur les gouvernements de la France* Paris : M. Lévy frères, 1870 ; Prévost-Paradol, *La France nouvelle*, Paris : C. Lévy, 1884 ; C. de Rémusat, *Politique libérale ou fragments pour servir à la défense de la Révolution française*, Paris, Michel Lévy frères, 1875 ; J. Simon, *La liberté politique*, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1881 ; E. Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir*, Paris : Charpentier et Cie, 1869 ; E. Laboulaye, *L'Etat et ses limites*, Paris : Charpentier, 1871 ; M. Odilon Barrot, *De la Centralisation et de ses effets*, Paris : Didier et Cie, 1870.

¹¹² L. Aucoc, « Les controverses sur la décentralisation administrative (étude historique) », *précit.*, p. 309 s.

¹¹³ J.-M. Ohnet, *Histoire de la décentralisation française*, Librairie Générale Française, 1996 ; P. Bodineau et M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, Que sais-je ?, PUF 1993 ; M. Verpeaux, *Droit des collectivités territoriales*, 2^{ème} Ed. PUF, 2008, coll. Major ».

¹¹⁴ La loi du 2 mars 1982 a ainsi contribué à renforcer la décentralisation avec la transformation de la région en collectivité territoriale de plein exercice, le transfert de l'exécutif départemental et régional au profit d'un élu et la suppression de la tutelle administrative. Cette loi est à l'origine d'un véritable programme législatif mis en place entre 1982 et 1986, lié notamment aux compétences des collectivités et au statut des acteurs locaux.

¹¹⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276, du 28 mars 2003, *relative à l'organisation décentralisée de la République* est marquée par l'expérimentation normative des collectivités territoriales (Article 72 alinéa 4 de la Constitution), la banalisation des statuts particuliers (Article 72-1 de la Constitution), la démocratie locale (Article 72-1 de la Constitution) ou encore les développements au nouveau droit des finances locales (Article 72-2 de la Constitution) ont contribué à renforcer la décentralisation.

¹¹⁶ G. Marcou, « Le bilan en demi-teinte de l'Acte II, Décentraliser plus ou décentraliser mieux ? », RFDA 2008 p. 295 s.

jurisprudence abondante du Conseil constitutionnel¹¹⁷ relative à la libre administration des collectivités territoriales, le poids de l'Etat continue à freiner le processus d'autonomisation des entités locales¹¹⁸. En témoigne par exemple les limites de l'autonomie fiscale effective des collectivités territoriales¹¹⁹.

Par ailleurs, l'actuelle réforme des collectivités marquée par la loi du 16 décembre 2010 ne témoigne-t-elle pas de la véracité de la pensée L. Aucoc ? En effet, la création du conseiller territorial et l'éventuel « dépérissement du département »¹²⁰ à terme, pourraient conduire à une diminution du nombre des élus locaux. Comme le précise G. Bigot, « le fait que l'on puisse penser la réduction du nombre des élus comme relevant d'une réforme des collectivités de l'Etat témoigne d'une reprise en main centralisatrice et d'un déclin des libertés publiques »¹²¹. De la même manière, l'« encadrement des financements croisés »¹²² lié à la limitation des excès des cofinancements par la réduction des possibilités de cumuls de subventions, instituée par la même loi ne témoignerait-elle pas, elle aussi, de « cette longue résistance de l'Etat central unitaire »¹²³ ?

Ainsi, au regard de l'ensemble de l'œuvre de l'auteur, se dégage une vision particulière relative aux fondements de l'Etat. L. Aucoc soutient également la théorie de la centralisation administrative qui influence encore aujourd'hui les réformes contemporaines. Toutefois, la pensée constitutionnelle de l'auteur concerne également l'organisation des pouvoirs publics.

¹¹⁷ H. Alcaraz, « Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Illustration des limites du contrôle de constitutionnalité », RFDA 2009 p. 497 s.

¹¹⁸ G. Marcou, « Le bilan en demi-teinte de l'Acte II. Décentraliser plus ou décentraliser mieux ? », RFDA 2008 p. 295 s.

¹¹⁹ V. Cousin, *L'autonomie fiscale des collectivités territoriales françaises de 1982 à nos jours*, thèse soutenue le 9 mai 2011, Université Nancy2.

¹²⁰ B. Faure, « Le regroupement départements-région. Remède ou problème ? », AJDA 2011, p. 86 s.

¹²¹ G. Bigot, « Collectivités territoriales de l'Etat : les enseignements de l'histoire », JCP A, n° 14, 4 avril 2011, p. 18.

¹²² A. Hastings-Marchadier, « L'encadrement des financements croisés : quel gage de responsabilisation ? », JCP A, n° 14, 4 avril 2011, 2136, p. 44 s.

