

Compte-rendu de lecture, Grégoire Bigot, Ce droit que l'on dit administratif Etudes d'histoire du droit public

Lionel Zevounou

► **To cite this version:**

Lionel Zevounou. Compte-rendu de lecture, Grégoire Bigot, Ce droit que l'on dit administratif Etudes d'histoire du droit public. 2017. hal-01630770

HAL Id: hal-01630770

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01630770>

Submitted on 28 Nov 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Compte-rendu de lecture :
**G. Bigot, *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, ed.
La Mémoire du Droit, 2015, 373 p.**

Par Lionel Zevounou

Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public, se présente comme un recueil d'articles. Il est en réalité bien davantage. On a entre les mains un ouvrage dont la ligne directrice entend déconstruire un certain nombre de mythes du droit administratif. De la distinction droit public, droit privé à l'exorbitance en passant par la personnalité juridique, rien de ce qui constitue les principes fondateurs de la matière n'échappe au regard incisif de l'auteur. Comme l'indique la préface, l'ouvrage s'inscrit dans le sillage d'une tradition critique. C'est moins pour sa qualité de spécialiste d'histoire du droit qu'est Grégoire Bigot que l'on a apprécié ce livre fort érudit qu'en tant que juriste de droit public intéressé par des questions théoriques. Grégoire Bigot n'est bien entendu pas le seul à s'inscrire dans une telle approche critique, que l'on pense aux travaux désormais si souvent mobilisés de Charles Eisenmann¹ ou, plus récemment, de Jacques Caillosse². La singularité de l'ouvrage de Grégoire Bigot provient moins de la méthode critique que d'un point de vue ancré (entre autres) dans l'héritage de Tocqueville. Démythifier le droit administratif tel que l'envisage l'ouvrage, c'est prendre conscience que le droit administratif et son juge sont avant tout au service d'une certaine conception de « l'État de droit »³, où l'Administration est juridiquement placée à égalité avec le citoyen devant la règle de droit.

Critique, l'ouvrage de Grégoire Bigot l'est d'abord d'une certaine manière de penser le droit administratif contemporain. Par là, il faut entendre une certaine *doxa* qui bien souvent néglige – peut-être serait-il juste de dire : feint de négliger – la force des représentations de l'État qu'elle véhicule. La référence de l'auteur aux travaux de Bourdieu ou de Pierre Legendre est à cet égard des plus pertinentes. Cet « État », objet du droit administratif « (...) *jouit en effet de ce privilège de l'adhésion spontanée dont la recherche universitaire par principe doit se méfier afin de démêler le rationnel de l'instinctif* » (p. 20). Le lien établi par l'auteur entre cette *Soumission librement consentie*⁴ envers l'État républicain et le fonctionnement d'une monarchie pontificale apparaît d'autant plus éclairant. La figure de l'autorité papale aurait été remplacée en substance par celle de l'État⁵. Le chapitre consacré à l'exorbitance illustre cette affirmation. La filiation entre théologie politique sous la monarchie et pouvoir administratif sous la révolution ne fait guère de doute au regard de l'analyse proposée par l'auteur (p. 87-118). La transcendance qu'incarne le pouvoir administratif constitue l'une des causes explicatives de la prédominance de l'administration sur l'autorité judiciaire. L'exorbitance ne serait, en définitive, que l'autre nom de cette nouvelle théologie politique façonnée par la révolution. Cette filiation aurait d'ailleurs pu être davantage explicitée dans un contexte où tout laisse entendre que nous serions désormais entrés dans une ère de défiance vis-à-vis de l'État. De là, l'interrogation suivante : « l'État » dont parle la doctrine publiciste a-t-il encore une prise sur le réel ? Rien n'est moins sûr.

¹ C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tomes 1 et 2, réed. Paris, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », 2013.

² J. Caillosse, *L'État du droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et Société », 2015.