¹²³ J.-M. Ohnet, « Vers un changement de modèle ? », in Institut de la décentralisation, *La décentralisation en France, L'état des politiques publiques, La dynamique des réformes locales, La dimension européenne*, La Découverte, Paris, 1996, p. 427.

II. L. Aucoc et l'organisation des pouvoirs publics

En 1834, c'est sur l'initiative de F. Guizot qu'a été créée la chaire du droit constitutionnel à la faculté de Paris où à l'époque on s'attachait notamment à l'étude de la Constitution c'est-à-dire à l'organisation et à la formation des pouvoirs publics. En effet, à cette époque, sont nées les grandes notions du droit constitutionnel comme la séparation des pouvoirs. L. Aucoc consacra ainsi la première partie de ses *Conférences* à l'étude de l'organisation des pouvoirs publics. À cette occasion, il analysera plus particulièrement les deux pouvoirs, législatif et exécutif (A) ainsi que les deux autorités, administrative et judiciaire (B).

A. Les deux pouvoirs législatif et exécutif

L. Aucoc décrit avec précision l'étendue des pouvoirs législatif et exécutif. En l'espèce, il s'agira de mettre l'accent sur l'action de ces deux pouvoirs l'un sur l'autre (1) et sur une institution particulière au service de ces deux pouvoirs : le Conseil d'Etat (2).

1. L'action des deux pouvoirs législatif et exécutif l'un sur l'autre

Dans le premier tome de ses *Conférences*, L. Aucoc consacre un chapitre au principe de la séparation des pouvoirs. Si les deux dernières éditions consacrent de plus longs développements que la première, l'auteur attire davantage l'attention sur l'origine du principe. En effet, il relève la confusion des pouvoirs sous l'ancienne monarchie ; confusion qui disparaît en 1789 lorsque l'Assemblée constituante posa en principe « qu'une société, dans laquelle la garantie des droits n'était pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'avait pas de Constitution »¹²⁴.

L'auteur revient sur la portée du principe issu de la théorie de Montesquieu¹²⁵. En effet, pour que « les citoyens ne puissent être opprimés, le pouvoir de faire la loi, celui de l'exécuter par des mesures gouvernementales, et celui de juger les contestations qui s'élèvent pour l'application des lois civiles ou des lois pénales, ne doivent pas être réunis dans la même main »¹²⁶. Néanmoins, la séparation peut-elle être absolue entre les pouvoirs législatif et exécutif ?

L. Aucoc, rend compte des différents débats lorsqu'il s'agissait de faire la première application du principe. Deux tendances s'affrontaient à l'Assemblée. L'une incarnée notamment par Mounier, prônait une séparation modérée sur l'exemple de la Constitution anglaise. En effet, « pour que [les pouvoirs] restent à jamais divisés, il ne faut pas les séparer

¹²⁴ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹²⁵ Montesquieu, par R. Derathé, *De l'esprit des lois*. 2 [Texte imprimé] / Montesquieu, 1973, Paris, Parnier : chapitre VI du livre XI.

¹²⁶ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 2^{ème} Ed., p. 48.

entièrement »¹²⁷. C'est la position que partage L. Aucoc. C'est également celle qui influencera la Constitution de 1958, construite sur une séparation souple des pouvoirs¹²⁸. L'auteur dénonce ainsi les solutions « extrêmes »¹²⁹, incarnée par Lanjuinais ou A. Lameth par exemple, liées à une séparation absolue qui causa l'échec de la Constitution des 3-14 septembre 1791. En effet, « le pouvoir législatif dût être exercé exclusivement par les députés choisis par la nation. Le roi n'intervenait dans l'œuvre législative que pour donner un consentement ou une sanction »¹³⁰. Le pouvoir exécutif quant à lui « dût être exercé exclusivement, sous l'autorité du droit, par des ministres responsables devant le corps législatif qui ne pouvaient pas être membres de l'assemblée »¹³¹. Le pouvoir judiciaire, confié à des juges élus par le peuple ne pouvait plus désormais usurper les fonctions législatives, ni empiéter sur les fonctions du pouvoir exécutif dont le contrôle était réservé au pouvoir législatif.

Cependant, L. Aucoc s'intéresse moins à la théorie de la séparation des pouvoirs qu'à sa pratique. Il fait ainsi le constat suivant : en dehors des périodes de dictature pendant lesquelles les principes cessent de recevoir leur application, le pouvoir législatif est distinct du pouvoir exécutif, comme l'autorité judiciaire. Si l'organisation de ces rapports a varié en fonction des différents régimes de 1791 à la III^e République, l'auteur propose néanmoins une constante propre à toute séparation des pouvoirs. « En général, les ministres sont responsables devant les assemblées législatives et ces assemblées arrivent à exercer une influence (...) sur leurs actes ou leur nomination par les votes qui constatent qu'elles approuvent ou qu'elles refusent leur confiance »¹³².