³ On pourrait d'ailleurs rapprocher cette acception de l'État de droit avec celle défendue outre-manche par Dicey : R. A. Cosgrove, *The Rule of Law : Albert Venn Dicey, a Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980. La critique de Dicey ne vise pas, on le rappelle, à nier l'existence d'un corps de règles appliquée à l'Administration, mais bien plutôt la doctrine de la séparation des pouvoirs fondant l'interdiction faite aux Tribunaux civils de connaître d'affaires intentées contre l'Administration et ses représentants.

⁴ Nous reprenons ici le titre de l'ouvrage célèbre de R-V. Joule et J-L Beauvois, *La soumission librement consentie*, Paris, PUF, 6^e ed., 2010.

⁵ E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi*, Paris, Gallimard, 1989 ; P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Paris, Seuil, coll. « champ freudien », 2005.

Critique, l'ouvrage de Grégoire Bigot l'est encore de l'instrumentalisation de l'histoire à des fins de justifications du droit administratif. L'histoire des juristes n'est en effet pas celle de l'histoire des historiens⁶. Au-delà de la célèbre décision du Conseil constitutionnel « Conseil de la concurrence »⁷, la tentation a toujours été présente d'asseoir la légitimité de la juridiction administrative sur des récits mythifiés. Au nombre de ces mythes, la naturalisation de l'existence d'une justice administrative ancrée dans la « tradition républicaine ». C'est à juste titre que l'auteur met en regard les débats relatifs à la justice administrative et les libéralismes ; les libéralismes dont il est ici question se référant aux différents courants de libéralismes politiques qui se développent de 1814 à 1872⁸. Si les Chartes remettent au goût du jour un certain nombre de libertés proclamées sous la révolution de 1789, le contexte de libéralisme politique dans lequel elles sont adoptées s'oppose frontalement à l'instauration d'un système « juridictionnel » où l'Administration se juge elle-même. Comment, dans un régime qui proclame son attachement au primat de la liberté individuelle et politique, est-il possible de concilier l'inconciliable : la reconnaissance, dans une certaine mesure, des droits naturels consacrés en 1789 et le maintien d'un système administratif hérité de l'Empire ?

Un passage éclairant de l'ouvrage témoigne de la critique adressée alors au Conseil d'État : « (...) *la justice administrative ne peut être une justice parce qu'elle est administrative : elle n'offre aucune des garanties de la justice consacrée par la Charte, notamment pour ce qui concerne le statut de ses membres, inféodés au pouvoir. Enfin le règlement des droits par une justice administrative serait potentiellement liberticide dans la mesure où, ne reposant sur aucun code, sur aucun corps de lois organisés, le droit administratif, purement discrétionnaire, ne serait pas du droit* » (p. 227). La confusion des pouvoirs alimente les critiques adressées à la juridiction administrative : non seulement lorsque le juge administratif doit trancher des litiges mais aussi dans l'utilisation stratégique de la procédure d'élévation d'un conflit (p. 230-231). Tocqueville en particulier s'attache à dénoncer l'assimilation que fait Macarel entre justice retenue et justice de droit commun. Cette dénonciation s'inscrit dans une critique plus globale – et déjà visionnaire – « *de la démocratie par l'administration d'État* » (p. 240). Cette expression rend compte de la tension entre administration et liberté. La reconnaissance de l'égalité entre citoyens s'accompagne paradoxalement de sa garantie par l'État. Ainsi, le peuple en arrive à « (...) *abdiquer sa liberté au profit de l'administration et de sa justice politique* » (p. 240). Cette tension entre la recherche d'une plus grande efficacité administrative et la préservation des principes démocratiques est au cœur de la mise en œuvre des politiques publiques.

En présentant une réflexion du droit administratif ancrée dans une vision historique, Grégoire Bigot fait le pari que l'étude du droit n'est pas réductible à la simple professionnalisation des études de droit prônées au fil des réformes successives prônées dans l'enseignement supérieur. La construction de l'objet « droit » a pleinement sa place dans les humanités⁹. Cette grille de lecture, évoquée dans l'introduction, anime l'ensemble de l'ouvrage. Au-delà d'un simple travail de déconstruction, Grégoire Bigot invite à repenser l'enseignement d'une matière si fondamentale pour appréhender les fonctions de l'administration dans la société et, ce faisant, la place du juge administratif dans le fonctionnement des institutions démocratiques.