Toutefois, dans ses *Conférences*, l'auteur a concentré ses travaux sur les Constitutions liées à l'avènement de second Empire et de la III^e République. Ainsi, à travers l'étude des pouvoirs législatif et exécutif, il retrace l'évolution de la séparation des pouvoirs en fonction des législations. Sous le second empire, « la séparation n'est plus aussi rigoureuse que la Constitution l'aurait voulu », précise l'auteur. Le chef de l'exécutif participe largement à la confection des lois par la sanction et l'initiative. Cependant, l'autorité judiciaire ne peut empiéter sur le domaine du législateur. Les assemblées qui concourent à la confection des lois ne pourraient pas prendre des mesures rentrant dans le domaine exécutif. Néanmoins, il existe certains moyens pour assurer cette relative séparation des pouvoirs¹³³. En effet, en principe, il y a incompatibilité entre les fonctions administratives et judiciaires. De plus, la loi déclare qu'il y a forfaiture dans le fait des juges qui troubleraient les opérations des corps administratifs et qui citeraient devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Par ailleurs, l'administration est autorisée à revendiquer devant l'autorité judiciaire les

¹²⁷ L. Aucoc, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, impr. De E. Colas (Paris), 1879, p. 7.

¹²⁸ Conférence de presse du général de Gaulle, 31 janvier 1964 (Extraits),

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/cohabitation/de-gaulle-1964.shtml>

¹²⁹ L. Aucoc, *Rapport sur le concours relatif à la séparation des pouvoirs*, impr. De E. Colas (Paris), 1879, p. 7.

¹³⁰ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1869, p. 45, n° 22.

¹³¹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1869, p. 45, n° 22.

¹³² L. Aucoc, *Conférences précit.*, 2^{ème} Ed., p. 49.

¹³³ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1869, p. 70, n° 38.

contestations qu'elle considérerait comme rentrant dans sa propre compétence : droit d'élever le conflit. Enfin, les agents de l'administration ne peuvent être traduits devant les tribunaux pour faits relatifs à leurs fonctions sans une autorisation de leurs supérieurs hiérarchiques. Toutefois, l'auteur montre que la séparation des pouvoirs est plus effective sous la III^e République. En effet, les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels. Le Président de la République n'est responsable qu'en cas de haute trahison. Le Sénat peut être constitué en cour de justice pour juger soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'Etat¹³⁴. Dans ce cas, c'est la Chambre des députés qui met en accusation le Président de la République et les ministres¹³⁵. Enfin, le Président de la République peut, sur l'avis conforme du Sénat, dissoudre la Chambre des députés¹³⁶.

Ainsi, L. Aucoc évoque déjà dans son œuvre, la délicate question de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, l'auteur concentrera davantage son attention sur les institutions liées aux pouvoirs législatif et exécutif.

2. Une institution particulière au service des deux pouvoirs : le Conseil d'Etat

Dans ses *Conférences*, L. Aucoc consacre un chapitre particulier relatif à l'organisation du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, du Second Empire¹³⁷ à la III^e République¹³⁸. Toutefois, il ne s'agira pas en l'espèce d'analyser l'organisation complète de ces deux pouvoirs telle qu'elle a été établie par l'auteur. Cette étude se concentrera sur la spécificité du travail de l'auteur lié au rôle d'une institution particulièrement importante en matière législative et exécutive : le Conseil d'Etat.

Le rôle du Conseil d'Etat en matière législative a été décisif sous les régimes sous le Consulat et l'Empire. En effet, l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire an VIII dispose qu'« il est chargé, sous la direction des Consuls, de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique ». Par ailleurs, les conseillers d'Etat, désignés par le Gouvernement, peuvent présenter les projets de loi et en soutenir la discussion devant le Tribunat et le Corps législatif¹³⁹. Ainsi, L. Aucoc fait remarquer que « des attributions du Conseil du Roi d'avant 1789, le Conseil d'Etat n'avait perdu que le contrôle suprême des actes des tribunaux de l'ordre judiciaire, réservé à la Cour de cassation ; il avait même de

¹³⁴ Article 9 de la loi du 24 février 1875.

¹³⁵ Article 12 de la loi du 16 juillet 1875.

¹³⁶ Dans ce cas, les collèges électoraux sont convoqués pour de nouvelles élections dans le délai de trois mois : article 5 de la loi du 26 février 1875.

¹³⁷ L. Aucoc, *Conférences précit.* 1^{ère} Ed, 1869.

¹³⁸ L. Aucoc *Conférences précit.*, 2 et 3^{ème} Ed. 1885.

¹³⁹ L'arrêté du 5 nivôse an VIII, portant règlement sur l'organisation du Conseil d'Etat.

nouvelles attributions en certaines matières »¹⁴⁰. Sous la Constitution de 1848, le Conseil d'Etat désormais élu par l'Assemblée nationale¹⁴¹, est appelé à participer largement à la préparation des lois. En effet, d'après la Constitution et la loi du 3 mars 1849, le Gouvernement est tenu de lui soumettre tous ses projets de loi¹⁴². Il pouvait lui confier le soin de rédiger des projets de loi sans lui en fournir les bases et le consulter sur les projets d'initiative parlementaire. De son côté, l'Assemblée nationale pouvait lui demander son avis sur les projets d'initiative parlementaire et sur les projets émanés du Gouvernement qui n'avaient pas été soumis à son examen¹⁴³. L'auteur souligne que des travaux considérables au point de vue législatif furent élaborés par le Conseil d'Etat de 1849. En effet, l'Assemblée générale avait adopté, après de longues délibérations, plus de soixante projets de loi importants¹⁴⁴. Sous le Second Empire, le Conseil d'Etat¹⁴⁵, rédige les projets de loi et en soutient la discussion devant le Corps législatif¹⁴⁶. Tous les projets de loi étaient soumis au Conseil, y compris les lois de finances. L'Article 40 de la Constitution prévoyait également que « tout amendement adopté par la commission chargée d'examiner un projet de loi devait être renvoyé, sans discussion, au Conseil d'Etat par le président du Corps législatif, et que, si l'amendement n'était pas adopté par le Conseil, il ne pouvait être soumis à la délibération du Corps législatif »¹⁴⁷. Plus tard, la loi du 24 mai 1872 confère au Conseil d'Etat des attributions relatives à la préparation des lois. Si elles sont moins étendues que celles confiées par la Constitution du premier Empire, le Conseil d'Etat donne néanmoins son avis sur les projets de loi d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer. Enfin, sous la IIIe République, la loi du 16 juillet 1875 permet aux ministres de se faire assister, pour la discussion d'un projet de loi déterminé, par des commissaires désignés par décret du Président de la République.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat conserve encore un rôle en matière législative. En tant que conseiller du Gouvernement il examine les projets de loi conformément à l'article 39 de la Constitution et les projets d'ordonnance¹⁴⁸, avant qu'ils ne soient soumis au Conseil des ministres. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008¹⁴⁹, le Conseil d'Etat peut

¹⁴⁰ L. Aucoc, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel, Etude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie Nationale, 1876, p. 90 et 91.

¹⁴¹ L'Article 71 de la Constitution du 4 novembre 1848.

¹⁴² Sauf les lois de finances, celles qui portaient ratification des traités et les projets d'urgence.

¹⁴³ A l'époque, Le Conseil d'Etat est divisé en trois sections : législation (pour la préparation des projets de loi d'intérêt général), administration et contentieux.

¹⁴⁴ Parmi ceux qui lui font le plus d'honneur, on peut citer le projet de loi sur l'administration intérieure, divisée en quatre livres, concernant les communes, les cantons, les départements et les conseils de préfecture, et dont les exposés de motifs avaient été rédigés par MM. Vivien, Vuitry, Tourangin et Boulatignier : L. Aucoc, *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, précit.* p. 127.

¹⁴⁵ Divisé en six sections : Législation - justice et affaires étrangères, Contentieux, Intérieur - instruction publique et cultes, Travaux publics - agriculture - commerce, Guerre et marine, finances.

¹⁴⁶ Article 1^{er} du décret organique du 25 janvier 1852.

¹⁴⁷ Ainsi, entre 1852 et 1866 L. Aucoc révèle que le Conseil d'Etat a examiné 30 sénatus-consultes, 305 projets de loi et 924 amendements à ces projets de loi, sur lesquels 842 avaient été adoptés en entier.

¹⁴⁸ Article 38 de la Constitution de 1958.

¹⁴⁹ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*.

également être saisi pour avis par le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat de toute proposition de loi déposée sur le bureau de l'une des deux assemblées avant son examen en commission. L'auteur de la proposition de loi peut produire des observations et éventuellement prendre part, avec voix consultative, à la séance au cours de laquelle la section compétente délibère sur l'avis que le Conseil rendra. Il est informé de l'avis rendu par le Conseil d'État. Enfin, la réforme précitée de 2008, modifiant l'article 61 de la Constitution, permet à tout justiciable de contester, au cours d'une instance devant une juridiction de l'ordre administratif, l'application d'une disposition législative qu'il estime porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution¹⁵⁰.