Mieux encore, la réflexion proposée fait largement écho aux controverses récentes entre la Cour de cassation et le Conseil d'État. On se souvient qu'à deux reprises, le Premier président de la Cour de cassation s'est inquiété de l'extension des compétences attribuées au juge

⁶ Comme le suggère Burdeau. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1995, p. 19-23.

⁷ Décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, cons. n°15.

⁸ L'auteur distinguant les libéraux-étatistes des libéraux attachés à l'héritage de 1789 (p. 237)

⁹ S. Rials, *Le droit, la formation du juriste et les disciplines humaines. Considérations françaises*, texte présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, séance du 4 mai 2009 : www.asmp.fr/travaux/communications/2009 (consulté le 7 avril 2016).

administratif dans un contexte grandissant d'atteinte aux libertés publiques¹⁰. L'extension du contrôle du juge administratif en période d'état d'urgence rappelle des souvenirs sombres : ceux des origines impériales du droit administratif (p. 31-62). Ces débats ont des échos plus anciens, comme l'illustre avec conviction l'ouvrage de Grégoire Bigot. Ils tiennent dans une opposition entre ceux qui assimilent le juge judiciaire à un pouvoir et ceux qui n'y voient qu'une simple autorité. Aussi convient-il pour les universitaires de prendre davantage de recul sur leur objet quitte parfois à recourir aux outils conceptuels des autres sciences sociales.

Prendre du recul sur une matière qui devient de plus en plus technique, suppose d'appréhender autrement le travail doctrinal ordinaire. Le commentaire de texte, tel qu'il se pratique de nos jours – par le moyen du commentaire d'actualité jurisprudentielle –, devrait-il laisser place à une approche à la fois plus critique et plus ouverte d'un point de vue disciplinaire ? L'ouvrage de Grégoire Bigot semble nous inviter à un changement de méthode. Il n'est pas interdit de prolonger la réflexion entamée par l'auteur sur ce sujet. Comprendre par exemple d'un point de vue sociologique comment s'est imposé – et s'impose encore – cette pratique doctrinale du commentaire de texte au détriment d'une réflexion plus critique sur les grandes tendances de la matière apparaît complémentaire à la réflexion initiée par l'ouvrage. La professionnalisation des facultés de droit en est-elle la cause ? La force des traditions héritées d'auteurs dominants ou encore les évolutions de l'édition juridique expliquent-elles la perpétuation d'un tel manque de recul critique ? Si l'ouvrage de Grégoire Bigot n'a pas pour objet de répondre à toutes ces questions, au moins permet-il de susciter une prise de conscience salutaire pour l'évolution du droit administratif. Menacées par des écoles privées qui forment de plus en plus à la professionnalisation, entraînées dans une concurrence féroce, les facultés de droit devraient, dans le sillage de la réflexion entamée par le présent ouvrage, repenser l'objet de leurs missions. Quel contenu donner à la culture juridique destinée à être transmise dans les facultés ? Telle nous apparaît être l'une des questions essentielles du moment. Dans un tel contexte, la lecture de *Ce droit qu'on dit administratif... Étude d'histoire du droit public* s'impose.

¹⁰ B. Louvel, « Autorité judiciaire ou service public de la justice ? » : discours prononcé le 18 décembre 2015 à l'occasion du colloque intitulé, *Le statut du magistrat* : https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/service_public_33269.html (consulté le 15 avril 2016) et B. Louvel, Audience solennelle de rentrée du 14 janvier 2016 : https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications_diverses_2039/discours_2202/premier_president_7084/rentree_2016_33389.html ; une réponse anonyme a été publiée dans une livraison 2016 de l'Actualité Juridique du Droit administratif, « Le Conseil d'Etat, défenseur du juge judiciaire ? », *AJDA* 2016, p. 65.