En matière exécutive désormais, le Conseil d'Etat prépare un grand nombre d'actes de l'Empereur sous le Second Empire. Il donne également son avis aux ministres lorsqu'il est consulté par eux, sur des questions relatives aux affaires de l'administration. L. Aucoc a particulièrement étudié le rôle du Conseil d'Etat dans la marche des pouvoirs publics et explique que les « rois de France ont leur Conseil d'Etat »¹⁵¹. Au XIII^e siècle en effet, le Parlement était sédentaire. Il s'agissait d'un démembrement du Conseil du roi. Jusqu'au XV^e siècle, le Conseil du roi était surtout occupé aux affaires de gouvernement. Toutefois, le roi s'était réservé le droit de juger quand il lui plaisait et il attirait à son Conseil les affaires dans lesquelles la politique ou l'intérêt du Trésor était engagée. À dater du XVI^e siècle, le Conseil du roi est appelé à se prononcer sur la législation, les questions de gouvernement, de finances et d'administration. Il exerce également un contrôle sur les Parlements et statue sur des contestations où l'administration est engagée. En 1789, Le Conseil du roi comprend quatre assemblées distinctes : le Conseil d'Etat, le Conseil des dépêches¹⁵², le Conseil royal des finances et du commerce¹⁵³ et le Conseil privé ou des parties¹⁵⁴. Le Conseil d'Etat s'occupait des affaires politiques, des questions relatives aux rapports avec les puissances étrangères. Supprimé en 1790, il réapparaît avec la Constitution du 22 frimaire en VIII qui le charge de rédiger les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élevaient en matière d'administration. Le Conseil d'Etat permettra à l'Empereur Napoléon 1^{er} d'accomplir d'« immenses travaux »¹⁵⁵. Il a en effet pour rôle de diriger la marche des services publics par les règlements d'administration publique. Il contrôle par l'examen des affaires de toute nature et exerce la juridiction suprême en matière de contentieux administratif. Le Conseil d'Etat, issu de la Constitution républicaine de 1848 fut quant à lui chargé par l'Assemblée de contrôler le gouvernement. Ce n'est plus le chef de l'Etat qui nomme ses membres mais l'Assemblée nationale. Comme l'explique Saint-Girons¹⁵⁶, lorsque

¹⁵⁰ V. sur la question prioritaire de constitutionnalité : L. Bugorgue-Larsen, « Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité », RFDA 2009, p. 747 s. ; S.-J. Liéber et D. Botteghi, « Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ? », AJDA 2010 p. 1355 s.

¹⁵¹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 115, n° 72.

¹⁵² Pour plus de détail sur cette institution, v. L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 117, n° 72

¹⁵³ Pour plus de détail sur cette institution, v. L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 117, n° 72

¹⁵⁴ Pour plus de détail sur cette institution, v. L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 118, n° 72

¹⁵⁵ pour remettre de l'ordre dans l'administration des départements et des communes : L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 120, n° 74.

¹⁵⁶ A. Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, Libraire-éditeur, 1881, p. 448 s.

le pouvoir central est détenu par l'exécutif, ses membres sont nommés par le chef d'Etat. Lorsqu'il émane du législatif, il est élu par l'Assemblée. Sous le second Empire, le Conseil d'Etat reprend le même rôle que sous la constitution de l'an VIII¹⁵⁷. Pouvant être présidé à son bon vouloir par l'empereur, tous ses membres sont nommés et révoqués par lui. Il rédige les règlements d'administration publique et prépare les décrets qui statuent sur les demandes tendant à obtenir l'autorisation de poursuivre les agents du gouvernement devant l'autorité judiciaire. L'importance politique¹⁵⁸ du Conseil d'Etat sous le second Empire entraîna sa suspension lors de la révolution du 4 septembre 1870. Le législateur le fera revivre ensuite en 1872. Réorganisé à de multiples reprises¹⁵⁹, il est composé notamment de ministres et de conseillers d'Etat puis présidé par le Gardes Sceaux. En matière administrative, le Conseil d'Etat donne son avis sur les règlements d'administration¹⁶⁰. Il est associé à la surveillance du gouvernement sur les actes de différentes natures qu'entraîne la pratique des cultes.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat joue encore le rôle de conseiller du Gouvernement. Il connaît par exemple des projets ou décrets les plus importants. Son avis porte sur la régularité juridique des textes¹⁶¹, leur forme et leur opportunité non politique mais administrative. Lorsqu'il est saisi pour avis, la question est renvoyée à l'une des cinq sections administratives¹⁶². Il adresse chaque année au Président de la République un rapport public qui peut contenir des propositions de réformes destinées à améliorer l'organisation ou le fonctionnement de l'administration ou les lois et règlements en vigueur¹⁶³.

Ainsi, L. Aucoc a examiné les rapports entre les pouvoirs législatif et exécutif. Toutefois, son œuvre met également l'accent sur les deux autorités administrative et judiciaire.

¹⁵⁷ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 122, n° 74.

¹⁵⁸ L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 1885, p. 154.

¹⁵⁹ Loi du 25 février 1875 et Loi du 13 juillet 1879.

¹⁶⁰ Article 8 de la loi du 24 mai 1872.

¹⁶¹ V. par exemple l'avis du Conseil d'Etat lorsque s'est posé la question de la compatibilité du port du foulard dit islamique avec le principe de laïcité à l'école publique : CE, Avis, 27 novembre 1989, n° 346893, sur le principe de laïcité et le port d'insignes religieux à l'école, AJDA 1990, p. 45, note J.-P.C. ; J. Rivero, « L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 27 novembre 1990 », RFDA 1990, p. 5.

¹⁶² Intérieur, finances, sociale, travaux publics et administration . Cette dernière section a été créée par le décret du 6 mars 2008.

¹⁶³ La section des rapports et études prépare ce rapport annuel ainsi que d'autres études. Elle intervient également dans l'exécution par l'administration des décisions des juridictions administratives.

B. Les deux autorités administrative et judiciaire

Considérée comme un droit essentiel de la couronne sous l'Ancien Régime, l'autorité judiciaire devint avec l'Assemblée constituante, une des attributions de la souveraineté et non du pouvoir exécutif proprement dit. Les Constitutions républicaines ont fait de l'autorité judiciaire un pouvoir distinct, contrairement aux Constitutions monarchiques où elle était considérée comme une branche du pouvoir exécutif¹⁶⁴. A cet égard, L. Aucoc considère en pratique que l'autorité judiciaire a été indépendante des autorités administrative et gouvernementale dans toutes les Constitutions. En effet, « lors même que la justice se rend au nom du roi ou de l'empereur au lieu de se rendre au nom du peuple, les juges n'en sont pas moins les organes du chef de l'Etat. Ils sont complètement libres dans l'exercice du pouvoir qui leur est délégué »¹⁶⁵. Il suit de là que les citoyens ne sont pas privés des garanties que la séparation des pouvoirs a pour but de leur assurer et que l'appartenance de l'autorité judiciaire à l'exécutif est sans importance.

Toutefois, il faut remarquer que c'est la puissance de cette autorité sous l'ancien régime qui a conduit à l'encadrer strictement à partir de 1789. En effet, se substituant d'office aux Etats généraux, les Parlements s'arrogeaient le droit de contrôler les actes législatifs du souverain et l'établissement des impôts. Ils envahissaient également le domaine des autorités gouvernementale et administrative par leurs arrêts de règlement¹⁶⁶ et par les injonctions qu'ils adressaient aux agents de la royauté « en les citant à leur barre »¹⁶⁷. C'est en réaction à ces excès qu'à partir de 1789, l'autorité judiciaire a été strictement encadrée par les différentes Constitutions. Les arrêts de règlement prohibés, sa mission consiste principalement à appliquer la loi aux contestations qui s'élèvent dans la société. Elle vise à « reconnaître les droits et les obligations qui dérivent pour les particuliers, soit des règles du droit privé, soit des contrats passés dans les conditions du droit privé, et à appliquer les peines édictées contre les particuliers qui enfreignent les lois et les règlements »¹⁶⁸. Suite à la réorganisation constitutionnelle opérée par la révolution de 1789, et par les lois des 16-24 août 1790, 7-11 septembre 1790, 7-14 octobre 1790, 27 avril-25 mai 1791 et 16 fructidor an III, la mission de l'autorité judiciaire ne s'étend pas à toutes les contestations que soulève l'application de la loi. La règle de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire limite l'action de celle-ci aux contestations où l'intérêt privé seul est engagé¹⁶⁹. Les contestations liées à l'intérêt public relèvent quant-à elles de l'autorité administrative.

¹⁶⁴ De nombreux publicistes pensaient que l'autorité judiciaire constituait une branche du pouvoir exécutif : H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, ch. 1^{er} ; Bonjean, *Encyclopédie des lois*, t. Ier, v^o Administration, ch. 1^{er} ; A. Blanche, *Dictionnaire général d'administration*, v^o Autorité judiciaire. Références citées par L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 372 et 373, n^o 213.

¹⁶⁵ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 372 et 373, n^o 213.

¹⁶⁶ V. sur les arrêts de règlement : Y. Gaudemet, « L'arrêt de règlement dans le contentieux administratif », Mél. D. Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 387 s.

¹⁶⁷ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 2^{ème} Ed., p. 47, n^o 20.

¹⁶⁸ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 376, n^o 215.

¹⁶⁹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 373, n^o 214.

Cependant, au XIX^e siècle, l'administration était définie comme l'exercice du pouvoir exécutif sous un régime de puissance publique. Ainsi, la justice administrative se confondait avec l'administration, liée au prolongement de l'exécutif. En effet, si les constituants aux premiers temps de la Révolution ont décidé de séparer les fonctions de justice et d'administration¹⁷⁰, par opposition avec l'ancien régime, la question du contentieux de l'administration s'inscrit dans le prolongement de l'administration active par la loi des 6-7, 11 septembre 1790, prise en complément des lois d'août 1790. Ainsi, dès l'origine, le contentieux administratif est dans le prolongement organique de l'exécutif, en témoigne l'article 1, chapitre IV de la Constitution de 1791 selon lequel « Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du Roi. Le Roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume ». Dans ce prolongement, la doctrine du XIX^e rend compte de l'étroitesse des rapports entre justice administrative et pouvoir exécutif. Il en est ainsi par exemple pour J.-B. Sirey¹⁷¹, Cormenin¹⁷² ou encore M. Block¹⁷³ sous le second Empire.

Ainsi, L. Aucoc explique que la création de la juridiction administrative a été principalement motivée par la nécessité de laisser à l'administration sa liberté d'action sous le contrôle du pouvoir législatif. Cet argument en faveur d'une juridiction spécial a été le même que ce qui a déterminé avant tout l'Assemblée constituante de 1789, lorsqu'elle a interdit à l'autorité judiciaire de connaître des actes administratifs. L'Assemblée constituante ne voulait pas que l'autorité administrative pût être dirigée par d'autres que par elle. C'est pour cela qu'elle a décidé que « le pouvoir administratif serait indépendant de l'autorité judiciaire, et qu'après avoir détruit toutes les juridictions administratives de l'ancien régime, elle a reconstruit à nouveau une juridiction administrative »¹⁷⁴. Autrement dit, « si la justice administrative ne gravite pas dans l'orbite de l'autorité judiciaire, c'est parce qu'elle n'a pas pour première fonction la reconnaissance et la garantie des droits mais le maintien de l'ordre au sein du pouvoir administratif »¹⁷⁵.

¹⁷⁰ loi des 16-24 août 1790.

¹⁷¹ « Vouloir que la justice administrative cesse d'être sous l'influence du gouvernement [...] c'est oublier quelle est la nature, quel est l'objet, et quels sont les moyens de la justice administrative [...]. Dans une foule de cas, où les lois civiles sont inapplicables, et où les règlements sont muets, la justice administrative doit s'élever jusqu'à la raison d'Etat ; elle doit pressentir, deviner, interpréter, la pensée gouvernementale, celle qui dirige également l'administration et la justice, vers le maintien de tous les droits, vers tous les genres d'intérêts ou d'utilité. Interprète du gouvernement, et dirigée par ses règlements, la justice administrative pourrait-elle n'être pas sous son influence ! » : J.-B. Sirey, *Du Conseil d'Etat selon la Charte constitutionnelle, ou notions sur la justice d'ordre politique et administratif*, Paris, Cour du Harlay, 1818, p. 462 et 463.

¹⁷² « Les usurpations d'un Conseil d'Etat amovible, dépendant, salarié, qui n'existe que par la seule volonté du prince, qui ne peut s'assembler et se mettre en mouvement de lui-même, qui reçoit du ministère son impulsion et sa direction, qui est surveillé par l'oeil jaloux et sans cesse ouvert des deux chambres toutes puissantes, et par les ministres qui sont, avant tous les autres, intéressés à réprimer ses moindres entreprises ? » : L.-M. de Cormenin, *Du Conseil d'Etat, préc.*, p. 47-48. L.-M. de Cormenin, *Du Conseil d'Etat envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris, Hérisant Le Doux, 1818, p. 47 et 48.

¹⁷³ M. Block, *Dictionnaire de l'administration publique*, Paris, Berger-Levrault, 1862, v^o Administration, p. 15, 25 et 26.

¹⁷⁴ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 438, n^o 269.

¹⁷⁵ G. Bigot, « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif, (Définir le droit administratif /2) », RFDA 2003 p. 435 s.

Cependant, L. Aucoc invoque d'autres arguments en faveur de la juridiction administrative tels que « l'intérêt public qui imposerait des sacrifices à l'intérêt privé »¹⁷⁶ ou encore l'intérêt des « citoyens »¹⁷⁷. Pour l'auteur, le juge du contentieux administratif est d'autant plus propre à remplir sa mission qu'il est lui-même mêlé à la pratique des affaires administratives. La nécessité d'une répression sûre, prompte, énergique des atteintes portées aux droits de l'Etat justifie donc la création cette juridiction spéciale.

L'auteur met également l'accent sur la difficile autonomie de la juridiction administrative par rapport à l'administration active. En effet, depuis le rétablissement du Conseil d'Etat en l'an VIII, jusqu'à 1872, sauf pendant un intervalle de trois ans, de 1848 à 1852, les lois sur l'organisation du Conseil d'Etat n'appelaient le Conseil qu'à donner un avis, en matière contentieuse comme en matière d'administration pure. C'était le chef de l'Etat qui exerçait la juridiction administrative suprême, et il avait le droit de prendre une décision contraire à celle que lui proposait le Conseil d'Etat. Revenant ainsi dans ses *Conférences* sur l'histoire de la justice retenue¹⁷⁸ et la théorie des ministres juges¹⁷⁹, il souligne néanmoins les limites de la « dictature »¹⁸⁰ administrative dans le règlement du contentieux. Il rappelle en effet que bien avant l'avènement de la loi du 24 mai 1872, « l'usage s'était établi depuis longtemps d'appeler arrêts du Conseil les décisions prises par le chef de l'Etat sur la proposition du Conseil d'Etat délibérant au contentieux »¹⁸¹ car dans la pratique, il ne s'opposait quasiment jamais aux choix de celui-ci. Parallèlement à cela, les évolutions recours pour excès de pouvoir¹⁸² et les controverses sur la question de savoir dans quel cas les agents de l'administration font des actes de juridiction¹⁸³ amènent l'auteur à prendre position en faveur de la juridiction administrative, qui parachève son évolution avec l'arrêt *Cadot*¹⁸⁴. Néanmoins, c'est bien la loi du 24 mai 1872 qui donne au Conseil d'Etat l'organisation qui est

¹⁷⁶ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 438, n° 269. V. également pour le même point de vue, M. Vivien, *Etudes administratives*, 3^{ème} Ed., Paris, Librairie de Guillaumin & Cie, t. I, 1859, p. 140 s.

¹⁷⁷ « l'expérience a montré que les magistrats de l'autorité judiciaire qui sont appelés à appliquer certaines parties de la législation administrative se laissent aller à un excès d'indulgence ou à un excès de rigueur également regrettables » : L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 440, n° 269.

¹⁷⁸ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 656 s.

¹⁷⁹ L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 656 s.

¹⁸⁰ G. Bigot, « La dictature administrative au XIX^e siècle : théorie historique du droit administratif, (Définir le droit administratif /2) », RFDA 2003 p. 435 s.

¹⁸¹ G. Dufour, *Traité général de droit administratif appliqué ou Exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, 2^{ème} Ed., Paris, Cotillon, 1854. Il signale que deux affaires dans lesquelles la solution proposée par le Conseil n'a pas été adoptée, sans toutefois qu'il ait été rendu une décision en sens contraire. L. Aucoc précise que sous la Monarchie de Juillet, en 1840, le roi refusa un projet de décision du Conseil sur une instance engagé par la liste civile contre des propriétaires qui prétendaient avoir des droits de vue, d'accès et d'égout sur le bois de Vincennes. : L. Aucoc, *Conférences précit.*, p. 657, note de bas de page n° 1.

¹⁸² L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 510 s., n° 295.

¹⁸³ « Il y a intérêt à ne pas entrevoir les préjugés contre la juridiction administrative, en présentant les ministres comme juges dans une foule d'affaires où ils sont incontestablement parties » : L. Aucoc, *Conférences précit.*, 1885, p. 616, n° 334. Sur ce point, v. plus généralement, 1885, chapitre III relatif aux agents de l'administration considérés comme juges, p. 605 s., n° 332 à 339.

¹⁸⁴ CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, GAJA, n° 6, R 509, 1148, concl. Jagerschmidt ; D. 1892.3.17, concl. Jagerschmidt ; S. 1892.3.17 note M. Hauriou : disparition des dernières traces de la théorie du ministre-juge . Il fait du Conseil d'Etat la juridiction de droit commun en matière administrative. Il peut être saisi par un administré sans qu'un texte spécial soit nécessaire pour le permettre.

encore la sienne aujourd'hui. Depuis, celui-ci n'a cessé de s'affirmer comme le garant des libertés et du fonctionnement régulier de l'administration, conciliant au mieux les intérêts de l'État et ceux des justiciables. Ainsi, outre le changement de titre du commissaire du gouvernement, appelé désormais « rapporteur public» depuis le décret du 7 janvier 2009, le décret du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'État clarifie son rôle en établissant une stricte séparation entre ses formations consultatives et juridictionnelles.